



Opera stampata con il contributo di



FONDAZIONE  
CASSA DI RISPARMIO  
IN BOLOGNA



FONDAZIONE DEL  
MONTE  
1473

Bononia University Press  
Via Farini 37, 40124 Bologna  
tel. (+39) 051 232 882  
fax (+39) 051 221 019

[www.buonline.com](http://www.buonline.com)  
e-mail: [info@buonline.com](mailto:info@buonline.com)

© 2009 Bononia University Press  
Tutti i diritti riservati

ISBN 88-7395-441-5

Impaginazione: Irene Sartini

Stampa: Editografica (Rastignano)  
Prima edizione: marzo 2009

SEMINARIO GIURIDICO  
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA  
CCXLV

---

ATTILIO NISCO

**CONTROLLI SUL  
MERCATO FINANZIARIO E  
RESPONSABILITÀ PENALE  
POSIZIONI DI GARANZIA E TUTELA  
DEL RISPARMIO**



Bononia University Press



*A mia madre e a mio padre,  
a mio fratello*



## RINGRAZIAMENTI

Desidero ringraziare, innanzi tutto, il professor Filippo Sgubbi per la fiducia dimostrata nei miei confronti, e per l'attenzione con la quale ha presieduto allo sviluppo della ricerca, elargendo indicazioni illuminanti e fondamentali.

Debbo altresì affettuosa riconoscenza alla professoressa Désirée Fondaroli, per aver supportato la ricerca seguendone costantemente l'evoluzione.

Ringrazio il dottor Rocco Alagna, per aver dedicato al mio lavoro le sue incisive considerazioni e sollecitazioni.

Sono molto grato ai professori Stefano Canestrari, Renzo Costi, Gaetano Insolera, Nicola Mazzacuva e Luigi Stortoni, per aver esaminato la copia dattiloscritta del lavoro e per le preziose osservazioni che hanno espresso al riguardo. Per l'ospitalità concessami presso il suo Istituto, oltre che per alcune indicazioni bibliografiche, ringrazio, inoltre, il professor Wolfgang Frisch.

Nel corso dei ripetuti soggiorni di ricerca, ho beneficiato della cordialità manifestatami dall'autorevole personale scientifico del Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht di Friburgo, in particolare, dal direttore emerito, il professor Hans-Heinrich Jescheck, dall'attuale direttore, il professor Ulrich Sieber, e dalla referente per l'Italia, Frau Dr. Konzanze Jarvers, ai quali va il mio più sentito ringraziamento.

A Frau Dr. Johanna Rinceanu, referente scientifica al Max-Planck-Institut, debbo molto più che un semplice "grazie".

La ricerca non sarebbe stata realizzabile senza il sostegno finanziario dell'Alma Mater Studiorum-Università di Bologna, del Dipartimento di Scienze Giuridiche "A. Cicu" di Bologna, del Deutscher Akademischer Austausch Dienst-DAAD di Bonn e della Max-Planck-Gesellschaft di Monaco di Baviera.





## ABBREVIAZIONI

*AG*: AG. Die Aktiengesellschaft  
*AJP*: Aktuelle juristische Praxis  
*AK*: Reihe Alternativkommentare  
*An. giur. ec.*: Analisi giuridica dell'economia  
*Annali dir. proc. pen.*: Annali di diritto e procedura penale  
*Arch. pen.*: Archivio penale  
*Banca e borsa*: Banca borsa e titoli di credito  
*Banca imp. soc.*: Banca impresa società  
*BB*: Betriebs-Berater  
*BGE*: (schweizerisches) Bundesgericht  
*BGH*: Bundesgerichtshof  
*BKR*: Zeitschrift für Bank-und Kapitalmarktrecht  
*Cass. pen.*: Cassazione penale  
*Contr. imp.*: Contratto e impresa  
*Corr. giur.*: Corriere giuridico  
*Corr. merito*: Corriere del merito  
*Critica dir.*: Critica del diritto  
*D&L Riv. crit. dir. lav.*: D&L - Rivista critica di diritto del lavoro  
*Dig. disc. pen.*: Digesto delle discipline penalistiche  
*Dig. disc. priv. sez. comm.*: Digesto delle discipline privatistiche sezione commerciale  
*Dig. disc. pubbl.*: Digesto delle discipline pubblicistiche  
*Dir. banca merc. finanz.*: Diritto della banca e del mercato finanziario  
*Dir. comm. int.*: Diritto del commercio internazionale  
*Dir. ec.*: Diritto dell'economia (II)  
*Dir. fall. soc. comm.*: Diritto fallimentare e delle società commerciali  
*Dir. giur.*: Diritto e giurisprudenza  
*Dir. pen. proc.*: Diritto penale e processo  
*Dir. prat. lav.*: Diritto e pratica del lavoro  
*Dir. prat. soc.*: Diritto e pratica delle società  
*Dir. relaz. ind.*: Diritto delle relazioni industriali  
*Enc. dir.*: Enciclopedia del diritto  
*Enc. giur.*: Enciclopedia giuridica Treccani  
*Foro amm. CdS*: Il foro amministrativo: Consiglio di Stato

*Foro it.*: Foro italiano (II)  
*FS*: Festschrift  
*GA*: Goldammer's Archiv für Strafrecht  
*Giorn. dir. amm.*: Giornale di diritto amministrativo  
*Giorn. dir. lav. relaz. ind.*: Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali  
*Giur. comm.*: Giurisprudenza commerciale  
*Giur. merito*: Giurisprudenza di merito  
*GS*: Gedächtnisschrift  
*Ind. pen.*: Indice penale (L')  
*ISL*: Igiene e sicurezza sul lavoro  
*JA*: Juristische Arbeitsblätter  
*Journ.*: Journal  
*JR*: Juristische Rundschau  
*JuS*: Juristische Schulung  
*JZ*: Juristen Zeitung  
*Lav. giur.*: Lavoro nella giurisprudenza (II)  
*Leg. pen.*: Legislazione penale  
*LK*: Leipziger Kommentar  
*Merc. conc. reg.*: Mercato concorrenza e regole  
*MSchrKrim*: Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform  
*NJW*: Neue juristische Wochenschrift  
*NK*: Nomos Kommentar  
*Nov. dig. it.*: Novissimo digesto italiano  
*NStZ*: Neue Zeitschrift für Strafrecht  
*Pens. giur. pen.*: Pensiero giuridico penale  
*Pol. dir.*: Politica del diritto  
*Quest. crim.*: Questione criminale (La)  
*Quest. giust.*: Questione giustizia  
*Resp. amm. soc. enti*: Responsabilità amministrativa delle società e degli enti (La)  
*Resp. civ. prev.*: Responsabilità civile e previdenza  
*Rev.*: Review  
*Riv. dir. civ.*: Rivista di diritto civile  
*Riv. dir. comm.*: Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni  
*Riv. dir. impr.*: Rivista di diritto dell'impresa  
*Riv. dott. comm.*: Rivista dei Dottori commercialisti  
*Riv. guard. finanz.*: Rivista della guardia di finanza  
*Riv. int. fil. dir.*: Rivista internazionale di filosofia del diritto  
*Riv. it. dir. lav.*: Rivista italiana di diritto del lavoro  
*Riv. it. dir. pen.*: Rivista italiana di diritto penale  
*Riv. it. dir. proc. pen.*: Rivista italiana di diritto e procedura penale  
*Riv. it. med. leg.*: Rivista italiana di medicina legale  
*Riv. pen.*: Rivista penale  
*Riv. soc.*: Rivista delle società  
*Riv. trim. dir. proc. civ.*: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile  
*Riv. trim. dir. pubbl.*: Rivista trimestrale di diritto pubblico  
*Riv. trim. pen. ec.*: Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia

---

*SJZ*: Schweizerische Juristenzeitung

*SK*: Systematischer Kommentar

*Soc.*: Società (Le)

*SOX*: Sarbanes-Oxley Act

*Stato e merc.*: Stato e mercato

*StGB*: Strafgesetzbuch

*StV*: Strafverteidiger

*ZGR*: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht

*ZRP*: Zeitschrift für Rechtspolitik

*ZStrR* : Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht

*ZStW*: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft



## INTRODUZIONE

### OGGETTO E LINEAMENTI DELL'INDAGINE

Un'indagine penalistica sui controlli ha una duplice possibilità di sviluppo: può rivolgersi al “controllo” come oggetto di fattispecie che assicurano l'indipendenza della relativa attività, oppure può esaminare la responsabilità derivante dall'esercizio scorretto della funzione<sup>1</sup>. La presente ricerca opta per la seconda prospettiva, selezionandone un aspetto specifico.

Oggetto d'indagine è la responsabilità dei titolari della funzione di controllo sul mercato finanziario – comprensiva di organi e sistemi interni alle società, sì come di revisori ed autorità garante – per l'omesso impedimento dei reati commessi dai soggetti sottoposti alla loro sorveglianza (in base agli artt. 40, comma 2° e 110 c.p.).

Infatti, seppure il concorso omissivo sia un terreno più volte solcato dagli studi di diritto penale dell'economia, le problematiche emerse nel mercato finanziario ne rendono opportuna una nuova esplorazione.

Si prende atto, in primo luogo, delle rivendicazioni maturate da una categoria di individui esposta a disfunzioni del mercato illecitamente suscitate, individui che in via di prima approssimazione definiamo “risparmiatori”; diviene palese, in secondo luogo, la spasmodica emanazione di norme volte a migliorare i controlli, all'inefficienza dei quali si addebitano le perdite illegittimamente sofferte dalla categoria in questione.

---

<sup>1</sup> Cfr. F. GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 2006, p. 597 ss., che affronta entrambi i termini del problema con riferimento al diritto penale societario.

Il paradigma è semplice: più si scoprono vulnerabili gli interessi riconducibili alla categoria, più si esige il rinforzo di strategie preventive.

Ed ecco che, a seguito di significative riforme, lo spiegamento dei controlli si presenta policentrico e ramificato, indirizzato a svariati scopi, oberato da nuovi compiti e gratificato da nuovi poteri, attorniato da procedure e gremito da informazioni. Nel complesso una partitura allettante per il contrappunto penalistico orchestrato dalle norme sul concorso omissivo.

Senonché, qui come altrove (e sorvolando – per ora – su una puntuale definizione del “risparmio”), l’interprete s’imbatte in un “dilemma”. Crescono i bisogni di tutela e con essi la necessità politico-criminale di punire la condotta d’omissione, ma aumentano anche le difficoltà di rinvenire i presupposti della sua corretta imputazione; cosicché il diritto penale è tentato da modelli civilistici di corresponsabilizzazione<sup>2</sup>. Particolarmente efficace in vista del risarcimento del danno, il concorso omissivo – ove mal calibrato – devia dall’accertamento di “fatti” e ripiega verso la ricerca di soggetti “solvibili”<sup>3</sup>.

Le seguenti pagine tentano di risolvere il dilemma, tracciando i limiti entro i quali è legittimo avvalersi della compartecipazione omissiva in materia. Il loro assillo è un confronto tra la regolazione degli organi di controllo – dei quali la legge ama sovente elencare “doveri” e “poteri”<sup>4</sup> – con il prontuario concettuale congeniale all’elaborazione scientifica del reato omissivo improprio.

Secondo il seguente programma.

La prima fase della ricerca descrive l’evoluzione dei controlli, in particolare di quelli interni, e ne illustra le finalità (cap. I, *infra*). Analizza, di seguito, gli interessi sottesi alle principali figure criminose coinvolte nella tutela penale del mercato finanziario alla luce dell’odierna accezione di “risparmio”, e ne scopre i nessi rispetto

---

<sup>2</sup> È il “dilemma dell’omissione” esposto da K. SEELMANN, *Opferinteressen und Handlungsverantwortung in der Garantienpflichtdogmatik*, in *GA*, 1989, p. 250.

<sup>3</sup> F. SGUBBI, *Il risparmio come oggetto di tutela penale*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 357.

<sup>4</sup> Cfr. artt. 149 ss. d.lgs. 58/1998.

alla funzione di controllo, nell'ottica della responsabilità omissiva (cap. II).

L'analisi intende svelare le sempre più evidenti trame funzionali tra controlli polimorfi e ricchezza investita, così come tra elementi costitutivi di alcune fattispecie, che simile ricchezza proteggono, e determinate posizioni soggettive, chiamate a sorvegliare i rischi incombenti sugli investitori. Si tratta di una tappa logicamente ineliminabile nel processo di identificazione dei centri di imputazione (in particolare, di responsabilità omissiva), e, al tempo stesso, di un'occasione per riflettere sul complesso quadro dei rapporti tra funzione di controllo e sistema punitivo.

La seconda fase della ricerca si sofferma sulla posizione di garanzia (cap. III) e sul concorso per omissione (cap. IV), scandagliandone l'impalcatura teorica e sollecitandone un chiarimento. Definisce, in particolare, gli elementi che concorrono alla creazione di una posizione di garanzia nelle società di capitali, suggerendo di considerare la funzione organizzativa degli organi societari congiuntamente ad una nozione peculiare di potere impeditivo (cap. V).

Si tratta del nucleo della ricerca.

È osservazione piuttosto prevedibile che le vicissitudini patite dalla “posizione di garanzia” – la *Garantenstellung* di matrice tedesca – sono in gran parte dovute alla complessità raggiunta delle organizzazioni imprenditoriali<sup>5</sup>. La – almeno proclamata – “solidità” delle categorie penalistiche, radicata nel principio della personalità della responsabilità penale, è ricalcitante alla “fluidità” assunta dell'odierno modello di organizzazione<sup>6</sup>.

Che fare, però, se quella fluidità pervade, non solo il substrato fattuale, ma anche il *tessuto normativo* delle organizzazioni – dal quale vanno poi estratti gli obblighi di impedimento –, infondendovi la nuova, avvolgente tecnologia dei controlli? In che misura sono compatibili la “signoria sul fatto” (*Tatherrschaft*) o la “competenza” (*Zuständigkeit*), sulle quali, muovendo da differenti punti di vista,

---

<sup>5</sup> In proposito, si segnala sin d'ora lo studio di G. HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Baden-Baden, 1995.

<sup>6</sup> La terminologia impiegata riecheggia la nota metafora della “liquidità” post-moderna, contrapposta alla “solidità” della modernità, coniata da Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2002.

la dottrina penalistica insiste nell'impiantare la responsabilità penale (non solo omissiva)<sup>7</sup>, innanzi ad obblighi di organizzare la stessa organizzazione, competenze plasmate da processi, responsabilità per inadeguatezza o ineffettività dei processi medesimi, e finanche una "colpa" d'organizzazione?

Vedremo come quelle espressioni – "signoria", "competenza", più altre affini o derivate –, innanzi ad una possibile applicazione della sanzione penale nelle organizzazioni, possano motivare, a seconda delle impostazioni, atteggiamenti di ripulsa come pure celare strategie di sostanziale adattamento della dogmatica penalistica al moto organizzativo. Non è il caso di addentrarsi già nel tema<sup>8</sup>.

Il presente contributo effettua una cernita di concetti suggeriti in sede dogmatica e li pone a confronto con l'elemento organizzativo delle società commerciali.

In particolare, dopo aver illustrato le potenzialità espansive dell'organizzazione come strumento di imputazione<sup>9</sup>, si invoca un ripensamento di un profilo specifico della responsabilità per omissione: il potere impeditivo. A tutt'oggi, una ricostruzione dottrinarina molto accreditata nel nostro Paese ne restringe l'ambito ad un potere di "signoria" sull'accaduto, in grado, in contesti plurisoggettivi, ove esercitato, di smorzare i decorsi tipici senza l'intervento di altri soggetti<sup>10</sup>. Ne restano escluse prerogative, spettanti ai titolari della funzione di controllo, coincidenti con informative interne, impugnazioni e "denunce"<sup>11</sup> di irregolarità dirette ad autorità pubbliche. Ci si propone di argomentare, per contro, che la posizione di garanzia implichi un potere che è solo "potenziale" esercizio di una forza; e che non disdegni, tra i suoi elementi costitutivi, la sollecitazione di interventi altrui, quindi un potere "mediato", inserito in una proce-

---

<sup>7</sup> In queste locuzioni ("signoria" e "competenza"), in forma necessariamente sintetica, riassumiamo alcune concezioni elaborate da correnti di pensiero tedesche. Sia chiaro che si tratta di locuzioni cariche di motivi ideologici e culturali profondamente diversi, ove non apertamente contrapposti, anche se talora fusi in formule eclettiche. Il loro contenuto sarà esposto ampiamente nel cap. III.

<sup>8</sup> Si rinvia ai capp. III ss.

<sup>9</sup> Vedi meglio cap. V, sezione prima.

<sup>10</sup> Vedi *infra* cap. IV, §§ 3 ss.

<sup>11</sup> Si allude, con questo termine, ad istituti tipici del diritto societario (es. art. 2409 c.c.).



dura il cui fine è la tutela di un bene giuridico<sup>12</sup>. Ne segue un recupero alla sanzione dell'omesso esercizio di informative qualificate, impugnazioni, denunce<sup>13</sup>.

Questa dunque la tesi: le posizioni di garanzia societarie sono composte da obblighi di organizzazione corrisposti da poteri *potenziali* e *mediati*, e nondimeno "impeditivi". A supporto di questa tesi ci si richiama a studi sociologici e a studi di teoria del diritto.

Come fenomeno sociale<sup>14</sup>, infatti, il potere corrisponde ad un'attesa che altri agirà conformemente a quanto legittimamente impostogli: un'attesa, appunto, non ancora una modifica attuale della realtà; ed in questo senso il potere produce modifiche solo *potenziali*. In senso giuridico, poi, il potere media sempre tra l'ordinamento e una posizione individuale, sulla quale si riverseranno gli effetti giuridici dall'ordinamento desiderati: il potere media, appunto, non incide direttamente su quella posizione; ed in questo senso esso produce effetti solo in modo *mediato*<sup>15</sup>. La fruttuosità di queste affermazioni in merito alla comprensione della fattispecie di omesso impedimento di un reato sarà a suo luogo illustrata<sup>16</sup>.

Se quella appena abbozzata può apparire un'impostazione capace di ampliare la nozione di potere, e con essa quella di posizione di garanzia, si confida, nondimeno, nella possibilità di evitare un'indebita estensione dell'area della responsabilità penale dei controlli. Grazie a non trascurabili considerazioni: a cominciare dall'imprescindibile veste formale dell'obbligo di impedire e dal suo inserimento in un piano organizzativo finalizzato alla tutela di beni giuridici, necessari presupposti per appurare la sussistenza di una "garanzia" rilevante in sede penale. E, soprattutto, grazie ad un'esat-

<sup>12</sup> Cfr. cap. V e, sul concetto di potere in particolare, la sezione seconda.

<sup>13</sup> Per un'esemplificazione, cfr. R. ALAGNA, *L'organismo di vigilanza nel d.lgs. n. 251 del 2001: funzione e responsabilità*, in *ius17@unibo.it*, 2/2008, pp. 575-576.

<sup>14</sup> È il caso di precisare che ci si riferisce al "potere" dal punto di vista delle relazioni intersoggettive, non delle relazioni tra individuo e potere costituito (in particolare nella forma dello Stato). Per una prospettiva tendente a superare questa distinzione, tuttavia, si veda M. FOUCAULT, *Microfisica del potere. Interventi politici*, terza edizione, Torino, 1978, p. 16. Sui diversi tipi di approccio alla studio sociologico del potere, vedi F. FERRAROTTI, *Il potere*, Roma, 2004, pp. 17-19.

<sup>15</sup> Vedi ancora la sezione seconda del cap. V.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

ta sistemazione dell'elemento "potere" nella fattispecie obiettiva di omesso impedimento ed alla sua separazione concettuale rispetto alla "causa". Si tenga presente, infatti, che, nell'accezione proposta, il potere è un predicato della (sola) posizione di garanzia, non risolve l'intero meccanismo di ascrizione della responsabilità per omesso impedimento di un evento: ad un livello sistematico ulteriore rispetto all'elemento "posizione di garanzia", occorrerà, come faremo, puntualizzare ancora i termini della "imputazione" dell'evento (nel nostro caso, un reato non impedito)<sup>17</sup>.

Una verifica operativa sulla compatibilità della disciplina dei singoli apparati con l'archetipo di responsabilità delineato nelle fasi precedenti chiude la ricerca (cap. VI). Scopriremo che molti tra i poteri vantati dagli organi di controllo sono "impeditivi", nel senso sopra indicato, e quindi penalisticamente rilevanti; ma anche che non tutte le procedure organizzative in cui siffatti organi – e "organismi" – operano sono chiaramente dirette a prevenire lesioni nei confronti di beni penalisticamente tutelati.

---

<sup>17</sup> Cap. V, sezione terza.

CAPITOLO I

FENOMENOLOGIA DEI CONTROLLI SUL MERCATO  
FINANZIARIO

SEZIONE PRIMA

LA FUNZIONE DI CONTROLLO SUL MERCATO FINANZIARIO

1. *Il rinnovato interesse per i controlli ed il quadro legislativo attuale*

Il comune denominatore dei dissesti finanziari di inizio millennio è intravisto in un *deficit* dei controlli<sup>1</sup>. Innanzi alle frodi, talvolta eclatanti, poste in essere dall'esecutivo di una società, non vale la pena chiedersi perché gli amministratori abbiano delinquito: bisogna piuttosto chiedersi come e perché ciò sia stato possibile pur in presenza di un articolato sistema di controlli. L'illecito commesso dall'esecutivo di una società è un dato, tutto sommato, scontato<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. A. ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 534 ss., 567; G. MARINUCCI, *Diritto penale dell'impresa: il futuro è già cominciato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1468 ss. Tra i giuscommercialisti, V. BUONOCORE, *Etica degli affari e impresa etica*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 182, rileva come ormai il mal funzionamento dei controlli sia «affermazione di routine».

<sup>2</sup> Scrive F. DENOZZA, *La trasparenza garantita nei mercati finanziari: "prolegomeni" ad un'analisi costi/benefici*, in *Banca imp. soc.*, 2007, p. 195: «se riteniamo di avere tanto bisogno di sofisticati meccanismi di controllo, di sorveglianti, di sanzioni sempre più aspre e del più vario tipo, vuol dire che supponiamo l'esistenza di violatori primari delle norme molto fortemente motivati a violarle».

Non è invece concepibile il mantenimento in vita di un sistema di controlli inaffidabile<sup>3</sup>.

La dottrina nordamericana non ha esitato a denunciare un fallimento dei cosiddetti *gatekeepers*, soggetti ed agenzie deputati al controllo del mercato in diverse fasi ed a diversi livelli istituzionali<sup>4</sup>; in primo luogo, in quel contesto, le società di revisione. Quale principale fattore degenerativo viene indicato il fatto che questi soggetti avrebbero barattato il proprio “patrimonio reputazionale”<sup>5</sup> in cambio di opulenti consulenze commissionate dalle società sottoposte al loro controllo<sup>6</sup>.

Il tema, in realtà, è solo apparentemente nuovo: il ruolo dell'*independent auditor* è affrontato di frequente negli studi dedicati alle frodi dei *managers*; l'esposizione dell'*auditor* a diverse forme di responsabilità – o almeno la domanda sociale in tal senso – è una costante che si ripresenta in caso di frodi non scoperte dai controllo-

---

<sup>3</sup> Di tale temperie, orientata ad un esame critico dei controlli e ad un aggravio della loro responsabilità, è specchio il *Documento conclusivo* nell'ambito della “Indagine conoscitiva sui rapporti tra il sistema delle imprese, i mercati finanziari e la tutela del risparmio”, effettuata dalle Commissioni riunite VI (Finanze) e X (Attività produttive, commercio e turismo), del 24 marzo 2004 (Doc. XVII, n. 17, Senato della Repubblica, XIV Legislatura), disponibile su [www.senato.it](http://www.senato.it), in numerosi passaggi (cfr., in particolare, p. 32 ss., p. 87 ss., p. 93 ss.).

<sup>4</sup> Per “gatekeeper” si intende «qualsiasi soggetto che, prestando servizi agli amministratori di una società o agli investitori (attuali o potenziali), impegni la propria reputazione a supporto di informazioni che lo stesso approva, certifica o verifica»; nella nozione rientrano dunque revisori, studi legali, agenzie di *rating*, amministratori non esecutivi, assicuratori della responsabilità civile degli amministratori: si tratta di un «concetto lontano dall'aver confini certi» (così G. FERRARINI, P. GIUDICI, *I revisori e la teoria dei gatekeepers*, in AA.VV., *Nuove prospettive della tutela del risparmio*, Milano, 2005, pp. 116-117).

<sup>5</sup> La teoria del patrimonio reputazionale fa affidamento nel fatto che la collusione tra revisore ed emittente è economicamente meno vantaggiosa rispetto al danno reputazionale che il revisore subisce nei confronti della clientela (cfr. G. FERRARINI, P. GIUDICI, *I revisori*, cit., p. 129).

<sup>6</sup> J. C. COFFEE, *Understanding Enron: It's About the Gatekeepers, Stupid*, Columbia Law School, Working Paper No. 206, 2002, [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com). Per ulteriori, puntuali riferimenti sul dibattito post-*Enron*, si rinvia a S. CACCHI PESSANI, *Corporate governance, sistema dei controlli e intermediari reputazionali negli Stati Uniti d'America dopo il caso Enron*, in *Giur.comm.*, 2003, I, p. 746 ss.; M. TONELLO, *Corporate Governance e tutela del risparmio. Convergenza internazionale e competizione tra modelli regolamentati*, Padova, 2006, p. 19 ss.

ri e poi venute alla luce a seguito di “scandali”<sup>7</sup>. Tra le ragioni delle frodi – e dell’inefficace azione preventiva dell’*auditor* –, per altro, viene indicata la debolezza strutturale dei controlli interni<sup>8</sup>. Ragion per cui le riforme legislative seguite agli scandali più recenti hanno optato per una forte responsabilizzazione anche di tali soggetti<sup>9</sup>. La risposta statunitense ad *Enron* è immediata ed è scolpita a caratteri di fuoco nel *Sarbanes-Oxley Act*<sup>10</sup>.

Una definizione legislativa di *gatekeepers* manca nella nostra legislazione come nel diritto comunitario, ed al tempo stesso è aperta la discussione circa i profili di responsabilità dei soggetti riconducibili a tale nozione<sup>11</sup>.

Il dibattito italiano – che non manca di evidenziare alcune debolezze strutturali del nostro capitalismo<sup>12</sup> – coincide con la riforma del diritto societario (d.lgs. 6/2003 e successive correzioni), segue di poco l’attuazione della responsabilità “amministrativa” delle persone giuridiche (d.lgs. 231/2001)<sup>13</sup>, e abbraccia le autorità pubbli-

---

<sup>7</sup> Cfr. R.K. ELLIOTT, J.J. WILLINGHAM, *Management Fraud: Detection and Deterrence*, New York, 1980, p. 11 ss.; J.E. SORENSEN, H.D. GROVE, T.L. SORENSEN, *Detecting Management Fraud: The Role of The Independent Auditor*, in G. GEIS, E. STOTLAND (a cura di), *White-Collar Crime: Theory and Research*, Beverly Hills-London, 1980, p. 221 ss.

<sup>8</sup> R.K. ELLIOTT, J.J. WILLINGHAM, *Management Fraud*, cit., p. 35 ss.; J.E. SORENSEN, H.D. GROVE, T.L. SORENSEN, *Detecting Management Fraud*, cit., p. 228.

<sup>9</sup> In dottrina, sul ruolo del *board* e dell’*audit committee* nell’affare *Enron* e per i primi suggerimenti di riforma, J.N. GORDON, *What Enron Means for the Management and Control of the Modern Business Corporation: Some Initial Reflections*, in *University of Chicago Law Review*, Vol. 69, No. 3, 2002, pp. 1241-1245.

<sup>10</sup> Cfr. S. CACCHI PESSANI, “*Corporate governance*”, loc. cit. Per le valutazioni sui contraddittori effetti sortiti da tale legislazione, risalente al 2002, si veda D.C. LANGEVOORT, *The Social Construction of Sarbanes-Oxley*, 2006, www.ssrn.com, p. 6 ss. Alcuni aspetti del *Sarbanes Oxley Act* saranno ripresi nel cap. II, sezione seconda, § 2.

<sup>11</sup> Cfr. P. MARCHETTI, *I controlli sull’informazione finanziaria*, in AA.Vv., *La società per azioni oggi*, vol. I, Milano, 2007, p. 147 ss. Per una vasta indagine sulla responsabilità civile dei soggetti riconducibili alla categoria dei *gatekeepers* vedi, comunque, P. GIUDICI, *La responsabilità civile nel diritto dei mercati finanziari*, Milano, 2008, p. 328 ss.

<sup>12</sup> Sintetizza i termini della questione G. VISENTINI, *La competitività del mercato finanziario italiano: gli obiettivi e le riforme*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 695 ss.

<sup>13</sup> Sulla responsabilità degli enti in generale, anche per gli indispensabili riferimenti bibliografici, si veda G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone*

che di vigilanza, delle quali viene invocata ed in parte attuata una vistosa riorganizzazione<sup>14</sup>. Il legislatore è intervenuto, infine, con taluni discutibili – non solo dal punto di vista penalistico – provvedimenti, incorporati da due consistenti modifiche apportate al Testo unico in materia finanziaria (d.lgs. n. 58/1998, di seguito: Tuf)<sup>15</sup>. Le prime novità provengono dall’attuazione della direttiva europea c.d. *market abuse* (direttiva 2003/6/CE<sup>16</sup>, attuata con la legge comunitaria 62/2005), con la quale si ridisegnano le fattispecie criminose di *insider trading* ed aggio (manipolazioni di mercato) e si introducono obblighi di *compliance* per le società operanti sul mercato<sup>17</sup>. Altri cambiamenti si debbono alla c.d. “legge sul risparmio” (L.

---

*giuridiche*, Milano, 2008; R. GUERRINI, *La responsabilità da reato degli enti*, Milano, 2006; M. PELISSERO, *La responsabilità degli enti*, in C.F. GROSSO (a cura di), F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, tredicesima ed., Milano, 2007, p. 843 ss.

<sup>14</sup> Sul “fallimento dei controlli” nei recenti dissesti finanziari, tra i molti, N. ABRIANI, *Dal caso Parmalat alle nuove regole a tutela del risparmio*, in *Soc.*, 2004, p. 269 ss.; G. COLANGELO, *C’era una volta in America. Gli insegnamenti presunti e i fallimenti reali dell’affare Enron*, in *Merc. conc. reg.*, 2002, p. 455 ss.; G. FERRARINI, *Controlli interni e strutture di governo societario*, in P. ABBADESSA, G.B. PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G.F. Campobasso*, vol. 3, Torino, 2007, p. 5 ss.; F. FIMMANÒ, *I gap di informazione e controllo nei crac Cirio e Parmalat e le prospettive di riforma*, in *Soc.*, 2004, p. 400 ss.; M. ONADO, *I risparmiatori e la Cirio: ovvero, pelati alla meta*, in *Merc. conc. reg.*, 2003, p. 499 ss.; R. PARDOLESI, A.M.P., A. PORTOLANO, *Latte, lacrime (da cocodrillo) e sangue (dei risparmiatori). Note minime sul caso Parmalat*, in *Merc. conc. reg.*, 2004, p. 195 ss.; R. RORDORF, *Scandali finanziari e regole di mercato (appunti a margine dei casi Cirio e Parmalat)*, in *Quest. giust.*, 2004, p. 567 ss. Per una valutazione di tipo economico degli interventi normativi effettuati o suggeriti – con un approccio, quindi, anche critico, rispetto alle analisi sinora citate – vedi F. DENOZZA, *La trasparenza garantita nei mercati finanziari*, cit., p. 179 ss. Con specifico riferimento alle prospettive di riforma della vigilanza, B. CAVALLO, *Dissesti finanziari e sistema istituzionale: il ruolo delle autorità di controllo*, in F. GALGANO, G. VISINTINI (a cura di), *Mercato finanziario e tutela del risparmio*, Padova, 2006, p. 13 ss.; R. COSTI, *L’assetto della vigilanza sul mercato finanziario nei progetti di riforma*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 1042, ss.; M. LAMANDINI, *Autorità di vigilanza e mercati finanziari: verso un ridisegno delle competenze?*, in *Merc. conc. reg.*, 2003, p. 117 ss.

<sup>15</sup> Per un’ampia panoramica sulla legislazione italiana dagli anni Novanta sino ai più recenti provvedimenti, si veda M. TONELLO, “*Corporate Governance*”, cit., p. 99 ss.

<sup>16</sup> Uno sguardo d’insieme in G. FERRARINI, *La nuova disciplina europea dell’abuso di mercato*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 47 ss.

<sup>17</sup> Vedi meglio *infra*, sezione seconda, § 1.2.

262/2005<sup>18</sup> e successivi decreti attuativi<sup>19</sup>), dall'*iter* legislativo particolarmente lungo e tormentato, che, oltre a aggravare le sanzioni, rimodula la disciplina dei controlli interni e della vigilanza sui mercati<sup>20</sup>.

## 2. Il mercato, i principi della sua regolazione e le recenti evoluzioni: uno sguardo d'insieme

«Qualunque definizione dei controlli è prevalentemente un tentativo di dire quello che potrebbero essere», sì che, più che una “nozione”, si ha un’“idea” di controllo, subordinata ai diversi settori

<sup>18</sup> “Disposizioni per la tutela del risparmio e della disciplina dei mercati finanziari”.

<sup>19</sup> In primo luogo il d.lgs. 303/2006, c.d. “decreto correttivo”.

<sup>20</sup> Per un commento sulla “storia” legislativa della c.d. legge sulla “tutela del risparmio”, vedi S. FORTUNATO, *I “fallimenti” nel sistema dei controlli sui mercati finanziari (a margine del d.d.l. sulla tutela del risparmio)*, in *Soc.*, 2004, p. 929 ss.; per i commenti sulla legge approvata, F. CAPRIGLIONE, *Crisi di sistema ed innovazione normativa: prime riflessioni sulla nuova legge sul risparmio (L. N. 262 del 2005)*, in *Banca e borsa*, 2006, I, p. 125, ss.; G. FERRARINI, P. GIUDICI, *La legge sul risparmio, ovvero un pot-purri della corporate governance*, in *Riv. soc.*, 2006, p. 573 ss.; G. ROSSI, *La legge sulla tutela del risparmio e il degrado della tecnica legislativa*, in *Riv. soc.*, 2006, p. 1 ss.; V. SALAFIA, *La legge sul risparmio*, in *Soc.*, 2006, p. 137 ss.; a seguito del d.lgs. 303/2006, in sintesi, G. BIANCHI, voce *Risparmiatore (tutela del)*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, vol. di aggiornamento n. 3, Torino, 2007, p. 756; approfonditamente, si vedano i contributi contenuti nel volume A. NIGRO, V. SANTORO (a cura di), *La tutela del risparmio. Commentario della Legge 28 dicembre 2005, n. 262 e del d.lgs. 29 dicembre 2006, n. 303*, Torino, 2007; con specifico riferimento ai controlli interni, G. OLIVIERI, *I controlli “interni” nelle società quotate dopo la legge sulla tutela del risparmio*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 409 ss.; sulle modifiche all’assetto della vigilanza, F. VELLA, *La riforma della vigilanza: tanto rumore per nulla*, in *An. giur. ec.*, 2006, p. 117 ss.; sui profili penalistici, infine, con accenti per lo più critici, si vedano A. ALESSANDRI, *Un esercizio di diritto penale simbolico: la c.d. tutela penale del risparmio*, in *Scritti per F.Stella*, vol. II, Napoli, 2007, p. 925 ss.; C.E. PALIERO, *La riforma della tutela penale del risparmio: continuità e fratture nella politica criminale in materia economica*, in *Corr. merito*, 2006, p. 615 ss.; S. SEMINARA, *Nuovi illeciti penali e amministrativi nella legge sulla tutela del risparmio*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 549 ss.; per approfondimenti sulle singole disposizioni, vedi il volume collettaneo F. GIUNTA, D. MICHELETTI (a cura di), *La disciplina penale del risparmio*, Milano, 2008.

dove il termine è impiegato<sup>21</sup>. Esplorare in via preliminare il nostro settore di riferimento – l’oggetto su cui il controllo ricade – è un’operazione metodologicamente necessaria<sup>22</sup>.

Il settore eletto è il “mercato finanziario”. La locuzione assume un significato piuttosto definito per gli economisti, per i quali indica il luogo, l’organizzazione, l’istituzione nel cui ambito vengono effettuate negoziazioni di titoli a lungo termine. La funzione economica assolta dal sistema finanziario, nel suo complesso, è di garantire il collegamento tra chi risparmia (unità di *surplus*) e le imprese (unità di *deficit*)<sup>23</sup>. A loro volta, come noto, i giuristi suddividono il sistema finanziario in tre settori: bancario, mobiliare, assicurativo, secondo l’oggetto negoziato<sup>24</sup>. In questa sede, ci occuperemo del secondo segmento, in quanto scenario delle attuali e più sentite fenomenologie devianti.

Difatti, negli ultimi anni si è verificata un’evoluzione del sistema di finanziamento delle imprese. Da un’impostazione prettamente “bancocentrica” si è passati progressivamente a forme di finanziamento ottenute tramite l’emissione e la negoziazione di strumenti finanziari. Le imprese, dunque, hanno attinto, in maniera crescente, finanziamenti direttamente dai risparmiatori<sup>25</sup>. Al contempo, si

---

<sup>21</sup> M. POWER, *La società dei controlli. Ritualità di verifica*, Torino, 2002, p. 8 ss.

<sup>22</sup> Si tenga presente che, per altro, autorevole dottrina include lo stesso “mercato” nel novero dei “controlli” (esterni), concepito sia «come meccanismo [...] di selezione delle imprese più efficienti attraverso l’exit degli investitori scontenti di un determinato management, sia come complesso di istituzioni [...] costituite in primo luogo dagli analisti finanziari» (così, F. BONELLI, *Ruolo degli azionisti-investitori e del consiglio di amministrazione della controllante*, in A. PREDIERI (a cura di), *Controlli societari e governo dell’impresa*, Torino, 1999, p. 31). Sulle difficoltà definitorie del concetto di “controllo” in diritto pubblico, si veda invece A. CROSETTI, voce *Controlli amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IV, Torino, 1989, p. 67 ss.

<sup>23</sup> Cfr. M. ONADO,  *Mercati e intermediari finanziari. Economia e regolamentazione*, Bologna, 2000, p. 302. Tale nozione si contrappone a quella di mercato monetario e concorre a definire quella di mercato dei capitali. La funzione “benefica” dei mercati finanziari “liberi” è esposta da R.J. RAJAN, L. ZINGALES, *Salvare il capitalismo dai capitalisti*, seconda edizione, Torino, 2008, p. 28 ss.

<sup>24</sup> Cfr. F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, terza ed., Torino, 2008, p. 1 ss.; R. COSTI, *Il mercato mobiliare*, quarta ed., Torino, 2008, p. 1 ss.; M. FOSCHINI, *Il diritto del mercato finanziario*, Milano, 2008, pp. 3-4.

<sup>25</sup> Vero è che il nostro Paese conserva i tratti di un sistema prevalentemente basato sul credito bancario, e che, sotto altro punto di vista, le compagini societa-



è profilata un'erosione dei tradizionali confini dei tre settori summenzionati<sup>26</sup>. Sotto il profilo dell'oggetto negoziato, si è avuta una diffusione di obbligazioni bancarie strutturate particolarmente complesse, con rischi notevoli per i risparmiatori, non completamente consapevoli<sup>27</sup>; sotto il profilo soggettivo, si sono affermati i cd. "conglomerati", soggetti attivi in ogni settore tramite una strutturazione di gruppo<sup>28</sup>; dal punto di vista della vigilanza (quella condotta dalle autorità indipendenti, s'intende), il nostro sistema si è distinto per una sostanziale ambiguità tra il modello "per soggetti", "per attività" e "per finalità"<sup>29</sup>; infine, da segnalare l'affermarsi del modello della banca "universale", intermediario polifunzionale che abbina la classica attività di concessione del credito a quella dell'intermediazione di titoli<sup>30</sup>.

In tale quadro, l'intermediazione assume un ruolo centrale<sup>31</sup>; ed è in funzione di tale attività che la dottrina ha tentato di ricostruire

---

rie sono spesso controllate da gruppi familiari, talvolta tramite percentuali esigue di controllo, e quindi ben lungi dal configurare il modello di azionariato diffuso dell'esperienza anglosassone. Cfr. il *Documento conclusivo* cit. in nota 3, p. 13 ss.

<sup>26</sup> Sulla difficoltà di distinguere i settori del mercato bancario da quello dei titoli e da quello assicurativo e, in modo particolare, sulla presunta perdita di specificità dell'attività bancaria, con l'affermarsi della c.d. banca "universale", vedi già le osservazioni di R. COSTI, *Mercato finanziario e attività bancaria*, in *Banca e borsa*, 1989, I, p. 321 ss.; di recente, M. FOSCHINI, *Il diritto del mercato*, loc. cit.

<sup>27</sup> Cfr. il *Documento conclusivo* cit. in nota 3, p. 19 ss.; M. ONADO, *I risparmiatori e la Cirio*, cit., p. 499 ss. Sull'allineamento dei titoli partecipativi e obbligazionari su un medesimo livello di rischio economico, N. SALANITRO, *Strumenti di investimento finanziario e sistemi di tutela dei risparmiatori*, in *Scritti in onore di V. Buonocore*, vol. II, Milano, 2005, pp. 1623-1624.

<sup>28</sup> Sulla definizione di conglomerato finanziario, a seguito del d.lgs. 142/2005, e sui profili della "vigilanza supplementare" e l'individuazione di un "coordinatore" cui compete l'applicazione delle relative norme, vedi R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, quarta edizione, Bologna, 2007, 225 ss.; R. OCCHILUPO, *Vigilanza supplementare e controlli interni nei conglomerati finanziari*, in *Banca imp. soc.*, 2008, p. 263 ss. Per taluni aspetti problematici del fenomeno, connessi con la sua "transnazionalità", si rinvia a F. GALGANO, *Conglomerato e globalizzazione*, in *Contr. impr.*, 2006, p. 73 ss.

<sup>29</sup> I termini del relativo dibattito sono sintetizzati da R. COSTI, *L'assetto della vigilanza*, cit., p. 1043 ss.

<sup>30</sup> F. CAPRIGLIONE, *Crisi del sistema*, cit., p. 141.

<sup>31</sup> Si tenga presente, per altro, che la gamma dei servizi di investimento rinnovata dalla direttiva 2004/39/CE (MIFID) comporta sovrapposizioni tra "servizi" e "mercati"; si pensi ai sistemi multilaterali di negoziazione e alla internalizzazione sistematica di cui agli artt. 77-bis e 78 Tuf (per una definizione delle relative nozio-

un concetto di mercato finanziario anche penalmente rilevante: «si ha mercato allorché vi sono degli intermediari che concludono contratti scambiando masse di denaro contro valori mobiliari [...], dove c'è un intermediario che conclude un contratto si è in presenza di una situazione di mercato, con la conseguenza che i mercati possono diventare un numero infinito». Con una precisazione importante: il “mercato” reclama una forma di regolazione – con implicazioni anche penalistiche – se ed in quanto si traduce in un fenomeno “di massa”<sup>32</sup>.

Prima di addentrarci in un'analisi di tipo schiettamente penalistico, cerchiamo di approfondire alcuni aspetti che sono all'origine della peculiare regolazione giuridica di questo fenomeno.

L'unità molecolare del mercato è il contratto<sup>33</sup>: uno scambio nel quale due parti cercano di comporre i loro contrapposti interessi. Quando una delle parti possiede informazioni sconosciute all'altra, versa in una situazione di potenziale “conflitto”, alla quale il diritto comune appronta diversi rimedi, tra cui il canone generale della buona fede<sup>34</sup>. I rimedi del diritto comune appaiono inadeguati innanzi alla dimensione “di massa” del mercato: la molteplicità degli scambi diviene entità nuova e diversa dalla semplice somma delle fattispecie contrattuali in essa comprese<sup>35</sup>. Per sua essenza, l'attività finanziaria ha ad oggetto scambi a lungo termine: il rischio ne diviene componente immanente. Da qui la necessità di eterointegrazione del contratto. Se nel codice del 1942 prevale una disciplina

---

ni R. COSTI, *La direttiva 2004/39/CE (c.d. MIFID) e l'ordinamento italiano*, in M. LAMANDINI, C. MOTTI (a cura di), *Scambi di merci e derivati su commodities. Quali prospettive?*, Milano, 2006, pp. 22-23; A.A. RINALDI, *Il decreto Mifid e i regolamenti attuativi: principali cambiamenti*, in *Soc.*, 2008, p. 12 ss., p. 14).

<sup>32</sup> R. ZANNOTTI, *La tutela penale del mercato finanziario*, Torino, 1997, p. 21 (da cui sono tratti i virgolettati). Tra gli studi dedicati al diritto penale del mercato finanziario, anteriormente alla emanazione di una regolamentazione organica della materia, si ricorda M. ROMANO, *Il diritto penale e la borsa*, in *Giur. comm.*, 1978, p. 693 ss.; in tempi più recenti, le difficoltà di definire i contorni della materia sono illustrate da A. MELCHIONDA, voce *Mercato dei valori mobiliari* (tutela penale del), in *Enc. giur.*, vol. XX, Roma, 1990.

<sup>33</sup> Sui rapporti tra queste due entità (mercato e contratto) vedi le riflessioni di V. BUONOCORE, *Contratto e mercato*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 379 ss.

<sup>34</sup> G. ROSSI, *Il conflitto epidemico*, Milano, 2003, p. 27 ss.

<sup>35</sup> Cfr. R. COSTI, *Tutela degli interessi e mercato finanziario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 769 ss.; G. ROSSI, *Il conflitto epidemico*, loc. ult. cit.

incentrata sull'autonomia contrattuale, nella dimensione del mercato si richiede che una delle parti «consapevolmente si determini al negozio»<sup>56</sup>. L'informazione, in breve, assume un'importanza «così evidente che sembrerebbe persino inutile spendervi parole»<sup>57</sup>.

Si muove dunque dalla correttezza della c.d. "efficient market hypothesis" (EMH): «gli investitori individuali formano le loro aspettative in modo razionale, i mercati aggregano informazioni in maniera efficiente e i prezzi d'equilibrio incorporano tutte le informazioni disponibili in modo istantaneo»<sup>58</sup>. Un agente economico "razionale", secondo questa premessa, è portato a diminuire il corrispettivo di un titolo qualora sussista la probabilità che le notizie ad esso relative siano inesatte. In una situazione di asimmetria informativa, pertanto, si crea un vantaggio per i titoli di peggiore qualità: gli emittenti i titoli migliori sono portati ad abbandonare quel mercato, non vedendo adeguati corrispettivi a fronte della qualità dei loro titoli: è il fenomeno noto come "selezione avversa"<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> F. CAPRIGLIONE, *Evoluzione normativa ed individuazione delle problematiche giuridiche dell'ordinamento finanziario*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Diritto delle banche, degli intermediari finanziari e dei mercati*, Bari, 2003, p. 33 ss.

<sup>57</sup> Testualmente, R. RORDORF, *Importanza e limiti dell'informazione nei mercati finanziari*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 775 ss. L'informazione si atteggia in modo differente nei contratti di investimento (stipulati nell'ambito della sollecitazione del pubblico risparmio), dove assolve il ruolo "assorbente" di consentire al risparmiatore una valutazione sulle caratteristiche dell'investimento, e nei contratti di intermediazione (stipulati dall'investitore con gli intermediari mobiliari), dove è finalizzata a rendere evidenti le situazioni di conflitto d'interesse dell'intermediario, quindi ad assicurare la correttezza dei comportamenti di quest'ultimo: ma in entrambi i casi l'informazione è diretta a mettere il risparmiatore al corrente del rischio dell'operazione (R. COSTI, *Informazione e contratto nel mercato finanziario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, pp. 724-725). Sulle innovazioni introdotte dalla L. 262/2005 in materia, vedi S. CARMIGNANI, *Art. 14 g)-l)*, in *La tutela del risparmio. Commentario della Legge 28 dicembre 2005, n. 262 e del d.lgs. 29 dicembre 2006, n. 303*, cit., p. 244 ss.

<sup>58</sup> A.W. LO, *Efficient Market Hypothesis*, in *www.ssrn.it*, 2007, p. 3. Sulla EMH, fondamentale E.F. FAMA, *Efficient Capital Markets: A Review of Theory and Empirical Work*, in *Journal of Finance*, 25, 1970, p. 383 ss. Sul grado di incidenza della EMH sulla legislazione e giurisprudenza (americane) in materia di negoziazione dei titoli, D.C. LANGEVOORT, *Theories, Assumptions, and Securities Regulation: Market Efficiency Revisited*, in *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 140, No. 3, 1992, p. 851 ss., soprattutto p. 872 ss.

<sup>59</sup> Cfr. A. PERRONE, *Informazione al mercato e tutela dell'investitore*, Milano, 2003, p. 2 ss.

Gli sforzi legislativi diretti a garantire il “buon” funzionamento del mercato muovono da questo modello concettuale, in cui l’asimmetria informativa, condizione di per sé ineliminabile del mercato, è anche la fonte delle sue principali patologie<sup>40</sup>. Il mercato, infatti, reca con sé il germe del proprio fallimento<sup>41</sup>: una posizione di vantaggio informativo che una parte occupa fisiologicamente, e che sfrutta, patologicamente, a danno del pubblico. La legge, di conseguenza, mira ad incanalare l’informazione in una “triade”: obblighi di trasparenza, divieto di utilizzo di vantaggi informativi, divieto di informazioni fuorvianti<sup>42</sup>.

### 3. La nozione di “controllo”

#### 3.1. Il controllo pubblico del mercato

La disciplina del mercato si colloca in una cornice istituzionale in evoluzione. Due modelli di intervento pubblico in economia si sono avvicendati in tempi recenti. Il primo, presente fino a pochi decenni fa nell’Europa continentale ed in Italia, prevedeva l’intervento dirigitico dello Stato nella negoziazione dei valori mobiliari. Il mercato era concepito come servizio pubblico e lo Stato interveniva

---

<sup>40</sup> L’importanza delle asimmetrie informative nelle contrattazioni (ed il rischio che ne segue per la liquidità del mercato) è esposta in un classico scritto di G.A. AKERLOF, *The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in *Quarterly Journal of Economics*, 1970, 84, p. 488 ss., tramite l’esempio del venditore di auto usate. Per una ripresa di questi argomenti, J.L. HANSEN, *The Trinity of Market Regulation: Disclosure, Insider Trading and Market Manipulation*, in *International Journal of Disclosure and Governance*, vol.1/1, 2003, p. 82 ss., dove si spiega come gli argomenti posti da Akerlof siano alla base della odierna legislazione europea sulle informazioni al mercato. In tema, vedi anche le note di F. CAVAZZUTI, *La trasparenza dei mercati finanziari*, in *Banca imp. soc.*, 2004, p. 419 ss.; in una prospettiva di diritto pubblico, A. PREDIERI, *Lo Stato come riduttore di asimmetrie informative nella regolazione dei mercati finanziari*, in AA.VV., *Mercato finanziario e disciplina penale*, Milano, 1993, p. 63 ss.

<sup>41</sup> Di «autofagia» del mercato parla G. ROSSI, *Il mercato d’azzardo*, Milano, 2008, p. 12.

<sup>42</sup> «Obligations to disclose», «ban of using any informational advantage», «ban on misinformation»: così J.L. HANSEN, *The Trinity of Market Regulation*, loc. ult. cit.

direttamente a garantirne l'efficacia allocativa. "Controllo", in tale scenario, equivale a "governo" dei mercati; e come tale lo intende il costituente, quando, all'art. 41 comma 3, Cost., menziona "programmi e controlli"<sup>45</sup>.

Il secondo modello, caro alla tradizione anglosassone, concepisce il mercato (di borsa), almeno inizialmente, come aggregazione nascente "dal basso", come attività imprenditoriale privata. L'intervento pubblico, invocato dopo lo *shock* del '29, assume nel tempo un volto affatto differente rispetto al primo modello. Lo Stato interviene per "vigilare", senza alcuna pretesa dirigistica: garantisce le regole del gioco, non il risultato. A questo secondo modello l'Italia si converte solo grazie all'impulso dell'integrazione comunitaria: si consuma così il passaggio «dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore», che nel nostro Paese è accompagnato dal processo di privatizzazione e di smantellamento dell'impresa pubblica<sup>44</sup>. Nel nuovo scenario istituzionale «tutela del risparmio vuol dire che i risparmiatori si debbono tutelare da soli e il potere pubblico deve apprestare solo strumenti a questo fine»<sup>45</sup>.

Il passaggio allo Stato "regolatore" è però un potente detonatore del sistema dei controlli<sup>46</sup>. La privatizzazione dei mercati, infatti, reca con sé enormi semplificazioni nella gestione, ma anche non trascurabili complicazioni: *in primis*, appunto, la creazione di un apparato di controllo<sup>47</sup>. Si afferma il modulo organizzativo affidato alle

---

<sup>45</sup> Sul tema, diffusamente, N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, nuova ed., Roma-Bari, 2003.

<sup>44</sup> In questi termini, S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Bari, 2000, p. 286 ss.; A. PREDIERI, *Pubblico e privato nel controllo societario*, in A. PREDIERI (a cura di), *Controlli societari e governo dell'impresa*, Torino, 1999, p. 4, che parla di una «osmosi dal comando pubblico al controllo pubblico»; V. PATALANO, *Reati e illeciti del diritto bancario. Profili sistematici della tutela del credito*, Torino, 2003, p. 17 ss., ove un'efficace sintesi dell'intera tematica.

<sup>45</sup> S. CASSESE, *Vigilanza del mercato finanziario o vigilanza sulle autorità di controllo del mercato finanziario?* in *Bancaria*, 7-8/2004, p. 55.

<sup>46</sup> Cfr. S. FORTUNATO, *Amministrazione e controllo sull'attività d'impresa*, in R. DI RAIMO (a cura di), *Interesse e poteri di controllo nei rapporti di diritto civile*, Napoli, 2006, p. 197 ss.

<sup>47</sup> Con particolare riferimento alla legislazione in materia di raccolta del risparmio ed esercizio del credito e sui mutamenti istituzionali dei controlli in tale settore, si veda, in chiave retrospettiva, F. MERUSI, *Interessi e fini nei controlli sugli intermediari finanziari*, in *Banca e borsa*, 1989, I, p. 169 ss.

autorità indipendenti<sup>48</sup>. Si palesano obiettivi nuovi dell'azione pubblica in economia: trasparenza, stabilità e concorrenza; obiettivi che le autorità perseguono mediante un controllo "conformativo": una valutazione del comportamento dei soggetti vigilati "oggettiva", di adeguamento, cioè, a *standard* oggettivi<sup>49</sup>. Il "criterio guida" della legislazione economica diviene la salvaguardia della «eguaglianza nei rapporti economici», fondata sugli artt. 3 e 41 Cost., che mira a prevenire che un soggetto economico «si assicuri un'indebita posizione di vantaggio nell'esercizio dell'attività imprenditoriale»<sup>50</sup>. Il mercato diventa attività d'impresa<sup>51</sup>, gestita da una s.p.a di diritto privato (che su alcuni aspetti funge anch'essa da istanza di controllo)<sup>52</sup>, ma gli organi pubblici preposti alla vigilanza conservano penetranti poteri: la Banca d'Italia garantisce la "stabilità", la Consob la "trasparenza" e la "correttezza" dei comportamenti.

Lasciando da parte, almeno per ora, il tema relativo alla vigilanza esercitata dalle autorità indipendenti<sup>53</sup>, ci soffermiamo sui controlli endosocietari.

### 3.2. *Il controllo societario: nozione e finalità; complementarità rispetto alla tutela di interessi pubblici*

Mentre l'involucro organizzativo del mercato subisce la cosmesi sopra descritta, muta anche la concezione dei controlli endosocietari.

"Controllo", in diritto societario, è vocabolo polisenso<sup>54</sup>. Esso indica, in una prima accezione, il "dominio" sulla società, evocando temi inerenti al controllo della proprietà: dalla circolazione del

<sup>48</sup> P. SCHLESINGER, *Il "nuovo" diritto dell'economia*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006, p. 51 ss.

<sup>49</sup> S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, loc. ult. cit..

<sup>50</sup> V. PATALANO, *Reati e illeciti*, cit., p. 25.

<sup>51</sup> Cfr. in termini critici G. DE MINICO, *Esiste ancora l'interesse alla difesa del risparmio?*, in *Pol. dir.*, 2002, p. 165 ss.

<sup>52</sup> Cfr. P. GIUDICI, *La responsabilità civile*, cit., p. 393 ss.

<sup>53</sup> Si rinvia al cap. VI, sezione seconda, § 2.

<sup>54</sup> Cfr. S. FORTUNATO, *I "controlli" nella riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 863 ss.

pacchetto azionario di controllo (“mercato del controllo”), alla detenzione di azioni di una società in altre società (il gruppo), sino ai fenomeni di controllo occulto della gestione sociale (i temi classici dell’amministratore di fatto e del socio tiranno). In un altro senso, il concetto di controllo indica l’attività di revisione e di valutazione che taluni organi, all’interno della società, effettuano sull’operato di altri organi sociali: «un’attività di secondo grado» in quanto finalizzata alla verifica di un’attività altrui<sup>55</sup>. Ci occuperemo di “controllo”, nel corso di questo lavoro, con riferimento a quest’ultimo significato<sup>56</sup>.

Riguardo alle possibili classificazioni inerenti al controllo, e tacendo di talune significative, va subito dato conto del tentativo di adottare un criterio classificatorio di stampo teleologico, alla luce del quale superare la dicotomia tra controlli interni ed esterni: tratto discrezionale tra le due tipologie sarebbe il fine pubblico, quindi esterno alla società, o privato, quindi ad essa interno, perseguito dall’organo. Dal punto di vista dell’utilità classificatoria, un criterio di tal fatta fallisce miseramente. Ma tale esito rende manifesto un dato: nella funzione di controllo “interno” si condensano interessi pubblici e privati<sup>57</sup>.

In via preliminare, va osservato come il controllo endosocietario leghi la sua origine alla teoria dell’agenzia: affonda le proprie radici nel rapporto tra un “principale” ed un “agente”, e nella condizione di impossibilità del primo, per i costi e/o per la distanza organizzativa, di controllare in prima persona che il secondo non ponga in essere comportamenti opportunistici, privilegiando i propri interessi

---

<sup>55</sup> S. FORTUNATO, *Amministrazione e controllo*, cit., p. 197.

<sup>56</sup> Segnaliamo però come le due prospettive in qualche modo si intersechino, là dove il controllo sulla proprietà dia origine a responsabilità “da controllo”: si pensi alla posizione, già in passato discussa, e ora da rivedere alla luce della novella sul diritto societario, dell’amministratore della capogruppo per gli illeciti commessi dalle società controllate; o alla posizione cd. “apicale” che, nel contesto della disciplina sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, il d.lgs. 231/2001 assegna ai soggetti che “di fatto” esercitano il controllo e la gestione della società.

<sup>57</sup> Il ragionamento è sviluppato da F. D’ANGELO, *I sindaci delle società bancarie nel quadro dei controlli interni*, Milano, 2000, p. 1 ss.

piuttosto che quelli del mandante<sup>58</sup>. Per ridurre i “costi d’agenzia” (*moral hazard* da parte dell’agente), il “principale” (mandante) si rivolge ad un “controllore”<sup>59</sup>. L’istituto dei sindaci, al quale da noi viene tradizionalmente affidato il controllo interno, sposa questa logica in una primordiale accezione; esso nasce per tutelare gli interessi della proprietà azionaria nei confronti dall’amministrazione sociale; la sua *ratio* è originariamente individuabile nella scissione tra proprietà e gestione<sup>60</sup>. E già in tale dimensione l’istituto sconta pesanti ambiguità. Non è chiaro se il controllo sindacale sia concepito per garantire gli interessi della stessa maggioranza che nomina i sindaci, o per preservare le ragioni della minoranza azionaria; e, comunque, i sindaci vengono già dal codice civile chiamati a rispondere per le lesioni che la gestione sociale produce nei confronti di interessi esterni alla società, interessi dall’ampiezza incerta: ad esempio, quelli dei creditori sociali<sup>61</sup>.

La negoziazione dei titoli nel mercato finanziario fa sì che la funzione di controllo interno esondi dagli argini della dialettica tra proprietà e gestione<sup>62</sup>. La circostanza che la società si rivolga al mer-

<sup>58</sup> Sulla teoria dell’agenzia, fondamentali M.C. JENSEN, W.H. MECKLING, *Theory of the Firm: Managerial Behaviour, Agency Costs and Ownership Structure*, in *Journal of Financial and Economics*, 1976, Vol. 3, No. 4, p. 305 ss.; E.F. FAMA, M.C. JENSEN, *Agency Problems and Residual Claims*, in *Journal of Law & Economics*, vol. XXVI, 1983, p. 327 ss.; una sintesi istruttiva in H. HANSMANN, R.R. KRAKMAN, *Problemi di “agency” e strategie normative*, in L. ENRIQUES (a cura di), *Diritto societario comparato*, Bologna, 2006, p. 29 ss.; P. BASTIA, *Teoria dell’agenzia e strumenti di informazione e controllo*, Bologna, 1992, p. 7. I problemi generati dalla “separazione tra proprietà e controllo” sono già al centro del classico studio di A. BERLE, G.C. MEANS, *Società per azioni e proprietà privata* (1932), Torino, 1966. Sull’evoluzione istituzionale di questo principio negli Stati Uniti e nel Regno Unito, B.R. CHEFFINS, *Il diritto societario e la separazione di proprietà e controllo*, in *Banca imp. soc.*, 2001, p. 181 ss.

<sup>59</sup> M. POWER, *La società dei controlli*, cit., p. 9.

<sup>60</sup> S. FORTUNATO, *I controlli amministrativi sulle società*, in *Riv. soc.*, 1998, p. 409.

<sup>61</sup> Cfr. U. TEDESCHI, *Il controllo sindacale: limiti dell’influenza sull’amministrazione*, in *Soc.*, 1993, p. 598 ss., p. 603; G. CAVALLI, *Il controllo interno societario e gli interessi protetti*, in *Soc.*, 1998, p. 888 ss.

<sup>62</sup> Le dinamiche del concetto di proprietà, innescate dall’espansione dell’istituto delle società per azioni, sono già esplorate da A. BERLE, G.C. MEANS, *Società per azioni e proprietà privata*, cit., specialmente nel cap. I, parte prima, e in tutta la parte quarta. Il modello di sviluppo indicato da Berle e Means viene integrato, in tempi più recenti, dalla ricerca di M.J. ROE, *Managers forti, azionisti deboli. Eco-*



cato incide sulla relazione d'agenzia: gli interessi gestiti appartengono ad una categoria non più "statica" di proprietari, ma ad una componente "dinamica" di investitori. La ricchezza negoziata è "ricchezza diffusa", secondo quel processo ribattezzato "finanziarizzazione della ricchezza"<sup>63</sup>. L'equivalenza proprietà-compagine sociale è infranta<sup>64</sup>. La circolazione di titoli azionari e di altri strumenti finanziari crea una "nuova" categoria di soggetti da tutelare: "risparmiatori" o "investitori". Costoro legano la propria sorte a quella della società nella misura necessaria ad incrementare il proprio investimento, senza aspirare alla direzione strategica dell'ente<sup>65</sup>: «sono soci del mercato»<sup>66</sup>.

Ne segue che lo spettro teleologico del controllo interno si ammantava di una coloritura pubblicistica ancor più evidente. Gli organi titolari di questa funzione intrattengono una fitta serie di relazioni con le autorità amministrative; il collegio sindacale ne diviene interlocutore privilegiato e, nello stesso tempo, è tenuto a conformarsi

---

*nomia, finanza e scelte politiche alle radici della corporate governance*, Milano, 1997. Per Roe la teoria economica non basta da sola a spiegare perché in America si sia affermato un modello di proprietà diffusa. L'Autore impiega un modello esplicativo di tipo economico ed uno di tipo "politico" (due "paradigmi": *ibidem*, p. 35 ss.). L'idea centrale del libro, quindi, è che «l'impresa vista alla Berle e Means è un prodotto della politica americana e non soltanto una inevitabile necessità economica» (*ibidem*, p. 54). Sulla validità della *path dependency* di Roe e sulla discussione avviata dall'introduzione di questo concetto, si rinvia a M. TONELLO, *Corporate Governance*, cit., p. 68 ss.

<sup>63</sup> Cfr. L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa*, Milano, 1997, p. 58 ss.

<sup>64</sup> Il tema del superamento della dicotomia illustrata da Berle e Means nel 1932 è affrontato da G. ROSSI, *Il mercato d'azzardo*, cit., p. 47 ss., in un capitolo significativamente denominato «la dissociazione della proprietà dalla proprietà».

<sup>65</sup> Il centro di interessi della moderna s.p.a. non coincide con l'azionista, ma con la «transeunte qualità che l'investitore viene a ricoprire nel periodo intercorrente tra la decisione di acquistare e quella di vendere determinate azioni»: così, sebbene in prospettiva critica, F. DENOZZA, *La nozione di informazione privilegiata tra "Shareholder Value" e "Socially Responsible Investing"*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 585 ss.; sul punto anche C. DI NANNI, *I controlli sulle società per azioni nell'ordinamento italiano*, in *Dir. giur.*, 2002, p. 1 ss.; U. TOMBARI, *La nuova struttura finanziaria delle società per azioni (Corporate Governance e categorie rappresentative del fenomeno societario)*, in *Riv. Soc.*, 2004, p. 1095 ss.

<sup>66</sup> G. VISENTINI, *I principi della società per azioni come istituto giuridico delle economie di mercato: confronti con la recente riforma*, in *Dir. fall. soc. comm.*, 2004, p. 930.

ai precetti informativi che, sul piano organizzativo, le autorità destinano agli enti vigilati. Secondo un rapporto biunivoco: l'apparato interno di controllo funge da sonda al servizio dell'autorità, e quest'ultima contribuisce a plasmarne la funzione tramite fonti regolamentari<sup>67</sup>.

Ai controlli interni si chiede quindi di costituire la prima maglia di una rete protettiva di interessi esorbitanti il patrimonio sociale<sup>68</sup>. Il fenomeno è ulteriormente accentuato dallo sviluppo delle teorie di *corporate governance*, che eleggono quale loro punto di riferimento la tutela degli *stakeholders* e non solo degli *shareholders*<sup>69</sup>.

### 3.3. Ancora sulla funzione di controllo interno: tendenze evolutive sul piano morfologico e prossimità alla gestione

Dinanzi al fascio di interessi che le regole del governo societario su di sé assumono, il tradizionale controllo sindacale diviene strumento inadeguato. L'episodicità e la frammentarietà del controllo, normalmente *ex post* e su specifici atti<sup>70</sup>, ed il vizio genetico dell'or-

<sup>67</sup> In generale, su questi aspetti, F. D'ANGELO, *I sindaci*, cit., p. 15. Per un riscontro, in riferimento alla previgente normativa sul collegio sindacale, A. POMELLI, *Il nuovo ruolo del collegio sindacale secondo la comunicazione Consob n. DEM/1025564 del 6 aprile 2001*, in *Giur. comm.*, 2002, II, p. 154 ss. Si tenga presente, inoltre, come la regolamentazione emanata dalla Consob abbia anticipato talune scelte legislative: in proposito, G. PRESTI, *Le raccomandazioni Consob nella cornice della corporate governance*, in *Riv. soc.*, 1997, p. 739 ss.

<sup>68</sup> È questo un dato già colto da autorevole dottrina, in sede di commento alle disposizioni sul collegio sindacale attuate dal d.lgs. 58/1998: vedi G. CAVALLI, *Artt. 148-154*, in G.F. CAMPOBASSO (Commentario diretto da), *Testo unico della finanza*, vol. II, *Emittenti*, Torino, 2002, p. 1253 ss. (tuttavia, l'Autore esprime perplessità innanzi alla prospettiva di proiettare sulla funzione sindacale la tutela di interessi "diffusi" di tipo pubblicistico).

<sup>69</sup> Cfr. M. TONELLO, "Corporate Governance", cit., p. 77 ss.; nella prospettiva penalistica, G.M. FLICK, *Economia ed etica nell'Europa della globalizzazione*, in *Riv. guard. finanz.*, supplemento n.4/2003, p. 144 ss. Approfondimenti sul concetto di "stakeholders" in M.E. DI GIANDOMENICO, *Management etico. Principi e fondamenti*, Milano, 2007, p. 21 ss.; T. DONALDSON, L.E. PRESTON, *The Stakeholder Theory of the Corporation: Concepts, Evidence, and Implications*, in *Academy of Management Rev.*, Vol. 20, No. 1, 1995, p. 65 ss.

<sup>70</sup> G. PRESTI, *Società del settore finanziario e collegio sindacale: un puzzle normativo per un'identità sfuggente*, in G. PRESTI, *Collegio sindacale e sistema dei controlli nel diritto societario comune e speciale*, Milano, 2002, p. 9.

gano, che è nominato dalla stessa maggioranza assembleare nominante gli amministratori, e su questi, nondimeno, chiamato a vigilare, sono lacune ben note<sup>71</sup>.

Da questo punto di vista, la riforma del diritto societario (d.lgs. 6/2003) segna una tappa fondamentale nell'evoluzione dei controlli. Sottratto il controllo di tipo contabile agli organi interni, sono previsti tre modelli alternativi di amministrazione e controllo<sup>72</sup>. Il primo, detto tradizionale o "latino", contempla ancora i sindaci: ma le loro attribuzioni finiscono con il coincidere con quelle dei sindaci delle società quotate. Nel secondo, detto dualistico o "renano", al collegio sindacale si sostituisce un consiglio di sorveglianza, tenuto a vigilare sul consiglio di gestione, in pratica sugli amministratori. Nel terzo, infine, chiamato "monistico", di origine anglosassone, l'organo di controllo è rappresentato da un comitato per il controllo sulla gestione composto da amministratori "indipendenti", all'interno del CdA<sup>73</sup>.

Si giunge in tal modo ad una tendenziale sovrapposizione tra gestione e controllo. Riguardo ai modelli alternativi, si è parlato di «competenze gestorie che rifluiscono, o rischiano di rifluire, sugli organi di controllo: per il fatto stesso che, nel sistema dualistico, questi assumono funzioni ulteriori rispetto a quelle della sola vigilanza e, nel sistema monistico, sono collocati all'interno del medesimo organo amministrativo»<sup>74</sup>. Ma anche con riguardo al sistema "tradizionale", si è osservato come il rapporto tra CdA e collegio sindacale costituisca un «sistema ad affinità elettive » e non più «a segmenti separati»<sup>75</sup>.

---

<sup>71</sup> In tal senso, già G. FERRI, *I controlli interni nelle società per azioni*, in AA.VV., *Controlli interni ed esterni delle società per azioni*, Milano, 1972, p. 13 ss.

<sup>72</sup> Per uno sguardo di insieme, S. FORTUNATO, *I "controlli" nella riforma*, loc. cit.; M. CERA, *I controlli nelle società di capitali "chiuse" fra modelli legali ed evoluzione della realtà*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 354 ss.; B. LIBONATI, *Noterelle a margine dei nuovi sistemi di amministrazione della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 2008, p. 281 ss.

<sup>73</sup> Questi aspetti saranno singolarmente ripresi nel cap. VI, sezione prima.

<sup>74</sup> R. RORDORF, *Le società per azioni dopo la riforma: il sistema dei controlli*, in *Foro it.*, 9/2003, V, c. 184 ss.

<sup>75</sup> P. MONTALENTI, *Il sistema dei controlli interni nelle società di capitali*, in *Soc.*, 2005, 294 ss., p. 299.

Dalle ceneri del “vecchio” controllo sindacale nasce una nuova idea di controllo interno: da funzione nettamente scissa dalla gestione, perciò incarnata da un organo “ulteriore” rispetto a quello gestorio, si è passati a concepire il controllo come fase prossima alla gestione<sup>76</sup>. Il che potrebbe apparire paradossale. Ne potrebbe nascere il timore di un nocumento all’efficienza e all’indipendenza della sorveglianza. In realtà, secondo le intenzioni, la vicinanza tra gestione e controllo soddisfa proprio l’esigenza di garantire efficacia a quest’ultimo, conferendo agli organi ad esso preposti una collocazione organizzativa funzionale allo scopo: solo seguendo “dall’interno” i passi della gestione è dato modo ai controllori di intervenire adeguatamente<sup>77</sup>.

La prospettiva, in realtà, va relazionata ad una generale tendenza: «le società si vanno trasformando in apparati procedurali»<sup>78</sup>.

In tutti i sistemi di amministrazione e controllo si nota uno spostamento del momento in cui cade il controllo. Questo momento non coincide solo con l’atto realizzato dagli amministratori – inteso come il risultato di una certa attività, analizzata *ex post* –, bensì con quanto precede la messa in essere di tale atto: la struttura organizzativa su cui si innestano le scelte esecutive, valutate *ex ante*. Gli odierni controllori, a diversi livelli, sono chiamati a monitorare

<sup>76</sup> In tal senso, già prima della novella societaria, G. PRESTI, *Società del settore finanziario e collegio sindacale*, cit., p. 9 ss. A seguito della novella, D. CORAPI, *I sistemi di amministrazione e controllo nella riforma delle società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, p. 199, segnala una “commistione” tra amministrazione e controllo, come caratteristica dei nuovi sistemi, che trasforma il controllo in un’attività preventiva.

<sup>77</sup> Con particolare riferimento al sistema monistico, vedi M. TONELLO, *Corporate Governance*, cit., p. 135. Di straordinaria attualità le riflessioni di G. FERRI, *I controlli interni*, cit., p. 21 ss., ed in particolare la proposta, che lo stesso Autore giudicava allora “iconoclasta”, di eliminare il collegio sindacale in favore di un controllo esercitato direttamente dall’organo di gestione. Una valutazione, se non proprio positiva quanto meno “di apertura”, rispetto ai nuovi sistemi di amministrazione e controllo si rinviene in P. MONTALENTI, *Il sistema dei controlli*, loc. ult. cit.; dopo la L. 262/2005, vedi P. MONTALENTI, *Amministrazione, controllo, minoranza nella legge sul risparmio*, in *Riv. soc.*, 2006, p. 975 ss. Rileva, invece, problemi di sovrapposizione tra le diverse istanze di controllo, acuiti dalla L. 262/2005, G.D. MOSCO, *Rafforzamento dei controlli interni e indebolimenti sistematici degli organi di sorveglianza*, in *An. giur. ec.*, 2006, p. 33 ss.

<sup>78</sup> N. IRTI, *Due temi di governo societario (responsabilità “amministrativa”-codici di autodisciplina)*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 693 ss.

costantemente l' idoneità di un' organizzazione, o di un segmento di questa, in modo coevo alla percezione di determinati rischi<sup>79</sup>. Il controllo arretra conseguentemente alla possibile fase genetica di un rischio: una falla organizzativa; si afferma sempre più come controllo sulle procedure e, a sua volta, attività procedimentalizzata<sup>80</sup>, come «*processo valutativo e, eventualmente, reattivo*»<sup>81</sup>; si concentra, come detto, sull' organizzazione, ma non (solo e non tanto) come assetto corporativo dell' ente, bensì come insieme di articolazioni esecutivo-dinamiche<sup>82</sup>; ed aspira, infine, ad una gestione istituzionalizzata di informazioni, ossia allo scambio di queste tramite canali formali e programmati<sup>83</sup>.

#### 4. *Due elementi di complicazione del sistema: l' "irrazionalità" del mercato e l' "imperfezione" del diritto societario*

Sin qui il volto "ufficiale" del sistema: il mercato si regge sull' ipotesi dell' efficienza informativa; i controlli diminuiscono il rischio di deviazioni da questo modello; i controlli interni, in particolare, soddisfano questa esigenza monitorando apparati organizzativi. Questa spiegazione, come visto, accetta la validità di due premesse: a) l' efficienza informativa del mercato; b) la teoria dell' agenzia.

Su entrambe è d' uopo qualche approfondimento.

a) La *Efficient Market Hypothesis* è un costrutto indimostrabile: «una specie di dogma della teoria economica»<sup>84</sup>. Il funzionamento

<sup>79</sup> Sulle implicazioni che nascono da questa considerazione *infra* § 5.

<sup>80</sup> In conformità al volto assunto dal controllo interno nella prassi statunitense: ampiamente G. FERRARINI, *Controlli interni, governo societario e responsabilità. Esperienze statunitensi ed italiana a confronto*, in AA.VV.,  *Mercati finanziari e sistema dei controlli*, Milano, 2005, p. 101 ss.

<sup>81</sup> L. FURGIUELE, *La responsabilità da controllo*, in R. ALESSI, N. ABRIANI, U. MORERA, *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, Milano, 2007, p. 429 (corsivo nell' originale).

<sup>82</sup> Vedi meglio *infra*, cap. V, sezione prima.

<sup>83</sup> Cfr. G.D. MOSCO, *Cognosco ergo sum. L' informazione e la nuova identità del collegio sindacale*, in *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, cit., p. 310 ss.

<sup>84</sup> E. ESPOSITO, *Meccanismi divinatori nei mercati finanziari*, in *Rassegna it. sociologia*, 1/2005, p. 95 ss., citazione a p. 98. Nella letteratura economica, per una revisione dell' ipotesi della EMH, S.J. GROSSMAN, J.E. STIGLITZ, *On the Impossi-*

del mercato borsistico sembra retto, in realtà, da un'ineffabile irrazionalità: le decisioni degli investitori non appaiono fondate sui dati economici – un valore, incorporato nel prezzo e quindi nell'informazione; piuttosto, ci si orienta sulla base dei comportamenti attesi dagli altri, sino al punto tale che «quando tutti sono matti dobbiamo in qualche modo seguirli», come del resto dimostra il ricorrere di “bolle” speculative<sup>85</sup>. Se ci si arrestasse a questa conclusione, bisognerebbe rinunciare a qualunque tentativo di comprensione razionale, economica e infine giuridica del fenomeno<sup>86</sup>.

La spiegazione sociologica, però, muovendo dalla «osservazione reciproca degli operatori», che è a fondamento delle scelte dell'investitore, intravede nel funzionamento del mercato una “diversa” razionalità: «La razionalità, o ciò che rimane di essa, sta nell'orientare il proprio comportamento a quello che si suppone sia il comportamento degli altri e all'incertezza del futuro – sapendo però che gli

---

*bility of Informationally Efficient Markets*, in *American Economic Review*, 1980, p. 393 ss.; un quadro aggiornato in A.W. LO, *Efficient Market Hypothesis*, cit., p. 1 ss. Una – a tratti sarcastica – critica nei confronti dei postulati economici del mercato finanziario si rinviene in J.A. PAULOS, *Un matematico gioca in borsa*, Milano, 2004, p. 7 ss.

<sup>85</sup> Ampiamente, E. ESPOSITO, *Meccanismi divinatori nei mercati finanziari*, cit., p. 95 ss. (la citazione ripresa dall'Autrice risale ad un banchiere inglese del 1720, v. *ibidem*, nota 15). Sul ruolo giocato dai comportamenti irrazionali nella storia delle crisi finanziarie, si veda il volume di F. GALIMBERTI, *Economia e pazzia. Crisi finanziarie di ieri e di oggi*, Roma-Bari, 2002. Per converso, sul conformismo nei comportamenti economici come generatore di sicurezza, vedi W. SOFSKY, *Das Prinzip Sicherheit*, Frankfurt am Main, 2005, p. 79. Secondo l'analisi di J.N. GORDON, *What Enron Means*, cit. p. 1255 ss., la vicenda riguardante *Enron* dimostrerebbe il vizio della *EMH*, sul presupposto che, in tale vicenda, il pubblico – almeno gli investitori esperti – disponesse comunque dei mezzi per valutare come sospette le certificazioni della Arthur Andersen. Nella letteratura finanziaria, invece, si segnala un indirizzo che tende a integrare i postulati della *EMH* con le acquisizioni della “finanza comportamentale” (*behavioral finance*: un'ampia introduzione sul tema in P. LEGRENZI, *Psicologia e investimenti finanziari*, Milano, 2006, p. 1 ss.), sino a giungere ad un nuovo modello esplicativo: la “Adaptative Market Hypothesis” (*AMH*); sul punto A.W. LO, *Reconciling Efficient Markets with Behavioral Finance: The Adaptative Markets Hypothesis*, 2005, [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com).

<sup>86</sup> «Così descritta, la situazione sembra lasciare ben poco spazio alla programmazione e al controllo; tanto vale allora affidarsi al caso» (E. ESPOSITO, *Meccanismi divinatori nei mercati finanziari*, cit., 101).

altri fanno lo stesso e che il futuro dipende dal presente»<sup>87</sup>. Secondo tale spiegazione, il mercato proietta nel futuro un sapere relegato nel passato, compiendo, con ciò, una stabilizzazione di aspettative<sup>88</sup>. Questa funzione, non potendo essere assolta tramite la previsione certa del futuro, sfocia in una «conversione dell'insicurezza in un rischio»<sup>89</sup>. L'insicurezza circa i profitti di un'impresa viene ridotta ad un numero – il prezzo –, sulla base, però, di azioni riflesse: «Investitore e analista stanno tra due specchi, che senza fine riflettono le rispettive reazioni. La formazione del prezzo sul mercato azionario accade – *ad hoc* e in modo spontaneo –, non sulla base della propria aspettativa circa la possibilità futura di un'impresa (questa è ampiamente sconosciuta), ma sulla base di aspettative di un'aspettativa (*Erwartungs-Erwartungen*)»<sup>90</sup>. Lo specchio è la metafora della razionalità del mercato: ciò che esso riflette è reale, ma non focalizzato sulla «realtà degli oggetti», imponderabile, bensì sulla «realtà dell'osservazione»<sup>91</sup>.

Come avremo modo di appurare, l'irrazionalità, ovvero la “diversa” razionalità del mercato, incide sulla struttura della fattispe-

<sup>87</sup> Vedi ancora E. ESPOSITO, *Meccanismi divinatori nei mercati finanziari*, cit., p. 100 ss. (la citazione si trova a p. 107).

<sup>88</sup> P. WINDOLF, *Finanzmärkte und Produktionsregime*, in *Finanzmarkt Kapitalismus. Analysen zum Wandel von Produktionsregimen*, in P. WINDOLF (a cura di), *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, Sonderheft 45/2005, p. 25 ss. Secondo tale ricostruzione, il mercato dei beni, che è proiettato verso il passato, funge da istanza di stabilizzazione di primo rango, mentre il mercato azionario funge da istanza di secondo ordine. Nel mercato dei beni la valutazione dell'efficienza di un processo di produzione avviene, infatti, in ogni singola transazione, nella quale si valuta se il bene offerto abbia un valore d'uso. Il mercato dei titoli valuta invece la redditività della media di tutte le transazioni in un determinato periodo.

<sup>89</sup> P. WINDOLF, *Finanzmärkte und Produktionsregime*, cit., p. 27 ss., dove si spiega come la funzione di riduzione della complessità avviene in relazione a due incognite: la produzione, da parte di un'impresa, di redditi futuri e il costo futuro dei capitali.

<sup>90</sup> P. WINDOLF, *Finanzmärkte und Produktionsregime*, loc. cit. (citazione a p. 30). La conclusione discende da osservazioni risalenti al Keynes (citato da Windolf), secondo cui l'investitore raggiunge lo stadio dell'intelletto «where we devote our intelligence to anticipating what average opinion expects the average opinion to be» (la citazione è tratta da un passo celebre, dove Keynes intuisce quel fenomeno in seguito ribattezzato, in ragione dell'esempio addotto dal grande economista, “beauty contest”: vedi, in italiano, J.M. KEYNES, *Teoria generale dell'occupazione, dell'interesse e della moneta*, ed. curata da T. Cozzi, Torino, 2006, p. 342)

<sup>91</sup> E. ESPOSITO, *Meccanismi divinatori nei mercati finanziari*, cit., p. 108.

cie penale e ne complica la criteriologia di accertamento: soprattutto nel momento in cui le norme penali confidano nell'esistenza di un "investitore razionale" quale parametro dell'incriminazione<sup>92</sup>.

Da un diverso angolo visuale, la funzione svolta da taluni operatori qualificati (intermediari, *gatekeepers*, analisti ecc.), che dal punto di vista giuridico ed economico è finalizzata a ridurre asimmetrie o comunque a rendere l'investitore "consapevole"<sup>93</sup>, è più che altro una gestione dell'incertezza, un tentativo di imbrigliare questa incertezza in procedure<sup>94</sup>.

b) Quanto alla teoria dell'agenzia, s'è detto di come il controllo nasca dal problema basilare della società per azioni: la scissione tra gestione e proprietà che espone i titolari dei beni al rischio di comportamenti opportunistici perpetrati da parte di chi quei beni amministra. Questo connotato della società per azioni è oggi visto come affetto da un'ineliminabile «imperfezione», cioè da un'incapacità da parte del diritto societario, da solo, di regolare i conflitti nascenti dal rapporto organizzativo che la società per azioni instaura: in origine, il rapporto tra *manager* e azionisti<sup>95</sup>.

Il che è da ricondurre al fatto, già accennato, che il bene scambiato sui mercati finanziari ha sempre meno a che vedere con il tra-

<sup>92</sup> Sin d'ora si veda F. SCUBBI, *Il risparmio come oggetto di tutela penale*, cit., p. 345 ss. *Amplius, infra*, cap. II, sezione seconda, §§ 4.1. ss.

<sup>93</sup> Quanto alla funzione di riduttore di asimmetrie rivestita dall'intermediario, cfr. art. 21 comma 1, lett. b, Tuf, secondo cui i soggetti abilitati alla prestazione dei servizi di investimento devono "acquisire, le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati". Sul punto, si è precisato come «la giustificazione sociologica [...] dell'azione, o meglio della presenza, complessivamente considerata, degli intermediari nell'ambito del mercato finanziario consista nel permettere ai risparmiatori non investimenti "sicuri", ma "consapevoli"» (A. PISANI MASSAMORMILE, *Emissioni obbligazionarie e responsabilità degli intermediari*, in *Scritti in onore di V. Buonocore*, vol. II, Milano, 2005, p. 1500). Sul ruolo dei *gatekeepers* come riduttori di asimmetrie e, con essa, della selezione avversa, A. PERRONE, *Informazione*, cit., p. 22 ss.

<sup>94</sup> Si veda l'ipotesi esplicativa suggerita da E. ESPOSITO, *Meccanismi divinatori nei mercati finanziari*, cit., p. 118 ss., che associa questo processo alla "razionalità divinatoria", nella quale la gestione dell'eccesso di informazioni veniva «controllato isolando delle procedure ben circoscritte e regolamentate, in riferimento alle quali erano state sviluppate specifiche tecniche interpretative: i responsi degli oracoli, le forme dei fegati, le configurazioni sui gusci delle tartarughe».

<sup>95</sup> Cfr. M.R. FERRARESE, *Della corporate governance, ovvero dell'imperfezione del diritto societario*, in *Scritti giuridici per G. Rossi*, tomo I, Milano, 2002, p. 387 ss.



dizionale concetto di proprietà: questo bene si risolve, più che altro, in una “speranza” di ricchezza, condizionata da rischi assolutamente ineliminabili<sup>96</sup>. È dunque parso opportuno, ai teorici della società per azioni, dover deviare l’attenzione dall’istituto della “proprietà” per rivolgerla al “contratto”, come fonte regolativa del rapporto tra azionisti e *manager*. Tuttavia, anche quando si fa ricorso alla costruzione dell’impresa come “nexus-of-contracts”<sup>97</sup>, ci si avvede che esiste un “valore aggiunto”, rispetto ad una somma di contratti, che l’impresa societaria è tenuta a garantire<sup>98</sup>. L’espressione “corporate governance” è l’anglicismo in cui si riassume questo “valore aggiunto”.

Qualunque significato si voglia dare all’espressione<sup>99</sup>, siamo innanzi ad una nebulosa normativa tendente ad instillare nuovi valori nel rapporto tra operatori economici ed una serie sempre più ampia di *stakeholders*, nel quadro di quella dilatazione subita dallo schema dell’*agency* cui in precedenza si faceva riferimento. Una dilatazione che raggiunge il suo culmine, quando, con un intervento estremamente invasivo, lo Stato rende palese che la *corporate governance* è strumento di perseguimento di obiettivi pubblicistici: il che è accaduto negli Stati Uniti con il *Sarbanes-Oxley Act*<sup>100</sup>, ma non

---

<sup>96</sup> Molto efficacemente, M.R. FERRARESE, *Della corporate governance*, cit., pp. 399-400, scrive che «la proprietà diventa virtuale, ossia la sua identità viene proiettata verso ciò che potrebbe essere».

<sup>97</sup> Questa visione è espressa nel noto saggio di R.H. COASE, *The Nature of the Firm*, in *Economica*, New Series, Vol. 4, No. 16, 1937, p. 386 ss.; sulle differenze tra Coase e le successive impostazioni contrattualiste si veda D. MILLON, *Theories of the Corporation*, in *Duke Law Journal*, No. 2, 1990, p. 229 ss.; una versione più recente in F.H. EASTERBROOK, D.R. FISCHER, *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge-London, 1991, p. 1 ss.

<sup>98</sup> M.R. FERRARESE, *Della corporate governance*, cit., pp. 410-411, con i dovuti riferimenti letterari. Sull’aspirazione del modello “contrattualista” ad instaurare obblighi fiduciari «non solo nei confronti degli azionisti ma anche nei confronti delle altre parti interessate» (*stakeholders* diversi dagli azionisti), vedi anche R. COSTI, *La responsabilità sociale dell’impresa e il diritto azionario italiano*, in AA.Vv., *La responsabilità dell’impresa. Per i primi trent’anni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2006, p. 83 ss., in particolare, p. 90 ss.

<sup>99</sup> Sulle possibili definizioni di “corporate governance” vedi *infra*, sezione seconda, § 2.2.

<sup>100</sup> Sul punto, si veda l’analisi di D.C. LANGEVOORT, *The Social Construction of Sarbanes-Oxley*, cit., p. 15 ss.

è eccessivamente lontano dalla logica sottesa alla nostra “legge sul risparmio”<sup>101</sup>.

L'enfasi riposta dalla *corporate governance* sui controlli, dunque, non è certo spiegabile tramite teorie contrattualistiche: essa soddisfa la necessità di alimentare la fiducia<sup>102</sup> degli attori dello scambio in un contesto dove, nei termini su riferiti, la ricchezza è mutata, e diviene, inoltre, strumento di «negoiazione dei confini tra spazi pubblici e privati nelle grandi *corporations*»<sup>103</sup>.

L'imperfezione del diritto societario è riflessa nella perenne oscillazione della legislazione societaria tra diritto privato e diritto pubblico<sup>104</sup>. Un'oscillazione che si riversa anche nelle scelte di politica criminale: ne diviene esempio il nostro ordinamento, quando

<sup>101</sup> Cfr. l'analisi di comparativa di G.D. MOSCO, *Le regole di governance per le quotate: una risorsa o un peso?* in G.D. MOSCO, F. VELLA (a cura di), *Imprese e investitori. Crescita, tutele, interessi*, Milano, 2008, p. 41 ss., e le conclusioni tratte dall'Autore alle pp. 56-57.

<sup>102</sup> In proposito, si vedano, ancora, le stimolanti riflessioni della M.R. FERRARESE, *Della corporate governance*, cit., p. 411 ss. Cfr. anche lo studio di D.P. SULLIVAN, D.E. CONLON, *Crisis and Transition in Corporate Governance Paradigms: The Role of the Chancery Court of Delaware*, in *Law & Society Review*, Vol. 31, No. 4, 1997, p. 713 ss., in particolare p. 746 ss., dove l'ampliamento degli obblighi di fiducia dei *manager* – riconosciuti dalla giurisprudenza del Delaware, che ha un ruolo storicamente trainante nell'evoluzione degli approcci alla *corporate governance* – è visto come affermazione di un “multifiduciary model”. Molto interessante, infine, l'analisi di M.A. EISENBERG, *Corporate Law and Social Norms*, in *Columbia Law Rev.*, 1999, p. 1253 ss., dedicata ai nessi tra “norme sociali” e “regole legali” nel diritto delle società, esplorati rispetto agli ambiti tipici della *corporate governance*: obblighi di fiducia e lealtà e dovere di diligenza dell'esecutivo – *directors* –; indipendenza del *board*; offerte pubbliche di acquisto; investitori istituzionali. La chiave di lettura suggerita dall'Autore consiste nel rilevare, nell'ingresso di “social norms” all'interno del sistema legale, mutamenti nel sistema di fiducia dei protagonisti del mercato (più esattamente: «changes in the belief-systems of relevant corporate actors», *ibidem*, p. 1291).

<sup>103</sup> L'espressione è riferita al *Sarbanes-Oxley Act* da D.C. LANGEVOORT, *The Social Construction of Sarbanes-Oxley*, cit., p. 1.

<sup>104</sup> Ricostruisce la storia delle società per azioni come storia del «rapporto tra norme imperative e derogabili» G. ROSSI, *Dalla Compagnia delle Indie al Sarbanes-Oxley Act*, in *La società per azioni oggi*, cit., p. 27 ss.; evidenzia l'accento posto sulla gestione dell'impresa – quindi sul profilo privatistico – da parte della riforma delle società del 2003, invece che sulla funzione di raccolta del risparmio svolta dalle società, G. VISENTINI, *I principi della società per azioni*, cit., p. 944 ss.; viceversa, dalla riforma del 2002, sembra che nel diritto statunitense vi sia una riaffermazione del profilo pubblicistico delle *corporations*, come illustra D.C. LANGEVOORT, *The Social Construction of Sarbanes-Oxley*, cit., *passim*.

sperimenta perigliose combinazioni tra privatizzazione del bene giuridico, nel settore penal-societario, e tutela delle istituzioni economiche (o della “fiducia” nelle stesse)<sup>105</sup> che, all’opposto, sembra essere l’anima del diritto penale del mercato finanziario<sup>106</sup>.

##### 5. *La funzione di controllo nella società del rischio*

La disamina sin qui condotta offre alcuni spunti degni di nota in vista di un’analisi di taglio penalistico. In primo luogo, come osservato, la disciplina dei controlli – anche “interni” – deborda in più punti dallo schema del “contratto”: in essa sono incluse norme riguardanti sia le società sia il mercato<sup>107</sup>, e, ancora oltre e sempre più spesso, norme finalizzate alla tutela di interessi che l’una e l’altra istituzione devono “responsabilmente” rispettare, se non preservare<sup>108</sup>. La distribuzione dei poteri nell’impresa, del resto, è apparsa non a caso evocare gli equilibri tra i poteri di una “repubblica”<sup>109</sup>.

<sup>105</sup> Vedi *amplius infra*, cap. II, sezione prima.

<sup>106</sup> Cfr. M. ROMANO, *Diritto delle società e sistema punitivo italiano nel contesto internazionale*, in *La società per azioni oggi*, cit., p. 277 ss. (con un riferimento, ovviamente, all’inopinata svolta “privatistica” del legislatore penale in materia di reati societari con il d.lgs. 61/2002). Sulle difficoltà di rinvenire nelle moderne legislazioni un nucleo di fattispecie penali a tutela dell’economia, distinte dalle fattispecie che tutelano il patrimonio, malgrado la riconosciuta autonomia dei due concetti, L. FOFFANI, *Tra patrimonio ed economia: la riforma dei reati d’impresa*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 2007, p. 751 ss. Sull’argomento vedi meglio *infra*, cap. II, sezione prima.

<sup>107</sup> Sulla difficile distinzione tra regole di mercato e regole societarie, e sulla loro sostanziale convergenza di scopi, R. COSTI, *Il governo delle società quotate: tra ordinamento dei mercati e diritto delle società*, in *Riv. dir. comm. int.*, 1998, p. 65 ss. Quanto al sostanziale superamento della distinzione tra regolamentazione pubblica e privata, nel diritto del mercato finanziario, si veda la premessa del volume di P. GIUDICI, *La responsabilità civile*, cit., p. XVII ss.

<sup>108</sup> Vedi il *Libro Verde* della Commissione delle Comunità europee “Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese”, del 2001, disponibile su <http://ec.europa.eu/> (significativo soprattutto il paragrafo 3.5. sull’«investimento socialmente responsabile»). Sull’impatto della responsabilità sociale dell’impresa sulle regole relative all’organizzazione delle società vedi R. COSTI, *La responsabilità sociale dell’impresa*, cit., p. 85 ss.; C. PECORARO, *Gestione del rischio da ignoto tecnologico: prime riflessioni sull’adeguatezza dell’organizzazione*, in *Scritti in onore di V. Buonocore*, vol. II, cit., p. 1425 ss., p. 1433, p. 1447.

<sup>109</sup> Approfonditamente, L. GALLINO, *L’impresa irresponsabile*, Torino, 2005, p. 18 ss.

Ma la regolazione di tali equilibri non si esaurisce nella statuizione di “regole” fissate *ex ante* dal legislatore; piuttosto, coinvolge anche “standard”, sul cui contenuto l’interprete è chiamato, *ex post*, a decidere<sup>110</sup>.

Il ricorso della legislazione a clausole mutuete dall’economia<sup>111</sup> soddisfa, appunto, le molteplici pretese esercitate dall’ordinamento nei confronti dei controlli, nella speranza di saldare l’“efficienza” economica ai “valori” (tra questi la “legalità”); nello stesso tempo, ammettendo l’incessante specificazione ad opera di una normazione tecnica di dettaglio, costituisce un tentativo di arginare i limiti epistemologici – rilevati nel paragrafo precedente – inerenti alla dinamica del mercato e al funzionamento delle società. Tra le formule che più impegnano i giuristi, si pensi all’“adeguatezza”: parola chiave per decifrare l’adempimento di compiti di organizzazione<sup>112</sup>; ma anche per valutare il rispetto di obblighi di informazione nei confronti degli investitori<sup>113</sup>.

<sup>110</sup> Riprendiamo la terminologia impiegata da H. HANSMANN, R.R. KRAAKMAN, *Problemi di “agency”*, cit., pp. 32-33, dove si legge: «I legislatori possono delineare tali limitazioni come regole, che impongono o proibiscono specifici comportamenti, o come standard (clausole generali), che riservano a giudici o a figure analoghe la precisa delineazione *ex post* dei contenuti del precetto normativo».

<sup>111</sup> Sul fenomeno della «prassi economica» che diviene «produttrice di diritto», P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, V, 2002, c. 151 ss., cc. 156-157.

<sup>112</sup> Cfr. V. BUONOCORE, *Problemi di diritto commerciale europeo*, in *Giur. comm.*, 2008, I, pp. 22-24. Il tema sarà ampiamente ripreso nel cap. V, sezione prima.

<sup>113</sup> Cfr. art. 21, comma 1, lett. b) Tuf. Avverte dell’opacità di tale criterio M.T. PARACAMPO, *Gli obblighi di adeguatezza nella prestazione dei servizi di investimento*, in *Banca e borsa*, 2007, II, p. 96; si chiede se le norme in materia di adeguatezza (ed “appropriatezza”) agevolino il cliente o non lo inducano a “naufragare” in un vortice di informazioni F.S. COSTANTINO, *L’attuazione della direttiva Mifid in Italia: note minime sulla trasparenza e sulla correttezza dei comportamenti delle imprese di investimento nella normativa secondaria*, in *Foro it.*, V, c. 62. Note le problematiche civilistiche sorte circa le conseguenze della violazione, da parte degli intermediari, delle regole in materia di prestazione di servizi di investimento, su cui è intervenuta Cass. Sez. Un. Civ., 19.12.2007, n. 26724, in *Soc.*, 2008, p. 449 ss., con commento di V. SCOGNAMIGLIO, *Regole di comportamento nell’intermediazione finanziaria: l’intervento delle S.U.*, ivi, p. 455 ss. Sulle innovazioni apportate dall’attuazione della direttiva MIFID in materia di prestazione di servizi o attività di investimento, sotto l’aspetto della adeguatezza, vedi nuovamente F.S. COSTANTINO, *L’attuazione della direttiva Mifid*, loc. cit., e R. COSTI, *La nuova disciplina dei mer-*

L'intervento complementare della regolamentazione secondaria e dell'autoregolamentazione<sup>114</sup> è fortemente auspicato<sup>115</sup>. Il prodotto normativo finale è un compromesso tra regolazione, de-regolazione e auto-regolazione<sup>116</sup>.

L'incertezza<sup>117</sup>, la precarietà<sup>118</sup> e finanche l'accettazione della sua fallibilità<sup>119</sup> sono connotati che allineano siffatto prodotto nor-

---

*cati e dei servizi finanziari*, in AA.VV., *La nuova legge di tutela del risparmio*, Milano, 2007, p. 109; A.A. RINALDI, *Il decreto Mifid*, cit., p. 16 ss.

<sup>114</sup> Si pensi agli *standard* internazionali, alla regolamentazione attuativa delle autorità di vigilanza interne (soprattutto i Regolamenti attuativi della Consob: in primo luogo i Regolamenti Emittenti, Mercati e Intermediari, e Raccomandazioni della stessa Consob, reperibili su [www.consob.it](http://www.consob.it)) e per quanto riguarda l'autoregolamentazione, in primo luogo, al Codice di autodisciplina delle società quotate, reperibile su [www.borsaitaliana.it](http://www.borsaitaliana.it).

<sup>115</sup> L'elenco dei luoghi in cui il d.lgs. 58/1998 rinvia alle disposizioni attuative dell'autorità di vigilanza sarebbe eccessivamente lungo.

<sup>116</sup> Una ricostruzione e sistematizzazione di tali fenomeni in F. CAFAGGI, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in *Pol. dir.*, 2001, p. 543 ss. Per un quadro sulla complessità delle fonti nella disciplina del mercato, E. GALANTI, *Il sistema delle fonti*, in E. GALANTI (a cura di), *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, Padova, 2008, p. 138 ss., il quale evidenzia la perdita di importanza della gerarchia in favore di un riparto per competenze. Rispetto al fenomeno specifico dell'interazione tra regolamentazione e autoregolamentazione nei mercati finanziari, vedi le interessanti note di M.C. CARDARELLI, *Art. 14 m*), in *La tutela del risparmio*, cit., p. 253 ss.; R. ROSAPEPE, *Corretta amministrazione, codici di comportamento ed informazione*, in *Riv. soc.*, 2008, p. 181 ss.; F. VELLA, *Le autorità di vigilanza: non è solo questione di architetture*, in *Dir. banca merc. finanz.*, 2007, p. 198. Sullo sfondo culturale nel quale evolve il sistema delle fonti del diritto, si veda, in luogo di molti, l'elegante affresco di P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, cit., c. 151 ss.

<sup>117</sup> Riguardo alla borsa come "istituzione giocosa", si è scritto che «il diritto, inteso come insieme di "regole del gioco", ossia di spazi di azione creativa recintati da regole, in cui i soggetti possono e debbono muoversi strategicamente, rimane fondamentalmente esposto all'incertezza e al rischio, piuttosto che costituire un sicuro rimedio contro di essi» (M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002, pp. 45-46).

<sup>118</sup> Sulla estrema mutevolezza del dato positivo in materia di mercati finanziari e sui "costi" in termini di incertezza per i risparmiatori vedi R. RORDORF, *La tutela del risparmiatore: norme nuove problemi vecchi*, in *Soc.*, 2008, p. 269 ss.

<sup>119</sup> «Pensare che sia possibile, grazie a regole migliori e a regolatori illuminati, eliminare il rischio, e quindi le crisi, è una sciocchezza. Il rischio è l'anima del capitalismo perché il mestiere dell'imprenditore e del banchiere è cercare occasioni rischiose e scommettere sulla propria capacità di vincere. Talvolta si vince, talvolta si perde. Spesso per vincere occorre costruire strategie che, pur non violando le regole, si insinuano fra le norme, fanno arbitraggi fra sistemi regolamentari diversi.

mativo alle strategie preventive della *Weltrisikogesellschaft*, la “società del rischio mondiale”<sup>120</sup>. A fondamento della regolazione, infatti, vi sono modelli matematici sofisticati che tentano di ingabbiare il rischio finanziario e di distribuirlo socialmente: senonché i fenomeni macroeconomici che si vuole prevedere sono condizionati da comportamenti microeconomici non del tutto prevedibili<sup>121</sup>. Il che non significa che il mercato sia retto dalla assoluta irrazionalità; piuttosto, si assiste al fenomeno di predizioni che si auto-avverano sulla base del meccanismo delle aspettative che si è già illustrato: ne deriva la suggestiva immagine del mercato come «istituzione dove i desideri tendono a trasformarsi in realtà, almeno se sono condivisi dai più»<sup>122</sup>.

Il controllo, in fin dei conti, se serve a prevenire il pericolo di “fallimento del mercato”, è un costrutto della società del rischio<sup>123</sup>. Di conseguenza, può essere visto come un meccanismo generatore di fiducia (stabilizzatore delle aspettative), per quanto ciclicamente fallibile, o come degno della massima sfiducia<sup>124</sup>. E malgrado siano

---

Per ogni regola spesso esiste una strategia di investimento capace di aggirarla» (così F. GIAVAZZI, *Il fantasma delle regole*, in *Il Corriere della Sera*, 9.10.2008).

<sup>120</sup> Il rischio di crisi finanziarie è analizzato alla luce di tale modello da U. BECK, *Weltrisikogesellschaft. Auf der Suche nach der verlorenen Sicherheit*, Frankfurt am Main, 2007, p. 37 ss.

<sup>121</sup> R. DORE, *La finanziarizzazione dell'economia globale*, in *Stato e merc.*, 2008, p. 374 ss.

<sup>122</sup> P. LEGRENZI, *Psicologia e investimenti*, cit., p. 154.

<sup>123</sup> Cfr. M. POWER, *The Audit Explosion*, London, 1994, citato dalla versione liberamente scaricabile sul sito [www.demos.co.uk](http://www.demos.co.uk), p. 1 ss.

<sup>124</sup> I nessi tra controlli, rischio e fiducia emergono in più punti nei lavori di Michael Power: cfr. M. POWER, *The Audit Explosion*, cit., p. 9 ss.; M. POWER, *La società dei controlli*, cit. p. 17 ss. L'alternativa fiducia/sfiducia emerge dalla riflessione dei due massimi teorici della “società del rischio”: la fiducia è oggetto di analisi da parte di Anthony Giddens (il quale parla anche di un “aspetto positivo” del rischio: vedi A. GIDDENS, *Risk and Responsibility*, in *Modern Law Rev.*, Vol. 62, No. 1, 1999, p. 1 ss.); nel senso di una maggiore diffidenza verso i “saperi” tenuti a definire il rischio, invece, si è spesso espresso Ulrich Beck; sulle differenze tra i due Autori (insieme ai dovuti richiami bibliografici) si rinvia a D. LUPTON, *Il rischio. Percezione, simboli, culture*, Bologna, 2003, p. 85 ss. Generatore di fiducia sembra essere, in modo particolare, la funzione (ed il “sapere esperto”) esercitata dall'autorità di vigilanza sul mercato: vedi *infra*, cap. VI, sezione seconda, § 2. In generale, sulle difficoltà del diritto nel prevenire e regolare i rischi connessi alla c.d. “società del rischio”, P. HILLER, *Probleme prozeduraler Risikoregulierung*, in A. BORA (a cu-

ignote le cause per le quali fallisce viene in ogni caso normativamente rafforzato a seguito di ogni ciclica crisi<sup>125</sup>.

Il tentativo di definire le responsabilità penali, che nascono da un omesso esercizio del controllo, è costretto a preventivare queste “tensioni” cui la funzione è sottoposta.

Il quadro sinora descritto, tuttavia, sarebbe evidentemente monco, se non si tenesse conto dell’emergere, nei termini in cui diremo, del *rischio-reato* nell’orizzonte abbracciato dai controlli. Ne derivano altre regole, destinate a convivere con la disciplina sin qui tratteggiata e ad infittire l’intelaiatura di obblighi e di finalità di cui è intessuta<sup>126</sup>.

## SEZIONE SECONDA

### LA FUNZIONE DI CONTROLLO CARATTERISTICA DEL DIRITTO PENALE DEL MERCATO FINANZIARIO

#### 1. *Linee sistematiche e risvolti problematici dell’intervento penale sul mercato finanziario*

Dalla funzione di controllo sui mercati finanziari, passiamo ora ad illustrare gli attributi di una funzione di controllo *caratteristica del diritto penale* del mercato finanziario. Con ciò alludiamo a tecniche di controllo non più vincolate al perseguimento di scopi fissati dalla disciplina extrapenale del mercato – secondo quanto visto nella sezione precedente –, bensì interamente asservite alla logica della sanzione penale.

---

ra di), *Rechtliches Risikomanagement. Form, Funktion und Leistungsfähigkeit des Rechts in der Risikogesellschaft*, Berlin, 1999, p. 29 ss.

<sup>125</sup> Cfr. M. POWER, *The Audit Explosion*, cit., p. 6.

<sup>126</sup> Sulla necessità di integrazione tra simili tecniche (in particolare il sistema di controllo interno da adottare ex d.lgs. 231/2001) e disciplina degli organi societari, N. PISANI, *Controlli societari e responsabilità da reato degli enti*, in *Banca e borsa*, 2008, I, p. 100 ss., in particolare p. 102.

Ravvisiamo nuovamente, alla base di tale fenomeno, una sinergia tra regolamentazione pubblica e privata, con una progressiva remissività della legge<sup>127</sup>. Una disamina richiede, per tanto, la preliminare esposizione di alcuni tratti del diritto penale del mercato finanziario – osservatorio privilegiato delle attuali tendenze del diritto penale dell’economia, se non del diritto penale *tourt court* –<sup>128</sup>, con particolare riguardo alle sue fonti ed ai rapporti con gli altri rami dell’ordinamento.

## 1.2. Europeizzazione

La disciplina penale dei mercati finanziari è antesignana di un’armonizzazione comunitaria, di tipo anche sanzionatorio, oggi estesa a molteplici campi<sup>129</sup>. Un ruolo centrale riveste attualmente la

<sup>127</sup> Più in generale, sul tema, F. SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 1193 ss.

<sup>128</sup> Con riferimento al diritto tedesco, vedi J. VOGEL, *Wertpapierhandelsstrafrecht – Vorschein eines neuen Strafrechtsmodells?*, in *FS für Jakobs*, Köln-Berlin-München, 2007, p. 731 ss. (una ricostruzione del concetto di *Kapitalmarktstrafrecht* ed una sintesi dei suoi sviluppi nell’ordinamento tedesco in T. PARK, *Die Entwicklung des Kapitalmarktstrafrechts*, in *FS zu Ehren des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer*, Neuwied, 2006, p. 229 ss.). Sulla «costante perdita di terreno, nelle fattispecie di diritto penale del mercato finanziario, dei principi fondamentali del diritto penale», già R. ZANNOTTI, *La tutela penale del mercato finanziario*, cit., p. 170 ss. Quanto ai tratti del diritto penale contemporaneo, che invocano l’adozione di un “nuovo paradigma”, si veda il saggio di M. VOGLIOTTI, *Le metamorfosi dell’incriminazione. Verso un nuovo paradigma per il campo penale?*, in *Pol. dir.*, 2001, p. 633 ss.

<sup>129</sup> Sull’evoluzione europea della tutela dei mercati finanziari, R. SCHMITZ, *Der strafrechtliche Schutz des Kapitalmarkts in Europa*, in *ZStW*, 2003, p. 501 ss.; S. SEMINARA, *L’evoluzione europea del diritto penale del mercato finanziario nella prospettiva italiana*, in S. CANESTRARI, L. FOFFANI (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea*, Milano, 2005, p. 236 ss.; D. ZIOUVAS, *Das neue Kapitalmarktstrafrecht. Europäisierung und Legitimation*, Köln-Berlin-Bonn-München, 2005, p. 11 ss. Per un inquadramento della “internazionalizzazione” della lotta alla criminalità economica, K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht. Allgemeiner Teil*, seconda ed., Köln-München, 2007, pp. 4-6: la criminalità economica è affrontata con strumenti internazionali, tenendo presente però che alla circolazione di modelli giuridici contribuisce anche il fatto che le multinazionali devono rispettare le legislazioni nazionali dei singoli Paesi in cui operano; in ambito internazionale, inoltre, si creano sistemi “regionali” di tutela di determinati interessi comuni di una certa area geopolitica: il sistema creato dall’Unione europea risulta attualmente il più avanza-



direttiva 2003/6/CE del 28 gennaio 2003, sugli abusi di mercato<sup>130</sup>, che fissa innanzi tutto gli obiettivi di tutela per il legislatore nazionale: «Il regolare funzionamento dei mercati mobiliari e la fiducia del pubblico nei mercati costituiscono fattori essenziali di crescita e di benessere economico. Gli abusi di mercato ledono l'integrità dei mercati finanziari e compromettono la fiducia del pubblico nei valori mobiliari e negli strumenti derivati» (così il 2° considerando). Ne seguono definizioni delle fattispecie di abuso (abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato), fissazione dei limiti alla loro operatività, sollecitazione all'adozione di misure «efficaci, proporzionate e dissuasive» (art. 14, comma 1).

Il legislatore italiano ha ritenuto di dover dare attuazione alla direttiva tramite un utilizzo massiccio dello strumento penale abbinato alla sanzione amministrativa. Gli obiettivi di politica criminale della legge nazionale, di fatto, coincidono con ciò con gli obiettivi di tutela – invero, secondo la premessa comunitaria, non necessariamente assecondabili in via penale – prefissati dalla fonte sovranazionale<sup>131</sup>. Nel diritto interno, per tanto, si riversano i tratti di una legislazione penale, o in senso lato sanzionatoria, non più guidata dal crisma della riserva di legge, bensì modellata secondo opzioni paritorite da commissioni “di esperti” istituite *ad hoc*<sup>132</sup>, con dubbi sulla legittimazione democratica delle scelte di politica criminale rece-

---

to. Segnala però che, in realtà, l'europeizzazione del diritto penale degli stati nazionali sia in gran parte una “americanizzazione” del diritto penale europeo, A. NIETO MARTÍN, *¿Americanización o europeización del Derecho Penal económico?*, in *Revista pen.*, Enero 2007, p. 120 ss.

<sup>130</sup> Da leggersi unitamente alle direttive 2003/124/CE e 2003/125/CE del 22 dicembre 2003, alla direttiva 2004/72/CE del 29 aprile 2004, e al regolamento 2273/2003 del 22 dicembre 2003, tutti recanti modalità di esecuzione della direttiva 2003/6/CE. La direttiva del 2003/6/CE sostituisce la direttiva 89/592/CEE del Consiglio, del 13 novembre 1989, sul coordinamento delle normative concernenti le operazioni effettuate da persone in possesso di informazioni privilegiate (*insider trading*).

<sup>131</sup> Cfr. B. MAGRO, *Manipolazioni di mercato e strumenti derivati*, in *Dir. banca merc. finanz.*, 2007, p. 50.

<sup>132</sup> Sull'argomento si rinvia a K. LANNON, M. LEVIN, *Securities Market Regulation in the EU. Everything You Always Wanted to Know about the Lamfalussy Procedure*, CEPS Research Report in Finance and Banking, No. 33, May 2004, su [www.ceps.be](http://www.ceps.be).

pite<sup>133</sup>. Segue poi, già a livello comunitario, l'elaborazione di criteri applicativi da parte di organismi sovranazionali, che specificano i contenuti delle definizioni presenti nelle direttive, influenzando sull'interpretazione delle norme interne: in particolare, si pensi alle linee guida emanate dal CESR in materia di *market abuse*<sup>134</sup>.

Nello stesso tempo, il diritto comunitario ripone una scrupolosa attenzione nella predisposizione di meccanismi di controllo<sup>135</sup>.

La direttiva sugli abusi di mercato sollecita l'adozione di misure di prevenzione da adottare circa i possibili episodi di abuso del mercato, introducendo così il tema delle procedure volte a evitare l'*insider trading* e, più in generale, il tema dell'*auditing* interno come forma di "collaborazione" degli operatori nella prevenzione degli abusi. Il 24° considerando, infatti, si sofferma sulla tempestiva informazione e sulle misure organizzative – quali, ad esempio, l'applicazione di c.d. "mura cinesi" e di codici di comportamento –, sostenendo l'esigenza di controlli periodici effettuati da «*auditor* indipendenti»<sup>136</sup>. Analogamente, il 27° considerando afferma l'opportunità che gli

<sup>133</sup> Con riferimento al diritto penale del mercato finanziario tedesco, cfr. J. VOGEL, *Wertpapierhandelsstrafrecht*, cit., pp. 733-735, pp. 745-746. Sul punto, vedi anche S. PREZIOSI, *La manipolazione di mercato nella cornice dell'ordinamento comunitario e del diritto penale italiano*, Bari, 2008, p. 37 ss.

<sup>134</sup> Cfr. il documento "Market Abuse Directive - Level 3 – second set of CESR guidance and information on the common operation of the Directive to the market", del *Committee of European Securities Regulators* (CESR), risalente al luglio 2007 e disponibile su [www.cesr-eu.org](http://www.cesr-eu.org).

<sup>135</sup> In altre materie è stata rilevata l'attitudine del diritto europeo ad incidere sugli istituti della colpa e del reato omissivo tramite la produzione di siffatte regole: vedi C. SCHRÖDER, *Zur Europäisierung der Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikte*, in *NSfZ*, 2006, p. 669 ss.

<sup>136</sup> Questo il testo del 24° considerando: «Una divulgazione tempestiva e corretta delle informazioni al pubblico rafforza l'integrità del mercato; al contrario, la divulgazione selettiva da parte degli emittenti può determinare il venir meno della fiducia degli investitori nell'integrità dei mercati finanziari. Gli operatori economici professionisti dovrebbero dare il loro contributo all'integrità del mercato con diversi strumenti. Tali misure potrebbero comprendere, ad esempio, la creazione di "grey lists", l'applicazione di "window trading" alle categorie sensibili del personale, l'applicazione di codici interni di comportamento e la creazione di "muraglie cinesi". Tali misure preventive possono contribuire a combattere gli abusi di mercato solo se sono applicate con determinazione e controllate debitamente. Un adeguato controllo della fase attuativa implicherebbe, ad esempio, la designazione di funzionari a ciò preposti all'interno degli organismi interessati e controlli periodici eseguiti da *auditor* indipendenti».

operatori di mercato “contribuiscano” «alla prevenzione degli abusi di mercato» e “adottino” «disposizioni strutturali intese a prevenire e identificare pratiche di manipolazione di mercato». Parimenti, l’art. 11 della direttiva esige che «fatte salve le competenze delle autorità giudiziarie, ogni Stato membro design(i) un’unica autorità amministrativa competente a vigilare sull’applicazione delle disposizioni adottate ai sensi della presente direttiva», sui cui poteri – «di vigilanza e di indagine» – si sofferma il successivo art. 12.

### 1.3. *L’equivoco dell’accessorietà*

Per “accessorietà” s’intende, notoriamente, la dipendenza della maggior parte delle fattispecie del diritto penale dell’economia da norme extrapenali, che concorrono a formare il precetto<sup>137</sup>. Pur intervenendo in un settore già regolato dal diritto, in base ad una razionale ripartizione dei ruoli tra rami dell’ordinamento ed al principio di *extrema ratio*, la sanzione penale non dovrebbe riguardare fatti non vietati dal diritto amministrativo né dal diritto civile<sup>138</sup>.

Senonché, attualmente, i rapporti tra diritto penale ed altri rami dell’ordinamento non si conformano a questa direttiva di principio: la selezione del penalmente rilevante è autonoma rispetto alle scelte operate negli altri settori del diritto<sup>139</sup>. Non solo.

Si auspicava, invero, fino a pochi anni fa, una disciplina extrapenale alternativa rispetto all’intervento penalistico, covando, negli altri rami del diritto, un potenziale inespresso, adatto a risolvere problemi innanzi ai quali, viceversa, la sanzione penale è costretta

<sup>137</sup> K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 1 ss.

<sup>138</sup> Cfr. K. LÜDERSSEN, *Gesellschaftsrechtliche Grenzen der strafrechtlichen Haftung des Aufsichtsrats*, in *FS für Lampe*, Berlin, 2003, p. 727 ss.

<sup>139</sup> Cfr. K. LÜDERSSEN, *Entkriminalisierung des Wirtschaftsrechts*, Baden-Baden, 1998, p. 7 ss.; M. DONINI, *Un nuovo Medioevo penale? Vecchio e nuovo nell’espansione del diritto penale economico*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1808 ss. Similmente, nella letteratura nordamericana, si osserva: «The conduct ordinarily described as white-collar crime is under attack in all the ways available to the regulatory state – through criminal, civil, and administrative law. The objective seems to be to achieve the state’s regulatory purpose unimpeded by the “technical” limits imposed by criminal law or criminal procedural» (A.S. GOLDSTEIN, *White-Collar Crime and Civil Sanctions*, in *Yale Law Journal*, Vol. 101, No. 8, 1992, p. 1895).

a cedere a molti – forse troppi – compromessi con i principi che ne regolano l'applicazione<sup>140</sup>. Una buona disciplina civilistica delle società<sup>141</sup> e l'impiego di “danni punitivi”<sup>142</sup>, un intervento sobrio delle autorità pubbliche di controllo e di controllori esterni<sup>143</sup>, l'impiego della sanzione amministrativa<sup>144</sup> e, secondo alcuni, la responsabilità delle persone giuridiche<sup>145</sup> avrebbero, se non proprio eliminato, almeno attenuato quel fardello che la sanzione penale da sola non è in grado di reggere.

Di contro a tali auspici, nel diritto penale dei mercati finanziari vigente, il diritto civile e quello amministrativo sono schierati al fianco e in aggiunta al diritto penale, non certo in sua sostituzione, e questa convivenza innesca una confusione di scopi e una commistione di funzioni<sup>146</sup>, oltreché, evidentemente, una ipertrofia di sanzioni.

Sul versante dei rapporti con il diritto societario, si dice oggi che una “buona” *corporate governance* – cioè un regolamento efficiente degli organi societari – è uno strumento di prevenzione del crimine<sup>147</sup>. Vi si investe, nondimeno, senza per questo rinunciare ad investire anche nella sanzione penale; vi si investe, anzi, proprio per agevolare il compito del diritto penale. Quest'ultimo, di certo, mantiene il ruolo di strumento di *enforcement* dell'apparato disciplinare

<sup>140</sup> S. MOCCIA, *Riflessioni sui nodi problematici della normativa italiana in materia di criminalità economica*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 1997, p. 9 ss., 18; F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2001, p. 353 ss.

<sup>141</sup> F. GALGANO, *Criminalità economica: il punto di vista del civilista*, in *Riv. soc.*, 1980, p. 425 ss.

<sup>142</sup> F. BRICOLA, *Lo statuto penale dell'impresa: profili costituzionali*, in A. DI AMATO (a cura di) *Trattato di diritto penale dell'impresa*, volume I, 1990, pp. 139-140.

<sup>143</sup> B. SCHÜNEMANN, *Alternative Kontrolle der Wirtschaftskriminalität*, in *GS für Armin Kaufmann*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, p. 629 ss.

<sup>144</sup> C.E. PALIERO, *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 1993, p. 1021 ss.

<sup>145</sup> K. TIEDEMANN, *Lecciones de derecho penal económico*, Barcelona, 1993, pp. 232-234.

<sup>146</sup> Cfr. J. VOGEL, *Wertpapierhandelsstrafrecht*, cit., p. 735 ss.

<sup>147</sup> J. BACHMANN, J. PRÜFER, *Korruptionprävention und Corporate Governance*, in *ZRP*, 2005, p. 110 ss.; B.S. FEUERSTEIN, *Wirtschaftskriminalität bekämpfen. Unternehmerische Handlungspflichten und-optionen*, Marburg, 2007, p. 79; M. PASTER, *Corporate Governance und Wirtschaftskriminalität*, Wien, 2005, p. 89.

– civilistico e amministrativo – che regola il funzionamento dei mercati finanziari<sup>148</sup>. Nello stesso tempo, tuttavia, il diritto societario funge da strumento di ausilio della sanzione criminale, nel senso che si attingono da esso tecniche di monitoraggio, e/o di vera e propria “delazione”, esclusivamente funzionali al perseguimento del crimine, non più all’efficiente gestione dell’ente<sup>149</sup>. La planimetria societaria deve attrezzarsi a combattere, prevenendoli, fenomeni come il terrorismo, il riciclaggio, la criminalità organizzata, fino a derive non poco eccentriche rispetto al diritto penale dell’economia, come la mutilazione degli organi genitali femminili<sup>150</sup>.

Quanto ai rapporti con il diritto civile, nel diritto penale del mercato finanziario si assiste all’ingresso di forme inedite di danno risarcibile: “danni cagionati dal reato all’integrità del mercato”, il cui risarcimento è richiesto dalla Consob quale parte civile nel processo penale ex art. 187-*undecies*, comma 2 Tuf<sup>151</sup>. La disposizione pare «echeggiare la figura dei cosiddetti “danni punitivi” del diritto nordamericano»<sup>152</sup>. Invero, l’ammontare di questo danno all’integrità del mercato è commisurato all’offensività del fatto, alle qualità personali del colpevole, all’entità del prodotto o del profitto conseguito dal reato: si discosta, dunque, dalla logica del danno cagionato dal reato per avvicinarsi alla “riparazione” di un “danno criminale”<sup>153</sup>. L’aspetto puramente afflittivo dell’istituto in questio-

<sup>148</sup> Sul concetto di “enforcement” nel mercato e le modalità per attuarlo vedi P. STELLA, *L’enforcement nei mercati finanziari*, Milano, 2008, p. 1 ss., in particolare sull’azione esercitata dalle procure della Repubblica, *ibidem*, p. 19 ss.

<sup>149</sup> «Solo una presenza ingombrante del diritto penale dall’interno della persona giuridica, con pretese di rimodellamento dell’assetto societario, è in grado di eliminare o, quantomeno, di ridurre i fenomeni criminosi, perché riesce ad imbrigliare le fonti generatrici di reato, che in caso contrario si esprimerebbero liberamente concretizzandosi in condotte delittuose», così C. DE MAGLIE, *L’etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, p. 286.

<sup>150</sup> Basta scorrere gli artt. 24 ss. d.lgs. 231/2001 e la L. 146/2006 sul c.d. “reato transnazionale” (in argomento, A. ASTROLOGO, *La nozione di reato commesso ex art. 3 Legge 146/2006 e i riflessi sul d.lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. soc. enti*, 3/2006, p. 111 ss.).

<sup>151</sup> Alcuni dettagli *infra*, cap. VI, sezione seconda, § 2.1.

<sup>152</sup> R. RORDORF, *Ruolo e poteri della Consob nella nuova disciplina del market abuse*, in *Soc.*, 2005, p. 818.

<sup>153</sup> D. FONDAROLI, *Antiche e nuove questioni in materia di costituzione di parte civile: legittimazione della Commissione nazionale per la società e la borsa e (in*

ne induce ad interrogarsi circa la sostanziale perdita di significato della distinzione tra sanzione penale e civile<sup>154</sup>.

Infine, venendo ai rapporti con il diritto amministrativo, l'impiego della sanzione amministrativa non soddisfa logiche deflative ma trepidazioni punitive<sup>155</sup>. Esiste, invero, un *corpus* di norme di tipo amministrativo che, negli intenti originari del legislatore del 1998, era finalizzato a sanzionare comportamenti giudicati di rilievo non penale, in una logica confacente alla *extrema ratio*<sup>156</sup>. Con l'attuazione della direttiva 2003/6/CE la rotta è mutata. Nel diritto dei mercati finanziari, oggi, alla responsabilità penale della persona fisica si affiancano l'illecito amministrativo "da reato" della persona giuridica e, pressappoco per lo stesso fatto, l'illecito amministrativo della stessa persona fisica, nell'accertamento del quale, per inciso, l'autorità di controllo gioca un ruolo tutt'altro che sobrio<sup>157</sup>. Alla responsabilità amministrativa "da reato" degli enti, in ultimo, si aggiunge la responsabilità amministrativa "da illecito amministrativo" degli enti medesimi<sup>158</sup>, in un parossismo punitivo che compromette il principio di *ne bis in idem* sostanziale<sup>159</sup>.

---

*ammissibilità della costituzione del danneggiato nei confronti dell'ente responsabile ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001*, in *Ius17@unibo.it*, 2/2008, p. 447 ss.

<sup>154</sup> F. MUCCIARELLI, *Primato della giurisdizione e diritto economico sanzionatorio: a proposito di market abuse*, in *Dir.pen.proc.*, 2006, p. 140. Dal punto di vista civilistico la disciplina in questione è argomento a sostegno di una lettura della responsabilità civile in chiave deterrente: vedi P. GIUDICI, *La responsabilità civile nel diritto dei mercati finanziari*, cit., pp. 85-86. Quanto al diritto nordamericano, la commistione tra sanzioni civili e penali è criticamente analizzata già da J.C. COFFEE, *Paradigms Lost: The Blurring of Criminal and Civil Law Models. And What Can Be Done About It*, in *Yale Law Journal*, Vol. 101, No. 8, 1992, p. 1875 ss.

<sup>155</sup> Cfr. A. ALESSANDRI, *Attività d'impresa*, cit., p. 534 ss., p. 554 ss.

<sup>156</sup> Cfr. F. SGUBBI, *Le sanzioni*, in F. BONELLI (a cura di), *La riforma delle società quotate*, Milano, 1998, p. 314 ss.

<sup>157</sup> Cfr. A. COLOMBO, *Giurisdizione, autorità di vigilanza e responsabilità amministrativa ex delicto degli intermediari finanziari*, in *Banca imp. soc.*, 2007, p. 59 ss.

<sup>158</sup> Per un'esposizione della relativa disciplina si rinvia a D. FONDAROLI, *La responsabilità dell'ente*, in F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A.F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario*, Padova, 2008, p. 147 ss.

<sup>159</sup> Cfr. A. GARGANI, *Art. 9 co. 2 lett. a*, in *Leg. pen.*, 2006, p. 116.

#### 1.4. Promiscuità delle fonti e ambiguità delle situazioni giuridiche

Tra diritto penale ed economia si è spesso avvertita una certa incomunicabilità, dettata dal disagio con il quale soltanto il diritto penale può imprigionare la fenomenologia della devianza nel settore economico nel suo ferreo – o almeno supposto tale – automatismo applicativo, rischiando così di irrigidire l'organizzazione delle imprese e di asfissiare l'intero sistema economico<sup>160</sup>.

Il nuovo governo penale dell'economia coltiva l'ambizione di rimuovere questo disagio, convertendolo, anzi, in un vantaggio, incitando gli operatori economici all'attiva collaborazione nella lotta al crimine, e instaurando un'interazione tra poteri pubblici (Stato e autorità di controllo) e imprese<sup>161</sup>. Autodisciplina, regolamentazione statale – tramite l'intervento di "agenzie" pubbliche –<sup>162</sup> e sanzione criminale non sono opzioni che si escludono ma che si integrano<sup>163</sup>. Si parla, in proposito, di "autoregolazione regolata", indotta e controllata, in un certo senso, dal potere pubblico<sup>164</sup>.

<sup>160</sup> Cfr., da un punto di vista sociologico, R. KÖLBEL, *Wirtschaftskriminalität und unternehmensinterne Strafrechtsdurchsetzung*, in *MSchrKrim*, 2008, p. 22 ss.

<sup>161</sup> Cfr. ancora R. KÖLBEL, *Wirtschaftskriminalität*, loc. ult. cit., che spiega questi rapporti interdisciplinari attraverso la sociologia dei sistemi.

<sup>162</sup> Sull'importanza assunta dalle "agencies" nel diritto penale, quale "rinforzo" della legge ma anche supporto nella produzione stessa delle regole, in America, J.W. COLEMAN, *The Criminal Elite. The Sociology of White Collar Crime*, New York, 1985, p. 154 ss.; in Francia, M. DELMAS-MARTY, G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal des affaires*, quarta edizione, Paris, 2000, p. 29 ss. Un noto modello teorico di cooperazione tra imprese e agenzie pubbliche è elaborato da I. AYRES, J. BRAITHWAITE, *Responsive Regulation. Transcending the Deregulation Debate*, Oxford, 1995, p. 19 ss.

<sup>163</sup> Cfr. H. CROALL, *Combating Financial Crime: Regulatory Versus Crime Control Approaches*, in *Journal of Financial Crime*, No. 11, 2003, p. 45 ss., la quale non manca tuttavia di indicare le ambiguità – soprattutto riguardo al ruolo del "regolatore" – che nascono dalla commistione della strategia della "regulation" con quella del "crime control".

<sup>164</sup> Cfr., con differenti valutazioni del fenomeno, R. HEFENDEHL, *Außerstrafrechtliche und strafrechtliche Instrumentarien zur Eindämmung der Wirtschaftskriminalität*, in *ZStW*, 2007, p. 816 ss., p. 839 ss.; A. NIETO MARTÍN, *Soziale Verantwortung, corporate governance, Selbstregulierung und Unternehmensstrafrecht*, in *FS für Tiedemann*, Köln-München, 2008, p. 485 ss.; M. PIETH, *Selbstregulierung zum Schutz vor strafrechtlicher Organisationshaftung: die Bank und das Geldwäschrisiko*, in *FS für Jung*, Baden-Baden, 2007, p. 717 ss.; U. SIEBER, *Compliance-Programme im Unternehmensstrafrecht. Ein neues Konzept zur Kontrolle von Wirt-*

La disciplina penale (o in senso ampio sanzionatoria) del mercato finanziario, di nuovo, è la perfetta esemplificazione di tale tendenza<sup>165</sup>. I meccanismi regolamentari, o privatistici, o ibridi para-pubblicistici<sup>166</sup>, che, come s'è detto, cercano di affievolire quell'incertezza insita nella regolazione del mercato<sup>167</sup>, si rivelano particolarmente utili e maneggevoli per modularne anche le risposte sanzionatorie: mutano al mutare delle esigenze, e penetrano con maggiore agilità i meandri degli organismi complessi, sorretti da strumenti prettamente sanzionatori e/o fondati sulla logica dei costi-incentivi<sup>168</sup>. Nella misura in cui interferisce con il precetto abbozzato nelle norme penali – nei termini che altrove approfondiremo – questo proliferare di fonti di rango *sub* legislativo attenta alle fondamenta della legalità penale e della stessa separazione dei poteri<sup>169</sup>.

---

*schaftskriminalität*, in *FS für Tiedemann*, cit., p. 449 ss., p. 479. Sull'idea di una "enforced self-regulation", J. BRAITHWAITE, *Enforced Self-Regulation: A New Strategy for Corporate Crime Control*, in *Michigan Law Review*, Vol. 80, No. 7, 1982, p. 1466 ss.; successivamente, I. AYRES, J. BRAITHWAITE, *Responsive Regulation*, cit., p. 101 ss. In generale, sul nuovo tipo di rapporto che si instaura tra agenzie e soggetti privati regolati, C. COGLIANESE, D. LAZER, *Management-Based Regulation: Prescribing Private Management to Achieve Public Goals*, in *Law & Society Review*, Vol. 37, No. 4, 2003, p. 691 ss. (l'espressione "Management-based regulation", oggetto dello studio citato, sta ad indicare il fatto che il regolatore non impone semplicemente *standard* tecnici – c.d. "technology-based regulation" – né risultati – "performance-based regulation" – al soggetto regolato, bensì *standard* organizzativi interni, oggetto di controlli e verifiche).

<sup>165</sup> Utile, ancora, il confronto con J. VOGEL, *Wertpapierhandelsstrafrecht*, cit., p. 742 ss.

<sup>166</sup> Si pensi al meccanismo della "consultazione" adottato dalla Consob come procedimento dell'adozione dei propri regolamenti, rilevanti anche ai fini della definizione delle sanzioni.

<sup>167</sup> *Supra* sezione prima, § 5.

<sup>168</sup> Cfr. il modello sviluppato da J. BRAITHWAITE, *Convergence in Models of Regulatory Strategy*, 1990, ora in J. BRAITHWAITE, *Regulation, Crime, Freedom*, Burlington, 2000, p. 99 ss., basato sull'equilibrio tra "punizione" e "persuasione" e sul principio che le imprese sono indotte a collaborare da incentivi di tipo economico. Si suggerisce, tra l'altro, di adottare la logica dell'incentivo di tipo economico, utilizzando le organizzazioni internazionali (come la Banca mondiale) come "agenzie", anche nei rapporti tra stati, per incentivare il rispetto di beni superindividuali quali l'ambiente: vedi, in proposito, le originali osservazioni di J. RINCEANU, *Enforcement Mechanisms in International Environmental Law: Quo Vadunt?*, in *Journal of Environmental Law and Litigation*, vol. 15, 2000, p. 147 ss.

<sup>169</sup> Cfr. U. SIEBER, *Compliance-Programme*, cit., 481. Al di là del diritto penale dell'economia, si veda F. SCUBBI, *Il diritto penale incerto*, cit., p. 1194 ss.



Ma v'è un'altra considerazione. L'autoregolamentazione, sappiamo, è caratterizzata dal c.d. "comply or explain". Questo principio prevede che «le società quotate devono dichiarare se abbiano adempiuto le raccomandazioni di un dato codice di autodisciplina e motivare l'eventuale loro distacco da singole raccomandazioni»<sup>170</sup>. All'infrazione di tale principio corrisponde, semmai, una sanzione di tipo contrattuale<sup>171</sup>; anzi, l'idea originaria è la "sanzione" economica, ossia l'ostracismo esercitato dal mercato nei confronti di chi non accetti, immotivatamente, determinati *standards* ("best practice").

Ora, l'autoregolamentazione segue logiche viepiù inesplicabili.

Ai primi commentatori del d.lgs. 231/2001 è parso evidente che la situazione in cui versano gli amministratori, tenuti ad adottare i modelli organizzativi, corrispondesse ad un "onere": nessuna sanzione è immediatamente prevista in caso di omissione<sup>172</sup>. Tuttavia, chi non realizza il comportamento richiesto dalla normativa in questione, qualora venga poi commesso un reato nell'interesse dell'ente, determina una situazione passiva coincidente con la responsabilità dell'ente, e, ancora, crea i presupposti della propria personale responsabilità, quanto meno civile<sup>173</sup>. D'altra parte proprio l'assenza di una sanzione era il difetto lamentato dei c.d. codici etici, che co-

<sup>170</sup> G. FERRARINI, P. GIUDICI, *La legge sul risparmio*, cit., p. 575 ss.

<sup>171</sup> Cfr. N. IRTI, *Due temi di governo societario*, loc. cit.

<sup>172</sup> Con riferimento alle problematiche suscitate dall'art. 30 d.lgs. 81/2008, che, in attuazione della L. 123/2007 sulla estensione della responsabilità amministrativa degli enti in caso di reati di omicidio e lesioni colposi in violazione della normativa antinfortunistica, sembra fissare un vero e proprio dovere di adozione dei modelli organizzativi, vedi A. ASTROLOGO, *I modelli di organizzazione e di gestione. Alcune riflessioni sull'art. 30 del d.lgs. 81/2008*, in D. FONDAROLI (a cura di), *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, Padova, 2008, pp. 65 ss.; P. IELO, *Lesioni gravi, omicidi colposi aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica e responsabilità degli enti*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2/2008, pp. 68-69; N. PISANI, *Profili penalistici del testo unico sulla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 834.

<sup>173</sup> Sulla complessità di questa situazione giuridica – onere per l'ente e obbligo per la persona fisica – si soffermano R. ALAGNA, *L'organismo di vigilanza nel d.lgs. n. 231/2001*, cit., p. 572; S. PANAGIA, *Rilievi critici sulla responsabilità punitiva degli enti*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 2008, p. 162. Nella letteratura gius-commerciale, D. GALLETI, *I modelli organizzativi nel d.lgs. n. 231 del 2001: le implicazioni per la corporate governance*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 126 ss.; P. SFAMENI, *Responsabilità da reato degli enti e nuovo diritto azionario: appunti in tema di doveri degli amministratori ed organismo di vigilanza*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 158 ss.

stituivano l'antesignano dei modelli organizzativi *de quibus* e la cui efficace adozione dipendeva esclusivamente dalla volontà dell'impresa<sup>174</sup>.

Il diritto del mercato finanziario è, ancora una volta, un ottimo osservatorio della instabilità della situazione giuridica dei destinatari di determinate norme. Non solo perché, anche qui, vige la responsabilità amministrativa degli enti – per altro, il Regolamento mercati subordina l'ammissione delle società quotate al segmento STAR all'adozione di modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001 –<sup>175</sup>, e non solo perché la collaborazione con le autorità di vigilanza – che inevitabilmente s'intreccia con la disciplina dei modelli organizzativi – è estranea al *comply or explain* e costituisce un vero e proprio obbligo. Ma anche perché questo è il settore dove si è sperimentata quella specifica forma di autoregolamentazione rappresentata dalla predisposizione e dall'adesione ad un "codice di autodisciplina"<sup>176</sup>. In proposito, il Tuf prevede ora l'obbligo di comunicare i motivi dell'eventuale non adeguamento ai codici di condotta (art. 124-*bis*)<sup>177</sup>, sanzionando in via amministrativa l'omessa comunicazione circa l'applicazione delle regole previste nei codici di comportamento delle società quotate (art. 192-*bis*, Tuf)<sup>178</sup>. Si è parlato, in tal caso, di un sostanziale travisamento dello «spirito del codice di autoregolamen-

<sup>174</sup> Cfr. C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit. p. 107 ss.

<sup>175</sup> Per essere ammesse in questo segmento *d'élite*, le società devono allegare una vera e propria certificazione sull'attuazione dei modelli (nel dettaglio, con una serie di considerazioni critiche, vedi S. BARTOLOMUCCI, *Modelli organizzativi obbligatori ed autovalidanti: evoluzione eteronoma del D.Lgs. n. 231/2001*, in *Soc.*, 2008, p. 407 ss.).

<sup>176</sup> Ci si riferisce al già citato *Codice di autodisciplina delle società quotate*, nella edizione del 2006, su [www.borsaitaliana.it](http://www.borsaitaliana.it).

<sup>177</sup> Si tratta, secondo G. PRESTI, *Tutela del risparmio e Codice di Autodisciplina delle società quotate*, in *An. giur. ec.*, 2006, p. 47 ss., di una sorta di «bilancio organizzativo». Gli obblighi imposti dal legislatore, per altro, non intaccano la libertà di adozione delle forme organizzative ritenute più opportune da parte della società, ma impongono un adempimento inerente esclusivamente all'informativa circa le forme realmente adottate. Per una compiuta ricostruzione – anche alla luce delle modifiche intervenute grazie al d.lgs. 303/2006 – si rinvia a R. ROSAPEPE, *Corretta amministrazione, codici di comportamento*, cit., p. 181 ss.

<sup>178</sup> La disciplina sanzionatoria, introdotta dalla L. 262/2005, ha subito decisive modifiche ad opera del d.lgs. 303/2006: sul punto C. PAONESSA, *L'omissione delle comunicazioni prescritte dall'art. 124-bis Tuf*, in F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *La disciplina penale del risparmio*, cit., p. 137 ss.

tazione» e di «una surrettizia legificazione indiretta» dei codici di autodisciplina<sup>179</sup>.

Il punto è che l'interprete fatica ad inquadrare queste fattispecie in formule teoretiche nitide<sup>180</sup>. Se l'inerzia o l'insufficienza della propria – “libera” ma in qualche modo “indotta” – collaborazione con lo Stato o con le sue agenzie condiziona l'applicazione di sanzioni per l'impresa o per i suoi esponenti, siamo innanzi ad una situazione in cui l'inadempimento di tali incombenze è momento di una fattispecie complessa, che, al concorrere di altri presupposti, dà luogo a responsabilità – e non più solo contrattuale –, non semplicemente al mancato conseguimento di un vantaggio, premio o altra “sanzione positiva”<sup>181</sup>. Il privato sperimenta così un «onere di creazione giuridica» che lo pone sul piano del legislatore<sup>182</sup>; ove il termine “onere” sembra attagliarsi alla situazione, non tanto per il suo contenuto tecnico, quanto per la sua vaghezza semantica<sup>183</sup>.

---

<sup>179</sup> A. ALESSANDRI, *Un esercizio di diritto penale simbolico*, cit., p. 964. L'inedito ruolo che assumono i codici di autodisciplina è evidenziato anche dalla dottrina non penalistica: cfr. R. ROSAPEPE, *Corretta amministrazione, codici di comportamento*, cit., p. 187.

<sup>180</sup> La difficoltà di ricostruire veri e propri *Organisationspflichten*, con riferimento all'adozione di regole di *corporate governance* e *compliance programs*, emerge anche nell'ordinamento tedesco: cfr. C. HAUSCHKA, *Einführung*, in C. HAUSCHKA (a cura di), *Corporate Compliance*, München, 2007, p. 8, e la letteratura ivi citata.

<sup>181</sup> Questi ultimi concetti, in realtà, si accompagnano alla scoperta di una funzione promozionale del diritto propria dello stato assistenziale, la quale svelava l'incompletezza dell'impostazione kelseniana, concentrata quasi esclusivamente sull'aspetto coercitivo del diritto. In proposito si vedono i saggi di N. BOBBIO, *La funzione promozionale del diritto* (1968) e *Le sanzioni positive* (1971), riediti nel volume N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, p. 3 ss.

<sup>182</sup> Sul fenomeno F. SGUBBI, *Il diritto penale incerto*, cit., pp. 1199-1200.

<sup>183</sup> Che si tratti di categoria poco cristallina sul piano linguistico è attestato dalla ricostruzione, anche in chiave storica, che ne compie T.O. SCOZZAFAVA, voce *Onere (nozione)*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, p. 100 ss.

## 2. Il controllo come strumento di prevenzione della criminalità economica

### 2.1. Concetto e fondamenti

È da questo complesso di fonti e situazioni giuridiche che, come anticipato, possiamo estrapolare una nozione di controllo sufficientemente specifica per il diritto penale, comprendente un fascio di tecniche elaborate allo scopo precipuo di prevenire il crimine economico (e non solo); di prassi, è vero, formalmente ritagliate dalla (o innestate sulla) disciplina degli enti, ma che, partorite dal *milieu* culturale della critica allo *shareholder's value*<sup>184</sup>, appaiono di fatto sempre più svincolate dalla finalità di orientamento delle attività economiche, per essere appiattite su logiche squisitamente preventive.

Nel fenomeno è stata intravista una fruttuosa cooperazione tra sistemi regolativi privato e pubblico, appaiati, appunto, nel virtuoso tentativo di combattere il crimine<sup>185</sup>.

Ma vi si può percepire un meno rassicurante riflesso del rinnovato equilibrio “libertà-sicurezza” nel passaggio dalla modernità alla post-modernità<sup>186</sup>: «Ciò che si era soliti realizzare secondo modalità rapide e programmate, attraverso le leggi universali introdotte dal fervore normativo dello stato e sorvegliate dalla polizia, è ora eseguito con modalità poco omogenee dalle imprese commerciali, dai gruppi quasi tribali, o dagli stessi individui»<sup>187</sup>. Valutare da sé – seppure, s'intende, con l'ausilio di numerosi esperti – la propria predisposizione al reato è la migliore prestazione che l'azienda possa offrire nella definizione del rischio come «tecnica morale»<sup>188</sup>; una pre-

<sup>184</sup> Riassunta da L. GALLINO, *L'impresa irresponsabile*, cit., p. 102 ss.

<sup>185</sup> U. SIEBER, *Compliance-Programme*, cit., p. 460 ss. A. NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, 2008, p. 49, segnala come tale strategia comporti anche vantaggi economici per lo Stato, in parte sgravato dagli oneri derivanti dal perseguimento del crimine.

<sup>186</sup> Z. BAUMAN, *La società dell'incertezza*, Bologna, 1999, pp. 9-10. Per una rappresentazione, invece, del potere di punire e della connessa idea di disciplina nella modernità, ovvio il richiamo a M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, 1975, Torino, 1993, p. 79 ss., p. 147 ss.

<sup>187</sup> Z. BAUMAN, *La società dell'incertezza*, cit., p. 140.

<sup>188</sup> L'espressione è ripresa dalla funzione assegnata al “rischio” da Foucault e dai suoi allievi, secondo la ricostruzione che ne compie D. LUPTON, *Il rischio*, cit., p. 96.

stazione, oggi, garantita tanto dalla minaccia della sanzione quanto dalla lusinga e dalla persuasione<sup>189</sup>.

L'apparato di controllo, che ogni azienda virtuosa istituisce, è segmento di un programma di supervisione "sinottica" il cui fine ultimo è l'"autocontrollo" delle persone che vi sono coinvolte<sup>190</sup>. L'odierna forma di controllo si prefigge così l'obiettivo di "disciplinare"<sup>191</sup> chi ne è a capo non meno di chi vi è sottoposto<sup>192</sup>, ed incentiva una propagazione di posizioni tale per cui i controllori diventano più dei controllati<sup>193</sup>.

Le novelle tecniche di controllo, per altro verso, s'innestano in un ampio dibattito sui rapporti tra diritto, etica ed economia<sup>194</sup>.

Da un lato, nel diritto penale dell'economia, non si rinuncia alla validità del modello d'analisi basato sul comportamento razionale – l'*homo oeconomicus* –, supponendo che chi commette un crimine abbia preventivato il rischio della sanzione, giudicandolo sempre più conveniente rispetto all'osservanza della legge<sup>195</sup>. D'altro lato,

<sup>189</sup> In piena sintonia con il potere nella post-modernità: vedi Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, cit., p. 92.

<sup>190</sup> T. MATHIESEN, *The Viewer Society. Michel Foucault's "Panopticon" Revisited*, in *Theoretical Criminology*, 1997, p. 215 ss.

<sup>191</sup> Adopera come sinonimi i termini "control" e "disciplin" T. MATHIESEN, *The Viewer Society*, cit., p. 228. L'adozione di "appropriate disciplinary measures" è requisito caratteristico dei *compliance programs* (nozione ripresa nel § 2.2., nel testo): cfr. il § 8 B 2.1. del *Federal Sentencing Guidelines Manual*, ed. 2008, consultabile su [www.ussc.gov](http://www.ussc.gov).

<sup>192</sup> Sull'aumento dei controlli (anche) nei confronti di coloro che detengono il potere nelle aziende, A. SUPLOT, "*Homo juridicus*". *Saggio sulla funzione antropologica del Diritto*, Milano, 2006, p. 179. Il tema sarà ripreso al cap. V, sezione prima, § 3.1.

<sup>193</sup> A differenza – o meglio: a contemperamento – della società "panottica" descritta da Foucault, «we have seen the development of a unique and enormously extensive system enabling the many to see and contemplate the few», scrive T. MATHIESEN, *The Viewer Society*, cit., p. 219. Sull'*audit* come "controllo del controllo", M. POWER, *The Audit Explosion*, cit., p. 15 ss.

<sup>194</sup> Per una peculiare chiave di analisi dei rapporti tra economia, politica e diritto, R. HEFENDEHL, *Außerstrafrechtliche und strafrechtliche Instrumentarien*, cit., p. 816 ss. All'infuori del dibattito penalistico, per tutti, G. CONTE, *La disciplina dell'attività di impresa tra diritto, etica ed economia*, in G. ALPA (a cura di), *La responsabilità sociale dell'impresa*, Roma-Bari, 2008, p. 3 ss.

<sup>195</sup> Cfr. A. ALESSANDRI, *Attività d'impresa*, cit., p. 537; R. HEFENDEHL, *Außerstrafrechtliche und strafrechtliche Instrumentarien*, cit., p. 826 ss. Tra gli studi orientati all'applicazione del modello della scelta razionale nel diritto penale, G. BEK-

però, in evidente assonanza con l'opinione che considera l'esame del comportamento economico fondato sul mero perseguimento di un "utile" incompleto, se disgiunto dalla presa in considerazione di un fine anche "etico"<sup>196</sup>, si incentiva una progressiva penetrazione di *standard* etici nella regolazione dell'attività economica<sup>197</sup>. E, nei termini in cui vedremo, si sollecita questo processo assegnando all'etica un valore monetizzabile<sup>198</sup>.

---

KER, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, in *Journal of Political Economy*, Vol. 76, No. 2, 1968, p. 169 ss.; R.A. POSNER, *An Economic Theory of Criminal Law*, in *Columbia Law Rev.*, vol. 85, No. 6, 1985, p. 1193 ss. Le possibilità di un'analisi economica del diritto penale sono al centro dello scritto di C.E. PALIERO, *L'economia della pena (un work in progress)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1336 ss. Per una rivisitazione delle tematiche connesse al modello razionale nel diritto penale dell'economia, nella letteratura anglo-americana, N. SHOVER, A. HOCHSTETLER, *Choosing White-Collar Crime*, New York, 2006, p. 109 (che si soffermano sul modello teorico del "decision making", quale fondamento delle politiche di *deterrence* anche nel settore del diritto penale dell'economia); S.S. SIMPSON, *Corporate Crime, Law, and Social Control*, Cambridge, 2002, p. 22 ss. (ove una ricostruzione ricca di riflessioni critiche); nella letteratura in lingua tedesca, A. HEY, *Die ökonomische Analyse ausgewählter Wirtschaftsstraftaten im historischen Normkontext*, Berlin, 2001, pp. 51-52 (dove la criminalità economica viene spiegata con una "formula del rischio": la probabilità che venga commesso un fatto di criminalità economica dipende dalle variabili della situazione organizzativa – rischiosa – e dalla volontà dell'autore, come propensione a sfruttare questa situazione, di commettere un fatto deviante. Entrambe le variabili sono condizionate dalla propensione all'inganno dell'autore, dalla propensione ad esporsi a un rischio da parte della vittima, dalla situazione del mercato, dall'assetto istituzionale, dalla situazione delle informazioni e dalla loro asimmetria); nella nostra letteratura, si veda l'ampia disamina di E. MONTANI, "Economic Crimes". *Diritto penale ed economia: prove di dialogo*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 2005, p. 909 ss.

<sup>196</sup> Nella letteratura economica, A. SEN, *Etica ed economia* (1987), Roma-Bari, 2006, p. 18 ss.

<sup>197</sup> Cfr. K.-D. BUSSMANN, *Business Ethics und Wirtschaftsstrafrecht. Zu einer Kriminologie des Managements*, in *MSchrKrim*, 2003, p. 89 ss.; E. MONTANI, *Economic Crimes*, cit., p. 926 ss. Sulla crisi etica del mercato, F. STELLA, *Il mercato senza etica*, in C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., p. VII ss.

<sup>198</sup> *Infra*, § 2.2., lett. d. Sulla penetrazione dell'etica nel diritto, numerosi sono i commenti e i pareri. Degne di nota le osservazioni di G. ROSSI, *Il gioco delle regole*, Milano, 2006, p. 39 ss., il quale sottolinea il fatto epocale dell'ingresso dell'etica nella legislazione, con il SOX (*ibidem*, pp. 43-44), ma, al tempo stesso, avanza dei dubbi sull'efficacia dei codici, (*ibidem*, p. 82). V. BUONOCORE, *Etica degli affari e impresa etica*, cit., pp. 181-182, ricollega il rinnovato interesse per l'etica alla critica di John Rawls nei confronti dell'utilitarismo. Per la dottrina penalistica, si vedano le riflessioni svolte da V. PATALANO, *Etica degli affari e diritto penale*, in *Critica dir.*, 2006, p. 33 ss. Sui rapporti trasversali tra diritto e economia, sui qua-

## 2.2. Tipologia

È ora necessaria una ricognizione dei nuovi termini venuti alla ribalta dello scenario penalistico, pur nella consapevolezza della loro imprecisione e affinità reciproca<sup>199</sup>. Dopo si valuterà il significato che questa “svolta preventiva” dei controlli societari assume nell’ottica della presente ricerca.

a) *Corporate governance*. È senz’altro un concetto non immediatamente afferrabile, al di là del significato letterale. Ne sono infatti possibili definizioni di diversa portata. Una nozione “ampia” ri-comprende «il più vasto campo problematico delle regole dirette ad allocare con efficienza il controllo delle imprese, a garantire adeguata protezione agli interessi degli investitori, ad assicurare una conduzione corretta, trasparente ed efficace dell’impresa societaria con titoli ad ampia diffusione». Secondo un’accezione “ristretta”, invece, la *corporate governance* coincide con «le regole relative alla direzione dell’impresa azionaria, con particolare riferimento al problema dell’equilibrio tra amministrazione e supervisione»<sup>200</sup>. In un’accezione ancor più ristretta, con l’espressione *corporate governance*, ci si riferisce alle norme contenute nel Codice di autodisciplina adottato dalle società italiane quotate in borsa, con cui si intende integrare la disciplina legislativa inerente alle funzioni e ai rapporti degli organi delle società quotate, e si definiscono taluni concetti chiave,

---

li si innesta la responsabilità della 231, ed in particolare sulle possibilità del diritto di dominare l’economia, soprattutto i processi decisionali delle imprese, manifesta scetticismo E. MUSCO, *A proposito della responsabilità amministrativa degli enti*, in *Ius17@unibo.it.*, 1/2008, p. 335 ss.

<sup>199</sup> U. SIEBER, *Compliance-Programme*, cit., 451.

<sup>200</sup> Tali definizioni si rinvergono in P. MONTALENTI, *La società quotata*, Padova, 2004, p. 4. Orientata ad un significato ristretto è una delle più celebri definizioni di *corporate governance*, quella fornita dal CADBURY REPORT, del 1 dicembre 1992, reperibile su <http://www.ecgi.org/codes/documents/cadbury.pdf>, al paragrafo 2.5: «Corporate governance is the system by which companies are directed and controlled». Sarebbe lavoro improbo fornire una sia pure parziale bibliografia sul tema della *corporate governance*; si fa rinvio, al riguardo, al contributo di M. TONELLO, “*Corporate Governance*” e tutela del risparmio, cit., *passim*.

quali quelli di amministratore “esecutivo”, “non esecutivo” e “indipendente”, o il ruolo del “sistema di controllo interno”<sup>201</sup>.

Se si muove dall’accezione più ristretta – l’ultima tra quelle sopra menzionate – si è ancora sul piano del perseguimento di obiettivi efficientistici dell’impresa societaria, sinteticamente riconducibili alla massimizzazione del profitto per gli azionisti<sup>202</sup>.

Se, invece, si muove dall’accezione ampia, il concetto diventa assorbente di una serie di finalità non preventivabile, ed i temi che se ne ricavano acquisiscono «una sonorità familiare alle orecchie del penalista italiano», sino a riscontrare «un’area comune tra obiettivi assegnati all’intervento della repressione penale e gli oggetti di auspicata regolamentazione (o nuova disciplina) in chiave di *corporate governance*»<sup>203</sup>. Diviene possibile allora, in tale macro-ambito, procedere ad ulteriori distinzioni. I concetti che seguono, difatti, possono essere ritagliati dal tronco della *corporate governance*<sup>204</sup>.

b) *Compliance programs*. Il termine “compliance” significa “conformità” o “osservanza”: «In un contesto aziendale, con esso si intende la somma degli sforzi di conformazione a tutti gli adempimenti normativi, attraverso misure preventive di tipo organizzativo»<sup>205</sup>. Sono previste una preliminare definizione delle aree dove possono essere commessi illeciti; la scansione delle attività aziendali in pro-

<sup>201</sup> In argomento, rispetto alla versione vigente del codice, M. BAGLIONI, GIA. GRASSO, *Nuovo Codice di autodisciplina delle società quotate*, in *Soc.*, 2006, p. 1061 ss.; M. STELLA RICHTER JR., *Il nuovo codice di autodisciplina delle società quotate e le novità legislative in materia di autoregolamentazione*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, p. 149 ss.

<sup>202</sup> Secondo il Principio 1.P.2 del Codice di Autodisciplina, gli amministratori agiscono, appunto, «perseguendo l’obiettivo prioritario della creazione di valore per gli azionisti».

<sup>203</sup> A. ALESSANDRI, “*Corporate Governance*” nelle società quotate: riflessi penalistici e nuovi reati societari, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 528 ss.

<sup>204</sup> Cfr. R. HEFENDEHL, *Corporate Governance und Business Ethics: Scheinberuhigung oder Alternativen bei der Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?*, in *JZ*, 2006, p. 122.

<sup>205</sup> R. HEFENDEHL, *Corporate Governance und Business Ethics*, cit., p. 122. Anche in tal caso si è innanzi ad un concetto assorbente, coincidente con il rispetto di quasi ogni obbligo legalmente imposto all’impresa (cfr. M. MAHNHOLD, *Compliance und Arbeitsrecht: insiderrechtliche Verhaltenskonzepte im nationalen und multinationalen Unternehmen*, Frankfurt am Main, 2004, p. 29 ss.). Prova a distinguere il concetto in questione da quello di *corporate governance* C. HAUSCHKA, *Einführung*, cit., pp. 2-3.



cessi finalizzati a prevenire questo rischio e la fissazione di competenze relative a tali attività; la predisposizione di un sistema di controllo che si sovrappone a quello previsto dalla disciplina societaria<sup>206</sup>. Concetti annessi a quello di *compliance*, sono il *whistle-blowing* – ossia un meccanismo di delazione degli illeciti all'interno dell'azienda, che garantisca la segretezza e la sicurezza dei denunciatori<sup>207</sup>, ed il *compliance officer* – in pratica una funzione di controllo interno che si occupi dell'efficienza del *compliance program* adottato<sup>208</sup>.

Dall'imposizione del rispetto di qualunque norma, si passa progressivamente alla definizione di uno scopo più definito, anche se non meno vasto: la prevenzione del *corporate crime*<sup>209</sup>.

Nell'ordinamento statunitense, i *compliance programs* sono adottati sulla base delle *Federal Sentencing Guidelines* e contribuiscono a determinare l'entità delle sanzioni applicabili alle imprese<sup>210</sup>. Nell'ordinamento tedesco, dove ancora manca una definizione

---

<sup>206</sup> Ampiamente sulla struttura dei *compliance programs*, J. BRAITHWAITE, *Preventive Law and Managerial Auditing*, 1988, ora in J. BRAITHWAITE, *Regulation, Crime, Freedom*, cit., p. 95 ss.; C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., p. 111 ss.; T. LAMPERT, *Compliance-Organisation*, in C. HAUSCHKA (a cura di) *Corporate Compliance*, cit., p. 142 ss.; M.E. JOSEPH, *Organizational Sentencing*, in *American Criminal Law Review*, No. 35, 1998, p. 1027 ss.; M. KU, L. PEPPER, *Corporate Criminal Liability*, in *American Criminal Law Review*, Vol. 45, 2008, No. 2, *Twenty-Third Survey of White Collar Crime*, p. 285 ss.; U. SIEBER, *Compliance-Programme*, cit. pp. 457-458.

<sup>207</sup> In argomento, M. BASCELLI, *Possibile ruolo dei whistleblowing schemes nel contesto della corporate e del control governance. Profili di compatibilità con l'ordinamento italiano e, in particolare, con la disciplina in materia di protezione dei dati personali*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2008, p. 125 ss.; con alcune considerazioni di politica criminale, vedi anche R. KÖLBEL, *Zur strafrechtlichen Institutionalisierung des Whistleblowing*, in *JZ*, 2008, p. 1134 ss.

<sup>208</sup> Sull'effettività del *compliance program*, per tutti, M. KU, L. PEPPER, *Corporate Criminal Liability*, cit., p. 297.

<sup>209</sup> C.E. PALIERO, C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 3/2006, p. 172.

<sup>210</sup> Sulla disciplina nordamericana, J.C. COFFEE, *Corporate Criminal Liability: An Introduction and Comparative Survey*, in A. ESER, G. HEINE, B. HUBER (a cura di), *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities*, Freiburg, 1999, p. 9 ss.; C. DE MAGLIE, *Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell'impresa. Crisi e innovazione nel diritto penale statunitense*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 88 ss.; C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., p. 12 ss.; M.E. JOSEPH, *Organizational Sentencing*, cit., p. 1017 ss.; F. STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta*

legislativa di *compliance program*, vigono comunque obblighi organizzativi in diverse materie, al cui inadempimento è connessa la responsabilità, almeno civile, di organi<sup>211</sup> e, sebbene in forma di mero illecito amministrativo (*Ordnungswidrigkeit*), di imprese<sup>212</sup>. Nel nostro ordinamento, come noto, i *compliance* sono tra i criteri di imputazione della c.d. responsabilità amministrativa degli enti. La legge (artt. 6 e 7 d.lgs. 231/2001) fornisce indicazioni essenziali sul loro contenuto; l'“autoregolazione regolata” coinvolge però anche fonti intermedie: i *compliance* possono essere adottati sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti, comunicati al Ministero della Giustizia che, di concerto con i Ministeri competenti, può formulare, entro trenta giorni, osservazioni sulla idoneità dei modelli a prevenire i reati<sup>213</sup>.

c) *Risk management*. Un aspetto della *compliance* è, come visto, il calcolo preliminare dei rischi<sup>214</sup>. Tale pratica è oramai consueta nel *management*, e negli ultimi anni ha vissuto un significativo affinamento, soprattutto grazie alla diffusione di *standard* internazionali<sup>215</sup>.

Più esattamente, con l'espressione “Enterprise Risk Management” si allude a un processo strategico, condotto trasversalmente all'interno dell'impresa, gestito dal consiglio di amministrazione (*board of directors*) di un ente, dal *management* o da altro personale, con lo scopo di identificare gli eventi potenzialmente dannosi per l'ente e gestirli coerentemente con la propensione al rischio azienda-

---

*di judio*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 1998, p. 459 ss. Un riepilogo aggiornato in M. KU, L. PEPPER, *Corporate Criminal Liability*, p. 275 ss.

<sup>211</sup> Vedi J. RODEWALD, U. UNGER, *Corporate Compliance - Organisatorische Vorkehrungen zur Vermeidung von Haftungsfällen der Geschäftsleitung*, in *BB*, 3/2006, p. 113 ss.

<sup>212</sup> U. SIEBER, *Compliance-Programme*, cit., p. 464 ss.

<sup>213</sup> Cfr. art. 6 d.lgs. 231/2001 e Ministero della Giustizia, Decreto ministeriale 26.06.2003, n. 201.

<sup>214</sup> Sui problemi connessi a questo aspetto, C. HAUSCHKA, *Compliance, Compliance-Manager, Compliance-Programme: eine geeignete Reaktion auf gesteigerte Haftungsrisiken für Unternehmen und Management?*, in *NJW*, 2004, p. 257 ss.

<sup>215</sup> G. BIANCHI, voce *Risk management*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, vol. di aggiornamento n. 3, Torino, 2007, p. 743 ss.

le e con il raggiungimento degli obiettivi dell'ente stesso<sup>216</sup>. La tecnica, ripresa dall'economia aziendale<sup>217</sup>, si è diffusa, inizialmente, in settori distinti e specifici, contigui alla lotta alla criminalità organizzata<sup>218</sup>. Oggi si tende a ricongiungere sotto concetti unificanti l'analisi complessiva dei rischi tramite le espressioni *risk management* "integrato", nozione onnicomprensiva dell'analisi di diversi rischi e dell'impiego di svariate tecniche<sup>219</sup>, e *compliance risk*, che allude al pericolo che non vengano rispettate norme e regolamenti anche interni<sup>220</sup>.

Anche la criminalità, dunque, diventa parte integrante dei rischi tipici che un'impresa deve attrezzarsi a prevenire<sup>221</sup>: solo che la definizione di questo rischio presenta peculiarità tali da rendere non del tutto applicabile il criterio del "rischio accettabile", ossia della logica per cui vale la pena proteggere una risorsa fin quando i costi siano inferiori al suo valore<sup>222</sup>.

---

<sup>216</sup> Cfr. la definizione fornita dal *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission* (COSO), nel documento *Enterprise Risk Management. Integrated Framework*, del settembre 2004, p. 2, disponibile su [http://www.coso.org/Publications/ERM/COSO\\_ERM\\_ExecutiveSummary.pdf](http://www.coso.org/Publications/ERM/COSO_ERM_ExecutiveSummary.pdf)

<sup>217</sup> W. KÖCK, *Grundzüge des Risikomanagements im Umweltrecht*, in A. BORA (a cura di), *Rechtliches Risikomanagement*, cit., p. 133. Sulla metodologia si rinvia a F. BAVA, *L'audit del sistema di controllo interno*, Milano, 2003, p. 43 ss.

<sup>218</sup> Tali sono i settori della revisione contabile, del "Financial Risk Management", del "Credit Risk Management" ecc. (cfr. A. LÖW, *Integriertes Risiko-Management der Wirtschaftskriminalität*, St. Gallen, 2002, p. 5 ss.).

<sup>219</sup> A. LÖW, *Integriertes Risiko-management der Wirtschaftskriminalität*, cit., pp. 8-9.

<sup>220</sup> Vedi i contributi contenuti nel volume AA.VV., *L'Enterprise Risk Management, dal governo dei controlli alla sostenibilità dei rischi*, supplemento al n. 3/2006 della *Riv. dott. comm.*

<sup>221</sup> Nella letteratura aziendalista, P. BASTIA, *Criteri di progettazione dei modelli organizzativi*, in *Resp. amm. soc. enti.*, 2/2008, p. 203 ss.; A.R. CARNÀ, *I modelli organizzativi nella prospettiva economico-aziendale*, in *Resp. amm. soc. enti.*, 3/2007, p. 189 ss. Il lavoro di A. LÖW, *Integriertes Risiko-management der Wirtschaftskriminalität*, cit., *passim*, si segnala come tentativo di assegnare un fondamento teorico a questa tendenza.

<sup>222</sup> Cfr. CONFINDUSTRIA, *Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ex d.lgs. 231/2001*, edizione marzo 2008, su [www.confindustria.it](http://www.confindustria.it), p. 14. Sul punto vedi anche R. ALAGNA, *L'organismo di vigilanza nel d.lgs. n. 231/2001*, cit., p. 577; P. SFAMENI, *Responsabilità da reato degli enti e nuovo diritto azionario*, cit., p. 164 ss.

d) *Business ethics*. Con questa espressione viene indicata una serie di norme con cui si intende comunicare determinati “valori” agli operatori economici, implementando codici di comportamento aziendali che illustrino i limiti etici e giuridici di certe azioni e stimolino la neutralizzazione di condotte devianti<sup>223</sup>. Nel nostro Paese, i codici hanno conosciuto una notevole diffusione quali appendici dei *compliance programs*, a seguito dell’introduzione della responsabilità amministrativa degli enti<sup>224</sup>.

Più in generale, come anticipato, l’etica è vista come filtro che agevola la comunicazione tra i sistemi “economia” e “diritto”, filtro dal quale anche il diritto penale tenta di trarre beneficio<sup>225</sup>. Attraverso l’autodisciplina l’etica assurge a valore economico, divenendo parte dell’offerta sul mercato<sup>226</sup> alla quale gli investitori prestano specifica attenzione<sup>227</sup>. Ed anche la legge, ora, dedica attenzione alla “finanza etica” (art. 117-*bis* Tuf)<sup>228</sup>.

È però il complesso dei precetti comportamentali che gravitano attorno al mercato finanziario ad assumere una connotazione *lato*

<sup>223</sup> R. HEFENDEHL, *Corporate Governance und Business Ethics*, cit., p. 121. Per approfondimenti relativi ai c.d. “codici etici” vedi C. DE MAGLIE, *L’etica e il mercato*, cit., p. 104 ss., p. 280 ss. Alcune critiche sulla tendenza ad introdurre codici etici in M. DELMAS-MARTY, G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal des affaires*, cit., pp. 31-32. Un apprezzamento positivo era espresso invece da C. PEDRAZZI, *Codici etici e legge dello Stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 1049 ss.

<sup>224</sup> Cfr. CONFINDUSTRIA, *Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione*, cit., p. 26 ss., dove però si identifica il codice etico con il *compliance program*.

<sup>225</sup> K.-D. BUSSMANN, *Business Ethics und Wirtschaftsstrafrecht*, cit., p. 97 ss.

<sup>226</sup> F. GOBBO, P.V. RAMETTA, *Etica, mercato e regolazione*, in G. ALPA (a cura di), *La responsabilità sociale dell’impresa*, cit., p. 205, parlano di un «mercato dell’etica».

<sup>227</sup> Cfr. F. DENOZZA, *La nozione di informazione privilegiata tra “Shareholder Value” e “Socially Responsible Investing”*, cit., p. 585 ss.: l’Autore ravvisa la sussistenza di una specie di investitori che, manifestando una certa sensibilità verso una determinata condotta dell’impresa, sono interessati ad ottenere notizie “non finanziarie” – ad esempio il fatto che l’azienda commerci con i c.d. “stati canaglia” –, la cui pubblicazione risulta, in linea di principio, in contrasto con gli interessi degli investitori che vogliono esclusivamente massimizzare i profitti; si genera così un conflitto tra «investitori egoisti» e «investitori altruisti». In argomento, inoltre, P.C. YOUNG, *Ethics and Risk Management: Building a Framework*, in *Risk Management*, Vol. 6, No. 6, 2004, pp. 24-25 e le fonti ivi citate.

<sup>228</sup> Per alcune considerazioni sull’idea di “finanza etica”, F. BELLI, *Finanza etica: una riflessione*, in *Dir. banca merc. finanz.*, 2007, p. 3 ss.

*sensu* “etica”<sup>229</sup>. Lo stato della discussione sull’opportunità di reprimere l’*insider trading* è del resto la prova di come un comportamento, in precedenza solo eticamente riprovevole, sia ora oggetto di una pratica repressiva estesa e condivisa<sup>230</sup>.

### 2.3. Efficacia ed effettività; l’ipotesi della creazione di posizioni di garanzia

L’implementazione delle forme di controllo sopra esaminate solleva una prima questione: valutare l’efficacia dell’auspicata azione di contrasto alla criminalità economica. In Germania, al riguardo, si è osservato come, almeno nel breve periodo, la crescita applicativa di nuovi strumenti di controllo comporti un aumento dei tassi di criminalità registrata: ciò discenderebbe dalla propensione alla denuncia di fatti rilevanti innescata dall’introduzione di questi meccanismi, in altri termini, da un “paradosso” dei controlli<sup>231</sup>.

Non è questo, tuttavia, il profilo – strettamente empirico – che s’intende approfondire nelle seguenti pagine. Preme, invece, analizzare i risvolti prettamente giuridici dell’adozione delle tecniche preventive di controllo.

La prospettiva che vede nella istituzionalizzazione di tali tecniche, originariamente elaborate dagli stessi operatori economici, una risposta delle “*elite* economiche” alla critica cui l’impresa, bollata come “irresponsabile”, si è vista sottoposta nel discorso pubblico<sup>232</sup>,

<sup>229</sup> Lo nota F. SGUBBI, *Il risparmio come oggetto di tutela penale*, cit., p. 344.

<sup>230</sup> In argomento già K. VOLK, *Diritto penale ed insider trading* (1978), in K. VOLK, *Sistema penale e criminalità economica*, Napoli, 1998, p. 127 ss.

<sup>231</sup> Questa tesi è argomentata, con corredo di dati empirici, da Bussmann in diverse sedi: K.-D. BUSSMANN, *Internationale Studie zur Wirtschaftskriminalität*, in *NStZ*, 2006, p. 204; K.-D. BUSSMANN, *The Control Paradox and the Impact of Business Ethics: A Comparison of US and German Companies*, in *MSchKrim*, 2007, p. 260 ss.; K.-D. BUSSMANN, S. MATSCHKE, *Der Einfluss nationalen Rechts auf Kontroll- und Präventionsmaßnahmen von Unternehmen*, in *wistra*, 2008, p. 92. In argomento, inoltre, con un’opinione differente, R. HEFENDEHL, *Außerstrafrechtliche und strafrechtliche Instrumentarien*, cit., *passim*.

<sup>232</sup> P. IMBUSCH, *Globalisierung, Wirtschaftseliten und soziale Verantwortung*, in I. BEMERBURG, A. NIEDERBACHER (a cura di), *Die Globalisierung und ihre Kritik(er)*, Wiesbaden, 2007, p. 212, riassume così siffatta critica: «mostrarsi socialmente responsabili, sembra oggi – soprattutto sul piano internazionale – un re-

appare eccessivamente angusta per il giurista. Come sintetizzato da un illustre Scrittore, «la posizione di una norma non è mai innocua: essa esprime una “libertà” che si perde nel momento stesso in cui si esercita»<sup>253</sup>. Questa constatazione ci immette nel tema dell’effettività intesa come interazione, produttiva di effetti, della disciplina dei controlli con le altre norme dell’ordinamento<sup>254</sup>.

Dal punto di vista del sistema penale, si tratta di considerare due fenomeni: l’integrazione e l’estensione della fattispecie.

La maggior parte delle norme del diritto penale del mercato finanziario beneficia dell’*integrazione* di norme extrapenali o, comunque, di parametri di riferimento esterni alla norma penale<sup>255</sup>. Se i codici di condotta devono illustrare l’esatto contenuto delle norme penali, finiscono con ciò per contribuire a tale opera di integrazione<sup>256</sup>.

---

quisito per fare affari». Vedi, inoltre, sul punto, L. GALLINO, *L’impresa irresponsabile*, cit., pp. 16-17, p. 196 ss.

<sup>253</sup> N. IRTI, *Due temi di governo societario*, cit., p. 699.

<sup>254</sup> Si veda l’analisi condotta da U. SIEBER, *Compliance-Programme*, cit., p. 463 ss., in riferimento al diritto penale e all’*Ordnungswidrigkeitengesetz* tedeschi.

<sup>255</sup> Secondo uno schema riconducibile ad un concetto lato di norma penale in bianco, sulla cui diffusione, nel diritto penale dell’economia (anche sull’esempio del diritto penale del mercato finanziario) è tornato K. TIEDEMANN, *Tecnica legislativa nel diritto penale economico*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 2006, p. 1 ss.

<sup>256</sup> U. SIEBER, *Compliance-Programme*, cit., p. 462 cita la possibile influenza dei *compliance programs* su «unbestimmte Tatbestandsmerkmale von einzelnen Straftatbeständen». L’Autore si sofferma, in particolare, sugli effetti relativi all’individuazione di regole cautelari (*ibidem*, pp. 469-470. Sul punto, vedi anche A. NIETO MARTÍN, *Soziale Verantwortung*, cit., pp. 494-495; con riguardo al diritto penale svizzero, D. FISCHER, *Corporate Governance und der Sarbanes-Oxley Act aus strafrechtlicher Sicht*, Bern, 2008, p. 76 ss.). È dato ipotizzare, però, effetti anche sul piano della colpevolezza, sui cui però la dottrina non si è ancora soffermata. Infatti, nonostante la “privatizzazione”, la disciplina penale del mercato finanziario conserva i tratti di una “amministrativizzazione” del diritto penale dell’economia (sul fenomeno, in generale, G. FORNASARI, *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale*, Milano, 1994, p. 153 ss.), dovuta soprattutto al ruolo rivestito dalle autorità di vigilanza nella determinazione dei comportamenti ammessi in un mercato. L’implementazione di *standard* etici, d’altro canto, pare però soddisfare una ricerca di valori tangibili sottesi a questa normazione tecnica. Sicché il contenuto esangue del diritto penale posto a presidio della funzione viene arricchito di presunti valori etici, e gli operatori economici sono (o dovrebbero essere) edotti sul significato socialmente lesivo di ogni fattispecie. Ne segue che l’errore sulla legge penale diviene argomento difensivo sempre meno accessibile (sui presupposti di applicazione della scusante, E.R. BELFIORE, *Brevi note sul problema della scusabilità dell’“ignoranza legis”*, in *Foro it.*, II, 1995, c. 154 ss.): utenti della legge virtualmente super informati hanno poche *chance* di invocare l’ignoranza scusabile dei precetti penali

Ed a questa integrazione partecipa anche l'autorità di controllo sui mercati, in diverse forme<sup>237</sup>.

Ma alle regole di comportamento introdotte con codici di condotta e regolamenti si addice anche una funzione di *estensione* della tipicità: coinvolgendo più individui, le regole così prodotte, non solo accrescono la possibilità che i medesimi siano, al tempo stesso, coinvolti in vicende punitive a titolo di concorso e, in particolare, di concorso omissivo nel reato da altri commesso<sup>238</sup>, ma conferiscono a questa eventualità una solidità argomentativa deducibile dall'essere, esse regole, volano di un processo organizzativo finalizzato alla prevenzione di offese nei confronti di beni giuridici.

L'indizio, già fatto nostro, della convergenza di più finalità nella disciplina civilistica dei controlli, lascia non solo supporre che l'attività di questi ultimi sia orientata alla tutela di interessi di marca pubblicistica<sup>239</sup>, ma anche che siffatta tutela coincida con quella assicurata dalle fattispecie penali del settore<sup>240</sup>. In altri termini: lascia

---

(traiamo questo argomento dalla "seconda legge del rischio" formulata da F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Bologna, 1990, p. 78: «quanto più intenso è l'impegno del soggetto di uniformare il proprio comportamento ai precetti dell'ordinamento, quanto più è elevato per tale soggetto il rischio di incorrere in responsabilità penale»).

<sup>237</sup> Meglio *infra*, cap. II, sezione seconda, §§ 4.2.-4.3.

<sup>238</sup> Cfr. A. NIETO MARTÍN, *Soziale Verantwortung*, cit., pp. 495-497; U. SIEBER, *Compliance-Programme*, cit., pp. 470-471.

<sup>239</sup> Secondo quanto diffusamente visto nella sezione prima del presente capitolo. Sulla progressiva sovrapposizione tra controlli interni (*audit*), istituiti con il fine di salvaguardare l'interesse degli investitori, e funzione di controllo del rispetto degli *standard* legali (*compliance*), D. LANGEVOORT, *The Social Construction of Sarbanes-Oxley*, cit., p. 18, il quale (anche) da ciò deriva l'affermarsi di una figura di «"public" director».

<sup>240</sup> La dottrina più restia a riconoscere l'esistenza di posizioni di garanzia ammette la sussistenza, «tra le regole di organizzazione sui controlli, per così dire "endogene", ovvero auto-generate dall'ente per adempiere al dovere-onere di organizzarsi in vista della prevenzione del rischio-reato, e le regole "esogene", incarnate nelle norme societarie che disciplinano le funzioni di controllo-vigilanza» di «un punto di tangenza nella comune funzione, delle une e delle altre, di delimitare una zona di rischio penale connesso alla vita dell'organizzazione, che l'ordinamento considera penalmente legittimo» (N. PISANI, *Controlli societari e responsabilità da reato*, cit., p. 106).

supporre che tra la funzione di controllo e siffatti interessi si instauri un legame sussumibile nella nozione di “posizione di garanzia”<sup>241</sup>.

La verifica di questa ipotesi, sulla quale si concentrano essenzialmente gli sforzi della presente ricerca, abbisogna, in primo luogo, di una puntualizzazione degli interessi protetti dal diritto penale del mercato finanziario e delle modalità attraverso le quali se ne imputa l’offesa. Ci si accinge, in altri termini, a sondare il terreno del bene giuridico e del fatto tipico inerenti alle fattispecie del diritto penale del mercato finanziario: una premessa essenziale nel discorso relativo all’attribuzione di “posizioni di garanzia” nei confronti dei titolari della funzione di controllo.

---

<sup>241</sup> Così si esprime A. GULLO, *Il reato proprio*, Milano, 2005, p. 172: «la c.d. *corporate governance* diviene strumento ordinario di attuazione delle esigenze di protezione sollevate dalla società del rischio. Più precisamente, le regole di organizzazione societaria, concorrono a definire con maggior precisione i contorni delle attribuzioni, affidate agli attori dell’impresa, con ciò offrendo una delle “nervature” essenziali su cui innestare le correlative posizioni di garanzia».



## CAPITOLO II

### BENE GIURIDICO E STRUTTURA DELLA FATTISPECIE NEL DIRITTO PENALE DEL MERCATO FINANZIARIO

#### SEZIONE PRIMA

#### IL RISPARMIO COME BENE GIURIDICO

#### 1. *La questione del bene giuridico nel diritto penale del mercato finanziario*

In uno scenario dominato dallo Stato “imprenditore”, lo statuto penale della pubblica amministrazione esprime una certa attitudine applicativa nei confronti degli operatori economici. Per contro, lo Stato “regolatore” dissemina fattispecie create *ad hoc* per garantire il rispetto delle regole del settore economico<sup>1</sup>. In tale ultima situazione, il diritto penale dell’economia manifesta un’autonomia e spiccata vocazione espansiva, ergendosi a tutore di un apparato organizzativo. La ricostruzione del profilo lesivo della fattispecie, imperniato sul concetto classico di bene giuridico, diviene una prova assai impegnativa<sup>2</sup>. La dottrina è a volte incline a “creare” beni giuridici “col-

---

<sup>1</sup> «La “déréglementation” n’est pas synonyme d’un désengagement de l’État, mais plutôt d’un redéploiement», scrivono M. DELMAS-MARTY, G. GIUDICELLI-DE-LAGE, *Droit pénal des affaires*, cit., p. 29. Sul mantenimento di un ruolo da parte dello Stato nell’economia di mercato, nel nostro Paese, G. VISENTINI, *Lo Stato nell’economia liberale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, p. 1109 ss.

<sup>2</sup> Sul problema dell’individuazione del bene giuridico nel diritto penale dell’economia, si vedano i fondamentali contributi di K. TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, Tübingen, 1969, p. 113 ss., e di C. PEDRAZZI, *Interessi economici e tutela penale*, in A.M. STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, 1985, p. 295 ss. Per una sintesi efficace sullo stato attuale della questione, G.M. FLICK, *Problemi e prospettive del diritto penale dell’im-*

lettivi” o “istituzionali”, con una svalutazione dell’afferrabilità degli interessi tutelati e, contemporaneamente, dell’utilizzo della categoria in chiave dogmatica e critica<sup>3</sup>.

Tale tipo di soluzione si suole proporre anche con riferimento al bene protetto dalle fattispecie penali a tutela del mercato finanziario. Un riscontro positivo, del resto, è offerto dal diritto comunitario, ove, come visto, ci si richiama all’«integrità dei mercati» e alla «fiducia del pubblico nei valori mobiliari e negli strumenti derivati» per giustificare l’intervento in materia<sup>4</sup>. Si tratta di approfondire, di seguito, in quali rapporti sia la ricostruzione di un bene giuridico “collettivo” con l’esigenza impellente – o almeno avvertita tale dal legislatore – di tutelare il “risparmio” e i “risparmiatori”. In altri termini, è necessario trovare una risposta alla domanda se il “risparmio” sia un bene giuridico degno di tutela penale e in quale relazione sia con interessi individuali di quanti partecipano al mercato.

Secondo autorevoli impostazioni, la tutela penale del mercato finanziario trae fondamento dall’art. 47 Cost.: “la Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme”. Tale norma racchiuderebbe un «interesse (individuale e collettivo) del risparmiatore ad una corretta allocazione del risparmio»<sup>5</sup>. Questa definizione è in un certo senso sincretica, poiché accetta il presupposto che il rispetto di un interesse patrimoniale dei risparmiatori converga con

---

*presa alle soglie del nuovo secolo: il nodo dei beni protetti*, in *Scritti giuridici per G. Rossi*, cit., vol. II, p. 1303 ss.

<sup>3</sup> Cfr. K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 22 ss. Per una critica classica nei confronti di questa impostazione, W. HASSEMER, *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, in *ZRP*, 1992, p. 381; una replica a questa critica in H. ALWART, *Modernes Wirtschaftsstrafrecht als Projekt*, in *FS für Otto*, Köln-Berlin-München, 2007, p. 3 ss.; per una recente, peculiare presa di posizione sul tema vedi anche E.-J., LAMPE, *Überindividuelle Rechtsgüter, Institutionen und Interessen*, in *FS für Tiedemann*, cit., p. 79 ss. Sulla problematica, in generale, nella nostra dottrina, M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, p. 140 ss.; più di recente, G. COCCO, *Beni giuridici funzionali versus bene giuridico personalistico*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, tomo I, Milano, 2006, p. 167 ss.

<sup>4</sup> Cfr. 2° Considerando della direttiva 2003/6/CE del 28 gennaio 2003.

<sup>5</sup> F. BRICOLA, *Profili penali della disciplina del mercato finanziario*, in R. COSTI (a cura di), *Il diritto del mercato finanziario alla fine degli anni '80*, Milano, 1990, p. 127; C. PEDRAZZI, voce  *Mercati finanziari (nuova disciplina penale)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. di aggiornamento, Torino, 2000, p. 455.

l'efficienza del mercato. Le due prospettive, invero, appaiono concettualmente non inseparabili<sup>6</sup>.

Secondo una recente presa di posizione, alla domanda se il risparmio possa essere un bene giuridico va data invece risposta negativa. «Il concetto di bene giuridico – si osserva –, se forse non esige necessariamente la materialità o la pertinenza agli interessi personalissimi, richiede quanto meno una sua facile percepibilità, un inequivoco substrato di valore, suscettibile di essere offeso da condotte diverse ma riconducibili ad unità proprio in ragione della loro carica e direzione lesiva sostanzialmente unitaria. E così non è per il risparmio»<sup>7</sup>.

L'opinione da ultimo riportata sembra richiamarsi, anche se in modo non esplicito, alle premesse delle “concezioni critiche” del bene giuridico: al risparmio quale oggetto di tutela penale – riprendendo i concetti propri di tali concezioni – difetterebbe un dato “prepositivo” che è componente indispensabile di un bene giuridico<sup>8</sup>. Malgrado non possa non riconoscersi che, in leggi recenti, il termine “risparmio” sia stato semanticamente degradato a poco più che uno *slogan*<sup>9</sup>, la seguente trattazione – lungi dal prendere posizione sull'imponente tematica del bene giuridico – intende dimostrare come il risparmio possa assurgere a bene oggetto di tutela penale e, soprattutto, come intorno a tale concetto si coaguli una categoria di individui degni di protezione penale: i risparmiatori.

Infatti, assumendo come punto di partenza l'analisi delle singole fattispecie, si nota come l'insieme di norme volte a tutelare il mercato conosca una gamma di gradazioni di disvalore<sup>10</sup>, lungo la quale ci si approssima ad interessi personali, e la lamentata assenza di un “inequivoco substrato di valore” diviene progressivamente meno opprimente.

<sup>6</sup> Cfr. D. ZIOUVAS, *Das neue Kapitalmarktstrafrecht*, cit., p. 138 ss.

<sup>7</sup> A. ALESSANDRI, *Un esercizio di diritto penale simbolico*, cit., p. 943.

<sup>8</sup> Sulle “concezioni critiche” del bene giuridico, in questi termini, V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005, p. 19 ss.

<sup>9</sup> Cfr. F. SGUBBI, *Presentazione*, in G. INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, pp. XIV-XV.

<sup>10</sup> Si seguirà, nel testo, l'impostazione data alla materia da T. PADOVANI, *Diritto penale della prevenzione e mercato finanziario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 643.

## 2. La tutela penale della “organizzazione” del mercato

Alcune norme relative alla tutela penale del mercato si soffermano su null'altro che «strutture o funzioni o assetti organizzativi volti a risolvere conflitti di interessi», con un decisivo arretramento dell'oggetto tutelato verso «entità evanescenti»<sup>11</sup>. Ciò avviene, con tutta evidenza, nella fattispecie di abusivismo di cui all'art. 166 Tuf<sup>12</sup>. Similmente, non si va oltre una disfunzione organizzativa, nelle norme penali a presidio della “funzione” di controllo esercitata dalle autorità indipendenti, la cui istituzione, come detto, è tra le caratteristiche salienti dello Stato “regolatore”: si pensi, in proposito, all'ampia sfera d'azione degli artt. 2638 c.c. (Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza) e 170-bis, Tuf (Ostacolo alle funzioni di vigilanza della Consob)<sup>13</sup>. Si tratta di una tendenza della legislazione penale da tempo evidenziata: l'intervento penale seleziona trasgressioni collocate in un contesto giuridicamente organizzato, appiattendosi sulla violazione di una regola

<sup>11</sup> F. BRICOLA, *Profili penali della disciplina del mercato finanziario*, cit., p. 127; F. BRICOLA, *Il diritto penale del mercato finanziario*, in AA.VV., *Mercato finanziario e disciplina penale*, Milano, 1993, p. 37 ss.

<sup>12</sup> Cfr. Cass. 2.04.2005, n. 22419, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1960 ss., con nota critica di V. VALENTINI, *Brevi osservazioni in tema di abusivismo del promotore finanziario*. La Corte sostiene che «il reato di abusivismo, inoltre, ha carattere formale, nel senso che si esaurisce nella semplice violazione delle norme che regolano la competenza a gestire il mercato mobiliare, e l'elemento soggettivo consiste nella semplice volontà di inserirsi in competenze non proprie, indipendentemente dalla volontà di gestirle effettivamente, e tanto meno di produrre un danno ai clienti amministrati».

<sup>13</sup> A tali norme si aggiunge l'illecito amministrativo contemplato dall'art. 187-*quinquiesdecies*, Tuf. Commenti in S. SEMINARA, *Disposizioni comuni agli illeciti di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 21 ss.; A.F. TRIPODI, *L'ostacolo alle funzioni di vigilanza della Consob*, in F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A.F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario*, cit., p. 197 ss. Sulla tutela delle funzioni nel settore della vigilanza sui mercati finanziari, nel quadro di una peculiare prospettiva di analisi, G. LOSAPPIO, *Risparmio, funzioni di vigilanza e diritto penale. Lineamenti di un sottosistema*, Bari, 2004, p. 41 ss. Sul tema della tutela penale delle funzioni, in generale, S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflessi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 342 ss.; si vedano inoltre, di recente, G. COCCO, *Beni giuridici funzionali*, cit., p. 187 ss., e V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 95 ss., ai quali si rinvia per i necessari riferimenti bibliografici.

comportamentale<sup>14</sup>, e molto lontana appare, dietro queste fattispecie, la tutela di interessi individuali<sup>15</sup>.

Una novità è invece l'introduzione di modelli sanzionatori che ricalcano direttamente schemi desunti dallo statuto penale della p.a.; in particolar modo, la corruzione degli organi di controllo contabile, come forma di corruzione tra privati<sup>16</sup>. Ci si riferisce alla fattispecie di "corruzione dei revisori" (art. 174-ter, d.lgs. 58/1998) e all'aggravante in appendice al reato di "falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni delle società di revisione" (art. 174-bis, comma 2, d.lgs. 58/1998), quando le falsità sono determinate da corruzione<sup>17</sup>.

Lo Stato "regolatore", in fin dei conti, ostenta necessità non dissimili da quelle dello Stato "imprenditore"<sup>18</sup>.

In origine, nei rapporti economici, fu l'assenza di una fattispecie di infedeltà patrimoniale ad essere denunciata, data l'inapplicabilità del peculato e l'inadeguatezza dell'appropriazione indebita<sup>19</sup>. L'opportunità di una fattispecie di infedeltà è giustificata dalle nuove esigenze poste dalle forme di ricchezza "investita"; ha la propria ragion d'essere nella sfiducia congenita in chi, titolare di un patrimonio, lo affida ad altri che dovrà gestire, ed è una presa d'atto degli interessi

---

<sup>14</sup> La tendenza dell'illecito penale a trasformarsi in una "trasgressione", in contesti dove la tutela di un bene viene realizzata tramite una «organizzazione normativa», è tra i temi dello studio di F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, cit., p. 14 ss. Per ulteriori sviluppi, dal punto di vista di problematiche concernenti la colpevolezza, M. DONINI, *Dolo e prevenzione generale nei reati economici*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 1999, p. 1 ss.

<sup>15</sup> C. PEDRAZZI, *La riforma dei reati contro il patrimonio e contro l'economia*, in AA.VV., *Verso un nuovo codice penale. Itinerari, problemi e prospettive*, Milano, 1993, pp. 354-355.

<sup>16</sup> L. FOFFANI, *Borsa*, in F. PALAZZO, C.E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, seconda ed., Padova, 2007, p. 705. Invero, esiste una serie di atti sovranazionali tendenti a sollecitare l'introduzione di figure di corruzione tra privati; sulla problematica si rinvia al volume collettaneo R. ACQUAROLI, L. FOFFANI (a cura di), *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, Milano, 2003.

<sup>17</sup> Per un commento critico sulle nuove disposizioni, C.E. PALIERO, *La riforma della tutela penale del risparmio*, cit., p. 618; S. SEMINARA, *Nuovi illeciti penali e amministrativi*, cit., p. 559 ss.

<sup>18</sup> Cfr. le considerazioni di E. MUSCO, *L'illusione penalistica*, Milano, 2004, p. 11 ss., che parla di «paradosso delle privatizzazioni».

<sup>19</sup> Di recente, M. BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e sanzioni penali*, Milano, 2006, p. 76 ss., ripercorre i termini della questione.

“superindividuali” sottesi al rapporto di gestione sociale<sup>20</sup>. L’infedeltà patrimoniale resta, tuttavia, pur sempre attraccata alla dimensione patrimoniale della relazione d’agenzia. Il ricorso alla corruzione segnala invece che la ricchezza investita reclama nuovi sbocchi sanzionatori. Mentre lo schema dell’infedeltà è “bipolare”, vale a dire basato sul rapporto tra principale e agente, quello della corruzione è “tripolare”: al fianco del principale, emerge l’interesse di un “terzo escluso”, di un soggetto che ha interesse a che l’agente rispetti l’impegno assunto con il principale<sup>21</sup>.

Questo “terzo” è rappresentato, nel nostro caso, dal risparmiatore-investitore, entità che sottintende il passaggio dalla “proprietà” alla ricchezza smaterializzata<sup>22</sup>.

Mentre l’infedeltà si attaglia al rapporto d’agenzia e tutela pur sempre il patrimonio attualmente investito, la corruzione protegge il risparmiatore in quanto “terzo” che confida nel funzionamento del rapporto di agenzia senza esserne attualmente necessariamente parte. La sfera patrimoniale è estranea al nucleo offensivo della fattispecie; è irrilevante che la corruzione produca un danno patrimoniale o un pericolo di danno; essa si risolve in un’infrazione ad una regola di organizzazione che però attenta alla fiducia riposta dai risparmiatori nel funzionamento del mercato. La tutela di interessi individuali – inerenti al risparmiatore, s’è detto, come “terzo” –, pur senza estrinsecarsi nella produzione di una puntuale lesione patrimoniale, si fa meno distante<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> L. FOFANI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 9 ss. Per una panoramica sulle fattispecie di infedeltà vigenti nel nostro ordinamento, oltre a quanto si dirà *infra* nel § 3.1., D. FONDAROLI, *Introduzione ai delitti di “infedeltà”*, in AL. ROSSI (a cura di), *Reati societari*, Torino, 2005, p. 391 ss.

<sup>21</sup> Cfr. l’impostazione di G. FORTI, *La corruzione tra privati nell’orbita della disciplina della corruzione pubblica: un contributo di tematizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 1115 ss.

<sup>22</sup> Fenomeno cui si è diffusamente accennato *supra* nel cap. I, sezione prima.

<sup>23</sup> Da un punto di visto sociologico, intravede l’emergere degli interessi dei “piccoli investitori” nella reazione nei confronti delle società di revisione, seguita agli scandali americani di inizio millennio, R. SWEDBERG, *Teoria dell’agenzia e sociologia economica: un’applicazione al caso Arthur Andersen (2001-2002)*, in *Rassegna it. sociologia*, 2/2004, p. 157 ss.

### 3. *Le fattispecie incentrate sulla distorsione delle asimmetrie informative e la tutela penale della “identità” del mercato*

È dato osservare che le norme che in qualche modo sanzionano condotte incentrate sullo sfruttamento di asimmetrie informative<sup>24</sup> – aggrigotaggio, *insider trading*, false comunicazioni sociali (al pubblico) – siano altrettante violazioni dell'apparato istituzionale del mercato intrise di un peculiare disvalore: non solo infrazione di una regola organizzativa, bensì alterazioni delle “regole del gioco” che incidono irreparabilmente sulla parità di posizione degli attori dello scambio, «sull'identità del gioco stesso»<sup>25</sup>.

Il riferimento alle false comunicazioni sociali, per vero, va subito espunto dal nostro discorso, per via della peculiarità della vicenda italiana, che vede svilite le false comunicazioni sociali ora a una fattispecie contravvenzionale a sfondo patrimoniale, ora, nella loro variante delittuosa, implicanti un danno: con una tendenziale, anomala bagatellizzazione di un baluardo classico del diritto penale dell'economia<sup>26</sup>. Altrettanto inservibile il maldestro ritocco operato dalla L. 262/2005, che aggiunge all'art. 2622 c.c. una fattispecie aggravata di false comunicazioni sociali con “grave nocumento al risparmio”, di ardua intelligibilità, e quindi con funzione essenzialmente simbolica<sup>27</sup>. La nostra ricerca deve, invece, misurarsi con la fattispecie dove il rinvenimento di un'entità assimilabile alla nozione di bene giuridico raggiunge la massima difficoltà, sino al riconoscimento della

<sup>24</sup> Sulle direttrici dell'intervento penale in materia, si veda la sintesi di G. FANELLI, *L'aggrigotaggio tra informazione e mercato*, in *Riv. pen.*, 2005, p. 107 ss.

<sup>25</sup> T. PADOVANI, *Diritto penale della prevenzione*, cit., p. 644.

<sup>26</sup> Cfr. S. SEMINARA, *Falso in bilancio: la disciplina italiana nel quadro europeo ed internazionale*, in *Criminalia*, 2006, p. 431 ss.

<sup>27</sup> A. ALESSANDRI, *Un esercizio di diritto penale simbolico*, cit., p. 953. Critico, in sede di primo commento, già A. MANNA, *Tutela del risparmio, novità in tema di insider trading e manipolazione del mercato a seguito della legge comunitaria del 2004*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 2005, p. 659 ss.; sulla natura circostanziale del “grave nocumento”, A. LANZI, *Art. 2622*, in A. LANZI, A. CADOPPI (a cura di), *I reati societari. Commentario aggiornato alla Legge 28 dicembre 2005 n. 262 sulla tutela del risparmio*, Padova, 2007, p. 49 ss.

totale inettitudine del concetto tradizionale di bene giuridico a spiegare la criminalizzazione del fenomeno<sup>28</sup>: l'*insider trading*.

In estrema sintesi, riscontriamo tre tipologie di approccio a questa problematica.

a) Una prima impostazione incentra lo scopo della tutela penale del mercato finanziario in un generale «interesse ad una ottimale allocazione delle risorse economiche e alla trasparenza e correttezza dell'attività di quanti si rivolgono al risparmio collettivo o si offrono di gestirlo, in una generale prospettiva di tutela del patrimonio degli investitori». Prevale, in questa lettura, il profilo macroeconomico della tutela, che non a caso si tenta di ancorare ad una «nuova accezione di economia pubblica»<sup>29</sup>. Né s'intravedono spiragli per una distinta collocazione, sotto il profilo del bene tutelato, delle fattispecie riconducibili alla distorsione delle asimmetrie informative rispetto a quelle poste a protezione di semplici funzioni.

Simile impostazione è tuttavia discutibile, giacché trascura essenzialmente il fatto che il mercato è un "luogo giuridico", di per sé privo di quel sostrato materiale che è richiesto ai fini dell'individuazione di un bene giuridico in senso penalistico<sup>30</sup>. Senza tenere in conto, inoltre, che, in uno Stato che abbandoni pretese dirigistiche, il

<sup>28</sup> Si vedano le analisi di S. SEMINARA, *Insider trading e diritto penale*, Milano, 1989, p. 70 ss.; G.M. FLICK, "Insider trading": problemi sostanziali, in AA.VV., *Mercato finanziario e disciplina penale*, cit., p. 81 ss.; R. ZANNOTTI, *La tutela penale del mercato*, cit., p. 117 ss.

<sup>29</sup> S. SEMINARA, *La tutela penale del mercato finanziario*, in PEDRAZZI *et al.*, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, seconda ed., Bologna, 2000, p. 518 ss. (con riferimento specifico all'abuso di informazioni privilegiate, *ibidem*, p. 622). Sulla tutela del mercato come bene istituzionale, coincidente con «il corretto funzionamento del libero mercato o di un suo particolare settore», anticipata dalla protezione di una serie di interessi intermedi, si sofferma anche D. PULITANÒ, *L'anticipazione dell'intervento penale in materia economica*, in AA.VV., *Diritto penale, diritto di prevenzione e processo penale nella disciplina del mercato finanziario*, Torino, 1996, p. 9 ss. Per la proposta di valorizzare, soprattutto in chiave di riforma del diritto penale dell'economia, un rinnovato (rispetto all'assetto del codice Rocco) concetto di "economia pubblica", al fine di tutelare i settori in cui lo Stato interviene nell'economia, si veda G. FORNASARI, *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale*, cit., in particolare p. 175 ss.

<sup>30</sup> T. PADOVANI, *Diritto penale della prevenzione*, cit., p. 641 ss. Sul mercato quale luogo giuridico, N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., *passim.*, in particolare, l'introduzione, N. IRTI, *Il carattere politico-giuridico del mercato*, anche in *Riv. int. fil. dir.*, 2004, p. 1 ss. Per una lettura intermedia del "mercato", cioè tra



“buon funzionamento” del mercato rischia di essere una formula vuota, dal momento che gli interventi normativi non sono finalizzati a garantire un risultato utile per una delle parti: se il mercato è “libero” – se è “mercato” –, «non consente una definizione preventiva dei risultati finali suscettibili di derivare dalle contrattazioni»<sup>31</sup>.

Si impone, per contro, una distinzione preliminare tra interessi che il mercato persegue ed interessi che il mercato potrebbe compromettere<sup>32</sup>. I primi costituiscono la *ratio* dell'intervento di un diritto speciale in questa materia, data l'insufficienza del diritto comune – *ratio* che può identificarsi con un generico “buon funzionamento” del mercato –<sup>33</sup>; i secondi costituiscono ragione peculiare dell'impiego della sanzione criminale, e su di essi occorre ancora fare luce.

b) Una differente impostazione intravede nel diritto penale del mercato finanziario un assetto di norme finalizzato alla tutela di un bene istituzionale, rappresentato, questa volta, dalla “fiducia” nel buon funzionamento del mercato<sup>34</sup>. Tale visione è anticipata da teoriche che identificano il fondamento del diritto penale dell'economia

---

*locus artificialis* e *locus naturalis*, vedi, invece, V. BUONOCORE, *Contratto e mercato*, cit., p. 392.

<sup>31</sup> T. PADOVANI, *Diritto penale della prevenzione*, cit., pp. 641-642. Sulle difficoltà di ricostruire il bene “economia pubblica” come tutela di un ordine economico, C. PEDRAZZI, *Interessi economici e tutela penale*, cit., p. 301 ss. Per un utile riscontro comparatistico, si veda il ragionamento, discendente da un'impostazione fondata sulla natura della costituzione economica della Repubblica Federale Tedesca, sviluppato da D. GEERDS, *Wirtschaftsstrafrecht und Vermögensschutz*, Lübeck, 1990, p. 31 ss., che, muovendo dall'assunto secondo cui la Costituzione tedesca recepisce un modello economico misto sociale-liberale, giudica impossibile l'assunzione dell'ordine economico di per sé come bene giuridico. Piuttosto, l'adozione dello strumento penale è subordinata all'individuazione di ambiti particolari, nella vita economica, la cui tutela è connessa ad esigenze di salvaguardia della dignità delle persone. Una diversa conclusione si raggiunge partendo da un assetto costituzionale diverso, come quello spagnolo: vedi E. ÍÑIGO CORROZA, *La relevancia del fraude en los delitos de competencia*, in J.M. SILVA SÁNCHEZ (a cura di), *Libertad económica o fraudes punibles*, Madrid, 2003, p. 287 ss.

<sup>32</sup> Cfr. R. COSTI, *Tutela degli interessi e mercato finanziario*, cit., p. 769.

<sup>33</sup> R. COSTI, *Tutela degli interessi e mercato finanziario*, cit., p. 772. Una differenza di questo tipo è segnalata anche da A. WORMS, § 264a StGB – *ein wirksames Remedium gegen den Anlageschwindel? (1. Teil)*, in *wistra*, 1987, p. 242, quando, analizzando la fattispecie di cui al § 264a (*infra*, nel testo), ritiene che, se avesse voluto preservare la funzionalità del mercato, il legislatore avrebbe dovuto impedire ogni manovra speculativa contraria a “sani principi” di allocazione della moneta.

<sup>34</sup> Cfr. K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil*, cit., p. 141 ss.

nella fiducia in un determinato ordinamento economico<sup>35</sup>, e trova una compiuta sistematizzazione in una più recente opinione che, in una prospettiva di più ampio respiro, rinviene in un concetto sociologicamente elaborato di “fiducia” il sostentamento teorico dei beni giuridici collettivi<sup>36</sup>. Alla stregua di questa teoria, il delitto di abuso di informazioni privilegiate proteggerebbe un bene collettivo eretto sulla fiducia (*kollektives Vertrauensrechtsgut*) instauratasi nella “vita economica” (*Wirtschaftsleben*), nella misura in cui, nel commercio dei titoli, deve essere garantita una parità di *chance* tra le parti dello scambio (*Chancegleichheit*)<sup>37</sup>.

Anche siffatta “tutela penale della fiducia” pone più di un interrogativo.

A prescindere da generali riserve di carattere teorico<sup>38</sup>, non è chiaro se, quando interviene in economia, il diritto penale tuteli una fiducia che già esiste, come prodotto “naturale” dell’istituzione “mercato”, o se, piuttosto, sia chiamato a generare *ex novo* tale fiducia. Non è opinione da trascurare, infatti, quella che vuole i rapporti economici governati, più che altro, dalla “sfiducia” dei contraenti<sup>39</sup>. Sicché, se è vero che talvolta non esiste altra giustificazione dell’esistenza di alcune norme penali, se non quella riposta (in modo

<sup>35</sup> H. OTTO, *Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts*, in *ZStW*, 1984, p. 339 ss.

<sup>36</sup> R. HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln-Berlin-München, 2002, p. 124 ss.

<sup>37</sup> R. HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, cit., p. 281 ss.

<sup>38</sup> Per una critica, C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Band I, quarta ed., München, 2006, pp. 39-40, che giudica la teoria di Hefendehl fondata su premesse socio-psicologiche non sufficientemente certe per il diritto penale.

<sup>39</sup> Questa tesi è sostenuta da K. VOLK, *Strafrecht und Wirtschaftskriminalität*, in *JZ*, 1982, p. 86, che esemplifica con riferimento all’atteggiamento dei contraenti e dei consumatori, e con l’asserto secondo cui lo Stato antepone i controlli alla fiducia. Nello scritto citato, Volk respinge la critica, mossagli da Otto, secondo cui la sua visione nascerebbe da un errore di impostazione, in quanto modellata sul “rapporto autore-vittima” (al contrario, secondo siffatta critica, la fiducia nascerebbe da un’astrazione che sfocia in una “fiducia di sistema” – *Systemvertrauen*: cfr. H. OTTO, *Konzeption und Grundsätze*, cit., p. 343). Volk replica che l’astrazione non regge senza un fondo costituito da una – per lui inesistente – fiducia nelle relazioni interpersonali; in caso contrario, la fiducia si risolve in una generica tutela dello Stato e nel funzionamento del diritto. Sulla “disputa” cfr. R. HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, cit., p. 255 ss., per il quale non è impossibile rintracciare, volta per volta, una fiducia sottostante alle transazioni economiche.

discutibile) sulla fiducia in un determinato apparato economico-istituzionale (così, ad es., la fiducia nella stabilità del sistema creditizio affidata all'art. 136 Tub)<sup>40</sup>, è altrettanto vero che, quando in un settore dell'economia la fiducia non è un'entità empiricamente verificabile<sup>41</sup>, ogni ricostruzione teorica fondata su di essa rischia di incorrere in un circolo vizioso. In linea di principio, se si pensa al divieto di abuso di informazioni privilegiate, può dirsi che esso alimenti un "bisogno di fiducia" tra i partecipanti al mercato dei titoli, senza chiarire se si tratti di promuovere una fiducia tra essi inesistente o di difenderne una che preesiste all'intervento penalistico<sup>42</sup>. Il diritto penale, arrovellato in questo nodo, rischia di svolgere un ruolo puramente "promozionale"<sup>43</sup>, senza una chiara distinzione di scopi rispetto a quella multiforme congerie di norme che si suole ricondurre alla *corporate governance*<sup>44</sup>, la quale, come si disse, nasce proprio da un'esigenza di alimentare la fiducia tra gli attori economici<sup>45</sup>.

Questo tipo di problematica è affrontato da un diverso punto di vista nell'ordinamento statunitense.

<sup>40</sup> Cfr. Corte Cost. 17.11.2004, n. 364, in *Banca e borsa*, 2005, II, p. 231 ss., con nota critica di S. SEMINARA, *Note sul reato di illeciti rapporti patrimoniali tra dirigenza e banca (art. 136 t.u.b.)*, p. 238 ss. (in particolare, vedi i rilievi alle pp. 245-246).

<sup>41</sup> Cfr. A. HIENZSCH, *Das deutsche Insiderhandelsverbot in der Rechtswirklichkeit. Eine empirische Studie*, Baden-Baden, 2006, p. 179, che, pur nell'intento di dimostrare che l'*insider trading* attenta alla fiducia degli investitori e provoca l'abbandono del mercato da parte dei "non insider", afferma non esservi al riguardo studi empirici, ma solo una serie di «altri argomenti» provenienti dal «confronto con altri settori della vita».

<sup>42</sup> D. ZIOUVAS, *Das neue Kapitalmarktstrafrecht*, cit., p. 166 ss. In effetti, stando a una ricerca empirica condotta in Germania (si allude al lavoro di A. HIENZSCH, *Das deutsche Insiderhandelsverbot in der Rechtswirklichkeit*, cit., p. 159 ss.), sembra che, più che dimostrare una fiducia reciproca, sia possibile rilevare soltanto che gli investitori "disapprovino" l'*insider trading*: il che equivale a dimostrare che essi considerano la pratica in questione contraria all'ordinato svolgimento del mercato, non il fatto che essi ripongano fiducia in tale ordinato svolgimento.

<sup>43</sup> R. ZANNOTTI, *La tutela penale del mercato finanziario*, cit., 120; sul diritto penale promozionale, A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, Padova, 1988, p. 383 ss.

<sup>44</sup> Questo pericolo è evidenziato anche da Hefendehl, che pure considera la fiducia una componente "legittima" del bene giuridico (cfr. *supra*): si veda R. HEFENDEHL, *Enron, Worldcom und die Folgen: Das Wirtschaftsstrafrecht zwischen kriminalpolitischen Erwartungen und dogmatischen Erfordernissen*, in *JZ*, 2004, p. 20.

<sup>45</sup> Cap. I, sezione prima, § 4.

Come noto, il divieto di *insider trading* è ricavato dall'interpretazione della SEC *Rule* 10b-5, che, in realtà, punisce le condotte fraudolente nei confronti del mercato senza definire legalmente l'*insider trading*<sup>46</sup>. Pur sostenendosi, generalmente, che la condotta dell'*insider* attenta alla sicurezza, correttezza e anche alla "fiducia" ("confiance") degli altri partecipanti al mercato<sup>47</sup>, il divieto di abusare di un vantaggio informativo presuppone, tra l'altro, l'individuazione di un obbligo di "fiducia" dell'autore nei confronti di una *corporation* o della fonte dalla quale ha ottenuto la notizia<sup>48</sup>. Con la sentenza della *Supreme Court* sul "caso Chiarella", nel 1980, la giurisprudenza statunitense ha deciso per la prima alternativa, precisando come sussistesse un obbligo fiduciario in capo agli appartenenti ad una società, non solo verso la società, ma anche verso gli azionisti di quest'ultima<sup>49</sup>. In seguito, si è affermato l'indirizzo per il quale è sufficiente che l'*insider* violi un obbligo di fiducia verso la fonte dell'informazione, approfittando della notizia a proprio beneficio, secondo la versione della c.d. *misappropriation theory* sposata dalla *Supreme Court* nel "caso O'Hogan" del 1997<sup>50</sup>.

Quest'ultima interpretazione consente di comprendere nel divieto operazioni non aventi ad oggetto titoli emessi dalla società da cui proviene la notizia e, al tempo stesso, di giustificare con minori difficoltà l'estensione del divieto ai *tippees*<sup>51</sup>. Tuttavia, secondo i suoi critici, la teoria in questione comporta un'estensione indeterminata

<sup>46</sup> Cfr. J.D. COX, R.W. HILLMAN, D.C. LANGEVOORT, *Securities Regulation: Cases and Material*, quinta ed., New York, 2006, p. 879 ss.; Z. PEREZ, E. COCHRAN, C. SOUSA, *Securities Fraud*, in *American Criminal Law Review*, Vol. 45, 2008, No. 2, *Twenty-Third Survey of White Collar Crime*, p. 954 ss.

<sup>47</sup> Vedi Z. PEREZ, E. COCHRAN, C. SOUSA, *Securities Fraud*, cit., p. 954 ss.

<sup>48</sup> Sulla *fiduciary theory*, nel quadro di un'analisi comparata, si veda A. LOKE, *From the Fiduciary Theory to Information Abuse: The Changing Fabric of Insider Trading Law in the U.K., Australia and Singapore*, in *American Journ. Comp. Law*, 2006, p. 123 ss.

<sup>49</sup> Cfr. D.C. LANGEVOORT, *Insider Trading and the Fiduciary Principle: A Post-Chiarella Restatement*, in *California Law Review*, Vol. 70, No. 1, 1982, p. 1 ss.

<sup>50</sup> Cfr. S. GALLI, *Insider trading: l'accoglimento da parte della Supreme Court federale statunitense della misappropriation theory. Alcune conseguenti riflessioni sulla condotta di "trading" vietata, come definita nel cosiddetto "Testo Unico Draghi"*, in *Giur. comm.*, 1998, II, p. 712 ss.

<sup>51</sup> Per alcune precisazioni su questo aspetto, si rinvia a D.T. COHEN, *Old Rule, New Theory: Revising the Personal Benefit Requirement for Tippee/Tippee Liability*

nata degli obblighi di fiducia alla violazione dei quali è subordinata la realizzazione dell'*insider trading* costituente frode, sino a sopporre la vigenza di obblighi nei confronti di persone non interessate ad alcuna transazione, così da snaturare lo schema che si ritiene sotteso all'*insider trading*, incentrato sul rapporto tra acquirenti e venditori<sup>52</sup>. In sostanza, più che chiarire in che modo l'autore dell'*insider trading* leda la fiducia nel sistema delle transazioni (una fiducia istituzionale), si cerca – in modo assai problematico – di radicare l'illiceità della sua condotta nella rottura di una relazione di fiducia estranea alle transazioni.

c) Una terza impostazione, infine, privilegia, nell'identificazione del bene giuridico, la tutela individuale, a sfondo patrimoniale, dell'investitore, anche in fattispecie come l'*insider trading*, dove manca qualunque riferimento ad un danno per gli investitori<sup>53</sup>. Secondo una recente versione di questa tesi, una ricostruzione in tali termini della fattispecie presuppone l'abbandono del pensiero rivolto alla (eventuale) risarcibilità del danno causato dall'*insider*, il quale non si trova dinanzi ad una controparte contrattuale individuabile<sup>54</sup>. Questa circostanza non vieta di inquadrare la manovra realizzata dall'*insider* in uno spostamento patrimoniale, con un arricchimento e corrispettivo svantaggio altrui: «l'*insider trading* può dunque essere concepito solo come un gioco a somma zero, dove ci sono un vincitore e un perdente»<sup>55</sup>.

Il patrimonio degli investitori subirebbe – sempre secondo la tesi in esame – una lesione attuale, quando l'*insider* compie un'operazione in base a una notizia la cui diffusione avrebbe positivamente influenzato i titoli: dal momento che, in tali casi, gli investitori cedono titoli “sottostimati”, verrebbe lesa, non una loro mera speranza, ma una prospettiva concreta di incremento patrimoniale; nel caso di notizia che avrebbe influito negativamente sul corso dei titoli, inve-

---

*ity under the Misappropriation Theory of Insider Trading*, in *Boston College Law Review*, 2006, p. 547 ss.

<sup>52</sup> D.M. BRODSKY, D.J. KRAMER, *A Critique of the Misappropriation Theory*, in *Cardozo Law Rev.*, 1998, p. 74 ss.

<sup>53</sup> D. ZIOUVAS, *Das neue Kapitalmarktstrafrecht*, cit., p. 175 ss.

<sup>54</sup> D. ZIOUVAS, *Das neue Kapitalmarktstrafrecht*, cit., p. 177 ss.

<sup>55</sup> D. ZIOUVAS, *Das neue Kapitalmarktstrafrecht*, cit., pp. 180-181.

ce, la condotta dell'*insider* metterebbe solo in pericolo il patrimonio degli investitori, i quali, acquistando titoli "sovrastimati" – cioè che verosimilmente perderanno valore –, non subiscono necessariamente un'attuale lesione patrimoniale<sup>56</sup>.

La principale riserva nei confronti di questo tipo di argomentazione verte sul fatto che, in realtà, data la configurazione del mercato, non è rintracciabile alcun nesso eziologico tra l'operazione compiuta da chi possiede la notizia privilegiata ed il comportamento dell'investitore che si muove all'oscuro. È vero che quest'ultimo «effettua un'operazione ad un prezzo differente da quello corrispondente al reale valore del titolo trattato; è anche vero, però, che il suo comportamento è stato liberamente adottato nei confronti di un ignoto contraente e, soprattutto, è evidente che il suo "danno" si sarebbe verificato anche in assenza dell'*insider trading* così come il profitto ricavato dall'*insider* corrisponde a quello che avrebbe realizzato chiunque avesse effettuato la medesima operazione»<sup>57</sup>.

A simile obiezione si è replicato che, in verità, l'affare concluso dall'investitore ignaro è effettivamente causato dall'operazione realizzata dall'*insider*: se si imposta il ragionamento causale in termini di evento *hic et nunc*, non rilevano decorsi causali ipotetici, basati sulle operazioni che si sarebbe potuto concludere con altri *partner* al di fuori dell'*insider*; alle medesime condizioni, alla stregua delle quali una notizia non ancora nota al pubblico altererà l'andamento dei titoli, la condotta dell'*insider* è condizione indispensabile per la produzione del danno, come lo sarebbe qualunque transazione condotta con un altro *insider* o con un non *insider*<sup>58</sup>. Ciò che rende illecita questa connessione causale "naturalistica" – a differenza del-

<sup>56</sup> D. ZIOUVAS, *Das neue Kapitalmarktstrafrecht*, cit., pp. 181-184.

<sup>57</sup> S. SEMINARA, *Insider trading e diritto penale*, cit., pp. 22-23. Sulle difficoltà di provare un danno civilistico nella fattispecie di *insider trading*, P. GIUDICI, *La responsabilità civile nel diritto dei mercati finanziari*, cit., p. 288 ss.

<sup>58</sup> D. ZIOUVAS, *Das neue Kapitalmarktstrafrecht*, cit., p. 186 ss.; similmente, H. OTTO, *Der Missbrauch von Insider-Informationen als abstraktes Gefährdungsdeldikt*, in B. SCHÜNEMANN, C. SUAREZ GONZALEZ (a cura di), *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts, Madrid-Symposium für K.Tiedemann*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1994, p. 451, rileva come nella (concreta) transazione conclusa con un *insider*, la controparte è vittima di un "autore" che ha abusato consapevolmente di un prezzo distorto a suo vantaggio.

la moltitudine delle transazioni “non *insider*” – è però uno specifico nesso di rischio<sup>59</sup>. L’operazione condotta con un *insider*, difatti, supera una soglia di rischio al quale l’investitore subordina la sua partecipazione al mercato<sup>60</sup>.

Riservandoci di ritornare a breve sul ruolo giocato dal “rischio” negli equilibri delle fattispecie di abuso di mercato, dal dibattito è dato trarre una cauta conclusione, esclusivamente funzionale al fine di questa ricerca.

Che alla luce di tali premesse si possa incentrare la fattispecie di abuso di informazioni privilegiate sulla tutela del patrimonio dell’investitore non è dimostrato. Sarebbe possibile concludere in tal senso, solo se si intendesse già realizzata una lesione patrimoniale quando solo è stata lesa una *chance* di realizzare guadagni, come da taluno suggerito<sup>61</sup>. Ciò che invece si può sostenere è che dietro l’interesse penalistico alla tutela del mercato come istituzione si celi, quale suo presupposto, un interesse personale, di tipo patrimoniale, di cui sono titolari le molteplici controparti minacciate dall’*insider*<sup>62</sup>. È questo interesse, condiviso da una massa di individui, che conferisce concretezza al bene giuridico istituzionale, legittimando-

<sup>59</sup> D. ZIOUVAS, *Das neue Kapitalmarktstrafrecht*, cit., p. 197 ss.

<sup>60</sup> Cfr. H. OTTO, *Der Missbrauch von Insider-Informationen*, cit., p. 451; nel senso che la fattispecie preservi una eguaglianza sotto il profilo del «Geschäftsrisiko», P.R. MENNICKE, *Sanktionen gegen Insiderhandel*, Berlin, 1996, p. 85 ss.

<sup>61</sup> È la tesi di H. OTTO, *Der Missbrauch von Insider-Informationen*, cit., p. 452, secondo cui l’investitore non può più realizzare la propria *chance* di guadagno, che intendeva conseguire con il proprio affare e che secondo condizioni di mercato poteva anche realizzare: ma «nella frustrazione di questo scopo economico dell’affare è riposto più della perdita di una *chance* di profitto; la frustrazione di uno scopo economico fonda un vero e proprio danno patrimoniale». Questa tesi costituisce applicazione di una più generale visione della lesione patrimoniale come *wirtschaftliche Zweckverfehlung*, sostenuta da H. OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, settima ed., Berlin, 2005, p. 154 ss. Cfr. anche D. GEERDS, *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., p. 111 ss. che, previo *excursus* sulla nozione di “danno” e del bene “patrimonio”, valorizza un concetto “personale” di patrimonio – quale, in sintesi, condizione di signoria delle persone sui beni patrimoniali – rifacendosi sostanzialmente alla tesi di Otto. Critico invece, su questa impostazione, di recente, S. DOUKLIAS, *Der börsenorientierte Anlegerschutz und seine strafrechtliche Absicherung*, München, 2007, p. 90.

<sup>62</sup> In termini simili, G. STRATENWERTH, *Zum Straftatbestand des Missbrauchs von Insiderinformationen*, in *FS für Vischer*, Zürich, 1983, p. 671; P.R. MENNICKE, *Sanktionen gegen Insiderhandel*, cit., p. 98.

ne la tutela in sede penale<sup>65</sup>; senza essere degradato, come vuole al contrario molta parte della dottrina, a un mero riflesso della tutela accordata in via principale all'istituzione<sup>64</sup>.

#### 4. *Rilievi comparatistici: cenni sulla figura della “truffa negli investimenti di capitale” nel diritto penale tedesco*

La tutela degli “investitori” (*Anlegerschutz*) è un tema considerato, in Germania, almeno sin dall'introduzione della fattispecie di “truffa negli investimenti di capitale” (*Kapitalanlagebetrug*, § 264a StGB) per merito della seconda legge “sulla lotta alla criminalità economica” (2. WiKG, del 1986)<sup>65</sup>. Il § 264a StGB punisce colui che, in occasione, tra l'altro, della vendita di titoli, «nei prospetti o nelle comunicazioni sullo stato patrimoniale fornisce informazioni inesatte sui vantaggi o tace circostanze svantaggiose, nei confronti di una vasta cerchia di persone, con riguardo a circostanze rilevanti per la decisione sull'acquisto o sull'aumento di capitale». Ispirata ad un prototipo di “pubblicità ingannevole”, di portata più ampia rispetto al nostro falso in prospetto<sup>66</sup>, la figura offre una storia inter-

<sup>65</sup> In questo senso si è sostenuto che l'*insider trading* non è un “victimless crime”: S. DOUKLIAS, *Der börsenorientierte Anlegerschutz*, cit., p. 92. Con riferimento al ruolo della protezione dell'investitore nel reato di manipolazione del mercato, vedi le considerazioni di J. VOGEL, *Überwachung des Verbots der Kurs- und Marktpreismanipulation*, in H.-D. ASSMANN, U.H. SCHNEIDER (a cura di), *Wertpapierhandelsgesetz. Kommentar*, Köln, quarta ed., 2006, pp. 763-764, che parla del bene giuridico come “bene complesso”.

<sup>64</sup> Così, invece, H.-D. ASSMANN, *Insiderüberwachung*, in H.-D. ASSMANN, U.H. SCHNEIDER (a cura di), *Wertpapierhandelsgesetz*, cit., p. 393, e, da ultimo, anche T. FÜRSICH, *Probleme des strafbaren Insiderhandels nach Inkrafttreten des Anleger-schutzverbesserungsgesetzes*, Berlin, 2007, p. 9.

<sup>65</sup> A. WORMS, § 264a StGB – ein wirksames Remedium gegen den Anlage-swindel? (1. Teil), cit., p. 242 ss. Di recente il tema è stato rivalutato dalle modifiche alla legge sul commercio dei titoli mobiliari (*Wertpapierhandelsgesetz*, WpHG, dove sono disciplinati, tra l'altro, l'*insider trading* e la manipolazione del mercato) dalla c.d. legge sul miglioramento della tutela degli investitori (*Anlegerschutzverbesserungsgesetz*, AnSVG), in vigore dal 30.10.2004 (sui profili toccati da questo provvedimento, S. DOUKLIAS, *Der börsenorientierte Anlegerschutz*, cit., p. 114 ss.).

<sup>66</sup> Come noto, la “storia” del falso in prospetto è stata invece condizionata dai problematici rapporti con le false comunicazioni sociali (art. 2621 c.c. ante d.lgs. 61/2002; esemplare il “caso Cultrera”) e, sebbene per una breve parentesi – cioè



pretativa complessa, esemplificativa dell'evoluzione del diritto penale del mercato finanziario e della oscillazione tra un bene di tipo patrimoniale e uno di stampo istituzionale.

Assente ogni riferimento ad un danno patrimoniale, «nocciolo della condotta» è la “rilevanza” (*Ehreblichkeit*) ai fini della decisione degli investitori, costituita, come vuole la norma, da un'ampia cerchia di persone<sup>67</sup>. Il criterio accolto dalla giurisprudenza tedesca, onde appurare la sussistenza di questo requisito della fattispecie, è quello dell'«investitore razionale, mediamente prudente, nel cui ruolo deve calarsi il curatore del prospetto»<sup>68</sup>.

In dottrina, esistono interpretazioni nelle quali la dimensione patrimoniale conserva un ruolo preponderante. Ad esempio, secondo la ricostruzione di Samson, l'accertamento della *Ehreblichkeit* esige la prova di una rilevanza patrimoniale, la quale emerge dal confronto tra valore “vero” dell'investimento e prezzo pagato dall'investitore. La differenza, in sostanza, si atterrebbe a requisito tipico alla stregua del danno patrimoniale nella truffa<sup>69</sup>. Con ciò, però, non si spiega in cosa il § 264a StGB si differenzi rispetto alla truffa.

Un passo significativo verso la “spiritualizzazione” del bene giuridico si percepisce invece nella interpretazione di Otto, per il quale il riconoscimento di una tutela di stampo prettamente patrimoniale limiterebbe la rilevanza delle informazioni alla loro capacità di in-

---

sino alla sua riformulazione ad opera della L. 262/2005 –, da una irragionevole privatizzazione dell'oggettività giuridica per effetto della novella penal-societaria del 2002 (su tali aspetti, P. PATRONO, *Vecchio e nuovo nella disciplina del falso in prospetto informativo*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 2003, p. 225 ss.; sulla nuova fattispecie, F. SGUBBI, *Il falso in prospetto*, in F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A.F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario*, cit., p. 219 ss.).

<sup>67</sup> E. SAMSON, H.L. GÜNTHER, § 264a, in *SK-StGB*, II, quinta ed., 1996, p. 102.

<sup>68</sup> BGH, 12.05.2005, in *StV*, 2005, p. 496 ss. La formula del «verständiger, durchschnittlich vorsichtiger Kapitalanleger» deriva da analoga formula adottata in materia di § 265b StGB (*Kreditbetrug*) da BGH, St 30, 285 ss., giudizio dell'8.12.1981.

<sup>69</sup> E. SAMSON, H.L. GÜNTHER, § 264a, cit., p. 104 ss. Sempre nel senso di una prevalenza degli interessi patrimoniali dell'investitore, ma con impostazioni diverse, si veda A. WORMS, § 264a StGB – *ein wirksames Remedium gegen den Anlageschwindel?* (2. Teil), in *wistra*, 1987, p. 272 ss.; W. JOECKS, *Kapitalanlagebetrug*, in H. ACHENBACH, A. RANSIEK (a cura di), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, Heidelberg, 2004, p. 689 ss.

cidere sul valore dell'investimento al momento in cui l'investitore adotta la sua decisione. Viceversa, secondo Otto, sembra più consono alla forma di tutela apprestata dalla norma un raggio d'azione esteso alle possibilità future del titolo: nel senso che l'investitore va protetto anche dalla possibilità di guadagni inesistenti o dai rischi di perdita taciuti<sup>70</sup>. Sebbene, per Otto, bene giuridico del *Kapitalanlagebetrug* divenga la "fiducia" della collettività nel funzionamento del mercato di capitali<sup>71</sup>, l'Autore finisce per far coincidere siffatta fiducia nel mercato con la tutela patrimoniale dell'investitore: concepita, però, come frustrazione di uno scopo economico da questi perseguito<sup>72</sup>.

Non molto distante, quanto alle premesse, la ricostruzione di Tiedemann, il quale ricomponi il bene giuridico come insieme di un interesse patrimoniale dell'investitore, che coincide con la sua libertà di disposizione, ed una protezione della funzionalità del mercato: quest'ultima rappresenta uno stadio ulteriore rispetto all'offesa di una "fiducia" nel funzionamento del mercato<sup>73</sup>. Al fine poi di concretizzare il requisito delle circostanze rilevanti, il chiaro Autore suggerisce un criterio basato sull'integrazione del precetto penalistico con norme organizzative del mercato di natura extrapenale: la disciplina del prospetto, quando si tratti di prospetto, la disciplina al servizio dei revisori contabili (*Checklisten* e *Prüfungskataloge*), per quanto riguarda gli altri tipi di comunicazione. Tiedemann perviene ad un vero e proprio catalogo, ai sensi del quale l'investitore può esigere che venga fatta chiarezza su rischi "specifici e atipici" della concreta forma di investimento<sup>74</sup>.

La rapida rassegna delle opinioni sulla fattispecie di cui al § 264a StGB dimostra come, malgrado l'ingresso di nuove oggettività giuridiche – dove cogliere, altrimenti, la differenza con la truffa?–, la

<sup>70</sup> H. OTTO, *Die Tatbestände gegen Wirtschaftskriminalität im Strafgesetzbuch*, in *Jura*, 1989, p. 31; H. OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, cit., p. 320, ove ulteriori, attuali riferimenti.

<sup>71</sup> H. OTTO, *Die Tatbestände gegen Wirtschaftskriminalität*, loc. ult. cit.

<sup>72</sup> H. OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, cit., p. 321, nota 27.

<sup>73</sup> K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsbetrug*, Berlin -New York, 1999, sub § 264a, §§ 13-16.

<sup>74</sup> K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsbetrug*, cit., §§ 47 ss.

finalità di preservare gli interessi patrimoniali degli investitori occupi uno spazio tutt'altro che secondario nella speculazione scientifica dedicata all'argomento<sup>75</sup>. Certo, il concetto di patrimonio risulta, talvolta, profondamente riformulato (come in Otto) o soverchiato da altro tipo di beni (in Tiedemann). Nondimeno, si palesa un atteggiamento culturale orientato a giustificare l'intervento penalistico sulla base di interessi quanto più possibile "tangibili", dei quali risultano titolari gli investitori (*Anleger*).

##### 5. Conclusioni: il risparmio come bene giuridico collettivo finalizzato alla tutela di interessi patrimoniali

Alla luce dell'analisi sin qui condotta, i presupposti ai quali una concezione "critica" del bene giuridico subordina la legittimazione dell'intervento penale appaiono integrati, nella misura in cui, nella tutela del mercato come "istituzione", sia coinvolta pur sempre la tutela di interessi facenti capo agli individui<sup>76</sup>.

<sup>75</sup> Cfr. A. WORMS, § 264a StGB – ein wirksames Remedium gegen den Anlagenschwindel? (1. Teil), cit., p. 245; di recente, W. JOECKS, Kapitalanlagebetrug, cit., p. 692.

<sup>76</sup> Sui «beni collettivi come beni di natura "strumentale", cioè finalizzati pur sempre alla realizzazione di concreti interessi di singoli individui», G. FIANDACA, *Il "bene giuridico" come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in A. STILE (a cura di) *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, cit., p. 43; sulla individuazione del "bene finale" come il bene «considerato in un certo momento storico e da una certa disposizione di legge come atto a soddisfare "immediatamente" un bisogno dell'uomo», A. FIORELLA, *I principi generali del diritto penale dell'impresa*, in L. CONTI (a cura di), *Il diritto penale dell'impresa*, Padova, 2001, p. 21. Per approccio sensibilmente diverso al tema dei beni collettivi, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, vol. I, terza ed., Milano, 2001, p. 549 ss., i quali criticano la pretesa di uno sfondo personalistico-individuale nelle opzioni di tutela penalistica, riscontrando una sicura "offendibilità" in alcune entità collettive (tra le quali il risparmio), assurte a rango di beni nella legislazione penale contemporanea. Invero, la conclusione raggiunta nel testo non dovrebbe essere negata nemmeno dai sostenitori della concezione "personalistica" del bene giuridico; i suoi critici lo hanno del resto da tempo evidenziato (cfr. G. COCCO, *Beni giuridici funzionali*, cit., p. 183). Secondo tale concezione, infatti, «i beni universali hanno un fondamento solo nella misura in cui si lascino spiegare come interessi dell'individuo»; sì che «la tutela di istituzioni può giungere solo fin dove essa sia condizione della possibilità di tutelare l'individuo» (W. HASSEMER, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, in

Essendo negoziata sul mercato una nuova forma di ricchezza, per tutela penale del risparmio può intendersi la tutela del patrimonio in senso “dinamico”, vale a dire delle *attese* del “risparmiatore-investitore”<sup>77</sup>. Queste attese sono affatto diverse da quelle del risparmiatore *tout court*, il quale, accumulando semplicemente beni materiali, esige che non si interferisca in tale rapporto “statico” con il proprio patrimonio<sup>78</sup>. Il “risparmiatore-investitore” sopporta il rischio legato all’andamento del proprio investimento, e nessuna norma penale potrà tutelarlo da perdite collegate a tale rischio<sup>79</sup>. Egli esige, nondimeno, che tale rischio sia assunto consapevolmente e che sia tenuto nei limiti di un rischio “fisiologico”<sup>80</sup>.

Una fattispecie penale che asseconi queste esigenze non rientra nei ranghi di un diritto penale dell’evento, né tollera l’attesa che questo evento si concretizzi in un danno (patrimoniale)<sup>81</sup>. Gli interessi dei risparmiatori rilevano piuttosto «come fenomeno di massa,

---

*Jenseits des Funktionalismus*, Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, Heidelberg, 1989, pp. 90-91).

<sup>77</sup> Cfr. A. ALESSANDRI, *Offerta di investimenti finanziari e tutela penale del risparmiatore*, in AA.VV., *Mercato finanziario e disciplina penale*, cit., p. 204.

<sup>78</sup> Cfr. C. PEDRAZZI, *La riforma dei reati contro il patrimonio e contro l’economia*, cit., p. 350 ss.

<sup>79</sup> C. PEDRAZZI, *La riforma dei reati contro il patrimonio e contro l’economia*, cit., p. 352.

<sup>80</sup> C. PEDRAZZI, *La riforma dei reati contro il patrimonio e contro l’economia*, cit., p. 352; sul ruolo che assume il rischio nelle diverse forme di ricchezza investita, vedi anche F. SGUBBI, *Il risparmio come oggetto di tutela penale*, cit., p. 340 ss. Spunti significativi provengono, infine, dalla lettura del commento di Cramer al § 264b StGB: «a nessuno è impedito di investire in modo rischioso il suo denaro. Allora non può essere vietato nemmeno offrire investimenti rischiosi. Di conseguenza sarà tipico un comportamento attraverso il quale viene occultato un rischio esistente» (P. CRAMER, W. PERRON, § 264, in A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER, *StGB Kommentar*, ventisettesima ed., München, 2006, p. 2283).

<sup>81</sup> Di recente, S. SEMINARA, *L’evoluzione europea del diritto penale del mercato finanziario*, cit., pp. 236-237. Prova ne sia la messe di critiche raccolta dal tentativo maldestro di introdurre una fattispecie di “grave nocumento al risparmio”, destinata a vivere nel limbo delle vigenti fattispecie codicistiche a tutela dell’economia pubblica ed a dividerne l’oblio (cfr., tra gli altri, A. CASTALDO, *Il reato di nocumento al risparmio: prime riflessioni critiche*, in *Studi in onore di V. Buonocore*, vol. I, Milano, 2005, p. 49 ss.; S. SEMINARA, *Considerazioni penalistiche sul disegno di legge in tema di tutela del risparmio*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 503 ss.). Si allude alla figura di reato prevista nell’originario d.d.l. governativo della c.d. legge sulla tutela del risparmio, poi diventato, solo a seguito di numerose modifiche, L. 262/2005.

come flusso finanziario diffuso, come sommatoria di un numero indiscriminato di risparmiatori»<sup>82</sup>. Ma ciò non comporta la scomparsa di uno sfondo patrimoniale dall'orizzonte della tutela –<sup>83</sup> sebbene, come visto, associabile ad entità diverse dalle tradizionali forme di patrimonio. È in ciò che risiede la *premessa* della tutela del bene superindividuale<sup>84</sup>.

Trova conferma, in questa chiave di lettura, l'assunto della dottrina penalistica che tenta di conciliare il profilo "collettivo" con quello "individuale" della tutela assicurata dal diritto penale al mercato finanziario<sup>85</sup>.

Discutibile, semmai, l'ancoraggio del bene sì individuato all'art. 47 Cost. È stato di recente evidenziato, infatti, come la forma di "risparmio" che si realizza tramite il ricorso al mercato è molto diversa da ciò che immaginavano i redattori di questa norma. La Costituzione, verosimilmente, si riferisce alle forme di risparmio senza rischio, coincidenti con il semplice accumulo di ricchezza o con il deposito di denaro presso gli istituti di credito<sup>86</sup>. Si è argomentato, per con-

---

<sup>82</sup> F. SGUBBI, *Il risparmio come oggetto di tutela penale*, cit., p. 344. Sulla (ammissibilità della) tutela penalistica di interessi "collettivi" e "diffusi", F. SGUBBI, *Tutela penale di "interessi diffusi"*, in *Quest. crim.*, 1975, p. 439 ss.; C. PEDRAZZI, *Interessi economici e tutela penale*, cit., p. 300.

<sup>83</sup> In generale, sulla possibilità di intravedere una forma di tutela del patrimonio, come «ricchezza collettiva» (piuttosto che la tutela dell'economia pubblica) a fondamento del diritto penale dell'impresa, A. FIORELLA, *I principi generali*, cit., pp. 27-28.

<sup>84</sup> Cfr. D. ZIOUVAS, *Das neue Kapitalmarktstrafrecht*, loc. ult. cit.

<sup>85</sup> Sorge, per altro, un problema della tutela dei risparmiatori tramite il processo penale, con l'eventuale costituzione di parte civile riconosciuta alle associazioni rappresentative della categoria (cfr. Gup Trib. Milano del 25.01.2005, su *Riv. trim. pen. ec.*, 2006, p. 275 ss., con nota di D. GOLDONI, *Aggiotaggio su strumenti finanziari: interesse tutelato dalla norma, soggetti passivi e soggetti danneggiati dal reato*). Si tratta, tuttavia, di un problema concettualmente scindibile da quello della individuazione del bene protetto, stando alla distinzione tra "offesa" e "danno" operata dal nostro ordinamento (nitidamente descritta da D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999, p. 51 ss.).

<sup>86</sup> Cfr. F. SGUBBI, *Il risparmio come oggetto di tutela penale*, cit., p. 340 ss. Per una simile interpretazione del disposto costituzionale, F. MERUSI, *Art. 47*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti economici*, Tomo III, Art. 45-47, Bologna-Roma, 1980, p. 153 ss. (richiamato da Sgubbi). Di diverso avviso A. ALESSANDRI, *Un esercizio di diritto penale simbolico*, cit., pp. 946-947. Giudica rientranti nell'art. 47 e non nell'art. 41 Cost. i diritti degli "azionisti-investitori" (distinti da quella degli "azionisti-dirigenti"), F. GALGANO, *Art. 41*, in G.

tro, come i “beni” negoziati sul mercato finanziario non coincidono con queste forme “tradizionali” di ricchezza<sup>87</sup>.

Nondimeno, non sembra si frappongano ostacoli nell'intravedere nell'art. 41 Cost., comma 2, l'appiglio costituzionale della tutela dei risparmiatori<sup>88</sup>, dal momento che questa norma impone agli operatori economici il rispetto della libertà degli altri partecipanti al mercato, e con ciò una sia pur moderata “funzionalizzazione” dell'esercizio dell'attività di impresa<sup>89</sup>. I risparmiatori guadagnerebbero così una dignità di tutela non dissimile da quella vantata da altre figure riconducibili alla categoria degli “interessi diffusi”, come i consumatori<sup>90</sup>.

---

BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione. Rapporti economici*, tomo II, Art. 41-44, Bologna-Roma, 1982, p. 7. Da ricordare come di recente il termine “risparmio” sia ripreso anche dall'art. 117 Cost. In argomento, vedi anche M. D'AMICO, S. CATALANO, *Tutela del risparmio e principi costituzionali*, in *Dir. ec.*, 2008, p. 33 ss.

<sup>87</sup> Cfr. F. SGUBBI, *Il risparmio come oggetto di tutela penale*, cit., p. 340 ss. Per inciso, il richiamo all'art. 47 Cost. perde terreno anche quale norma giustificativa della nullità virtuale dei contratti d'investimento, riconosciuta da una parte della giurisprudenza di merito, a causa della violazione di norme di comportamento dell'intermediario: ciò a seguito della recente presa di posizione delle Sezioni Unite civ. della Corte di Cassazione (sentenza 19.12.2007 cit.; sul punto vedi il commento di V. SCOGNAMIGLIO, *Regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria*, cit., p. 459, nota 26. In dottrina, la proposta di vedere nell'art. 47 Cost. una norma di tipo “precettivo”, stabilita a tutela degli interessi contrattuali del risparmiatore era giunta da G. DE MINICO, *Esiste ancora l'interesse alla difesa del risparmio?*, cit., p. 173 ss.).

<sup>88</sup> *Contra* A. ALESSANDRI, *Un esercizio di diritto penale simbolico*, cit., p. 953, che però critica essenzialmente la convinzione che, in base all'art. 41, gli esercenti il credito possano fungere da “garanti”, in senso penalistico, «della solidità e solvibilità delle imprese».

<sup>89</sup> Su ruolo dell'art. 41 Cost. come fonte di legittimazione del diritto penale dell'impresa e della “garanzia” dovuta dall'imprenditore, F. BRICOLA, *Lo statuto penale dell'impresa: profili costituzionali*, cit., p. 123 ss.; A. FIORELLA, *I principi generali*, cit., 31; G.M. FLICK, *Problemi attuali e profili costituzionali del diritto penale di impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pp. 466 ss.; C. PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale dell'impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1988, p. 128; C. PEDRAZZI, *L'evoluzione del diritto penale economico*, in *Studi in onore di G. Vassalli*, vol. I, Milano, 1991, pp. 612-619.

<sup>90</sup> Sul parallelo “risparmiatore-consumatore”, D. ZIOUVAS, *Das neue Kapitalmarktstrafrecht*, cit., pp. 141-142. Di recente, propone di leggere nell'art. 41 comma 2 Cost. il fondamento costituzionale di un “illecito di rischio” a tutela della sicurezza dei consumatori C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Milano, 2004, p. 631.

Si potrebbe obiettare, a questo punto, che il risparmiatore agisce per la massimizzazione di un profitto, ed accetta eventuali perdite assumendosi un rischio, in un certo senso, di natura “imprenditoriale”<sup>91</sup>. Da questo punto di vista, egli appare un soggetto non altrettanto debole quanto chi acquista beni di consumo<sup>92</sup>. Tuttavia, la posizione di “inferiorità” del risparmiatore emerge con chiarezza, non appena si ponga mente alla difficoltà di accesso alle conoscenze relative al peculiare “prodotto” – lo strumento finanziario – con cui egli entra in contatto, ed al diverso grado di informazioni di cui si può disporre su questo tipo di prodotto<sup>93</sup>. Del resto, il presupposto di una maggiore o minore tutela (civilistica) di chi si avvale dei servizi finanziari è oggi individuato dalla legge nella “professionalità” del cliente, valutata in ragione del suo patrimonio conoscitivo e della sua esperienza<sup>94</sup>; e va ricordato come, stando all’interpretazione che si sta affermando<sup>95</sup>, i risparmiatori, con esclusione degli investitori istituzionali, appaiono legittimati ad esercitare

<sup>91</sup> In ciò, in realtà, il risparmiatore è allineato ad un ideale di *homo oeconomicus*, introdotto dal neoliberalismo americano, come “imprenditore di se stesso”, che Michel Foucault estese già al lavoratore ed al consumatore (vedi M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, Milano, 2005, p. 185-187). Il collegamento con l’analisi di Foucault si deve ad una intuizione di F. DENOZZA, *I conflitti di interesse nei mercati finanziari e il risparmiatore “imprenditore di se stesso”*, relazione presentata al convegno “I servizi del mercato finanziario. In ricordo di G. Santini”, Bologna, 24.10.2008, p. 8 ss. del dattiloscritto.

<sup>92</sup> Sul punto A. PERRONE, *La responsabilità degli intermediari: tutela del risparmiatore incolpevole o “copertura assicurativa” per investimento sfortunato?*, in *Banca imp. soc.*, 2008, p. 389 ss.

<sup>93</sup> Cfr. F. DENOZZA, *I conflitti di interesse*, cit., p. 8 ss., che allude alla necessità di “educare” il risparmiatore alla scelta; in argomento, vedi anche A. ZITO, *Contraddizioni concettuali ed anomalie sistemiche del mercato finanziario: considerazioni minime sulla centralità della tutela del risparmiatore*, in *Dir. ec.*, 2008, p. 77 ss.

<sup>94</sup> Si veda la definizione comunitaria di “cliente professionale”: «Un cliente professionale è un cliente che possiede l’esperienza, le conoscenze e la competenza necessarie per prendere le proprie decisioni in materia di investimenti e valutare correttamente i rischi che assume» (Allegato II, Direttiva 39/2004/CE, c.d. MIFID).

<sup>95</sup> Cfr. G. ALPA, *L’azione collettiva risarcitoria. Alcune osservazioni di diritto sostanziale*, in *Corr. mer.*, 2008, p. 769; D. AMADEI, *L’azione di classe italiana per la tutela dei diritti individuali omogenei*, in *Giur. mer.*, 2008, p. 943; F. AROSSA, *Gli scomodi confini dell’azione collettiva risarcitoria all’italiana: diseconomie del suo ambito di applicazione*, in *An. giur. ec.*, 2008, p. 32; P. GIUDICI, *La responsabilità civile nel diritto dei mercati finanziari*, cit., p. 152 ss.

l'azione collettiva di cui all'art. 140-bis d.lgs. 206/2005 (Codice del consumo): «il risparmiatore, l'investitore non istituzionale, è per ciò stesso “consumatore” di servizi finanziari»<sup>96</sup>. Al cospetto di tale “attenzione” nei confronti degli attori più deboli del mercato, è stato anche sottolineato come l'ordinamento – in primo luogo comunitario – assuma un atteggiamento sostanzialmente “paternalistico” rispetto agli investitori<sup>97</sup>.

Ne affiora l'idea di una regolazione diretta a rimuovere alcuni ostacoli che si presentano nell'assumere scelte consapevoli d'investimento: fermo restando alcuni limiti cognitivi ineliminabili, in quanto frutto di una condizione ontologica di irrazionalità (o di limitata razionalità), si preserva comunque la libertà di scelta di tutti gli attori economici rendendoli consapevoli del rischio incorporato dal “prodotto”<sup>98</sup>. Si è anzi intravista nella formula di cui all'art. 47 Cost. una conferma di tutto ciò: “incoraggiare” il risparmio significherebbe rimuovere le remore ad accedere agli investimenti, riducendo “le condizioni di incertezza” in cui si muove chi compie scelte di risparmio<sup>99</sup>. Preferibile, ci sembra – per le ragioni suesposte, attinenti al significato del termine “risparmio” nell'art. 47 –, riconoscere sì la validità del collegamento tra tutela del risparmiatore e rimozione di ostacoli alla libertà di scelte di investimento, intravedendone il fondamento, però, nell'art. 41 Cost.

<sup>96</sup> G. ALPA, *L'azione collettiva risarcitoria*, cit., p. 769.

<sup>97</sup> A. PERRONE, *La responsabilità degli intermediari*, cit., p. 394.

<sup>98</sup> Si veda la ricostruzione di N. PECCHIOLI, *Incoraggiamento del risparmio e responsabilità delle autorità di vigilanza*, Torino, 2007, p. 13 ss.

<sup>99</sup> La suggestiva lettura è argomentata sulla base della lettera e della storia dell'art. 47 da N. PECCHIOLI, *Incoraggiamento del risparmio*, cit., 63 ss.



## SEZIONE SECONDA

## LA STRUTTURA DELLA FATTISPECIE E L'INDIVIDUAZIONE DI "GARANTI"

1. *Premessa: struttura della fattispecie e forme di coinvolgimento delle istanze di controllo*

Il fenomeno da approfondire, come anticipato, è ora quello della intersezione delle regole extrapenali – in attuazione della normativa sui controlli societari, sulla vigilanza pubblica e delle tecniche di controllo a suo luogo definite – con il tipo penale. Intersezione che si giova di una struttura "aperta" delle principali figure confluenti nel diritto penale del mercato finanziario<sup>100</sup>.

Questo dialogo del tipo penale con un variegato universo extrapenale, per vero, persegue percorsi diversi. Schematizzando, si possono prendere in considerazione: a) illeciti penali che semplicemente si limitano a ricalcare (la trasgressione di) una regola extrapenale (§ 2, *infra*); b) illeciti dove la regola comportamentale, di natura extrapenale, integra un obbligo di "fedeltà"<sup>101</sup>, la cui violazione

<sup>100</sup> L'espressione "offene Tatbestände" risale a Welzel ed indica quelle fattispecie dove il legislatore descrive solo "una parte" degli elementi del tipo, chiamando il giudice ad un'operazione di integrazione. Gli esempi tipici sarebbero l'illecito colposo e il reato omissivo improprio, dove, rispettivamente, è compito del giudice ricostruire il dovere di diligenza e la posizione di garanzia. Welzel utilizza il concetto nella sua personale ricostruzione dei rapporti tra tipicità ed antigiuridicità (su tali aspetti dogmatici, sui quali in questa sede non è dato indugiare, si rinvia a C. ROXIN, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, seconda ed., Berlin, 1970, p. 3 ss.). La medesima espressione si rinviene in K. TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, cit., p. 31, p. 89 ss. che, pur indicandone la provenienza dal Welzel, la impiega come "sinonimo di incompleto", per affrontare il problema della specificazione tecnica in una serie di fenomeni normativi (tra cui norme penali in bianco, elementi normativi, clausole generali), in modo particolare nel diritto penale dell'economia. La si riprende, nel testo, nel significato fatto proprio da Tiedemann. Il tema di una fattispecie tipica "aperta", che esige l'integrazione di norme extrapenali, è ricostruito nei suoi termini generali da M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, cit., p. 221 ss.; per l'enunciazione dei diversi gradi con cui la norma tecnica extrapenale può assorbire «il nucleo del precetto penale», vedi, altresì, M. DONINI, *Dolo e prevenzione generale nei reati economici*, cit., *passim*.

<sup>101</sup> Sul piano strettamente tecnico-giuridico, stando alla nomenclatura recepita dalla nostra letteratura, si suole distinguere tra "fiducia", come elemento di carattere soggettivo, che identifica il motivo per il quale si è indotti a trattare con una persona che si ritiene "leale", e "fedeltà", come concetto che «allude non al motivo, ma al contenuto del rapporto giuridico» (cfr. M. BELLACOSA, *Obblighi di fedel-*

è penalmente sanzionata solo al concorrere di altri requisiti (§§ 3 e 3.1.); c) illeciti, infine, dove la trasgressione di un obbligo comportamentale serve da ausilio nella valutazione della “pericolosità” della condotta rispetto alla perturbazione degli scambi (§§ 4 ss.). La schematizzazione suggerita, di certo approssimativa, permette di scorgere la tendenziale, crescente responsabilizzazione degli organi di controllo da angoli visuali differenti, in ragione della diversa tipologia di interpolazione subita dalla fattispecie penale, e, alla fine, permette di focalizzare i termini peculiari nei quali simile fenomeno si presenta con riguardo ai c.d. “abusi di mercato” (§ 5).

## 2. *Le false attestazioni e la nuova tendenza del “white collar crime” inaugurata dal Sarbanes-Oxley Act*

Il *Sarbanes-Oxley Act* (di seguito: SOX) del 2002<sup>102</sup> è la principale risposta del legislatore americano al *post-Enron*<sup>103</sup>. Il provvedimento introduce, innanzi tutto, modifiche relative all’organizzazione delle società, stabilendo che la maggioranza dei membri del *board* siano “independent directors” e che siano adottate procedure per le comunicazioni tra *management* e “non-management” *directors*, stabilendo che le società debbano pubblicare uno statuto dell’*audit committee*, linee guida di *corporate governance* e codici etici e di condotta<sup>104</sup>. Sul piano strettamente repressivo-sanzionatorio, i contenuti del SOX spaziano poi dalla *obstruction of justice* alla *securities fraud*, creando nuovi crimini o aumentando considerevolmente le sanzioni già esistenti, parificando tentativo (*attempt*) e concorso

---

*tà dell’amministratore di società e sanzioni penali*, cit., p. 15 ss. e la dottrina *ivi* citata).

<sup>102</sup> Disponibile su <http://www.sec.gov/about/laws/soa2002.pdf>.

<sup>103</sup> Nell’ambito di una serie più ampia di iniziative, su cui si rinvia a K.F. BRICKLEY, *Enron’s Legacy*, in *Buffalo Criminal Law Review*, No. 8, 2004/2005, p. 221 ss.

<sup>104</sup> Riassumono così i contenuti del SOX relativi alla *corporate governance* C.H. ROSENBERG, J.A. ROLFES, J.A. MOSS, *Recents Corporate Governance Reforms Enacted to Financial Fraud: The Sarbanes-Oxley Act of 2002 and Related Rules and Regulations*, in H. CENDROWSKI, J.P. MARTIN, L.W. PETRO (a cura di), *The Handbook of Fraud Deterrence*, New Jersey, 2007, p. 143 ss.

(*conspiracy*) alla consumazione e all'autoria, sollecitando l'aggiornamento delle *Federal Sentencing Guidelines* relative al perseguimento del *corporate crime*, da parte della *United States Federal Commission*, e delegando la SEC ad adottare una disciplina regolamentare in numerosi casi<sup>105</sup>.

È stato evidenziato come, tramite il SOX, la legislazione americana abbia sposato una nuova direttiva: la riscoperta del ruolo della persona fisica nel perseguimento del *white collar crime* accanto alle sanzioni nei confronti delle società<sup>106</sup>.

Ciò non è certo avvenuto tramite il ricorso allo strumento della responsabilità concorsuale in forma omissiva, sulla cui base si è abituati a ragionare nel nostro Paese. La responsabilità per omesso controllo, negli Stati Uniti, è applicata e discussa sotto il profilo prettamente civilistico<sup>107</sup>: in tale sede, l'attenzione si è da tempo concentrata sull'evoluzione subita dal *board of directors*, trasformatosi in un organo dedito soprattutto all'attività di *monitoring*<sup>108</sup>. Così, la giurisprudenza del Delaware, già nel 1996, ha potuto affermare il principio della responsabilità civile dei *directors* per le perdite causate dalla "non-compliance" degli *standards* legali applicabili alla società<sup>109</sup>; mentre più di recente si è discusso dei possibili con-

<sup>105</sup> Una sintesi in K.F. BRICKEY, *Enron's Legacy*, cit. p. 231 ss.; R. HEFENDEHL, *Enron, Worldcom und die Folgen: Das Wirtschaftsstrafrecht zwischen kriminalpolitischen Erwartungen und dogmatischen Erfordernissen*, in *JZ*, 2004, p. 18 ss.; E. MONTANI, *L'esperienza degli Stati Uniti*, in A. ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, p. 457 ss.; M.A. PERINO, *Enron's Legislative Aftermath: Some Reflections on the Deterrence Aspects of the Sarbanes-Oxley Act of 2002*, Columbia Law and Economics, Working Paper No. 212, 2002, www.ssrn.com.

<sup>106</sup> B. SCHÜNEMANN, *The Sarbanes-Oxley Act of 2002: A German Perspective*, in *Buffalo Criminal Law Review*, No. 8, 2004/2005, p. 43. Viceversa, sull'origine storica della responsabilizzazione delle persone giuridiche (*corporate crime*) e sulla «crisi della nozione di "white collar crime"», C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., p. 249 ss.

<sup>107</sup> F. 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 F. Stella*, volume II, Napoli, 2007, p. 1053 ss.

<sup>108</sup> Cfr. M.A. EISENBERG, *Corporate governance: The Board of Directors and Internal Control*, in *Cardozo Law Rev.*, 1997, p. 237 ss.

<sup>109</sup> Così Court of Chancery of Delaware, *In re Caremark Int'l*, 698 A.2d 959, (1996): «in my opinion only a sustained or systematic failure of the board to exercise oversight - such as an utter failure to attempt to assure a reasonable informa-

traccolpi sulla responsabilità del *board* derivanti dalle stringenti regole imposte dalla SEC relative ai *report* finanziari dovuti dall'*audit committee*<sup>110</sup>.

Tramite il SOX, la scure del diritto penale si è abbattuta soprattutto sulle irregolarità nelle attestazioni concernenti il rispetto di procedure interne, quali condotte autonomamente imputabili ai deputati alla funzione di controllo<sup>111</sup>. La sec. 302 stabilisce che il *Chief Executive Officer* (CEO) ed il *Chief Financial Officer* (CFO) valutino l'assetto dei controlli interni su base trimestrale e relazionino sulla loro effettività<sup>112</sup>. La sec. 906, quindi, prevede gravi sanzioni per le falsità di tali *reports*. Inoltre, la sec. 404 impone ai revisori (*independent auditors*) una valutazione annuale del *management* e della effettività dei controlli sui "*financial reports*"<sup>113</sup>. Si è innanzi, in questi casi, ad obblighi di certificazione della effettività ed efficienza di un apparato organizzativo, la cui logica non si discosta da altri sistemi di certificazione di qualità, basati non tanto sull'esito del processo produttivo (il prodotto), quanto sulla idoneità del sistema ("a monte") nel garantire un esito affidabile per i destinatari della produzione<sup>114</sup>.

---

tion and reporting system exists - will establish the lack of good faith that is a necessary condition to liability». Sul tema, D. DEMOTT, *Organizational Incentives to Care about the Law*, in *Law & Contemporary Problems*, 1997, II, p. 39 ss.; W.S. LAUFER, *Corporate Bodies and Guilty Minds*, Chicago-London, 2006, p. 36 ss.

<sup>110</sup> G.S. ROWLAND, *Earnings Management, the SEC, and Corporate Governance: Director Liability Arising from the Audit Committee Report*, in *Columbia Law Rev.*, 2002, p. 168 ss.

<sup>111</sup> Cfr. B. SCHÜNEMANN, *The Sarbanes-Oxley Act of 2002*, loc. ult. cit.

<sup>112</sup> Esistono tre livelli di deficit: 1. difetti nei controlli; 2. difetti significativi; 3. "material weakness": cfr. J.S. HAMMERSELY, L.A. MYERS, C. SHAKESPEARE, *Market Reactions to the Disclosure of Internal Control Weakness and the Characteristics of those Weaknesses under Section 302 of the Sarbanes Oxley Act of 2002*, 2005, www.ssrn.com, i quali si soffermano sull'effetto indotto dai *reports* sugli investitori nel caso di *material weakness*.

<sup>113</sup> Sulla differenza di ambito tra secc. 302 e 404, tramite l'interpretazione della SEC, cfr. D.C. LANGEVOORT, *Internal Controls after Sarbanes-Oxley: Revisiting Corporate Law's "Duty of care as Responsibility for the System"*, 2005, www.ssrn.com, a cui si rinvia per talune osservazioni critiche circa la disciplina dei controlli nel SOX. Ulteriori approfondimenti e riflessioni in S. ALLES, M. DATAR, *How Do You Stop The Books from Being Cooking*, 2004, www.ssrn.com.

<sup>114</sup> In termini di una "certificazione di qualità" si esprime M. TONELLO, "*Corporate governance*", cit., p. 593 ss. Sul fenomeno della certificazione di qualità co-

Nel SOX la convergenza di scopi tra *corporate governance* e diritto penale eguaglia un livello di pressoché netta identificazione: compiti di cui tipicamente è destinataria la prima – quali la separazione di funzioni tra amministrazione e controllo e la regolamentazione delle *stock options* e dei bilanci – vengono in blocco appaltati alle sanzioni criminali, per altro draconiane<sup>115</sup>. Viene così decisamente accantonato il principio per il quale un comportamento deve essere considerato prima illecito per gli altri rami dell'ordinamento e poi, semmai, soggetto a pena<sup>116</sup>.

### 3. *Fattispecie incentrate sull'infedeltà: la centralità dell'“Untreue” nel diritto penale tedesco e i profili di responsabilità dell'“Aufsichtsrat”*

La fattispecie tedesca di *Untreue* (§ 266 StGB), tra i reati posti a tutela del patrimonio, si presenta come modello per eccellenza di criminalizzazione di obblighi extrapenalmente tramite una clausola elastica inserita nel tipo<sup>117</sup>. Tali obblighi sono recepiti nell'elemento, alternativo, dell'abuso di potere negoziale (*Mißbrauchstatbestand*, come potere di disposizione di un patrimonio altrui verso l'esterno) o violazione del dovere di fedeltà (*Treubruchstatbestand*, come espressione di rapporti interni con il titolare del patrimonio)<sup>118</sup>.

---

me controllo “orientato ai processi”, con riferimento però alla responsabilità penale per il danno da prodotto (dove le regole procedurali, secondo l'Autore, individuano tendenzialmente regole cautelari), N. BOSCH, *Organisationsverschulden in Unternehmen*, Baden-Baden, 2002, p. 428 ss.

<sup>115</sup> R. HEFENDEHL, *Enron, Worldcom und die Folgen*, cit., p. 20; in argomento, anche D. FISCHER, *Corporate Governance und der Sarbanes-Oxley Act*, cit., p. 57 ss.

<sup>116</sup> Cfr. cap. I, sezione seconda, § 1.3.

<sup>117</sup> Per un'introduzione, K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht, Besonderer Teil*, cit., pp. 2-3.

<sup>118</sup> La letteratura in materia è sterminata. Sulle problematiche sollevate dalla formulazione della fattispecie, tra gli altri, si vedano H.L. GÜNTHER, *Die Untreue im Wirtschaftsrecht*, in *FS für Weber*, Bielefeld, 2004, p. 311 ss.; A. RANSIEK, *Risiko, Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil bei der Untreue*, in *ZStW*, 2004, p. 640 ss.; B. SCHÜNEMANN, *Die „gravierende Pflichtverletzung“ bei der Untreue: dogmatischer Zauberhut oder taube Nuss?*, in *NStZ*, 2005, p. 473 ss.; G. ZWIEHOFF, *Untreue durch den Aufsichtsrat bei nichtorganschaftlichem Handeln?*, in *FS für Eisenhardt*,

Quantomeno orientata ad un danno patrimoniale<sup>119</sup>, la norma è soggetta ad una erosione ermeneutica in direzione di incriminazioni fondate sulla sola assunzione di un rischio, sicché il requisito del “pregiudizio” per l’altrui patrimonio svanisce nella mera realizzazione di tale rischio<sup>120</sup>. Dal punto di vista della fattispecie oggettiva, l’*Untreue* diviene difatti utilizzabile ogni volta in cui, indipendentemente da un danno attuale, sussista un pericolo di diminuzione patrimoniale<sup>121</sup>. Un analogo processo subisce la fattispecie soggettiva: se, infatti, la fattispecie obiettiva si riferisce ad un rischio assunto illecitamente, il dolo non potrà che avere, quale substrato, il rischio medesimo; esso consegnerà, quindi, alla riconoscibilità di questo rischio<sup>122</sup>.

Per la concretizzazione delle condotte tipiche, la giurisprudenza rinuncia alla determinazione di un parametro relativo al contenuto puntuale dei comportamenti illeciti inerenti alla gestione di un patrimonio, enfatizzando, piuttosto, la trasgressione di una regola procedimentale (*Verfahrensregel*); così, «non è essenziale il risultato in sé, ma come esso si sia realizzato». L’osservanza delle regole proce-

---

München, 2007, p. 573 ss.; sui nessi rispetto alle recenti evoluzioni del diritto societario in Germania, H. RADKE, M. HOFFMANN, *Gesellschaftsrechtsakzessorietät bei der strafrechtlichen Untreue zu Lasten von Kapitalgesellschaften? – oder: “Trihotel” und die Folgen*, in *GA*, 2008, p. 535 ss.; sulla centralità dell’*Untreue* nel diritto penale dell’economia, nell’esperienza tedesca, si veda T. RÖNNAU, *Untreue als Wirtschaftsdelikt*, in *ZStW*, 2007, p. 887 ss.; sull’utilizzo della figura di infedeltà per incrementare la “moralizzazione” dell’impresa, quale fine della *corporate governance*, vedi l’indagine di L. FOFFANI, A. NIETO MARTÍN, *Corporate Governance y administración desleal. Casos y problemas de derecho comparado europeo*, in *Revista penal*, Enero 2006, p. 110 ss. Nella nostra letteratura, per una trattazione di tipo comparatistico, fondamentale resta L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 235 ss.; più di recente, L. FOFFANI, *Die Untreue im rechtsvergleichenden Überblick*, in *FS für Tiedemann*, cit., p. 767 ss.

<sup>119</sup> Sulla *querelle* circa le differenze tra *Nachteil*, di cui parla l’*Untreue*, e *Beschädigung*, presente nella truffa, si rinvia a L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale*, loc. ult. cit.

<sup>120</sup> H.L. GÜNTHER, *Die Untreue im Wirtschaftsrecht*, cit., pp. 312-313; A. RANSIEK, *Risiko*, cit, p. 634. Tuttavia, per un riequilibrio tra gli elementi della fattispecie, si veda la recente casistica analizzata da L. FOFFANI, A. NIETO MARTÍN, *Corporate governance*, cit., p. 115 ss.

<sup>121</sup> A. RANSIEK, *Risiko*, cit., p. 636 ss.

<sup>122</sup> In forma diretta, dato che rischio e danno coincidono, per A. RANSIEK, *Risiko*, cit., p. 638 ss.; in termini di *dolus eventualis*, invece, per H.L. GÜNTHER, *Die Untreue im Wirtschaftsrecht*, cit., p. 313.

dimentali esclude la violazione dell'obbligo (*Pflichtverletzung*) e delimita uno spazio consentito nella valutazione dell'operazione economica<sup>123</sup>.

Questa interpretazione finisce con l'assegnare all'*Untreue* una funzione centrale in un processo di indiretta criminalizzazione delle regole di *corporate governance*<sup>124</sup>, nel momento in cui, ai fini di siffatta fattispecie, si prende in considerazione la trasgressione degli obblighi di corretta organizzazione degli enti creditizi finalizzata alla valutazione dei rischi connessi alla concessione del credito<sup>125</sup>, oppure l'omessa o lacunosa adozione di sistemi di controllo interni alle società di capitali<sup>126</sup>, le carenze nell'apparato di controllo dei rischi integrano la *Pflichtverletzung* ai fini del § 266 StGB<sup>127</sup>.

In generale, la fattispecie diviene lo strumento per sanzionare penalmente le condotte – dirette a cagionare un danno patrimoniale – poste in essere dai titolari di organi societari in violazione degli obblighi inerenti alla propria funzione: si parla, in proposito, di «Organuntreue»<sup>128</sup>. Emblematico, al riguardo, il “caso *Mannesmann*”, dove oggetto di valutazione è stata la rilevanza penale del pagamento di un lauto “premio di riconoscimento” (*appreciation award*) in favore del *management* uscente di una società *target* di un'offerta pubblica di acquisto<sup>129</sup>. L'applicabilità della *Untreue*, in

<sup>123</sup> Cfr. ancora A. RANSIEK, *Risiko*, cit., p. 674, al quale si rinvia per i richiami giurisprudenziali.

<sup>124</sup> Rilevano soprattutto le seguenti norme: § 76 AktG, sulla diligenza degli amministratori (*Vorstand*) di una società per azioni e § 93 AktG circa la loro responsabilità risarcitoria; § 91 AktG, sulla predisposizione di misure idonee al riconoscimento di situazioni potenzialmente dannose, in particolare strumenti di controllo.

<sup>125</sup> Cfr. J. PREUSSNER, P. PANANIS, *Risikomanagement und strafrechtliche Verantwortung – Corporate Governance am Beispiel der Kreditwirtschaft*, in BKR, 2004, p. 351 ss.

<sup>126</sup> T. MÜNZENBERG, *Das Risikomanagement und seine straf- und zivilrechtlichen Auswirkungen auf die Haftung der Unternehmensleitung*, in F. ROMEIKE (a cura di), *Rechtliche Grundlagen des Risikomanagements. Haftungs- und Strafvermeidung für Corporate Compliance*, Berlin, 2008, pp. 113-116.

<sup>127</sup> B. SCHÜNEMANN, *Die „gravierende Pflichtverletzung“ bei der Untreue*, cit., p. 475.

<sup>128</sup> B. SCHÜNEMANN, *Organuntreue: Das Mannesmann-Verfahren als Exempel?*, Berlin, 2004, p. 7 ss.

<sup>129</sup> Cfr., in senso negativo ai fini dell'intergrazione del § 266 StGB, LG Düsseldorf, Urteil v. 22.7.2004, in NJW, p. 3275 ss. Secondo il *Landgericht*, il paga-

relazione a tale fattispecie, è parsa dipendere interamente dall'interpretazione del diritto societario<sup>130</sup>.

L'*Untreue* è anche uno strumento di attribuzione di responsabilità dell'organo di controllo delle società per azioni e a responsabilità limitata: l'*Aufsichtsrat*<sup>131</sup>. Controverso, in primo luogo, se l'*Aufsichtsrat* possa commettere *Untreue* sotto il profilo di una condotta di "abuso" (il suvviso *Mißbrauchtatbestand*), dal momento che di norma gli atti del consiglio non hanno efficacia esterna o hanno un'efficacia esterna mediata dall'atto dispositivo assunto dagli amministratori (*Vorstand*)<sup>132</sup>. Generalmente riconosciuto, invece, un obbligo di "assistenza" del patrimonio sociale (*Vermögensfürsorgepflicht*), la cui trasgressione ha effetti penali come violazione di un obbligo di fiducia ai fini del *Treubruchstatbestand* di cui al § 266 StGB<sup>133</sup>.

Per un'autorevole opinione, la questione dell'obbligo di fiducia dell'*Aufsichtsrat* è inscindibile da quella relativa alla posizione di garanzia rivestita da quest'ultimo per i fatti commessi dagli am-

---

mento di premi di riconoscimento costituirebbe sì una violazione del diritto societario, ma non una "grave violazione di doveri" ("gravierende Pflichtverletzung") penalmente rilevante ai fini dell'*Untreue* (*ibidem*, p. 3275, 3280 ss.). Questo parametro di giudizio viene censurato dalla successiva decisione del BGH, Urteil v. 21.12.2005, in *NStZ*, 2006, p. 214 ss. Per una sintesi circa le reazioni della dottrina suscitate dalle due sentenze, si rinvia a S. ZECH, *Untreue durch Aufsichtsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft*, Frankfurt am Main, 2007, p. 143 ss.

<sup>130</sup> Sul problema della *Zivilrechtsakzessorietät* nel caso *Mannessmann*, vedi, in particolare, le opinioni di B. SCHÜNEMANN, *Organuntreue*, cit., p. 49 ss., e di K. TIEDEMANN, *Der Untreuetatbestand – ein Mittel zur Begrenzung von Managerbezügen? – Bemerkungen zum „Fall Mannessmann“* – in *FS für Weber*, Bielefeld, 2004, p. 319 ss.

<sup>131</sup> Il termine è traducibile con l'espressione "consiglio di sorveglianza", purché si tengano presenti le sostanziali differenze tra questo organo, regolato dal diritto tedesco, e l'omonimo organo di controllo che, a partire dalla riforma del 2003, viene adottato dalle società per azioni che abbiano optato per il c.d. "sistema dualistico" secondo il diritto italiano (vedi *infra* cap. VI, sezione prima, § 3.1.).

<sup>132</sup> Esclude la rilevanza del *Mißbrauchtatbestand* BGH, Urteil v. 6.12.2001 in *wistra* 2002, 143 ss., 147-148. In dottrina, con differenti punti di vista, vedi R. POSECK, *Die strafrechtliche Haftung der Mitglieder des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft*, Baden-Baden, 1997, p. 65 ss.; S. ZECH, *Untreue durch Aufsichtsratsmitglieder*, cit., pp. 49-51.

<sup>133</sup> BGH, Urteil v. 6.12.2001, cit. 147-148. In dottrina, ancora, R. POSECK, *Die strafrechtliche Haftung der Mitglieder des Aufsichtsrats*, cit., p. 76 ss.; S. ZECH, *Untreue durch Aufsichtsratsmitglieder*, cit., pp. 51-56.



ministratori nei confronti e dei terzi (posizione di controllo) e della società (posizione di protezione): il mancato intervento dell'organo di controllo configurerebbe, da questo punto di vista, infedeltà patrimoniale, così come la partecipazione attiva ai fatti commessi dagli amministratori<sup>134</sup>. Altra parte della dottrina contesta sia la dipendenza logica tra posizione di garanzia dell'*Aufsichtsrat* e obblighi, su di esso incombenti, rilevanti ai fini dell'*Untreue*, sia, più in generale, la configurabilità di una responsabilità penale dell'organo di controllo per non aver impedito gli illeciti commessi dagli amministratori, date le limitate possibilità di intervento e impedimento concesse all'*Aufsichtsrat* nei confronti dell'attività di questi ultimi<sup>135</sup>.

### 3.1. Modelli di infedeltà e corruzione nel diritto penale dell'economia italiano

Nel nostro ordinamento manca una fattispecie generale di infedeltà; nel senso che manca una figura di infedeltà come delitto contro il patrimonio, mentre si è optato per una serie di figure “specia-

<sup>134</sup> K. TIEDEMANN, *Untreue bei Interessenkonflikten. Am Beispiel der Tätigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern*, in *FS für Tröndle*, Berlin, 1989, pp. 322-323. Per B. SCHÜNEMANN, § 266, in *LK-StGB*, undicesima ed., Berlin, 1998, § 59, il concetto di *Vermögensfürsorgepflicht* è, data la struttura della *Untreue*, sinonimo di *Garantenpflicht*, perché, secondo la peculiare concezione di questo Autore – che a suo luogo esporremo – sottende una relazione di signoria con il patrimonio amministrato per conto di altri.

<sup>135</sup> In questo senso, P. CRAMER, *Rechtspflicht des Aufsichtsrats zur Verhinderung unternehmensbezogener strafbarer Handlungen und Ordnungswidrigkeiten*, in *FS für Stree und Wessels*, Heidelberg, 1993, p. 563 ss. Contrariamente a quanto sostenuto da Tiedemann (vedi nota precedente), l'atteggiamento di Cramer circa le possibilità di considerare l'organo di controllo responsabile per i reati degli amministratori è estremamente scettico; la sua analisi è fondata sulla disciplina civilistica dell'organo, la quale, pur prevedendo l'obbligo di sorveglianza da parte dell'*Aufsichtsrat*, in pochissimi casi mette quest'ultimo in condizione di interferire nelle attività dell'amministrazione. In ogni caso, pure in tale chiave di lettura, Cramer accenna in premessa al fatto che il consiglio di sorveglianza possa rispondere a titolo di *Beihilfe* (*ibidem*, p. 565). Più di recente, sempre in senso negativo o profondamente restrittivo della responsabilità omissiva dell'*Aufsichtsrat*, R. POSECK, *Die strafrechtliche Haftung der Mitglieder des Aufsichtsrats*, cit., p. 101 ss.; K. LÜDERSSEN, *Gesellschaftsrechtliche Grenzen der strafrechtlichen Haftung des Aufsichtsrats*, cit., p. 727 ss.

li”, ossia, ritagliate su specifici ambiti in cui ricorre la gestione di un patrimonio altrui<sup>156</sup>. Tra i reati societari, si riscontrano tre figure facenti riferimento all’idea della “infedeltà”: l’art. 2634 c.c. (infedeltà patrimoniale), l’art. 2635 c.c. (infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità), e l’art. 2629-*bis* c.c. (omessa comunicazione del conflitto d’interessi). A queste va aggiunto l’art. 167 Tuf (gestione infedele), che si riferisce al settore più specifico della gestione del risparmio (gestione di portafogli di investimento su base individuale o del servizio di gestione collettiva del risparmio) in violazione delle regole sul conflitto d’interessi (trattasi di una contravvenzione dolosa, data la previsione di un dolo specifico).

In queste ipotesi, la violazione delle regole sul conflitto di interessi, per l’art. 2638 e l’art. 2629-*bis* c.c. – in quest’ultimo caso, tra l’altro, tale elemento si ricava dal contrasto rispetto ad un vasto gruppo di «disposizioni poste dal legislatore o dall’*autorità di vigilanza* a disciplina dei conflitti d’interesse»<sup>157</sup>, e la più ampia nozione di violazione di obblighi inerenti all’ufficio, per l’art. 2635 c.c.<sup>158</sup>, rappresentano solo un segmento della fattispecie, nel quale si coglie il disvalore della condotta; ad esso si somma, in tutti i casi menzionati, un disvalore d’evento, riassunto in un “danno” (o “nocumento”, secondo l’art. 2635 c.c.<sup>159</sup>). Per un verso, questa conformazione scongiura il pericolo che, in relazione alle ipotesi di infedeltà vigenti nel nostro ordinamento, possa verificarsi quell’appiattimento dei meccanismi dell’imputazione penale sulla mera infrazione di una norma extrapenale, alla stregua di quanto osservato in relazione alla *Untreue* tedesca. Per altro verso, tuttavia, l’operatività di queste incriminazioni subisce restrizioni incoerenti con una loro pretesa por-

<sup>156</sup> Sui differenti modelli normativi di infedeltà, M. BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà dell’amministratore*, cit., p. 84 ss. Sui problemi di adattabilità delle diverse configurazioni dell’infedeltà alle esigenze attuali di tutela, V. RAINONE, *Il delitto di infedeltà patrimoniale tra modernità e post-modernità penalistica*, in *Banca e borsa*, 2006, I, p. 440 ss.

<sup>157</sup> M. BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., p. 92 ss. (corsivo aggiunto).

<sup>158</sup> Più ampia, del resto, è la cerchia dei soggetti attivi dell’infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità: oltre agli amministratori, ai direttori generali ed ai liquidatori, menzionati anche nell’art. 2634 c.c., ne rispondono i sindaci, i responsabili della revisione e i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili.

<sup>159</sup> Si veda l’analisi di M. BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., p. 75 ss.

tata innovativa, sino a tradire le aspettative maturate in anni di dibattito sull'opportunità di un'autonoma previsione di infedeltà nella gestione delle società di capitali<sup>140</sup>.

L'art. 2634 c.c. vede frustrate le proprie velleità di tutela di categorie legate al bene patrimonio colto nella sua essenza "dinamica" (soci di minoranza, creditori e risparmiatori, anche con riferimento all'ipotesi del comma 2, difficilmente coordinabile, per altro, con la previsione di cui all'art. 167 Tuf)<sup>141</sup> a causa di una certa ridondanza dei requisiti soggettivi (un dolo "intenzionale" ed un dolo specifico), oltre che della previsione della punibilità a querela della persona offesa<sup>142</sup>. Rispetto all'art. 2635 c.c., poi, il raffronto con le figure di corruzione presenti nello statuto penale della p.a. svela ben presto la reale struttura dell'incriminazione: nel momento in cui prevede un "nocumento" alla società e la procedibilità a querela, la fattispecie si riduce alla dissoluzione di un nucleo corruttivo in una fattispecie di infedeltà<sup>143-144</sup>.

L'espansione di un modello di corruzione "puro" – che prescinde cioè dalla verifica di un pregiudizio patrimoniale – affiora, per

---

<sup>140</sup> Sull'introduzione di una fattispecie di infedeltà nel nostro ordinamento, classici i richiami a P. NUVOLONE, *L'infedeltà patrimoniale nel diritto penale*, Milano, 1941, e L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale*, cit.

<sup>141</sup> M. BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., p. 103 ss.

<sup>142</sup> Trattasi di difetti evidenziati sin dai primi commenti: vedi L. FOFFANI, *Le infedeltà*, in A. ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, cit., p. 345 ss.; V. MILITELLO, *I reati di infedeltà*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 698 ss.; L. STORTONI, *La tutela penale diretta e indiretta della minoranza societaria*, in *Dir. prat.soc.*, supplemento n. 2-giugno 2003, p. 55 ss. La "privatizzazione" del bene tutelato sarebbe ancor più accentuata se si ritenesse che la facoltà di proporre la querela spetti alla società e non al socio (in questo senso, M. BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., p. 169 ss., cui si rinvia anche per i riferimenti alle opinioni in senso contrario). Cass. 16.06.2006, n. 37033, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 1038 ss. (con nota di E. LA ROSA, *Infedeltà patrimoniale e procedibilità a querela: anche il singolo socio è persona offesa?*, ivi, p. 1041 ss.), tuttavia, riconosce anche al socio la legittimazione alla querela.

<sup>143</sup> L. FOFFANI, *Le infedeltà*, cit., p. 371.

<sup>144</sup> Quanto poi alla fattispecie di omessa comunicazione del conflitto d'interessi (art. 2629-bis c.c.), ci si interroga, in dottrina, sulla sua reale utilità, in relazione ad una problematica convivenza con l'art. 2634 c.c. (si vedano le critiche e gli sforzi esegetici di S. SEMINARA, *Nuovi illeciti penali e amministrativi*, cit., pp. 553-554; M. BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà*, cit., p. 229 ss.).

contro, in materia di revisione contabile, dove, nei termini già accennati, viene tutelata la fiducia del risparmiatore come “terzo”<sup>145</sup>.

In primo luogo, si pensi agli illeciti rapporti patrimoniali con la società soggetta a revisione ed alle sanzioni per i compensi ricevuti al di fuori di quelli legalmente dovuti, originariamente inclusi nel d.lgs. 58/1998 (artt. 177, 178 Tuf)<sup>146</sup>. Ma soprattutto appaiono significative la fattispecie di “corruzione dei revisori” (art. 174-ter Tuf) e l’aggravante del delitto di “falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni delle società di revisione” (art. 174-bis, comma 2, Tuf). Come si disse, esula da queste fattispecie ogni profilo di lesione patrimoniale – a differenza che nell’art. 2635 c.c. La fisionomia del precetto di cui agli artt. 174-bis e 174-ter Tuf è dunque in balia della normativa extrapenale: le regole comportamentali dei revisori – rientranti in una nozione ampia di *corporate governance* –<sup>147</sup> concorrono in modo decisivo a definire i contorni delle azioni vietate; nel caso dell’art. 174-bis Tuf, ad esse soltanto è affidata l’individuazione di quei “doveri d’ufficio”, la compravendita dei quali assurge ad oggetto del *pactum sceleris*<sup>148</sup>. Vedremo in seguito come la responsabilità degli organi della revisione possa farsi dipendere dalla commissione di queste fattispecie, piuttosto che da un’improbabile posizione di garanzia rivestita dai titolari dell’ufficio<sup>149</sup>.

<sup>145</sup> *Supra*, sezione prima, § 2.

<sup>146</sup> Un rapido cenno a queste fattispecie è compiuto da Corte Cost. 17.11.2004, n° 364, cit., p. 236, dove si coglie il passaggio dalla tutela dell’infedeltà alla tutela della fiducia come istituzione, con la creazione di relative fattispecie di pericolo presunto.

<sup>147</sup> *Supra*, cap. I, sezione seconda, § 2.2.

<sup>148</sup> Tenendo presente che il problema specifico della corruzione dei revisori, la cui attività è sempre remunerata, consisterà appunto nell’appurare la funzionalità della dazione di danaro rispetto alla violazione di un ufficio: in ciò si giocherà la futura “partita processuale” (sul punto, C.E. PALIERO, *La riforma della tutela penale del risparmio*, cit., p. 619). Particolare rilievo assume, da questo punto di vista, la normativa sui compensi emanata dalla Consob: cfr. L. FOFFANI, *Borsa*, cit., pp. 706-707.

<sup>149</sup> *Infra*, cap. VI, sezione seconda, § 1.

#### 4. Gli abusi di mercato e le difficoltà insite nella prognosi di pericolo relativa alla distorsione dei prezzi

Analizziamo ora le fattispecie incentrate sull'attitudine di una notizia ad influenzare l'andamento dei titoli. L'ingresso nel tipo di elementi forgiati su tale evenienza infligge alla fattispecie una pesante tara sotto il profilo della determinatezza<sup>150</sup>. La "price sensitivity" è il centro propulsore dei c.d "abusi di mercato" – secondo la definizione comunitaria, manipolazione del mercato e *insider trading* – ed è, al tempo stesso, elemento in grado di minare la determinatezza dei relativi precetti<sup>151</sup>.

Cominciamo con la fattispecie di manipolazione del mercato (art. 185 Tuf), tramite cui si tutela la corretta formazione dei prezzi<sup>152</sup>. L'elemento cardine è la concreta idoneità della condotta (diffusione di notizie false, operazioni simulate, altri artifici) "a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari" (art. 185, comma 1, Tuf). Un reato di pericolo concreto, dunque<sup>153</sup>. In

<sup>150</sup> Sulla determinatezza delle fattispecie di *insider trading* e aggioaggio vigenti nel nostro ordinamento interloquiscono, rispettivamente, Corte Cost. n. 382/2004, in *Giur. comm.*, 2005, II, p. 107 ss., con nota di C. CASSANI, *L'insider trading tra indeterminatezza ed eccesso di delega*, salvando la "vecchia" normativa sull'abuso di informazioni privilegiate dalla censura di incostituzionalità, e Cass. 25.01.2005, in *Banca e borsa*, 2006, II, p. 265 ss., che respinge la questione di incostituzionalità per difetto di tassatività della norma sull'aggioaggio (art. 2637 c.c.).

<sup>151</sup> Di recente, S. SEMINARA, "Disclose or Abstain?". *La nozione di informazione privilegiata tra obblighi di comunicazione al pubblico e divieti di insider trading: riflessioni sulla determinatezza delle fattispecie sanzionatorie*, in *Banca e borsa*, 2008, I, p. 331 ss. Si veda anche lo studio di T.H. HILD, *Grenzen einer strafrechtlichen Regulierung des Kapitalmarkts*, Frankfurt am Main, 2004, p. 89 ss., il quale sostiene che l'intero apparato costituito da queste norme sia incostituzionale in quanto contrario al principio di determinatezza (*ibidem*, p. 183 ss.).

<sup>152</sup> C. PEDRAZZI, voce *Turbativa dei mercati*, in *Dig. disc. pen.*, volume XIV, Torino, 1999, p. 421 ss.; Gup Trib. Milano, 25.01.2005, cit., p. 275 ss. Sul fondamento dell'incriminazione, vedi, inoltre, la peculiare posizione critica di D.R. FISCHER, D.J. ROSS, *Should the Law Prohibit "Manipulation" in Financial Markets?*, in *Harvard Law Rev.*, 1991, p. 503 ss. Per quanto riguarda il diritto tedesco, J. VOGEL, *Überwachung des Verbots der Kurs- und Marktpreismanipulation*, cit., p. 762.

<sup>153</sup> La formula resta immutata rispetto all'art. 2637 c.c., che ora interessa gli strumenti non quotati; per cui valgono tuttora le problematiche sollevate rispetto alla norma del codice civile. Cfr. A. MELCHIONDA, *Art. 2637 c.c. Aggioaggio – Art.*

relazione a tale prognosi, emergono problemi connessi alla estrema permeabilità del corso dei titoli ad una serie di vicende difficilmente isolabili e potenzialmente atte ad influenzarne l'andamento<sup>154</sup>. Sicché la concretizzazione di condotte idonee ad incidere su un evento quale la formazione dei prezzi diviene crocevia di interessanti problematiche sotto il profilo, in particolare, della teorica del reato di pericolo.

Tuttora ricco di spunti di riflessione, un autorevole studio degli anni Cinquanta formulava la proposta, orientata a superare i problemi di concretizzazione della "attitudine" della condotta nella fattispecie di aggioaggio codicistica, di una lettura normativa diversa rispetto a quella del pericolo concreto<sup>155</sup>. Malgrado il dato normativo attuale attesti la natura di reato di pericolo concreto dell'aggioaggio e della manipolazione di mercato<sup>156</sup>, vale la pena riepilogare il nucleo di quella proposta.

---

185 d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 *Manipolazione del mercato*, in A. LANZI, A. CADOPPI (a cura di), *I reati societari*, cit., p. 240 ss.

<sup>154</sup> Rispetto all'art. 2637 c.c., si veda E. MUSCO (con la collaborazione di M.N. MASULLO), *I nuovi reati societari*, terza ed., Milano, 2007, p. 273 ss. Sull'art. 185 Tuf, V. CACCAMO, *Art. 9 co. 2 lett. a*, in *Leg. pen.*, 2006, p. 83 ss.; L. FOFFANI, *Borsa*, cit., p. 722 ss.; G. LUNGHINI, *La manipolazione del mercato*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1474 ss. Cfr., inoltre, sui problemi interpretativi posti dalla manipolazione del mercato, B. MAGRO, *Manipolazioni di mercato e strumenti derivati*, cit., 58 ss.; S. PREZIOSI, *La manipolazione di mercato*, cit., p. 187 ss.; F. SGUBBI, *La manipolazione del mercato*, in F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A.F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario*, cit., p. 74 ss.; M. VIZZARDI, *Manipolazione del mercato: un "doppio binario" da ripensare?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 704 ss.; R. ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, seconda ed., Milano, 2008, p. 439 ss. In giurisprudenza fiorisce una casistica degna di attenzione: vedi Trib. Milano, 24.06.2006, in *Riv. trim. pen. ec.*, 2007, p. 845 ss., con nota di B. MAGRO, *Price manipulation e contratti con opzione put barrier*; Trib. Milano, 21.12.2006, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 1291 ss., con nota di S. GILOTTA, *Manipolazione del mercato: considerazioni su dinamica del fatto e danni civili da reato*, ivi, p. 1304 ss.; Trib. Milano, 26.02.2007, in *Corr. merito*, 2007, p. 912 ss., con commento di F. AGNINO, *La sfuggente individuazione del delitto di aggioaggio*, ivi, p. 924 ss.

<sup>155</sup> C. PEDRAZZI, *Problemi del delitto di aggioaggio* (1957), ora in C. PEDRAZZI, *Diritto penale*, vol. IV, Milano, 2003, p. 3 ss.

<sup>156</sup> Per una interpretazione della formula contenuta nell'art. 2637 c.c. improntata da una prognosi *ex ante*, del tipo di quella richiesta nel delitto tentato, estremamente delicata e tendente ad includere necessariamente, quale base di giudizio, la situazione contingente del mercato, vedi, tra gli altri, E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., p. 281 ss.; rispetto alle "nuove" fattispecie di aggioaggio, At. Rossi, *Le fattispecie penali di aggioaggio e manipolazione del mercato* (art. 2637

Secondo questa tesi, posto che il pericolo ha in sé pur sempre un elemento di astrazione<sup>157</sup>, pericolo “astratto” e pericolo “concreto” – tecniche entrambe legittime di incriminazione – si distinguerebbero per un diverso grado di “astrazione”: mentre il pericolo concreto sfocerebbe in un «evento di pericolo», il pericolo astratto resterebbe una «modalità, una qualità dell’azione, senza agganci con l’ambiente circostante»<sup>158</sup>. Con una felice espressione, si dice che «l’astrazione ci trasporta dal mondo della concretezza al mondo della tipicità»<sup>159</sup>. Il risultato di siffatta esegesi, in merito alla fattispecie di aggioaggio, è «nell’esigere che la condotta ricalchi una falsariga che la generale esperienza ci addita come capace di turbare il mercato»<sup>160</sup>. La ricostruzione dell’aggioaggio in termini di pericolo astratto, quindi, sembra volere evidenziare i punti in comune con il pericolo concreto: si elabora, anzi, una categoria superiore del pericolo “generico”, nella quale convivono «due gradi dello stesso fenomeno», nel senso che il pericolo astratto è sì sufficiente ad integrare il reato, ma ciò non impedisce al giudice un accertamento, rapportato alla situazione concreta, che concluda per l’esclusione del pericolo (sulla base del principio sancito dall’art. 49 c.p.)<sup>161</sup>.

In siffatta ricostruzione affiora un bisogno di standardizzazione delle condotte, che in realtà anima anche l’interpretazione imposta sul canone del pericolo concreto, la quale, però, tiene in conto sin dalle premesse delle congiunture del mercato alla luce delle quali la condotta viene realizzata<sup>162</sup>.

---

*c.c. e 185 d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58): problemi e prospettive, in Studi in onore di G. Marinucci, tomo III, Milano, 2006, p. 2664 ss. Per un tentativo dottrinario di spiegare scientificamente l’influenza esercitata dalle condotte manipolative sul corso dei titoli, si veda anche P. DE SOUSA-MENDES, A.J. MIRANDA, Kausalität als heuristisches Kriterium – dargestellt am Beispiel von Kursmanipulation am Finanzmarkt, in FS für Philipps, Berlin, 2005, p. 329 ss.*

<sup>157</sup> Perché un giudizio *ex ante* deve per forza escludere talune circostanze conosciute a posteriori: C. PEDRAZZI, *Problemi del delitto di aggioaggio*, cit., p. 39.

<sup>158</sup> C. PEDRAZZI, *Problemi del delitto di aggioaggio*, cit., p. 40. Una riprova sarebbe nel *locus commissi delicti*: il pericolo astratto è legato all’azione, il pericolo concreto «può manifestarsi a distanza».

<sup>159</sup> C. PEDRAZZI, *Problemi del delitto di aggioaggio*, cit., p. 40.

<sup>160</sup> C. PEDRAZZI, *Problemi del delitto di aggioaggio*, cit., p. 42.

<sup>161</sup> C. PEDRAZZI, *Problemi del delitto di aggioaggio*, cit., p. 43.

<sup>162</sup> Cfr. F. MUCCIARELLI, *Speculazione mobiliare e diritto penale*, Milano, 1995, pp. 208-209 e letteratura ivi citata.

Simile bisogno di standardizzazione, nelle linee attuali di politica legislativa, è appagato, da un lato, tramite il ricorso al parametro dell'investitore medio<sup>163</sup>, dall'altro, tramite l'opera di concretizzazione affidata alla autorità amministrativa<sup>164</sup>.

Problemi analoghi presenta l'analisi della *price sensitivity* in materia di abuso di informazioni privilegiate (art. 184 Tuf), racchiusa nel concetto di notizia potenzialmente idonea ad influenzare il corso dei titoli<sup>165</sup>. Come per l'agiotaggio, l'abuso di informazioni privile-

<sup>163</sup> Rispetto all'art. 2637 c.c., vedi S. SEMINARA, *L'agiotaggio*, in A. GIARDA, S. SEMINARA (a cura di), *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Padova, 2002, p. 557, che parla di «meccanismi reattivi di un investitore medio».

<sup>164</sup> Vedi meglio il prossimo paragrafo. Il bisogno di concretizzazione delle condotte agiotative è esemplificato dall'esegesi e dagli sviluppi normativi subiti dalla fattispecie tedesca di *Kursmanipulationen* (prima disciplinata dal § 88 *Börsengesetz*, ora, rubricata come, *Marktmanipulation*, sotto il § 20a *WpHG*; sul passaggio nella nuova sede legislativa, avvenuto nel 2002, vedi T. PARK, *Kapitalmarktstrafrechtliche Neuerungen des Vierten Finanzmarktförderungsgesetzes*, in *BB*, 30/2003, p. 1513 ss.: l'elemento di maggior novità è la necessità di valutare la concreta idoneità della condotta). A seguito della c.d. *Anlegerverbesserungsschutzgesetz* dell'aprile 2004, le condotte manipolative vengono meglio definite (e viene in alcuni casi previsto, in alternativa alla fattispecie penale, un *Ordnungswidrigkeit*). Un ruolo decisivo per la concretizzazione di alcune condotte è comunque rivestito dalla c.d. "Marktmanipulations-Konkretisierungsverordnung" (MaKonV) del 2005. In alcuni passaggi, la MaKonV fa tutt'ora riferimento ad un investitore "ragionevole". Sull'attuale disciplina, C. SCHRÖDER, *Handbuch Kapitalmarktstrafrecht*, Köln-Berlin-München, 2007, p. 139 ss.; U. SORGENFREI, *Börsendelikte*, T1, in T. PARK (a cura di), *Kapitalmarktstrafrecht, Handkommentar*, seconda ed., Baden-Baden, 2008, p. 257 ss. (in particolare, sui problemi relativi alla "concretizzazione" ad opera del regolamento citato, *ibidem*, p. 287 ss.); J. VOGEL, *Überwachung des Verbots der Kurs- und Marktpreismanipulation*, cit., p. 757 ss.

<sup>165</sup> Sul tema, *ante* direttiva *market abuse*, C. CASSANI, *L'insider trading*, loc. cit. Sulla disciplina introdotta con la direttiva sugli abusi di mercato, si vedano i commenti di G.P. ACCINNI, *La "nuova" disciplina dell'informazione privilegiata*, in *Resp. amm. soc. enti*, 4/2006, p. 45 ss.; L. FOFFANI, *Borsa*, cit., p. 712 ss.; F. MUCCIARELLI, *L'abuso di informazioni privilegiate: delitto e illecito amministrativo*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1465 ss.; G. MARTIELLO, *Art. 9 co. 2 lett. a*, in *Leg. pen.*, 2006, p. 66 ss.; S. SEMINARA, *"Disclose or Abstain?"*, cit., p. 333 ss.; F. SGUBBI, *Le disposizioni generali*, in F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A.F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario*, cit., p. 7 ss. e F. SGUBBI, *L'abuso di informazioni privilegiate*, *ivi*, p. 27 ss.; R. ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale*, cit., 412 ss. Sui rapporti intertemporali tra "vecchio" e "nuovo" *insider trading*, cfr., nel senso della continuità normativa, Cass. 31.07.2006, n. 26943, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1533 ss. con nota di G.L. ROCCO, *Il delitto c.d. di "insider trading" tra vecchia e nuova fattispecie normativa: successione di leggi penali nel tempo o "abolitio criminis?"*, *ivi*, p. 1537 ss.; Trib. Milano, 16.03.2006 (ordinanza), in *Dir. prat. soc.*, n. 18/2006, p. 69 ss., con com-



giate non necessita di alcuna effettiva alterazione del corso dei titoli<sup>166</sup>; la *price sensitivity* è presente nella fattispecie come attributo di un “presupposto” della condotta<sup>167</sup>, nel senso che la notizia utilizzata, sconosciuta al pubblico, dovrebbe essere idonea, ove resa pubblica, ad influire sull’andamento degli strumenti finanziari<sup>168</sup>. La nozione di notizia rilevante si impernia anche qui su una prognosi di pericolo<sup>169</sup>; la prognosi, a sua volta, sul seguente parametro: la notizia deve corrispondere a quella che “presumibilmente un investitore ragionevole utilizzerebbe come uno degli elementi su cui fondare le proprie decisioni di investimento”(art. 181 comma 4, Tuf)<sup>170</sup>. Il criterio si avvicina ad una sorta di “agente modello” che la giurisprudenza statunitense ha tradizionalmente racchiuso nella locuzione “reasonable man”<sup>171</sup>.

Va rilevata però l’ineffettività di tale parametro: la figura è sfornita di un riscontro empirico, poiché, da un lato, la diversa propensione al rischio disincentiva qualunque tentativo di sintesi concentrato su un archetipo unitario di investitore, dall’altro, perché, come già si è notato, i comportamenti sul mercato sono spesso retti dall’ir-

---

mento di L.D. CERQUA; Trib. Milano, 25.10.2006, in *Corr. merito*, 2007, p. 767 ss., con nota di C. FOLADORE, *Il caso UNIPOL e la nuova disciplina dell’insider trading*, ivi, p. 770 ss.

<sup>166</sup> Cfr. Trib. Brescia, 25.06.2002, in *Banca e borsa*, 2003, 708/II ss., con nota di E. RAGNI, *Primi segnali di un’inversione di tendenza nell’esperienza applicativa del reato di insider trading*.

<sup>167</sup> Sul “valore di presupposto” del possesso dell’informazione, C. PEDRAZZI, *Riflessioni sull’insider trading in ambito corporativo*, in *Riv. soc.*, 1991, p. 1661.

<sup>168</sup> Sul peso che questo elemento assume nell’economia della fattispecie e sui relativi dubbi interpretativi, vedi, per tutti, S. SEMINARA, *Il reato di insider trading tra obbligo di astensione e divieto di utilizzazione in borsa di informazioni riservate. Considerazioni su riforme ordite, abortite e partorite*, in *Banca e borsa*, 1998, II, p. 319 ss.

<sup>169</sup> E. HILGENDORF, *Insiderdelikte*, in T. PARK (a cura di) *Kapitalmarkt Strafrecht, Handkommentar*, cit., p. 210.

<sup>170</sup> Si tratta del c.d. “regular user test”, che elimina dalla prognosi ogni accertamento di tipo numerico (L. FOFFANI, *Borsa*, cit. p. 716). Al criterio della «persona normale e ragionevole» fa riferimento anche il 18° considerando della direttiva 2003/6/CE sugli abusi di mercato.

<sup>171</sup> Questo profilo, più in particolare, attiene alla “materialità” dell’informazione. Puntuali riferimenti in S. SEMINARA, *Insider trading*, cit., p. 175 ss.; D. ZIOUVAS, *Das neue Kapitalmarktsstrafrecht*, cit., p. 75.

razionalità<sup>172</sup>. Inoltre, in dottrina viene evidenziato come il criterio si presti ad una duplice lettura: a) di tipo oggettivo, ove la valutazione abbia come termini di riferimento, da un lato, la divulgazione (ipotetica, al momento in cui il soggetto ha agito ed in base alle circostanze allora presenti) delle conoscenze, e dall'altro il corso dei titoli; b) di tipo soggettivo: come capacità della notizia di soddisfare le aspettative di profitto di un investitore "medio". Accettando quest'ultima lettura, il criterio potrebbe degenerare in una fonte di incriminazione di condotte che, sebbene inidonee alla stregua di un parametro oggettivo – ogni volta in cui altri eventi abbiano neutralizzato l'effetto della mancata divulgazione –, siano ritenute in grado di alterare il corso dei titoli alla stregua di una valutazione soggettiva compiuta dal soggetto attivo<sup>173</sup>. Preferibile, dunque, la prima

<sup>172</sup> Cfr. T. DINGELDEY, *Insider-Handel und Strafrecht*, Köln, 1985, p. 213 ss. Con specifico riferimento alla definizione fornita dal nuovo art. 184 Tuf, ampiamente, S. SEMINARA, "Disclose or Abstain?", cit., 334 ss. Interessanti considerazioni in F. DENOZZA, *La nozione di informazione privilegiata*, loc. cit., secondo il quale l'investitore ragionevole costituisce solo il primo stadio di una verifica più articolata, a seguito della quale la notizia privilegiata verrebbe a ricomprendere «tutti i fatti che l'investitore medio prende in considerazione, più i fatti per i quali esiste una specifica prova che essi sono presi in considerazione da una parte non irrilevante della comunità degli investitori». Quanto all'utilizzo del parametro dell'investitore ragionevole nella manipolazione del mercato, con tono critico, U. SORGENFREI, *Börsendelikte*, cit., pp. 287-289. Da un altro punto di vista, giunge la critica di chi, muovendo dalla consistenza del bene giuridico, ravvisato nella funzionalità del mercato organizzato, nega possano escludersi condotte idonee ad influenzare la scelta di un investitore dotato di capacità superiori a una presunta "media", dato il fatto che sono proprio gli investitori qualificati (tra questi gli investitori istituzionali) a muovere gran parte dei capitali (M. ARLT, *Der strafrechtliche Anlegerschutz vor Kursmanipulation*, Frankfurt am Main, 2004, p. 163 ss.). Sulle possibilità di impiego del parametro dell'investitore "razionale", purché lo si distingua da quello dell'investitore "medio", vedi invece C. SCHRÖDER, *Handbuch Kapitalmarktstrafrecht*, cit., p. 72 ss., p. 152.

<sup>173</sup> Cfr. S. SEMINARA, *Insider trading*, cit., p. 201 ss. Per una diversa impostazione, tendente a recuperare all'area del penalmente rilevante quelle circostanze che, nell'ottica di una speranza di profitto da parte del soggetto attivo, si siano poi rilevate inidonee a "muovere il mercato", V. LÜCKER, *Der Straftatbestand des Mißbrauchs von Insiderinformationen nach dem Wertpapierhandelsgesetz*, Köln, 1998, p. 64 ss. Una "soggettivazione" della fattispecie emerge anche dalla interpretazione del *Kapitalanlagebetrug* (§ 264a StGB, vedi *supra*, sezione prima, paragrafo 4) patrocinata da D. GEERDS, *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., p. 216, quando egli, nel caso di informazioni inesatte esplicite, sostiene che il semplice fatto che l'autore le abbia effettuate confermerebbe, in via presuntiva, il carattere della "rilevanza" ai fi-

lettura<sup>174</sup>. Ma essa appare tutt'altro che agevole, perché, ripetiamo, l'investitore tipo non si lascia ingabbiare da formule legislative sufficientemente certe: il criterio si risolve in una finzione verbale che mal cela una valutazione giudiziale caso per caso<sup>175</sup>.

#### 4.1. *Il ruolo della regolamentazione secondaria nell'accertamento degli abusi di mercato*

Dalla difficoltà tecnica consistente nel definire l'investitore "tipo" discende in parte l'importanza assegnata alla regolamentazione attuativa, la cui emanazione compete in gran parte all'autorità amministrativa di vigilanza.

Il ruolo della regolamentazione emerge con assoluta chiarezza nella disciplina dell'illecito amministrativo di manipolazione del mercato. Il comma 6 dell'art. 187-ter Tuf prevede la possibilità di ampliare la gamma delle condotte sanzionate dalla legge in via amministrativa, oltre quelle elencate nello stesso art. 187-ter, tramite la collaborazione tra Ministro delle Finanze e Consob. La stessa Consob, secondo il comma 7 dell'art. 187-ter, rende noti "gli elementi e le circostanze da prendere in considerazione per la valutazione dei comportamenti idonei a costituire manipolazioni di mercato". Nella misura in cui l'esegesi della norma penale sulla manipolazione del mercato può essere agevolata dalla previsione di illeciti amministrativi dotati di maggiore determinatezza (malgrado la elencazione di questi ultimi non sia tassativa), si intravede in questa disciplina una possibilità, per la Consob, di incidere in via mediata sulla statuizione

---

ni delle scelte dell'investitore. Per una critica nei confronti di un'impostazione soggettiva dell'informazione, si veda T. DINGELDEY, *Insider Handel*, cit., pp. 202-203. Sulla circostanza secondo la quale il criterio dell'investitore medio, che presiede ad una prognosi *ex-ante*, possa benissimo corrispondere ad un criterio oggettivo, vedi invece H.-D. ASSMANN, *Rechtsanwendungsprobleme des Insiderrechts*, in *AG*, 2/1997, p. 58.

<sup>174</sup> Alla luce del diritto vigente, nuovamente S. SEMINARA, "Disclose or Abstain?", cit., p. 342.

<sup>175</sup> P.R. MENNICKE, *Sanktionen gegen Insiderhandel*, cit., p. 290; una «Schei-nobjektivierung mittels einer "Kunstfigur"», secondo U. SORGENFREI, *Börsendelikte*, cit., p. 287; «il relativo giudizio tende ad involgersi in un'astrazione», per S. SEMINARA, "Disclose or Abstain?", cit., pp. 340-341.

di condotte penalmente rilevanti, fissando comportamenti dotati di potenziale attitudine a distorcere i prezzi (attitudine poi da valutarsi “in concreto” ai fini penalistici)<sup>176</sup>.

La Consob influenza l’applicazione delle norme penali anche tramite l’adozione di provvedimenti finalizzati a determinare aree di liceità penale: le c.d. “safe harbour” (“porto sicuro”)<sup>177</sup>. Tra queste si segnala l’art. 183 Tuf, in particolare il comma 2, dove è affidata ad un regolamento Consob la determinazione delle condizioni che rendono lecite le operazioni di riacquisto o di stabilizzazione di strumenti finanziari effettuate da un emittente o da soggetti collegati<sup>178</sup>. Una tecnica affine viene utilizzata, in materia di sanzione amministrativa conseguente alla manipolazione, dal comma 4 dell’art. 187-ter Tuf, tramite la previsione di un’esimente che sottrae alla sanzione, in taluni casi, comportamenti conformi alle “prassi di mercato ammesse nel mercato interessato”<sup>179</sup>.

L’intervento dell’autorità nella delimitazione del precetto, ove mai sia in grado di superare il problema della determinatezza<sup>180</sup>, po-

<sup>176</sup> Circa gli elementi differenziali tra illecito penale ed illecito amministrativo di manipolazione del mercato, Cass. 16.03.06, n. 15199, in *Giur. comm.*, 2006, II, p. 985 ss. (con nota di E. AMATI, *La disciplina della manipolazione del mercato tra reato ed illecito amministrativo. Primi problemi applicativi*, ivi, p. 991 ss.) indica la “sensibile alterazione” e la stessa “idoneità” quali connotati esclusivi dell’illecito penale. Meno nitidi, invece, i confini tra le due sfere di responsabilità nel caso di abuso di informazioni privilegiate, come la stessa sentenza non manca di sottolineare, denunciando «una tecnica legislativa inconsueta, destinata a creare sicuramente notevoli problemi applicativi». Sui rapporti tra sanzione penale e sanzione amministrativa nella manipolazione del mercato, in senso difforme dalla sentenza citata, vedi App. Torino, 23.01.2008, in *Soc.*, 2008, p. 1103 ss., con commento di F. SPORTA CAPUTI, *La manipolazione del mercato nella forma del comunicato stampa decettivo su iniziative societarie*, ivi, p. 1111 ss. Sull’intera tematica, in precedenza, vedi le incisive osservazioni di M. VIZZARDI, *Manipolazione del mercato*, cit., p. 704 ss.

<sup>177</sup> Approfondimenti in F. SGUBBI, *Le disposizioni generali*, cit., p. 21 ss.

<sup>178</sup> Un commento in S. SEMINARA, *Disposizioni comuni agli illeciti di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 11.

<sup>179</sup> Vedi Consob, Regolamento Mercati, n. 11768/98, artt. 40-42. Sul punto D. FONDAROLI, *L’illecito amministrativo di manipolazioni di mercato*, in F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A.F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario*, cit., p. 116 ss.

<sup>180</sup> Infatti, se è vero che le condotte determinate dall’autorità amministrativa sono maggiormente definite rispetto a quelle descritte dal legislatore, non può sfuggire che l’autorità gode del potere di adottare regolamenti futuri, in base ad una delega legislativa che, in ogni caso, compromette la certezza del diritto (sul tema del

ne la questione della riserva di legge. Esso rappresenta un modo di governo dell'economia tramite il diritto penale, nel quale la flessibilità asseconda esigenze di prevenzione<sup>181</sup>.

Ma la disciplina amministrativa del mercato esercita la propria influenza sull'esegesi dei precetti penali anche quando ciò non sia previsto esplicitamente dalla legge. La giurisprudenza, infatti, non ha esitato a far ricorso alla trasgressione di regole organizzative del mercato quale indice rivelatore della pericolosità della condotta<sup>182</sup>. Similmente, una recente dottrina avalla una radicale identificazione tra violazione di obblighi extrapenali – individuata, nello specifico, nel lancio di un'o.p.a. obbligatoria in presenza di un patto parasociale celato al pubblico – ed idoneità fraudolenta della condotta nei confronti del mercato, rilevante in sede penale<sup>183</sup>.

Bisogna poi registrare come le fonti destinate ad entrare in contatto con il precetto penale, integrandone il contenuto e orientandone l'applicazione, coinvolgono anche l'autoregolamentazione dei privati. In primo luogo, per vero, occorre menzionare il ruolo della

---

rinvio ad atti amministrativi futuri, K. TIEDEMANN, *Tecnica legislativa nel diritto penale economico*, cit., p. 3).

<sup>181</sup> Cfr. T.H. HILD, *Grenzen einer strafrechtlichen Regulierung*, cit., p. 181. Una tecnica simile, in attuazione della medesima direttiva comunitaria, viene posta in essere dalla legge tedesca: cfr. § 20a, Satz 2, WpHG. Ma il prototipo della tecnica denominata *safe harbour* si trova, ovviamente, nella legislazione anglo-americana: cfr. la *Section 10 (b)* del *Securities Exchange Act* del 1934, sui *manipulative und deceptive devices* (qui è la SEC a definire le regole).

<sup>182</sup> In tal senso già Trib. Milano 16.11.1994, in *Foro it.*, 1995, II, c. 469 ss. (si tratta del noto "caso Gennari"), ove si fa riferimento alla disciplina dell'o.p.a., per altro sopravvenuta alla fattispecie penale allora presa in considerazione. In materia di *insider trading*, vedi il riferimento all'art. 5, comma 2°, del regolamento Consob n. 5553 del 1991, attuativo degli artt. 6 e 7 l. n. 157 del 1991, in vigore all'epoca dei fatti, effettuato dalla già cit. Trib. Brescia, 25.06.2002, quale conferma della sussumibilità della notizia entro lo schema della informazione privilegiata. In dottrina, sul complesso rapporto tra disciplina organizzativa (*illo tempore* vigente) e *insider trading*, L. FOFFANI, *La nuova disciplina penale dell'"insider trading" e delle frodi nel mercato mobiliare*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 1991, p. 941 ss., e, rispetto al Regolamento da ultimo citato, allora in vigore, S. GALLI, *Insider Trading: l'inizio di una giurisprudenza statunitense?*, in *Giur. comm.*, 1997, II, p. 226 ss.

<sup>183</sup> G.P. ACCINNI, *Opa obbligatoria e condotta "artificiosa" nel reato di aggio-taggio c.d. "manipolativo"*, in *Riv. soc.*, 2006, p. 56 ss., con evidente riferimento ad ipotesi oggetto di recenti indagini giudiziarie. Su tale forma di manipolazione informativa "mediante omissione" del mercato vedi, inoltre, B. MAGRO, *Manipolazioni di mercato e strumenti derivati*, cit., pp. 63-64.

società di gestione del mercato<sup>184</sup>. Tra gli altri compiti, essa è tenuta a verificare il rispetto del regolamento di mercato da parte di intermediari ed emittenti, e ad adottare disposizioni ed atti necessari per prevenire e identificare abusi di informazioni privilegiate e manipolazioni del mercato (cfr. art. 64 Tuf). Si discute sulla natura degli atti e dei poteri tramite cui la società di gestione interviene sulle negoziazioni<sup>185</sup>, dovendosi attribuire natura privata a quei poteri che le derivano dal regolamento, mentre sono pubblici i poteri delegati dalla Consob e quelli «che trovano nella legge il proprio titolo sufficiente»<sup>186</sup>: tra questi i compiti di registrazione delle operazioni sugli strumenti finanziari ammessi sul mercato (art. 65) e la comunicazione di dati o la esecuzione di ispezioni su richiesta della Consob (art. 74 Tuf).

La disciplina preventiva dell'*insider trading*, su cui di seguito ci soffermiamo, si presta in modo ottimale per illustrare questo fenomeno di integrazione tra livelli normativi, e per sondare gli effetti reciproci tra norme organizzative e fattispecie penale.

#### 4.2. La disciplina preventiva dell'*“insider trading”*

La disciplina preventiva dell'*“insider trading”* si concentra sulla individuazione delle “fonti di produzione” e sulle “fonti di cognizione” della notizia, seguendone la genesi ed il percorso<sup>187</sup>; si concen-

<sup>184</sup> Sulla peculiarità di questo modello regolativo, M. ANTONIOLI, *Poteri amministrativi e mercati finanziari*, in *Dir. ec.*, 2008, pp. 111-112.

<sup>185</sup> Per la dottrina commercialistica l'attività della società ha comunque natura privatistica: vedi R. COSTI, *Il mercato mobiliare*, cit., p. 240. Sulla natura pubblicistica degli interessi perseguiti dalla società di gestione, F. CAPRIGLIONE, *Intermediari finanziari, investimenti, mercati*, Padova, 2008, p. 262 ss.; sulla natura degli atti posti in essere dalla società. Approfonditamente, M. VENTORUZZO, *Natura giuridica e disciplina del rapporto tra società di gestione di mercati regolamentati e intermediari ammessi all'attività di negoziazione: considerazioni a margine di un caso di “cancellazione” di contratti conclusi tra operatori*, in *Banca e borsa*, II, p. 719 ss.

<sup>186</sup> R. COSTI, *Il mercato mobiliare*, cit., p. 240.

<sup>187</sup> Cfr. S. BALLARINI, *Le modifiche della legge comunitaria 2004 al Tuf (D.Lgs. 58/98). Le misure di compliance finalizzate alla prevenzione della responsabilità dell'ente*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2006, p. 115 ss.; P. IELO, *Market Abuse e Compliance Programs ex D.Lgs.251/2001: spunti di riflessione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2/2006, p. 15 ss. Sugli effetti indotti nell'organizzazione di intermediari ed emitten-

tra, cioè, proprio su quello che è il presupposto della condotta vietata: l'individuazione della informazione in grado di influire il corso dei titoli. Possono indicarsi tre settori nei quali prende forma la disciplina del controllo interno posto in essere da emittenti ed intermediari<sup>188</sup>: a) fonte legislativa (Tuf) e regolamenti attuativi; b) codice di *corporate governance* – c.d. codice Preda; c) regole di *compliance*.

I tre sistemi sono interdipendenti.

La fonte legislativa prevede, in primo luogo, una complessa disciplina degli obblighi di comunicazione delle informazioni privilegiate alla Consob (art. 114 Tuf). L'entità di tali obblighi è inversamente proporzionale al pericolo di *insider trading*, poiché questo pericolo è maggiore quando il numero di notizie destinate ad essere riservate cresce<sup>189</sup>. L'art. 66 del Reg. Consob n. 11971/1999 (Regolamento emittenti) elenca una serie di "eventi e circostanze rilevanti" che sono oggetto di comunicazione da parte degli emittenti<sup>190</sup>. Inoltre, l'art. 115-*bis* Tuf sancisce un obbligo di tenuta dei registri delle persone che hanno accesso all'informazione privilegiata in capo agli emittenti<sup>191</sup>; gli artt. 152-*bis* ss. del Regolamento emittenti impongono poi l'adozione di criteri capillari nella individuazione delle per-

---

ti dalla c.d. direttiva "market abuse", cfr. anche St. FORTUNATO, *Modelli di controllo interno rispetto al rischio di "market abuse"*, in *Riv. dott. comm.*, 2005, p. 1173 ss.; G. CHIARAVIGLIO, *Nuova legge sul market abuse e adeguamento dei modelli organizzativi: spunti di una riflessione*, in *Riv. dott. comm.*, 2006, p. 153 ss.

<sup>188</sup> Per una più dettagliata esposizione delle fonti si rinvia a P. IELO, *Market Abuse*, cit., *passim*.

<sup>189</sup> Per tutti, R. COSTI, *Il mercato mobiliare*, cit., p. 285 ss. I divieti connessi all'obbligo di diffondere la notizia e quelli relativi all'obbligo di astenersi dal suo utilizzo, tuttavia, non risultano simmetrici, come dimostra l'analisi di S. SEMINARA, "Disclose or Abstain?", cit., p. 345 ss.

<sup>190</sup> Naturalmente non si tratta di un catalogo chiuso: cfr. R. COSTI, *Il mercato mobiliare*, loc. ult. cit.

<sup>191</sup> Sulla natura preventiva di tale adempimento, G.P. ACCINNI, *La "nuova" disciplina*, cit., pp. 56-57.

sone aventi accesso alle notizie e sulla tenuta dei registri<sup>192</sup>. Con ciò si passa già al piano della *compliance*<sup>193</sup>.

Questo concetto, come sappiamo, allude al controllo sul rispetto della legge vigente e delle direttive interne, nel nostro caso, relative al pericolo che le notizie rilevanti per i titoli vengano usate in modo inappropriato. Contemporaneamente, le regole di *compliance* determinano sfere di competenza per determinati affari e garantiscono una ripartizione dei flussi informativi. Infine, esse hanno un ruolo sulla formazione dei collaboratori (*Ausbildung*), finalizzata a renderli consapevoli del necessario rispetto della legge<sup>194</sup>.

Quanto alle fonti, rilevano, ovviamente, gli artt. 6 e 7 del d.Lgs. 231/2001, i quali, tuttavia, necessitano di un'integrazione<sup>195</sup>. Indicazioni sui requisiti di un *compliance program* possono giungere così da svariate fonti. Tra queste, si considerano i principi e criteri direttivi del *Codice di Autodisciplina delle società quotate* 4.P.1 e 4.C.1<sup>196</sup>, che insistono sulla adozione di una procedura "riservata" di gestione. La *Guida per l'informazione al mercato*, al Principio 2<sup>197</sup>, enumera invece una serie di eventi suscettivi di essere apprezzate quali "price sensitive", includendovi dati che interessano tanto l'attività dell'ente, compresa l'organizzazione, quanto gli strumenti finanziari.

Rispetto al "trattamento" della notizia, la dottrina suggerisce una differenziazione, a seconda del carattere "periodico" o "straor-

<sup>192</sup> Vedi anche Consob, Comunicazione n. DME/6027054 del 28-3-2006. Per un commento sulla disciplina dei registri, vedi ASSONIME, Circolare n. 28/2007, *La disciplina sugli abusi di mercato: internal dealing e registri degli insider*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 630 ss.

<sup>193</sup> Si veda il collegamento tra tenuta dei registri e d.lgs. 231/2001 effettuato da ASSONIME, Circolare n. 28/2007, cit., p. 642.

<sup>194</sup> S. KÜMPEL, *Bank- und Kapitalmarktrecht*, Köln, 2004, pp. 2192-2193; M. MAHNHOLD, *Compliance und Arbeitsrecht*, cit., pp. 70-71.

<sup>195</sup> Sull'integrabilità tra disciplina dei modelli organizzativi e normativa emanata dalla Consob, F. SANTI, *La responsabilità delle "persone giuridiche" per illeciti penali e per illeciti amministrativi di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato*, in *Banca e borsa*, 2006, I, 98 ss.; in argomento vedi anche F. MARENGHI, *Art. 9 co. 3*, in *Leg. pen.*, 2006, p. 154 ss.

<sup>196</sup> Si fa riferimento alla già citata versione aggiornata al marzo 2006, disponibile su [www.borsaitaliana.it](http://www.borsaitaliana.it).

<sup>197</sup> Si fa riferimento alla Guida redatta da Aiaf, Assogestioni, Assonime e Borsa Italiana del giugno 2002, reperibile sul sito [www.borsaitaliana.it](http://www.borsaitaliana.it).



dinario” della stessa. Nel primo caso, si dovranno, in via generale, individuare i soggetti che concorrono all’elaborazione dell’informazione privilegiata e coloro che ne vengono a conoscenza comunque, i doveri di riservatezza e le procedure finalizzate a ricostruire il “percorso” della notizia. Nel secondo caso, la procedura può essere definita di volta in volta dal soggetto “apicale” responsabile dell’operazione economica in questione<sup>198</sup>. Nel caso si tratti di intermediario, l’ente deve poi munirsi di *chinese walls*, ossia «barriere fisiche e logiche allo scambio di informazioni tra i diversi settori», finalizzate a separare i settori della negoziazione in conto proprio e in conto terzi<sup>199</sup>.

L’influenza di siffatte norme organizzativo-comportamentali sul precetto si manifesta sia sul divieto di sfruttamento dell’informazione tramite operazioni, sia sul divieto di comunicazione in difformità di un processo di lavoro “normale”<sup>200</sup>. In relazione al primo profilo, in quanto queste regole forniscono tendenzialmente protocolli circa la valutazione degli effetti della notizia presso il pubblico<sup>201</sup>; quanto alla comunicazione della notizia, che risulta punita solo nel caso in cui sia effettuata “al di fuori del normale esercizio del lavoro, della professione, della funzione o dell’ufficio” (art. 184, comma 1, lett.b, Tuf), perché orientano l’interprete circa la portata dell’esimente, la cui interpretazione non è per nulla agevole<sup>202</sup>.

<sup>198</sup> S. BALLARINI, *Le modifiche*, cit., p. 119

<sup>199</sup> S. BALLARINI, *Le modifiche*, cit., pp. 121-122. Cfr. il Protocollo d’intesa adottato da Banca d’Italia e dalla Consob con provvedimento del 29 ottobre 2007 (su [www.consob.it](http://www.consob.it)). In argomento, già C. PEDRAZZI, *Riflessioni sull’insider trading*, cit., p. 1670. Origini, funzioni e problemi applicativi di questa prassi negli Stati Uniti sono affrontati, mediante un approccio critico, da C.M. GORMAN, *Are Chinese Walls the Best Solution to the Problems of Insider Trading and Conflicts of Interest in Broker-Dealers?*, in *Fordham Journ. of Corporate & Financial Law*, 2004, p. 475 ss.

<sup>200</sup> S. KÜMPEL, *Bank- und Kapitalmarktrecht*, cit., p. 2196.

<sup>201</sup> Un cenno sui rapporti tra *insider trading* e «regole dell’esperienza» anche in Corte Cost. 382/2004 cit., p. 110. Naturalmente sono da respingere presunzioni basate sulla casistica elaborata dalle fonti sub-legislative: le linee guida dettate dai regolamenti e dai codici servono però da “indici di valutazione”. In tal senso, F. MUCCIARELLI, *Speculazione mobiliare*, cit., p. 52 ss.

<sup>202</sup> Sul significato sistematico della nuova formulazione, C.E. PALIERO, “*Market abuse*” e legislazione penale: un connubio tormentato, in *Corr. mer.*, 2005, p. 809 ss. Le versioni precedenti della norma contemplavano una comunicazione

Infatti, l'elemento della estraneità al normale esercizio del lavoro si colloca in quella zona di confine in cui risiedono gli elementi di illiceità speciale: una sorta di valvola osmotica, nella struttura del reato, tra tipicità ed antigiuridicità, i cui tratti distintivi sono contrassegnati da una funzione ambivalente. Il ricorso a una fonte integratrice esterna alla fattispecie, se da un lato asseconda la funzione "descrittiva" di un usuale elemento normativo, dall'altro implica una "valutazione sul fatto" che l'interprete è tenuto ad effettuare con riferimento ad un conflitto tra interessi sottostanti<sup>205</sup>, e che, nel

"senza giustificato motivo". S'era quindi posto il problema sia della collocazione sistematica che del contenuto da assegnare a questa espressione. Dal primo punto di vista, si è dimostrato come la clausola sottintendesse un giudizio sull'antigiuridicità, ulteriore ed autonomo rispetto alla scriminante dell'esercizio di un diritto prevista dall'art. 51 c.p.: lungi dal costituire un mero, pleonastico richiamo alla scriminante comune, il "giustificato motivo" consentiva l'ingresso, nella valutazione della liceità del fatto, ad elementi in sua assenza difficilmente ancorabili ad una norma da cui promanasse un "diritto", lasciando fuori, ad esempio, comportamenti riconducibili ad una consuetudine. Dal punto di vista dei contenuti, poi, senza fornirne una definizione tassativa, s'erano individuate una serie di aree problematiche, nelle quali il divieto di comunicare notizie privilegiate si poneva in potenziale attrito con altri interessi inerenti all'informazione societaria: esempi, in tal senso, erano (e sono) le informazioni ai soci nelle società quotate ex art. 130 Tuf; le comunicazioni al pubblico ex art. 114 Tuf; l'informativa all'interno dei gruppi, non facente riferimento, almeno sino al d.lgs 6/2003, ad alcuna organica normativa, ma egualmente ammissibile, soprattutto se funzionale alla trasparenza, come nel caso della disciplina del bilancio consolidato; infine, si richiamava il tema della comunicazione a soggetti esterni all'impresa societaria, come consulenti, analisti o professionisti vari, denunciandone i rischi connessi, ma al tempo stesso evidenziando l'inadeguatezza di un asfittico divieto (su questi temi, C. PEDRAZZI, *Riflessioni sull'insider trading*, cit., p. 1669 ss.; S. SEMINARA, *La tutela penale del mercato*, cit., p. 625; L. FOFFANI, *La nuova disciplina penale dell'insider trading*, cit., p. 921; F. MUCCIARELLI, *L'informazione societaria: destinatari e limiti della normativa in materia di insider trading*, in *Banca e borsa*, 1999, I, p. 745 ss.). La dottrina si era anche espressa in termini di una "comprensibilità sociale" della comunicazione esclusa dall'area dell'illecito, e comprendente talvolta "un motivo personale" (così A. BARTULLI, M. ROMANO, *Sulla disciplina penale dell'insider trading*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 660 ss. Da questo punto di vista, la nuova formulazione adottata dal Tuf sembra più ristretta). Sotto il profilo comparatistico, invece, da segnalare la punibilità, nel diritto tedesco, non solo della comunicazione "non autorizzata" (*unbefugt*; in questo caso, per altro, si perviene per via interpretativa ad una soluzione analoga a quella adottata dal legislatore italiano: cfr. E. HILGENDORF, *Insiderdelikte*, cit., p. 224; V. LÜCKER, *Der Straftatbestand*, cit., p. 111), ma anche della condotta consistente nel rendere accessibile (*zugänglich*) l'informazione (vedi § 14 WpHG, Satz 1, n. 2).

<sup>205</sup> Per una complessiva rivisitazione della tematica dell'illiceità speciale, G. MORGANTE, *L'illiceità speciale nella teoria generale del reato*, Torino, 2002, *passim*

nostro caso, è dettata dall'inciso sulla "normalità"<sup>204</sup>. Nel fissare i requisiti che la comunicazione è tenuta a soddisfare, affinché sia permessa, una decisione della Corte di giustizia delle Comunità europee impone che vi sia «uno stretto legame tra la comunicazione e l'esercizio del [...] lavoro, della [...] professione o delle [...] funzioni», in base al quale «tale comunicazione sia strettamente necessaria» al loro esercizio. La restrizione interpretativa non investe solo il nesso funzionale, ma anche il numero delle informazioni comunicate, poiché «ogni comunicazione supplementare può aumentare il rischio di uno sfruttamento di tali informazioni a fini contrari alla direttiva 89/592»; nonché il tipo di informazione trasmessa, esigendo la maggiore "delicatezza" dell'informazione, cioè la sua capacità di influenzare il corso dei titoli in modo manifesto, un livello proporzionalmente elevato di "prudenza"<sup>205</sup>. Ne risulta che, se la trasgressione delle regole che disciplinano l'esercizio di una funzione integra il superamento del "normale esercizio" della professione<sup>206</sup>, il rispetto delle medesime non basta affinché si vada esenti da responsabilità, occorrendo l'ulteriore giudizio (di valore) circa la "necessità" della comunicazione<sup>207</sup>.

Al termine di questa digressione sulla disciplina preventiva dell'abuso di informazioni privilegiate, non può non essere segnalato che, essendo gli enti tenuti ad adattare la loro organizzazione a simili esigenze preventive, possono sorgere al tempo stesso obblighi

---

(in particolare, p. 49 ss., dove una nitida distinzione tra la funzione eminentemente descrittiva assoluta dagli elementi normativi e, invece, l'inclusione di un «giudizio di valore sul fatto» implicato nei requisiti di illiceità speciale).

<sup>204</sup> Che la clausola rispecchi esigenze di bilanciamento è in genere affermato dalla dottrina tedesca: cfr. H.-D. ASSMANN, *Insiderüberwachung*, cit., p. 425. H. NERLICH, *Die Tatbestandsmerkmale des Insiderhandelsverbots nach dem Wertpapierhandelsgesetz*, Osnabrück, 1999, p. 193, specifica il contenuto del conflitto, parlando di una collisione tra lo scopo di controllare la diffusione di notizie *inside* e le esigenze di una "economia libera".

<sup>205</sup> CGCE, sentenza del 22.11.2005, C-384, punti 22 ss.

<sup>206</sup> Che la comunicazione risulti illecita nei casi in cui violi le regole sulla distribuzione dei flussi informativi (come le c.d. *Chinese Walls*) nelle aziende è sostenuto dalla dottrina tedesca: cfr. E. HILGENDORF, *Insiderdelikte*, cit., p. 226.

<sup>207</sup> Sostiene la Corte, infatti, che «anche se tale comunicazione è autorizzata dall'ordinamento giuridico nazionale applicabile, essa deve anche, per avvalersi della deroga prevista all'art. 3, lett. a), della direttiva 89/592, essere effettuata alle condizioni precisate ai punti 22-42 della presente sentenza».

di organizzazione e di controllo in capo agli organi societari responsabili dell'adozione, della cura e del controllo degli apparati organizzativi in questione, la cui violazione, ove sia realizzato un fatto di *insider trading*, potrebbe rilevare anche penalmente<sup>208</sup>.

#### 4.3. Una chiave di lettura: l'influenza delle regole organizzative sul precetto come delimitazione di un'area di rischio consentito

Dall'analisi effettuata emerge un singolare compromesso tra indeterminatezza della fattispecie e soddisfacimento di esigenze di criminalizzazione. Negli abusi di mercato, le linee di politica legislativa attuali tendono a favorire l'indeterminatezza a scapito della tipizzazione puntuale delle operazioni vietate, che si avrebbe solo laddove la clausola di pericolo fosse sostituita dalla previsione di un catalogo chiuso di comportamenti. Quest'ultima soluzione, pur essendo da tempo avanzata in dottrina<sup>209</sup>, viene respinta in quanto incapace di soddisfare le esigenze del contesto di riferimento, in grado di sviluppare prassi illecite con una certa rapidità<sup>210</sup>.

Nondimeno, come visto, dilaga a diversi livelli una *standardizzazione* che, penetrando il tessuto di precetti affetti da un certo tasso di elasticità, diviene di ausilio all'interprete nella fissazione dei comportamenti illeciti<sup>211</sup>.

Si tratta ora di inquadrare il fenomeno in una prospettiva sistematica. A tal fine, muoviamo dal ruolo che al parametro dell'"inve-

<sup>208</sup> Vi accenna, in termini problematici, S. KÜMPEL, *Bank- und Kapitalmarktrecht*, cit., p. 2197. Con esclusivo riferimento all'ordinamento tedesco, l'omessa adozione di misure di *compliance* potrebbe inoltre integrare la fattispecie di "comunicazione" dell'informazione nella forma del "rendere accessibile la notizia": vedi M. MAHNHOLD, *Compliance*, cit, pp. 73-74.

<sup>209</sup> A. CRESPI, *Insider trading e frode sul mercato dei valori mobiliari*, già in *Riv. soc.*, 1991, p. 1673 ss., ora in A. CRESPI, *Studi di diritto penale societario*, Milano, 2004, p. 450 ss.

<sup>210</sup> Si veda, per quanto concerne l'*insider trading*, G. VASSALLI, *La punizione dell'insider trading*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 13; P. PANANIS, *Insidertatsache und Primärinsider*, Berlin, 1998, p. 106 ss. Più in generale, K. TIEDEMANN, *Tecnica legislativa nel diritto penale economico*, cit., p. 4 ss.

<sup>211</sup> Di «Orientierungshilfe» parla J. VOGEL, *Überwachung des Verbots der Kurs- und Marktpräsimanipulation*, cit., p. 801.

stutore ragionevole” è assegnato nell’ambito della fattispecie fondata sulla distorsione delle informazioni.

L’investitore ragionevole, è stato osservato, non è assimilabile all’agente modello dell’illecito colposo, poiché esprime un connotato della condotta tipica che va oltre l’imputazione di un evento anti-giuridico; né, almeno per quanto riguarda l’*insider trading*, all’utilizzo del criterio adottato nei reati di pericolo, poiché nell’*insider trading* «si tratta di stabilire proprio la sussistenza di un requisito centrale della condotta vietata ovvero imposta» e non solo la sua probabilità di offendere<sup>212</sup>.

Il criterio in questione sfugge a entrambe le categorie citate per via della loro inettitudine epistemologica ad abbracciarne gli sfumati contorni.

La compatibilità dell’investitore ragionevole con il pericolo è problematica, sin tanto che si alluda al pericolo sito nell’elemento oggettivo del reato, quale esso solitamente è inteso dalla dottrina penalistica<sup>215</sup>. In contrapposizione alle tendenze ad instaurare parallelismi tra pericolo e misura oggettiva della colpa<sup>214</sup>, si sostiene che l’accertamento della colpa, a differenza di quello del pericolo, ammette un orizzonte conoscitivo limitato a circostanze inerenti al momento della condotta: sicché l’attribuzione della colpa si fonda sì sulla violazione di regole cautelari che cristallizzano giudizi sulla prevedibilità del verificarsi di eventi dannosi in base a regole di esperienza, ma, già con riguardo alla sua misura oggettiva, l’imputazione colposa trova una limitazione nel riferimento al soggetto che agisce ed alla sua capacità di riconoscere il pericolo; viceversa, il pericolo

<sup>212</sup> S. SEMINARA, “*Disclose or Abstain?*”, cit., p. 339.

<sup>213</sup> Cfr., in senso critico, M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale*, Milano, 2004, p. 197 ss.

<sup>214</sup> Cfr. E. HORN, *Konkrete Gefährungsdelikte*, Köln, 1973, pp. 15-29 ss., il quale, dopo aver assimilato spesso nelle sue pagine i concetti di *Gefährlichkeit* e *Sorgfaltswidrigkeit*, riconosce però che, tra violazione di una regola di diligenza e pericolo, vige una distinzione nei delitti in cui la pericolosità della condotta sia valutabile, da parte del giudice, solo in base a conoscenze intervenute tra il tempo della condotta e la verifica del pericolo.

come elemento oggettivo della fattispecie consisterebbe nel «pericolo c.d. oggettivo epistemologico»<sup>215</sup>.

La prognosi che presiede all'applicazione delle fattispecie di abuso di mercato, tuttavia, si erge su basi scientifiche tutt'altro che solide. Sappiamo, infatti, che la "efficienza informativa" su cui si regge la disciplina dei mercati non ha fondamento empirico, e che il comportamento degli investitori consiste piuttosto in un conformarsi ad aspettative su come altri agiranno<sup>216</sup>. La valutazione delle condotte tendenti a sfociare in un'alterazione del corso dei titoli, per tanto, non può sottostare a una prognosi prettamente "oggettiva"; per questo si invoca l'"investitore ragionevole" quale momento "soggettivante" della prognosi<sup>217</sup>.

Dal suo canto, anche la possibilità di assimilare l'investitore razionale all'agente modello impiegato nel delitto colposo richiede delle precisazioni. Intanto, volendo insistere su una simile analogia, bisogna precisare come, nei confronti dell'autore di una condotta di abuso di mercato, non si muove un rimprovero per non aver adeguato la propria condotta a quella di un supposto "agente modello", bensì per non aver operato in base a ciò che ci si attende da un "in-

<sup>215</sup> Così F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, Milano, seconda ed., 1994, p. 178 ss. ove ricorre la conclusione secondo cui l'elemento della "prevedibilità" allude ad un tipo di rischio "situazionale"; il pericolo concreto è invece un rischio di tipo "ontologico" o "oggettivo-epistemologico". Su queste basi, la nostra dottrina ha respinto qualunque ipotesi di contaminazione della base nomologica del giudizio di pericolo con valutazioni di tipo soggettivo basate su agenti modello, secondo un atteggiamento culturale di recente criticamente analizzato da M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, loc. ult. cit.

<sup>216</sup> Vedi *supra*, cap. I, § 4.

<sup>217</sup> Sugli elementi "soggettivi" della definizione di informazione privilegiata, B. MAGRO, *Manipolazioni di mercato e strumenti derivati*, cit., pp. 54-55. Cfr. anche Trib. Milano, 16.11.1994, cit., dove ci si riferisce al duplice criterio della obiettività del pericolo e del punto di vista dell'investitore medio come elemento "soggettivante" (la sentenza è richiamata, su questo punto, da S. BONINI, *La repressione delle turbative del mercato: aggio comune, aggio societario, aggio bancario, aggio su strumenti finanziari*, in A. MEYER, L. STORTONI (coordinato da), *Diritto penale della banca, del mercato mobiliare e finanziario*, Torino, 2002, p. 241). Nella letteratura tedesca, J. VOGEL, *Überwachung des Verbots der Kurs- und Marktpräsimanipulation*, cit., p. 799 ss., assegna al criterio dell'investitore ragionevole un ruolo preliminare di individuazione delle condizioni nelle quali deve poi essere operata la prognosi sull'attitudine della condotta ad influenzare i prezzi, che invece avviene in base a leggi causali.

vestitore tipo”: lo *standard* diligenziale, in altri termini, è determinato dalla reazione che è lecito attendersi anche da parte delle potenziali vittime<sup>218</sup>. Inoltre, se dal parametro dell’investitore razionale si possono (si debbono) espungere le speranze di chi pone in essere la condotta – se intese come mere attese soggettive circa il rendimento dell’operazione<sup>219</sup>, eventualmente detronizzate da fattori oggettivi –, non può sfuggire che, nell’apprezzare il rilievo penale di queste condotte, muovendo da una prospettiva *ex ante*, l’interprete valorizzi la percezione del soggetto agente circa le modalità con cui l’operazione o la notizia in questione sarebbe accolta dal pubblico, “oggettivando”, in un certo senso, le “conoscenze superiori” di un operatore alla stregua di un parametro rappresentato dall’individuo dotato di media competenza, laddove la determinazione della diligenza nell’illecito colposo consentirebbe direttamente di tenere in conto di tali conoscenze superiori<sup>220</sup>.

In realtà, più che definire un *pericolo*, il criterio dell’investitore razionale sembra contrassegnare una soglia di *rischio* nella condotta<sup>221</sup> esorbitante dal rischio implicito nella negoziazione dei prodotti

<sup>218</sup> Cfr. R. MAURACH, F.C. SCHROEDER, M. MAIWALD, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Band I, Heidelberg, ottava ed., 1995, p. 481, i quali rendono esplicito il paragone tra ricerca di un parametro nell’accertamento della “rilevanza” (*Ehreblichkeit*), richiesta ai fini del *Kapitalanlagebetrug*, e la concretizzazione dell’agente modello nel delitto colposo, con la precisazione secondo cui, nell’estrarre la regola diligenziale, «nel § 264a si tratta della posizione della vittima». Naturalmente, pur volendo rilevare un’affinità tra fatto tipico colposo e fattispecie di abuso di mercato, non sarebbe con ciò dimostrata la legittimità di una simile opzione di tecnica legislativa. Che si possa richiamare una regola cautelare per integrare il precetto, infatti, è giustificato dal fatto che, di solito, la presenza dell’evento in fattispecie assicura il minimo necessario circa l’orientamento che il destinatario del precetto deve tenere; rispetto al precetto, la regola cautelare assume così una funzione di mera specificazione tecnica (si veda M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, cit., p. 221 ss.; per una recente rivisitazione del tema della determinatezza dell’illecito colposo si veda comunque D. CASTRONUOVO, *Responsabilità da prodotto e struttura del fatto colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 301 ss.).

<sup>219</sup> In altri termini, la «Vorstellung des Handelnden» di cui fa menzione H. NERLICH, *Die Tatbestandsmerkmale*, cit., p. 126.

<sup>220</sup> S. SEMINARA, “*Disclose or Abstain?*”, cit., p. 343.

<sup>221</sup> Il criterio dell’investitore ragionevole appare meglio inquadrabile in una concezione che tenga conto di «elementi di prevedibilità» all’interno dell’elemento oggettivo del reato, e della necessità, ai fini dell’imputazione, di un’analisi del fatto – sia esso doloso o colposo – in termini di «rappresentabilità di un rischio», onde accertare, nel caso specifico di fatto doloso, se il dolo sia «socialmente rile-

finanziari<sup>222</sup>, «pericolosi ed essenziali per qualunque sistema economico moderno»<sup>223</sup>. Muovendo dal fatto che la “razionalità” del mercato non è quella pretesa dall’ipotesi dell’efficienza informativa bensì quella sorretta dall’intreccio reciproco di attese<sup>224</sup>, non è realmente l’alterazione potenziale dei prezzi – quindi un *pericolo* – a dotare la condotta di un disvalore, quanto l’abuso di meccanismi che regolano aspettative comportamentali. Donde il bisogno di diffondere *standard* che evidenzino le aspettative alle quali non è dato contravvenire e, indirettamente, gli abusi da sanzionare anche penalmente.

Ecco che le regole comportamentali e organizzative – che investono tanto il mercato come tale, quanto i singoli operatori – assumono un rilievo fondamentale per l’accertamento della fattispecie penale: agendo a diversi livelli della fattispecie, sottraggono linfa ad una precettività autenticamente penalistica; al tempo stesso, contribuiscono a determinare un livello di accettabilità sociale delle manovre speculative, una soglia, cioè, di “rischio consentito”<sup>225</sup>. La vio-

---

vante» (si tratta della concezione di M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell’evento. “Nesso di rischio” e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006, pp. 59-60, che si riferisce al “rischio” minimo sufficiente per la colpa, come «“base” dello stesso dolo», *ibidem*, p. 52 ss.); sulla distinzione tra “pericolo” e “rischio”, in diritto penale, mettendo a confronto la concezione tradizionale della dottrina italiana con la teoria dell’imputazione oggettiva tedesca, vedi anche M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990, p. 201 ss. (in particolare p. 204, nota 86). Sulla storicamente instabile collocazione dogmatica del “rischio”, V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988, p. 26. La distinzione tra “rischio” e “pericolo” viene sovente proposta anche nella letteratura sociologica: con specifico riferimento ai mercati finanziari, si vedano B. HOLZER, Y. MILLO, *From Risks to Second-Order Dangers in Financial Markets: Unintended Consequences of Risk Management*, in *New Political Economy*, vol. 10, No. 2, June 2005, pp. 225-227.

<sup>222</sup> Cfr. F. SGUBBI, *L’abuso di informazioni privilegiate*, cit., p. 29.

<sup>223</sup> Secondo l’efficace espressione di R. COSTI, *Informazione e contratto nel mercato finanziario*, cit., p. 720.

<sup>224</sup> *Supra*, cap. I, sezione prima, § 4.

<sup>225</sup> La disciplina giuridica del mercato, in sintesi, si presenta come un insieme di norme volte a garantire un’area di «rischio consentito», mentre la sanzione penale interviene «sulle condotte che si sostanziano in una induzione manipolativa dei comportamenti collettivi» (così F. SGUBBI, *Il risparmio come oggetto di tutela penale*, cit., pp. 344-345; sul punto, vedi anche F. SGUBBI, *L’abuso di informazioni privilegiate*, cit., p. 29). In questa sede non è concesso disquisire della portata dogmatica dell’espressione “rischio consentito”. Per una difesa della collocazione sistematica nell’elemento oggettivo del reato – tanto doloso quanto colposo – si veda comun-



lazione della normativa extrapenale, in tale ottica, diviene indice rilevante – se non decisivo – al fine di stabilire quando un’operazione assume i tratti di una condotta manipolativa<sup>226</sup>, oppure quando soggetti qualificati siano tenuti ad attivare la loro capacità di riconoscere determinati rischi e a non abusarne dolosamente<sup>227</sup>.

---

que M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell’evento*, cit., p. 70 ss.; per l’accoglimento del “rischio consentito” quale concetto “formale”, adattabile ad una serie di istituti di parte generale che, di volta in volta, rivelano la ragione “sostanziale” della giustificazione, si segnala la proposta di M. MAIWALD, *Zur Leistungsfähigkeit des Begriffs erlaubtes Risiko für die Strafrechtssystematik*, in *FS für Jescheck zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1985, p. 405 ss. (il quale spiega in questi termini anche i rapporti tra *erlaubtes Risiko* e adeguatezza sociale, *ibidem*, p. 407 ss.).

<sup>226</sup> Nondimeno, in determinate condizioni, il fatto che il soggetto agente rimanga nei limiti delle norme che circoscrivono il rischio non vale ad esonerarlo da responsabilità (sulla «necessità di concretizzare questo rischio sulla situazione e sulle condotte storiche, anziché modellarlo sulle astratte attività autorizzate», M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell’evento*, cit., p. 52 ss., la citazione è a p. 95, nota 6. Si considerino alcuni classici esempi: non potrà essere esente da responsabilità l’automobilista che continui a tenere la destra pur essendosi reso conto che su quel lato della carreggiata vi sia un passante rimasto a terra; oppure, non potrà essere giustificato il comportamento del pugile che, pur nel rispetto formale delle regole, sappia di combattere contro un avversario affetto da una patologia non rilevata nel corso della visita medica: il primo esempio è tratto da M. MAIWALD, *Zur Leistungsfähigkeit*, cit., p. 421; il secondo da V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, cit., p. 240). Così, ad esempio, nella manipolazione del mercato, dobbiamo intendere che l’area di “rischio consentito” non viene più in discussione – il comportamento ossequioso delle regole, dunque, non elimina il contrasto con il precetto penale –, quando un’operazione, in sé lecita, è assistita dalla volontà dell’agente di profittare di contingenti circostanze di mercato per alterare il meccanismo dei prezzi: vedi Trib. Milano, 11.11.2002, in *Riv. trim. pen. ec.*, 2003, p. 747 ss. (con nota critica di D. FONDAROLI, *Aggiotaggio mediante altri artifici: disvalore del fatto e disvalore del contesto*), che ravvisa la condotta artificiosa dell’aggiotaggio in «condotte apparentemente lecite, ma che combinate tra loro, ovvero realizzate in presenza di determinate circostanze di tempo e di luogo, intenzionalmente realizzino una distorsione del gioco della domanda e dell’offerta». Può istaurarsi un paragone con il caso in cui i comportamenti di un utente della strada, pur rispettosi delle norme relative alla circolazione, siano finalizzati a causare incidenti (allo scopo di ottenere il risarcimento da parte dell’assicurazione) – come nella fattispecie risolta da BGH, Urteil v. 22.07.1999, in *NJW*, 1999, 3132 ss. (in dottrina il caso è ripreso da U. MURMANN, *Zur Berücksichtigung besonderer Kenntnisse, Fähigkeiten und Absichten bei der Verhaltensnormkonturierung*, in *FS für Herzberg*, Tübingen, 2008, p. 123 ss., 127). Ovviamente, nel caso della manipolazione di mercato, permangono ragioni di perplessità in merito all’assoluta indeterminatezza dei presupposti dell’incriminazione.

<sup>227</sup> L’*insider* (ai fini della fattispecie penale solo “primario”) possiede, difatti, una conoscenza relativa ai fattori di rischio incombenti su altrui investimenti, ed è

E inoltre, alla luce di tali premesse, le regole organizzative, assumendo i tratti di regole preventive nei confronti di un rischio, ricevono un'attitudine alla ricostruzione, a ritroso, di omissioni condizionanti la concretizzazione di quel rischio: divengono indice, in altre parole, dell'esistenza di posizioni di garanzia finalizzate all'impedimento degli abusi di mercato<sup>228</sup>.

In questa sede interessa solo evidenziare quest'ultimo profilo. Permangono, ovviamente, ma non possono essere qui sviscerate, le perplessità connesse alla degenerazione dell'illecito penale in un illecito di mero rischio – il che iscrive il diritto penale del mercato finanziario nel sommario dei temi del “diritto penale del rischio” –<sup>229</sup>,

---

un soggetto a cui l'ordinamento impone di non sfruttare tali conoscenze. Se si accetta l'impostazione che inquadra le “conoscenze superiori” nell'ambito dell'elemento oggettivo del “rischio”, secondo la quale, intanto è possibile discorrere di “conoscenze” – “superiori” – dell'agente, in quanto sussista un rischio riconoscibile, quindi, in quanto vi sia “oggettivamente” un rischio (di per sé, dunque, non è mai la conoscenza stessa a far sorgere il rischio, come precisato di recente da M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento* cit., p. 70 ss.; cfr. anche L. GRECO, *Das subjektive an der objektiven Zurechnung: Zum “Problem” des Sonderwissens*, in *ZStW*, 2005, p. 519 ss.; U. MURMANN, *Zur Berücksichtigung besonderer Kenntnisse*, cit., p. 123 ss.), la conoscenza dell'*insider* diventa conoscenza di un rischio obiettivo per gli altri investitori quando, secondo la definizione impiegata dall'art. 181, comma 3 Tuf, la notizia che egli possiede “a) si riferisce ad un complesso di circostanze esistente o che si possa ragionevolmente prevedere che verrà ad esistenza o ad un evento verificatosi o che si possa ragionevolmente prevedere che si verificherà” e “b) è sufficientemente specifica da consentire di trarre conclusioni sul possibile effetto del complesso di circostanze o dell'evento di cui alla lettera a) sui prezzi degli strumenti finanziari”. Non dovrebbe essere consentito, alla luce di tale criterio, prendere in considerazione, quali “conoscenze”, i meri “propositi” (sui problemi pratici al riguardo cfr., ampiamente, F. SGUBBI, *L'abuso di informazione privilegiate*, cit., p. 47 ss.).

<sup>228</sup> Muovendo dalla concezione del reato omissivo improprio come «fattispecie di inosservanza di una norma di prevenzione» – nell'ambito di una ricostruzione dove però il rapporto tra omissione ed evento sia improntato dalla causalità –, sulla quale F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975, p. 118 ss.

<sup>229</sup> Di *Risikostrafrecht* è possibile parlare, al di là del riferimento preciso a concetti dogmatici, come di una categoria critica di tipo culturale («*Risikostrafrecht ist weniger ein strafrechtsdogmatischer Begriff als eine zeitdiagnostische Kategorie in kulturkritischer Absicht*», scrive F. HERZOG, *Risikogesellschaft, Risikostrafrecht, Risikoregulierung – Über das Strafrecht hinausweisende Perspektiven* –, in U. NEUMANN, C. PRITZWITZ (a cura di) *Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts*, Frankfurt am Main, 2004, p. 117). In ogni caso, le caratteristiche principali del *Risikostrafrecht* sono una propria dogmatica del rischio, dove primeggia l'equiparazione del

al quale è connaturata la tendenza ad aggirare le difficoltà probatorie tramite il ricorso a regole standardizzate di condotta<sup>230</sup>.

A tale conformazione dell'illecito penale è connessa, tra l'altro, la problematica nell'accertamento del danno patrimoniale, che sappiamo non essere requisito della fattispecie penale ma che può essere comunque prodotto dalla condotta di abuso di mercato, e del quale si può esigere il risarcimento come parte civile<sup>231</sup>. La richiesta di risarcimento, in realtà, dovrebbe basarsi sulla prova dell'affidamento riposto dal singolo investitore nella omissione o falsa rappresentazione di notizie relative all'investimento, e dimostrare la decisività della falla informativa ai fini della scelta. La teoria del mercato efficiente consente di aggirare questa ardua dimostrazione attraverso la finzione secondo cui il prezzo riflette tutte le informazioni, anche quelle false: sì che è scontato che l'investitore si sia basato su queste ultime nell'acquistare titoli; a fuorviarlo, si dice, è, in fin dei conti, l'affidamento nell'integrità del mercato, non la singola informazio-

---

pericolo all'offesa; una funzione marcatamente preventiva del diritto penale, che consegue al carattere nuovo o sconosciuto dei rischi nella c.d. *Risikogessellschaft*; e, infine, un ruolo simbolico del diritto penale, discendente dal fatto che la società ha trasformato pericoli incontrollabili ed imprevedibili in rischi, rendendoli tendenzialmente controllabili e prevedibili: la trasformazione dei pericoli in rischi lascia una diffusa insicurezza, che, appunto, attende una risposta penalistica (cfr. C. PRITZWITZ, *Strafrecht und Risiko*, Frankfurt am Main, 1993; nella nostra letteratura, si vedano C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, cit., p. 1 ss.; F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, cit., *passim*; L. STORTONI, *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 71 ss.; per l'analisi di un settore dal quale le problematiche coinvolte nel diritto penale del rischio traspaiono con particolare evidenza, vedi F. CONSORTE, *OGM: Tutela del consumatore e profili penali*, in *Ind. pen.*, 2004, p. 551 ss.).

<sup>230</sup> Le distorsioni patite dalle categorie penalistiche, (anche) in sede di accertamento dei reati di pericolo, con riferimento ai *topoi* del *Risikostrafrecht*, sono analizzate, sebbene in tutt'altro contesto, da C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, cit., p. 254 ss., che stigmatizza «il ricorso alla violazione della regola di comportamento standardizzata, come strumento per soppiantare oneri probatori correlati all'accertamento della pericolosità concreta».

<sup>231</sup> Sul tema si sofferma F. SGUBBI, *Il risparmio come oggetto di tutela penale*, cit., pp. 351-352.

ne<sup>232</sup>: il mercato, come afferma la giurisprudenza americana, si fa «unpaid agent of the investor»<sup>233</sup>.

La ricostruzione è fondata sulla discutibile sostituzione di un paradigma di tipo stocastico ad uno tipo causale<sup>234</sup>: il danno seguente all'abuso di mercato è costituito da «un danno derivante da un imprevedibile e ingiusto assoggettamento a un maggior margine di rischio»<sup>235</sup>.

##### 5. Conclusioni: struttura del tipo ed individuazione dei garanti nella tutela penale del mercato finanziario

Sulla base dei rapporti sin qui esplorati, che la fattispecie penale instaura con le norme extrapenali da essa richiamate, formuliamo uno schema che ci consenta di risalire ai potenziali centri di imputazione di tali fattispecie tramite legami strutturali. Lo stesso schema ci immette nel sentiero che conduce ai “garanti”<sup>236</sup>.

In sintesi. Nei reati societari, lo sviluppo dell'azione tipica coglie sovente dei passaggi modellati sulla disciplina extrapenale delle società: ad esempio, quando sia inevitabile, perché si realizzi la fattispecie, un atto dispositivo, che può essere legittimamente posto in essere solo da taluni organi. Qui la struttura del tipo risulta eloquente rispetto alla individuazione dei potenziali garanti: vi sono un soggetto attivo qualificato ed una condotta che costituisce una proiezione della qualifica, poiché cristallizza un aspetto “organizzativo”

<sup>232</sup> Si tratta della “teoria del *Fraud-On-The-Market*” (FOTM), sulla quale vedi P. GIUDICI, *La responsabilità civile*, cit., p. 254 ss. In argomento, vedi anche le note critiche di B. LEV, M. DE VILLIERS, *Stock Price Crashes and 10b-5 Damages: A Legal, Economic, and Policy Analysis*, in *Stanford Law Rev.*, 47, Nov. 1994, p. 7 ss.

<sup>233</sup> B. LEV, M. DE VILLIERS, *Stock Price Crashes*, cit., pp. 19-20.

<sup>234</sup> Perplexità in F. SGUBBI, *Il risparmio*, loc. ult. cit.

<sup>235</sup> Trib. civ. Milano, 14.02.2004, in *Soc.*, 2005, p. 110 ss., con nota di S. GIAVAZZI, *Insider trading: la prima condanna civile*, ivi, p. 116 ss.

<sup>236</sup> È risaputo come, nel diritto penale dell'impresa, la nostra dottrina tenda ad accogliere una nozione ampia di “garanti”, che collima con quella di “soggetto attivo”: sul punto, vedi la ricostruzione di A. ALESSANDRI, voce *Impresa (responsabilità penali)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VI, Torino, 1991, p. 201. La questione sarà comunque ripresa ed approfondita nel cap. III.

della struttura societaria intrinsecamente connesso alla qualifica<sup>237</sup>. Nello stesso tempo, risulta relativamente agevole intravedere obblighi di impedimento in capo a coloro che siano in grado di interferire con questa procedura tipizzata di produzione della lesione<sup>238</sup>.

Un fenomeno più sfumato di riverbero tra soggetto e fattispecie tipica si coglie quando, pur avendo il legislatore descritto in termini generici il soggetto attivo, la fattispecie sia comunque forgiata su una procedura, sottintesa ad una condotta facente pur sempre capo ad una serie determinabile di garanti. Così, pur essendo “chiunque” destinatario del reato di falso in prospetto (art. 173-*bis* Tuf)<sup>239</sup>, saranno determinate posizioni soggettive ad interferire nelle situazioni, predefinite in via normativa, in cui il prospetto viene in gioco, tenendo conto del fatto che la medesima normativa (extrapenale) richiama molteplici istanze di controllo<sup>240</sup>.

---

<sup>237</sup> Sulle relazioni, nei reati societari, tra struttura della fattispecie, qualifica soggettiva (in particolare, quella degli amministratori) e momento collegiale nella realizzazione della fattispecie – anche in forma omissiva e mediante concorso omissivo –, si veda la profonda ed al solito illuminante disamina di C. PEDRAZZI, *I reati societari in regime di amministrazione collegiale*, in *Studi in onore di F. Antolisei*, vol. II, Milano, 1965, p. 427 ss. Alla luce dell’art. 2639 c.c., introdotto dalla novela penal-societaria del 2002, invero, più che rispetto ad un “soggetto”, si instaurano legami tra tipo e “funzione”. Per un commento sull’art. 2639 c.c., con un riepilogo della divisione della dottrina tra tesi “formale-civilistica” (professata, a suo tempo, dallo stesso Pedrazzi) e tesi “funzionalistica”, vedi AL. ROSSI, *I criteri per l’individuazione dei soggetti responsabili nell’ambito delle società: l’estensione delle qualifiche soggettive*, in AL. ROSSI (a cura di), *Reati societari*, cit., p. 82 ss.

<sup>238</sup> Volendo riproporre ed attualizzare le linee interpretative dettate dal Pedrazzi (vedi nota precedente), si può pensare all’inerzia degli amministratori rispetto alla “procedura” che conduce alla realizzazione di una illegale ripartizione di utili o riserve, o ad una infedeltà patrimoniale, ossia all’inerzia rispetto all’adozione della delibera in conflitto d’interessi o all’omessa impugnazione della medesima.

<sup>239</sup> Sulla problematica riconducibilità al novero dei reati propri della figura delittuosa in questione, cfr. F. GIUNTA, *La nuova fattispecie di falso in prospetto*, in F. GIUNTA, D. MICHELETTI (a cura di), *La disciplina penale del risparmio*, cit., pp. 90-91.

<sup>240</sup> Cfr. F. SGUBBI, *Il falso in prospetto*, cit., pp. 223-224. Alla luce della normativa abrogata, P. PATRONO, *Vecchio e nuovo*, cit., p. 232, p. 245. Similmente accade per il § 264a StGB: cfr. K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsbetrug*, cit., §§ 17 e 75 (dove la delineazione di un criterio per il quale la normativa extrapenale individua *Zuständigkeitsbereiche*). Sul punto, può essere pertinente il richiamo alla categoria degli *Organisationsdelikte* delineata da B. SCHÜNEMANN, § 14, in *LK-StGB*, Band 1, dodicesima ed., Berlin, 2007, p. 901, sebbene l’Autore non faccia riferimento ad elementi normativi implicitamente o esplicitamente richiamati dal precetto, ma ad una

Esistono, infine, moduli tipici – come l’abuso di informazioni privilegiate e la manipolazione del mercato – dove questa interferenza non è percepibile con altrettanta evidenza. La riprova, del resto, è nello storicamente cangiante ambito di elezione dei soggetti attivi<sup>241</sup>. In questi casi, dove, nei termini suvvisi, degno di tutela è un bene collettivo, la condotta incriminata subisce, conseguentemente, un’accentuata normativizzazione: vale a dire, la condotta muta da causazione di un danno (o di un pericolo) a trasgressione di una regola<sup>242</sup>, che è avvenimento sintomatico del superamento di un rischio consentito.

Il fulcro della tipicità di queste fattispecie si concentra, appunto, in siffatto accadimento. Ne segue che chi è in grado di influenzare l’organizzazione preventiva di quel rischio – in termini atecnici: chi gestisce manovre o informazioni rilevanti per il mercato, o sorveglia procedimenti ai quali tali manovre sono improntati o dai quali tali informazioni prendono forma –<sup>243</sup> appare *prima facie* “garante” ri-

---

particolare descrizione delle condotte che, a differenza della maggior parte degli altri reati, non si riferisce a singole, ben distinte azioni (*Einzelaktsdelikte*), bensì ad un insieme di processi aziendali, dei quali è designato come “autore” colui che, nella fattispecie tipica, è individuato come titolare del potere di decisione, «cioè a dire colui che presiede l’organizzazione aziendale di un evento indesiderato per il diritto penale». «Gli *Organisationsdelikte* – così, ancora, testualmente Schünemann – uniscono così la responsabilità penale all’influsso concreto sull’attività dell’organizzazione, senza (come per i reati propri) essere legati ad uno *status*».

<sup>241</sup> Alludiamo al fatto che la condotta del c.d. *insider* secondario non sia più penalmente rilevante, proprio perché tra tale soggetto e la fonte dell’informazione – ossia la fonte di rischio – non esiste alcuna relazione qualificata.

<sup>242</sup> Sul nesso tra tutela di interessi diffusi e formulazione della norma penale, si vedano le riflessioni di F. Sgubbi, *Tutela penale di “interessi diffusi”*, cit., pp. 473-474. Da un altro angolo visuale, sempre inerente ai rapporti tra natura del bene e struttura della condotta, vedi anche K. Volk, *Tendenzen zur Einheitstäterschaft – Die verborgene Macht des Einheitstäterbegriffs*, in *FS für Roxin*, Berlin-New York, 2001, p. 563 ss., in particolare p. 570 ss., dove, proprio sull’esempio dell’*insider trading*, è detto che «das Rechtsgut nivelliert die Tatbeiträge», con un tendenziale superamento di distinzione tra autorità e compartecipazione.

<sup>243</sup> In termini più tecnici e specifici, si veda Trib. Milano, 24.06.2006, cit., p. 858, in materia di agiotaggio: il soggetto attivo è individuato nel responsabile dell’unità operativa dell’intermediario (bancario); intermediario che ha assunto «il ruolo molteplice di organizzatore dell’operazione; sottoscrittore integrale; collocatore al dettaglio delle obbligazioni presso la clientela attraverso la rete commerciale di gruppo; assuntore del relativo rischio economico [...]». L’unità W. Diretta dall’imputato è stata quindi il centro di imputazione degli interessi economici sotto-

spetto ai beni giuridici aggrediti da quelle fattispecie; interviene, per così dire, sulla “organizzazione della fattispecie”, e ne controlla, in un certo senso, gli sviluppi tipici.

Nella misura in cui la disciplina degli organi societari partecipa della gestione del rischio, la tesi che i suoi titolari rivestano altrettante posizioni di garanzia diviene qualcosa in più di una mera ipotesi: la conformazione e la teleologia dei controlli<sup>244</sup>, a contatto con la fisionomia delle norme penali a presidio del mercato<sup>245</sup>, diventa substrato normativo adatto ad accogliere posizioni di garanzia finalizzate alla tutela del risparmio<sup>246</sup>.

Possiamo allora annotare un primo risultato, il quale, in realtà, più che un approdo, è esattamente il punto di partenza della nostra ricerca.

Una posizione di garanzia di controllo suppone l'individuazione di una relazione qualificata tra bene giuridico e soggetti tenuti al controllo sulla fonte di pericolo per siffatto bene<sup>247</sup>; un legame funzionale che, nel nostro caso, si presenta nei seguenti termini: nell'impossibilità dei titolari (i risparmiatori) di far fronte ai pericoli incombenti su un bene (il risparmio), i responsabili della funzione di controllo sul mercato – secondo la nozione sin qui ricostruita, la quale, certo, attende di essere meglio definita alla luce della disciplina dei singoli organi e apparati –<sup>248</sup> sono chiamati a prevenire condotte che infrangono la soglia del rischio consentito per il bene in questione.

La possibilità di estendere queste conclusioni ai singoli organi di controllo esige una fondamentale disamina preliminare di ciò che chiamiamo “posizione di garanzia”, con una speciale attenzione alle “prestazioni” che tale concetto può offrire in quei contesti organizzativi alla cui fisionomia sono improntate le società di capitali.

---

si all'emissione; e, come tale, ha provveduto all'attività di gestione del rischio conseguente».

<sup>244</sup> Ricostruite nel cap. I, *supra*.

<sup>245</sup> Sezione seconda di questo capitolo.

<sup>246</sup> Bene descritto nella sezione prima del presente capitolo.

<sup>247</sup> Per i rapporti tra beni e modalità d'offesa da parte dell'impresa, tutela dei consociati e responsabilità omissiva, cfr. A. ALESSANDRI, *Parte generale*, in C. PEDRAZZI *et al.*, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, cit., p. 1 ss.

<sup>248</sup> Cap. VI.





### CAPITOLO III

## LA POSIZIONE DI GARANZIA NELLA FATTISPECIE DI OMESSO IMPEDIMENTO DELL'EVENTO: FUNZIONE E COLLOCAZIONE SISTEMATICA ALLA LUCE DELLE ATTUALI IMPOSTAZIONI TEORICHE

#### 1. *Premessa*

Al cospetto delle organizzazioni complesse, l'intervento penale subisce spinte divergenti. Per un verso, si confida nelle possibilità di rintracciare, proprio grazie ad assetti organizzativi predefiniti, delle sfere di competenza, in direzione delle quali la sanzione penale possa dirigersi; per altro verso, la divisione dei ruoli può tradursi in un veicolo di moltiplicazione indiscriminata delle responsabilità: nel senso che quante più persone partecipano ad un processo decisionale, tanto più esse correranno il pericolo di essere coinvolte in forme di compartecipazione criminosa; o, ancora, la parcellizzazione delle facoltà di ciascuno di influire sul corso degli eventi può rendere del tutto impossibile risalire ad individui responsabili, degenerando nel fenomeno della c.d. "irresponsabilità organizzata"<sup>1</sup>.

Gli istituti penalistici richiamati ai fini della responsabilità delle posizioni non direttamente coinvolte nella vicenda delittuosa – vertici organizzativi o controllori inattivi – sono il concorso di persone e il reato omissivo. Negli ordinamenti dove vige un sistema differenziato di concorso si pone una vera e propria alternativa nell'utilizzo di forme di autoria mediata o reato omissivo<sup>2</sup>; nel nostro ordinamen-

---

<sup>1</sup> Cfr. G. HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, cit., p. 34 ss.

<sup>2</sup> Vedi *infra* cap. V, parte prima, §§ 2 ss.

to la compartecipazione omissiva assume un'importanza preponderante. La posizione di garanzia (*Garantenstellung*), il concetto che la scienza penale ha elaborato con riguardo alla fattispecie di omesso impedimento dell'evento, è strumento fondamentale per il riconoscimento di centri di imputazione nelle organizzazioni<sup>3</sup>. L'impiego, talvolta improprio, di tale strumento è inevitabilmente connesso alla crescente divisione del lavoro e all'automatizzazione delle azioni umane: il diritto penale fronteggia una realtà dove «sempre più persone dipendono socialmente dal fatto che altre persone, non solo si astengano dal commettere ciò che è sbagliato, ma compiano anche ciò che è giusto»<sup>4</sup>; l'organizzazione d'impresa assurge a fonte di pericolo presidiata da plurime posizioni di garanzia<sup>5</sup>; l'imputazione penalistica, palesando una tendenza ad assecondare la disciplina privatistica della ripartizione dei compiti, rischia di adagiarsi su schemi civilistici di distribuzione delle responsabilità<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Cfr. A. ALESSANDRI, *Parte generale*, cit., p. 59 ss.; più di recente T. VITARELLI, *Delega di funzioni e responsabilità penale*, Milano, 2006, p. 317 ss. Sul reato omissivo improprio, tra i lavori monografici, ci si limita per ora a richiamare la classica "triade" composta da F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, cit.; G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983; quanto alle opere di carattere generale, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, quinta ed., Bologna, 2007, p. 582 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte Generale*, quinta ed., Padova, 2007, p. 154 ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, terza ed., Milano, 2004, p. 378 ss.; nella letteratura tedesca, tra le più recenti trattazioni di ordine generale, si segnalano K. KÜHL, *Die strafrechtliche Garantenstellung – Eine Einführung mit Hinweisen zur Vertiefung*, in *JuS*, 2007, p. 497 ss.; W. STREE, § 13, in A. SCHÖNKE, F.C. SCHROEDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, cit., p. 221 ss.; T. WEIGEND § 13, in *LK-StGB*, dodicesima ed., Berlin, 2007, p. 817 ss.

<sup>4</sup> K. SEELMANN, *Kollektive Verantwortung im Strafrecht*, Berlin-New York, 2002, pp. 11-12. Sulla «accresciuta sensibilità per i danni» come causa dell'implemento del reato omissivo, vedi anche W. NAUCKE, *Strafrecht. Eine Einführung*, decima ed., Neuwied, 2002, p. 295. Nella nostra letteratura, G. FIANDACA, *Reati omissivi e responsabilità penale per omissione*, in *Arch. pen.*, 1983, p. 25 ss.

<sup>5</sup> A. ALESSANDRI voce *Impresa*, cit., p. 193 ss.

<sup>6</sup> Di particolare attualità, nella letteratura tedesca, le indagini sui possibili rapporti tra i c.d. *Verkehrssicherungspflichten* – cioè gli obblighi di garantire la sicurezza incombenti sul titolare di una fonte di pericolo rilevanti ai fini della responsabilità aquiliana – e le *Garantestellungen*: cfr. A. GRÜNEWALD, *Zivilrechtlich begründete Grantenpflichten im Strafrecht?*, Berlin, 2001, p. 34 ss., e, con specifico riferimento all'organizzazione d'impresa, T. ALEXANDER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für die Wahrung der Verkehrssicherungspflichten in Unternehmen*,

Non è dato rinvenire, in letteratura, una soluzione unitaria e appagante riguardo al fondamento delle posizioni di garanzia<sup>7</sup>. Ciò nonostante, converrà indugiare su alcune questioni teoriche, con l'obiettivo di fissare le condizioni al ricorrere delle quali, ai fini della presente ricerca, sia consentito filtrare la realtà delle organizzazioni societarie attraverso simile strumento concettuale.

## 2. *All'origine della "Garantenstellung": un elemento tendenzialmente onnicomprensivo*

Accenniamo, innanzi tutto, alla funzione dell'elemento "posizione di garanzia" nella fattispecie di omesso impedimento di un evento. Con ciò non s'intende certo ripercorrere la vetusta questione della sistemazione dell'obbligo di impedire nell'ambito della struttura del reato, dando per scontato che, inteso come "posizione di garanzia", questo obbligo alberghi nel *Tatbestand*<sup>8</sup>. Pur muovendo da tale dato, notiamo come la *Garantenstellung* riveli una valenza ancipite nell'economia della fattispecie. I reati omissivi impropri, difatti, sono reati propri: quali autori del fatto tipico, rilevano solo persone che siano in una determinata relazione rispetto al bene giuridico offeso, mentre penalmente irrilevante è l'omesso impedimento di un evento da parte di chi sia esclusivamente dotato di un potere sul fatto (*tatmächtige Person*). Fattore di distinzione tra reato omissivo improprio e reato proprio è che, nel primo caso, è affidato al giudi-

---

Herbolzheim, 2005, p. 14 ss.; H. OTTO, *Die strafrechtliche Verantwortung für die Verletzung von Sicherungspflichten in Unternehmen*, in *FS für Schroeder*, Heidelberg, 2006, p. 339 ss.; R. SCHÜRMAN, *Aufsichtspflichtverletzungen im Spannungsfeld zwischen dem Strafrecht und dem Zivilrecht*, Baden-Baden, 2005, p. 25 ss.

<sup>7</sup> Cfr. A. GARGANI, "Ubi culpa, ibi omissio". *La successione di garanti in attività inosservanti*, in *Ind. pen.*, 2000, pp. 584-585; E. GIMBERNAT ORDEIG, *Das unechte Unterlassungsdelikt*, in *ZStW*, 1999, p. 307 ss.; K. KÜHL, *Die strafrechtliche Garantenstellung*, cit., p. 500; S. COELN, *Das „rechtliche Einstehenmüssen“ beim unechten Unterlassungsdelikt. Die Emanzipation der Garantenstellung von einzelnen Fallgruppen*, Berlin, 2008, p. 82 ss.

<sup>8</sup> Cfr. W. SCHÖNE, *Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz. Zur gesetzlichen Regelung „unechter“ Unterlassungsdelikte*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1974, p. 240 ss.; di recente, K. KÜHL, *Die strafrechtliche Garantenstellung*, cit., p. 499.

ce il compito di individuare tali caratteristiche soggettive, sulle quali la legge rimane silente<sup>9</sup>. La *Garantenstellung* assolve in primo luogo questo compito<sup>10</sup>.

Con la categoria in questione (e non più con la causalità, tanto meno con l'antigiuridicità) si è anche, e forse soprattutto, inteso risolvere la questione dell'equivalenza tra omettere e agire<sup>11</sup>. Il Nagler, al quale si fa risalire la teoria dei "garanti" e la collocazione della posizione di garanzia nel *Tatbestand*<sup>12</sup>, concepì tale elemento come componente dell'azione tipica (*Tatbestandshandlung*)<sup>13</sup>; egli giudicò che azione e omissione germinassero dal tronco comune della fattispecie attiva, e che solo l'omissione tipica contemplasse un elemento "in più": appunto, una *Garantenstellung*<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> Così H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, undicesima ed., Berlin, 1969, p. 207 ss.

<sup>10</sup> «La funzione più elementare della posizione di garanzia è la fissazione della cerchia dei (potenziali) autori di un reato omissivo improprio», scrive G. ARZT, *Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt (1. Teil)*, in *JA*, 1980, p. 557.

<sup>11</sup> È la *Gleichstellungsproblematik* (o *Begehungsgleichheit*) che occupa tanta parte nella "storia" del reato omissivo improprio: si veda J.M. SILVA SÁNCHEZ, *Zur Dreiteilung der Unterlassungsdelikte*, in *FS für Roxin*, Berlin, 2001, p. 641 ss.

<sup>12</sup> Cfr. H.-H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, quinta ed., Berlin, 1996, p. 601.

<sup>13</sup> J. NAGLER, *Die Problematik der Begehung durch Unterlassung*, in *Der Gerichtssaal*, Band 111, 1938, p. 1 ss., in particolare p. 51 ss.

<sup>14</sup> Per Nagler la posizione di garante "spiega" l'equivalenza tra agire ed omettere: cioè, spiega come sia possibile la realizzazione dello stesso *Tatbestand* in forma omissiva (solo per taluni soggetti). E difatti la teoria dei garanti muove dalla considerazione secondo cui esistono condizioni positive e condizioni negative ("Hindernisse") che accompagnano la verifica di un evento. Taluni soggetti sono chiamati ad intervenire sulle condizioni negative, ad esercitare, cioè, "Hemmungsfunktionen". Tali sono le persone, il cui particolare compito consiste nel deviare pericoli incombenti («Hemmungsfunktionen haben vor allem die Personen, deren besondere Aufgabe es ist, drohende Gefahren abzuwenden»). Prosegue Nagler: «Questa sequenza logica ci consente anche di riconoscere la ragione intrinseca per cui la "passività" di tali garanti in senso giuridico è equiparabile alla "attività"». Quindi, l'Autore aggiunge che, come l'eliminazione attiva di una condizione ostativa alla produzione dell'evento è "immediatamente" conforme al tipo, così il disattendere all'istanza di preservare integro un valore giuridico (*Rechtswert*) è conforme al tipo "in via mediata". In conseguenza di un obbligo di porre in essere azioni positive di tutela nella "vita giuridica" (*Rechtsleben*), il garante assume una particolare posizione giuridica. Ciò non significa un ampliamento della fattispecie tipica (cfr. J. NAGLER, *Die Problematik*, cit., p. 60 ss.).

In tono critico verso il Nagler, Armin Kaufmann sostenne che ravvisare quell'elemento "in più" contraddicesse l'asserita coincidenza dei *Tatbestände* attivo e omissivo, dimostrando, al contrario, proprio il fatto che questi fossero autonomi e diversi<sup>15</sup>. Questa constatazione sulla diversità del *Tatbestand* omissivo – *Gebotstatbestand* – disancorò la *Garantenstellung* dall'azione tipica e ne enfatizzò la funzione di «täterschaftliches Merkmal»<sup>16</sup>. «Nel caso della posizione di garanzia – scrive Armin Kaufmann –, non si tratta quindi di una caratteristica "pura" del tipo, ma di un elemento "interpretabile" ("umdeutbar"), cioè, tale da descrivere meglio, allo stesso tempo, "la situazione conforme al tipo" ed il soggetto obbligato ad agire»<sup>17</sup>.

Sin dalle prime riflessioni, dunque, la *Garantenstellung* è oberrata da un duplice carico: serve a individuare taluni soggetti, evidenziando un vincolo tra costoro e determinati beni giuridici<sup>18</sup>; ed è chiamata a legittimare sul piano sistematico l'equivalenza delle omissioni di tali soggetti rispetto alla condotta attiva descritta dalla fattispecie di parte speciale. Di conseguenza, quando si tratta di individuarne gli esatti contenuti, la *Garantenstellung* manifesta una continua oscillazione tra descrizione del soggetto attivo e altri momenti fondanti la fattispecie<sup>19</sup>. Ne è risultata, negli sviluppi più re-

<sup>15</sup> Anche normoteoreticamente scissi in contravvenzioni a divieti o a comandi (*Verbote* o *Gebote*): vedi ARM. KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, seconda ed., Göttingen, 1988, p. 248 ss. Per una disamina critica della posizione di Armin Kaufmann, G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., p. 73 ss.

<sup>16</sup> Secondo il giudizio del H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, loc. ult. cit.

<sup>17</sup> ARM. KAUFMANN, *Die Dogmatik*, cit., p. 305.

<sup>18</sup> Secondo E. BACIGALUPO, *Delitos improprios de omisión*, ristampa, Madrid, 2006, pp. 56-57, la posizione di garanzia come «un elemento della definizione dell'autore» è un pensiero implicito in Nagler, che diviene espresso in Armin Kaufmann e Hans Welzel.

<sup>19</sup> Se vogliamo, si tratta di un carattere insito nella stessa, ben nota, storia dogmatica del reato omissivo improprio, fluttuante, nella dottrina tedesca, tra due variabili: obbligo giuridico ed equivalenza funzionale della causalità omissiva a quella attiva (*Rechtspflicht- und Gleichstellungsprinzip*). Dopo un periodo occupato dalla teoria formale (Feuerbach) ed uno appartenuto alla equivalenza causale (es. Binding), vi è una riscoperta dell'obbligo giuridico (es. Beling e von Liszt). In seguito, la *Kieler Schule*, radicalmente avversa alla teoria formale, si cimenterà in una "Ganzheitbetrachtung", sino ad influenzare la dottrina moderna, che, a partire in particolare dal Nagler, tenterà una sintesi tra le due concezioni – formale e ma-

centi, una categoria talmente assorbente da lasciar dubitare della sua effettiva utilità, quasi servisse a parafrasare l'intero meccanismo dell'imputazione obiettiva di eventi non impediti<sup>20</sup>.

Più esattamente: mentre in talune (distorte) applicazioni pratiche è apparso sufficiente individuare un obbligo di impedimento per ritenervi assorbito – quindi di fatto pretermesso – un successivo accertamento causale<sup>21</sup>, in sede teorica – quanto meno nel dibattito attuale –, o è apparso indispensabile individuare l'obbligo di impedimento solo al cospetto di poteri che già prospettano un riscontro causale positivo, facendo appello all'idea di "signoria" sull'accaduto; oppure la questione è stata affrontata alla luce di concezioni del reato ad impronta "sociologica" o "normativista", dove l'attenzione pare spostarsi sul "soggetto" e, in taluni casi, il rivestire una "posizione" è apparso addirittura requisito del soggetto autore di condotte tanto omissive quanto commissive.

---

teriale –, di cui è testimonianza il § 13 StGB (per questa ricostruzione, R.D. HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlin-New York, 1972, p. 206 ss. per un inquadramento storico del reato omissivo nel diritto penale tedesco, vedi anche B. SCHÜNEMANN, *Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen*, in *ZStW*, 1984, p. 287 ss.).

<sup>20</sup> Cfr. G. FREUND, *Erfolgdelikt und Unterlassen: zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1992, p. 39 ss. L'Autore sostiene che, storicamente, la posizione di garanzia ha assolto un ruolo di sostituto della causalità attiva del reato commissivo presso il reato omissivo e, d'altro canto, ha soddisfatto esigenze di delimitazione della punibilità che nel reato commissivo sono state perseguite con attenzione al dolo ed alla colpa. Nel frattempo, i problemi relativi a questi due ultimi istituti si sono trasferiti nella imputazione oggettiva dell'evento; per cui oggi la posizione di garanzia funge da surrogato della causalità e dell'imputazione oggettiva dell'evento. Ma essa, secondo questo Autore – la cui tesi sarà compiutamente esposta nel prosieguo della trattazione – resta una soluzione apparente, che in pratica può essere riempita di qualsiasi contenuto giuridico. Del resto, aggiungiamo come già in passato, con l'intento di sminuire la portata della "scoperta" di Nagler, si è rilevato che il termine "Garantenstellung" non è altro che un segno linguistico, che ha valore solo in quanto rende esplicita la necessaria sussistenza di una relazione particolare tra colui che omette e il verificarsi dell'evento, ma che ancora non dice di quale relazione si tratta (G. GRÜNWARD, *Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte*, in *ZStW*, 1958, p. 414).

<sup>21</sup> Cfr. la giurisprudenza citata da R. ALAGNA, *Sul reato omissivo improprio: spunti problematici e sistematici*, in *Foro it.*, 2001, II, c. 224, nota 14. Sulle "fughe in avanti" nell'accertamento della fattispecie omissiva impropria, cfr. C.E. PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, pp. 821-830. Con riguardo al diritto tedesco, in estrema sintesi, W. NAUCKE, *Strafrecht*, cit., p. 300.

### 3. La teoria della “signoria” sull'accaduto

#### 3.1. Esposizione: “autore”, “garante” e “signoria” sull'accaduto

Ci occupiamo, innanzi tutto, di quelle trattazioni che, in via di prima approssimazione, identificano la ragione fondante della *Garantenstellung* nel concetto di “signoria” sugli accadimenti. La primigenia fonte di tali ricostruzioni è il classico contributo di Claus Roxin al tema della “autoria” (*Täterschaft*) nella fattispecie plurisoggettiva secondo il modello concorsuale tedesco, ed in particolare la definizione di “autore” (*Täter*) proposta dall'illustre Studioso: «figura centrale dell'accaduto»<sup>22</sup>. Nella misura in cui l'elemento caratterizzante della *Täterschaft* – vale a dire l'essere il soggetto attivo al centro della vicenda criminosa – svela l'essenza stessa della responsabilità penale, nell'illecito di tipo commissivo, si è intravisto nel medesimo elemento il perno attorno al quale far ruotare il meccanismo dell'equiparazione dell'omettere all'agire, in direzione di una tendenziale coincidenza tra “autore” e “garante”<sup>23</sup>.

Per primo è stato Rudolphi ad impostare la questione della equiparazione, nella ricerca di un medesimo disvalore di azione tra illecito attivo e omissivo, sulla scia della dottrina di Roxin<sup>24</sup>. Nell'azione, sostiene Rudolphi, la persona ha il potere di realizzare o meno l'illecito tipico (*tatbestandliches Unrecht*), sulla base della capacità di calcolare in anticipo il decorso causale e di fissarlo nel suo significato sociale, oltre che del suo potere di orientare le proprie azioni

<sup>22</sup> «Der Täter ist das Zentralgestalt des handlungsmäßigen Geschehens», così C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Hamburg, 1963, p. 25.

<sup>23</sup> In realtà, l'“autore” è una nozione chiave per la scienza penalistica tedesca, tanto che si è potuto affermare che «tutta la teoria generale del reato è passata in Germania attraverso il concetto di autore, inteso come centro di imputazione dell'illecito e pertanto sintesi massima dei momenti del torto obiettivo e subiettivo» (S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987, p. 103, al quale si rinvia anche per una sintesi sulla evoluzione della connessa nozione di *Tatherrschaft*, *ibidem*, p. 121 ss.).

<sup>24</sup> H.-J. RUDOLPHI, *Die Gleichstellungsproblematik der Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, Göttingen, 1966, p. 92 ss.: l'Autore ritiene che il metodo di cui egli si avvale per risolvere la questione della *Gleichstellung* sia un procedimento analogico, consistente nella trasposizione di principi validi per l'illecito commissivo all'omissione.

ad uno scopo. In ciò è racchiuso il disvalore dell'azione, che è dato, in sostanza, solo quando il soggetto attivo ha preso la decisione sull'*an* dell'evento illecito a lui imputabile. Sarebbe invece inconcepibile attribuire un medesimo disvalore all'omissione, se non si fissasse in capo a determinati soggetti una posizione sociale di obbligo di tutela nei confronti di determinati beni giuridici (che, più esattamente, l'Autore denomina «soziale Pflichtenstellung des Unterlassenden»)²⁵. Ma al titolare di siffatta posizione sociale deve spettare il potere, eguale a quello che si ha in caso di azione, di decidere riguardo allo sviluppo dei pericoli incombenti per quei beni, la “decisione determinante” circa il verificarsi dell'offesa che incombe sul bene giuridico. In breve: «chi omette deve essere la “figura centrale” degli accadimenti prossimi a offendere un bene giuridico»²⁶.

Sempre nel solco della prospettiva schiusa da Roxin, si innestano le ricerche di Bernd Schünemann, al quale si deve non solo l'elaborazione di una delle più discusse teorie sulla *Garantenstellung*, ma anche un suo impiego nel campo della responsabilità penale nelle aziende. Anche in questo caso, il punto di partenza è la ricerca del criterio di equiparazione, che si ritiene orientato da una supposta conformità dell'omettere alle “strutture immanenti” rilevanti per la punibilità dell'agire²⁷. Nei reati d'evento tali “strutture” coincidono con le regole che consentono l'imputazione dell'evento: ossia con la “signoria” della persona sul proprio movimento corporeo che cagiona l'evento. La regola fondante la posizione di garanzia è dunque la signoria sulla “ragione” dell'evento: «Herrschaft über den Grund des Erfolges»²⁸.

²⁵ Cfr. H.-J. RUDOLPHI, *Die Gleichstellungsproblematik*, cit., p. 96 ss.

²⁶ «Der Unterlassende muss die “Zentralgestalt” des zu Rechtsgutsverletzung hindrängenden Geschehens sein» (H.-J. RUDOLPHI, *Die Gleichstellungsproblematik*, cit., p. 99).

²⁷ B. SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1971, p. 231 ss. Afferma l'Autore che il criterio determinante la *Gleichstellung* «deve essere la qualità peculiare dell'azione che svela la ragione immanente della sua punibilità»; tale caratteristica è desunta indagando le «sachlogischen (d.h. vorstrafrechtlichen) Strukturen» dell'azione, cioè strutture “logico-reali”, “pre-penalistiche”, ontologiche, immanenti, immodificabili da parte del legislatore (*ibidem*, p. 253).

²⁸ B. SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, cit., 256; B. SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1979, pp. 88-89.



Il criterio così rinvenuto è adattato alla distinzione – da altri concepita –<sup>29</sup> tra responsabilità da controllo su fonti di pericolo e responsabilità dovuta a obblighi di protezione verso determinati beni giuridici, a seconda del fatto che, rispettivamente, la concretizzazione della posizione di garanzia avvenga in relazione al dominio causale sull'evento o al bisogno di tutela della vittima<sup>30</sup>. Nell'ambito delle posizioni di garanzia per il controllo di determinate fonti di pericolo, Schönemann individua poi posizioni di garanzia su persone “parzialmente incapaci” (si parla di «partielle Unmündigkeit»), sulle quali egli ritiene possibile realizzarsi, in determinati casi, un “potere di comando” («Befehlsgewalt») di una persona su un'altra. D'altro canto, Schönemann conserva le posizioni di garanzia caratterizzate dal dominio sulle fonti di pericolo: nell'ambito aziendale, dominio sui mezzi pericolosi dell'azienda o su prodotti pericolosi<sup>31</sup>.

Ne risultano, nelle aziende, due posizioni di garanzia: una dettata dal dominio su cose pericolose, l'altra dal potere di comando sui lavoratori. I vertici aziendali ricoprono, in prima istanza, una posizione di garanzia tramite signoria su cose pericolose. Questa posizione di garanzia presuppone una sfera d'influenza prestabilita, nella quale ha sede l'oggetto pericoloso. Come conseguenza della divisione del lavoro, l'obbligo di garanzia viene però graduato su più livelli: salendo verso i vertici dell'impresa, si riscontra una possibilità di intervento diretto sulle fonti di pericolo decrescente. Di conseguenza è possibile differenziare tra la posizione “primaria” di chi esercita la signoria immediata sulla fonte di pericolo, e la posizione “secondaria” in capo ad un superiore che ha il diritto di impartire ordini<sup>32</sup>.

Quest'ultima posizione di garanzia si sostanzia in un obbligo di sorvegliare i garanti “primari” e in un obbligo di “coordinamento”, poiché il governo delle fonti pericolose, in situazioni dominati dalla divisione del lavoro, può essere ottenuto solo con il coordinamento

<sup>29</sup> ARM. KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, cit., p. 283 ss.

<sup>30</sup> Cfr. B. SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, cit., p. 240 ss.

<sup>31</sup> B. SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, cit., pp. 89-90.

<sup>32</sup> B. SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, cit., p. 95 ss.; B. SCHÜNEMANN, *Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität*, in *wistra*, 1982, p. 41 ss.

di singole azioni, istituzionalizzato in una posizione (organizzativa) sopraordinata, il cui titolare possiede un potere corrispondente<sup>33</sup>. In siffatto obbligo secondario di garanzia si avverte l'eco della «autorità mediata in forza del dominio sull'organizzazione», che Roxin considera tra le possibili forme di *Täterschaft*. Ripercorrendo i luoghi di tale figura, Schünemann afferma che la posizione di garanzia dei vertici si regge su tre pilastri: conoscenza, potere giuridico di comando e concreta attuabilità degli ordini in virtù dell'obbedienza dei collaboratori rispetto alle decisioni dei superiori<sup>34</sup>.

### 3.2. Critica

Le impostazioni che abbiamo accomunato sotto l'etichetta della “signoria” dell'accaduto, nella misura in cui ricusano qualunque riferimento a una fonte formale dell'obbligo di impedimento, vanno incontro alla critica del mancato rispetto del principio di legalità. Per contro, scontata l'inutilizzabilità del criterio della “signoria” in senso “positivo” – e cioè fondante la posizione di garanzia –, una parte della nostra dottrina ne valorizza un impiego “in negativo”, come criterio che impone il riscontro, in capo al soggetto attivo, di un controllo effettivo delle dinamiche sottese alla vicenda criminosa, e che quindi funge da richiamo costante alla salvaguardia del principio di responsabilità personale<sup>35</sup>.

Non si può far altro che aderire sin d'ora al primo giudizio. A suo tempo, invece, saranno espresse alcune riserve sul secondo at-

<sup>33</sup> B. SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, cit., p. 98.

<sup>34</sup> Cfr. B. SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, cit., p. 103 ss., secondo cui la sua teoria della *Garantenstellung* costituisce il “pendant” della *mittlere Täterschaft kraft Organisationsherrschaft* di Roxin. Sulla figura in questione avremo modo di soffermarci in seguito (vedi *infra*, cap. V, sezione prima). Talune divergenze tra i punti di vista di Roxin e Schünemann sono comunque evidenziati da J. SCHLÖSSER, *Soziale Herrschaft. Ein Beitrag zur Frage der Täterschaft in organisatorischen Machtapparaten*, Berlin, 2004, p. 84 ss. Per una dettagliata esposizione della tesi di Schünemann, vedi anche A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1985, p. 220 ss.

<sup>35</sup> Vedi *infra*, capitolo IV, § 3.

teggiamento. Non prima di aver svolto qualche osservazione critica più approfondita rispetto all'impostazione che stiamo esaminando.

L'esito cui le teoriche sinora analizzate giungono, al fine di risolvere la *Gleichstellungsproblematik*, mediante formule della cui determinatezza è dato dubitare (*Zentralgestalt e Herrschaft*), rende evidente quel nodo problematico della posizione del garante che si è individuato poc'anzi in un'oscillazione tra individuazione di un soggetto e altri momenti della fattispecie che si riferiscono al controllo del decorso degli eventi. Nell'opera di Rudolphi, ci si sbilancia verso "il soggetto", cioè verso la posizione (sociale) di un individuo, la quale, in ultima analisi, conferisce rilievo penale al suo contegno inerte. Nel pensiero di Schünemann, per contro, l'attenzione si riversa sulle "strutture" immanenti dell'imputazione dell'evento, di tal che sono queste ultime a conferire rilievo penale all'omesso impedimento, eleggendo il soggetto attualmente chiamato ad intervenire<sup>36</sup>. In entrambi i casi, la struttura della fattispecie omissiva come somma di una posizione soggettiva "più" l'imputazione di un evento si sfalda: i due addendi, per così dire, rincorrono se stessi in un circolo logico<sup>37</sup>.

L'ambizione di risolvere la *Gleichstellungsproblematik* andando oltre la mera equivalenza causale tra omettere e agire, aggiungendo un elemento "di valore" ad un fenomeno, come la causalità, che di per sé ne sarebbe privo<sup>38</sup>, o sfocia in una ricostruzione di stampo prevalentemente sociologico, come accade a Rudolphi, o appare incapace di soddisfare le aspettative a causa dell'inadeguatezza dei criteri introdotti, come in Schünemann. Bisogna riconoscere, infatti, che la "signoria" sui fattori causali non si distacca appieno dalla causalità<sup>39</sup>. Sia il potere di decidere dell'*an* dell'evento (Rudolphi)

<sup>36</sup> Si veda l'accusa nei confronti di Schünemann, secondo la quale questi avrebbe ignorato del tutto il tema della individuazione dei destinatari dell'obbligo di agire, formulata da J. BRAMMSEN, *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantienpflichten*, Berlin, 1986, p. 69 ss.

<sup>37</sup> Simile la critica di S. COELLEN, *Das „rechtliche Einstehenmüssen“*, cit., p. 128.

<sup>38</sup> H.-J. RUDOLPHI, *Die Gleichstellungsproblematik*, cit., pp. 12-13.

<sup>39</sup> La teoria della signoria sull'accaduto «è una parafrasi della causalità», secondo G. GRASSO, *Il reato omissivo*, cit., p. 240; e ancora: «in fondo, chi domina o può dominare il fatto, è condizione sufficiente dello stesso», rileva L. CORNACCHIA,

sia il concetto di *Herrschaft über den Grund des Erfolges* (Schünemann) appaiono però indefiniti, in quanto il riferimento alla “ragione” dell’evento, sottintendendo chiaramente qualcosa di più della semplice “possibilità di evitare”<sup>40</sup>, attribuisce, di fatto, all’interprete la facoltà, o l’arbitrio, di selezionare una causa che egli ritiene dotata di una qualche efficacia qualificata nell’ambito dello sviluppo eziologico complessivo<sup>41</sup>.

Con specifico riguardo alla tesi di Schünemann, poi, se la sua idea di “Herrschaft” colora l’omissione di un “valore”, si tratta di un “valore” estremamente ambiguo, perché comprensivo di due profili: da un lato, sembra necessario e sufficiente un dominio concreto e attuale; dall’altro lato, non è esclusa una signoria fondata su una norma, tale da far ritenere non essenziale un dominio attuale su ciò che accade<sup>42</sup>. Invero, per il parametro da lui elaborato, l’Autore rivendica una metodologia basata esclusivamente sulla “natura delle cose” (*Natur der Sache*), e con ciò rimane in ombra il profilo della giuridicità del potere connesso alla posizione del garante<sup>43</sup>; inoltre, restano insondate le potenzialità semantiche del termine “Herrschaft”, termine che, dal punto di vista sociologico, designa un potere al quale

---

*Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004, p. 230, nota 142.

<sup>40</sup> S. COELLN, *Das “rechtliche Einstehenmüssen”*, cit., p. 125 ss.

<sup>41</sup> Cfr. M. MAIWALD, *Grundlagenprobleme der Unterlassungsdelikte*, in *JuS*, 1981, p. 473 ss., in particolare p. 480. Per un riscontro, si veda un autorevole studio italiano, senz’altro influenzato dalla teoria del dominio sull’evento: si allude a G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., pp. 167-168, il quale sostiene che il “potere” del garante «va al di là della mera possibilità di impedire il verificarsi dell’evento [...]. Normalmente il soggetto garante [...] ha il potere di frustrare la stessa attivazione dei processi causali dipendenti dalle specifiche situazioni di rischio che egli è chiamato a neutralizzare» (vedi anche G. FIANDACA, *Reati omissivi e responsabilità penale per omissione*, cit., pp. 50-51).

<sup>42</sup> Vedi, ancora, M. MAIWALD, *Grundlagenprobleme der Unterlassungsdelikte*, cit., p. 480. Per svelare questa ambiguità della ricostruzione di Schünemann, Maiwald ricorre all’esempio della madre, che risponde per l’evento occorso ai figli minori anche durante la sua assenza da casa: qui, ovviamente, manca una signoria attuale sul corso degli eventi, eppure la madre è comunque obbligata ad impedire l’evento.

<sup>43</sup> Cfr., in senso critico, J. BRAMMSEN, *Die Entstehungsvoraussetzungen*, cit., p. 70 ss.

si riconosce “legittimazione”: di per sé, dunque, un concetto sospeso tra realtà e norme<sup>44</sup>.

### 3.3. Evoluzione del concetto penalistico di “*Herrschaft*”

Nella veemente difesa della sua teoria contro le numerose critiche, ci sembra che Schünemann abbia chiarito dei punti che vale la pena illustrare, in quanto, pur non essendo del tutto sufficienti a convalidare la sua tesi iniziale, le sue argomentazioni evidenziano sbocchi che ci si sente di definire ineluttabili nell’evoluzione della teoria della *Garantenstellung*.

Dopo aver ribadito come la signoria sulla ragione fondamentale dell’evento non possa essere confusa con la mera possibilità di impedire l’evento, Schünemann precisa come essa sussista «per così dire prestabilita», perché la fonte o l’oggetto del decorso lesivo viene già da prima controllato e perché da ciò l’accaduto deve essere qualificato come opera della volontà dell’autore in quanto ricompreso nella sua sfera sociale di controllo<sup>45</sup>. Replicando alle critiche secondo cui il concetto di *Herrschaft* è a metà strada tra nozione normativa e fattuale, poi, si sostiene come esso implichi un momento fattuale ed uno normativo – una “possibilità giuridica” –; soprattutto, si chiarisce come non sia sufficiente una «possibilità attuale di impedire», ma sia «fuori discussione» la necessità di una *Herrschaft* anteriore all’omissione («vor der Unterlassung»)<sup>46</sup>. L’“attualità” del controllo sugli avvenimenti sembra essere sostituita da un controllo poten-

<sup>44</sup> Per una critica alla *Herrschaft* come nozione che «zwischen Faktum und Norm pendelt» e che non tiene in conto della corrispettiva definizione sociologica, J. VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin, 1993, p. 353. Alla nozione sociologica in questione sarà dedicato uno specifico approfondimento (cap. V, sezione seconda).

<sup>45</sup> Cfr. B. SCHÜNEMANN, *Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte in Deutschland*, in E. GIMBERNAT, B. SCHÜNEMANN, T. WOLTER, *Internationale Dogmatik der Objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, Heidelberg, 1995, p. 49 ss., e in particolare p. 72.

<sup>46</sup> B. SCHÜNEMANN, *Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, cit., p. 77; si veda anche B. SCHÜNEMANN, *Zur Regelung der unechten Unterlassung in den Europa-Delikten*, in *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union, Freiburg-Symposium*, Köln-Berlin-Bonn-München, 2002, pp. 122-123.

ziale sulla fonte di pericolo; in tal guisa, si noti, il concetto di *Herrschaft* arretra verso una «Kontrollherrschaft»<sup>47</sup>.

Sebbene da un punto di vista squisitamente dogmatico la teoria della “signoria sull’accaduto” presenti difetti originari, gli sviluppi successivi ci consegnano una versione maggiormente accettabile sul piano teorico, perché non così pregna di contenuti inerenti a fattori evincibili solo dalla fattispecie concreta (ossia il controllo attuale dell’evento); piuttosto, la formula della “signoria sull’accaduto” sta ad indicare che, nella costruzione di un fenomeno normativo come l’omissione, v’è sempre la necessità di un riscontro di tipo empirico-ontologico<sup>48</sup>. Si è di fronte, per tanto, a un concetto bisognoso di concretizzazione in ragione delle «svariate forme fenomeniche della vita reale»<sup>49</sup>.

Quanto al suo impiego nelle organizzazioni aziendali, è a dirsi che la teoria della *Garantenstellung* impiegata da Schünemann nel suo fondamentale studio sulla *Unternehmenskriminalität* ripone fiducia nel fatto che l’organizzazione stessa possa fornire appigli per l’attribuzione di responsabilità penale verso gli intranei, conciliando il rispetto dei principi penalistici con le impellenti esigenze criminologiche che affliggono il settore. Si tratta di una fiducia eccessiva, come appureremo, basata su un assunto non del tutto dimostrato, secondo cui la ricostruzione penalistica e la morfologia delle organizzazioni possano conciliarsi senza attrito. Resta però il merito di aver preconizzato un tema di estrema attualità: lo studio in questione, difatti, non solo interpreta l’organigramma aziendale come fonte di posizioni di garanzia degli intranei, ma fissa le fondamenta di un discorso inerente a eventuali obblighi di organizzazione (*Organisa-*

---

<sup>47</sup> A questa versione della teoria in esame aderisce C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Band II, München, 2003, pp. 717-718. Si veda anche J.-H. CHEN, *Das Garantensonderdelikt. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Unterlassungsdelikte und der Sonderdelikte*, Berlin, 2006, p. 88 ss., il quale ricostruisce, aderendovi, la difesa di Schünemann nei confronti di quanti hanno sottolineato i limiti della attualità della *Herrschaft*.

<sup>48</sup> Cfr. W. BOTCKE, *Herrschaftsprinzip vs. Gestaltungsherrschaft? – Zur Anwendung der §§ 12, 25,1 auf mittelbare Unterlassungstäter –*, in R. HEFENDEHL (a cura di), *Empirische und dogmatische Fundamente kriminalpolitischer Impetus*, Köln-Berlin-München, 2005, pp. 208-209.

<sup>49</sup> C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Band II, cit., p. 718.

tionspflichten) incombenti sui vertici aziendali che ha guadagnato in seguito un fortunatissimo sviluppo<sup>50</sup>.

4. *Teorie sociologiche della posizione di garanzia: “ruolo” e “aspettative” a fondamento della responsabilità omissiva. Critica*

Un buon numero di studi sul reato omissivo improprio ha tentato di risolvere la questione della *Garantenstellung* con analisi di tipo squisitamente sociologico, giustificando tale scelta, sul piano metodologico, con l'appartenenza del diritto alle scienze sociali<sup>51</sup>. La *Garantenstellung* ha finito così per coincidere con una “posizione” di un individuo o con il “ruolo sociale” di questi nei confronti di un bene giuridico<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> Cfr. B. SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, cit., pp. 99-110 (in particolare anche pp. 107-108). L'Autore precisa, inoltre, come la rinuncia alla *Herrschaft* sia esercizio stesso della medesima: da qui una serie di conseguenze sulla responsabilità del delegante per la scelta (*culpa in eligendo*) del delegato; mentre la perdita della signoria sull'evento delimita anche temporalmente la vigenza della posizione di garanzia. Più di recente, si veda B. SCHÜNEMANN, *Die Strafbarkeit der juristischen Personen aus deutscher und europäischer Sicht*, in *Madrid Symposium für Klaus Tiedemann*, Köln, 1994, pp. 274-275.

<sup>51</sup> Cfr. R. BÄRWINKEL, *Zur Struktur der Garantieverhältnisse bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin, 1968, p. 98, che vede nel diritto «una parte dell'“ordine sociale”».

<sup>52</sup> Secondo il parere di B. SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, cit., p. 157 ss., l'orientamento di tipo sociologico sarebbe stato influenzato da un lavoro di A. VOGT, *Das Pflichtproblem der kommissiven Unterlassung*, in *ZStW*, 1951, p. 381 ss. Successivamente, tra le opere inquadrabili in questo filone teorico, si vedano N.K. ANDROULAKIS, *Studien zur Problematik der Unterlassungsdelikte*, München, 1965, p. 205 ss., che individua la ragione fondante della *Garantenstellung* in una “prossimità sociale” («soziale Nähe») rispetto alla fonte di pericolo o al titolare di un bene giuridico; R. BÄRWINKEL, *Zur Struktur der Garantieverhältnisse*, cit., p. 104 ss., al quale si deve anche un tentativo di definizione dei concetti di “posizione”, “ruolo”, “status” (il ruolo, in particolare, sarebbe una posizione sociale vista dal punto di vista dei comportamenti cui il titolare di tale posizione è tenuto: un «Bündel der Veraltensweisen» pertinente a una posizione sociale, della quale il ruolo è visto, per tanto, come «dynamischer Aspekt» – *ibidem*, p. 108 –. Bärwinkel vede comunque nel “ruolo sociale” solo una componente – insieme alla relazione con un bene giuridico ed a un «objektives Bewertungsmerkmal» di un supposto “bene comune” – di un “rapporto di garanzia”: «Garantieverhältnis», che egli giudica alla base della responsabilità per omesso impedimento – *ibidem*, p. 125 –); infine, L. PHILIPPS, *Der Handlungsspielraum. Untersuchungen über das Verhältnis von Norm und Han-*

Tra gli approcci meno risalenti, si segnala quello condiviso da Brammsen e Otto<sup>53</sup>. Secondo l'impostazione dei due Autori, le norme determinano aspettative di comportamento, e il diritto penale, in particolare, esaurisce la sua funzione di protezione tramite *Bestimmungsnormen* (imperativi): esso, cioè, crea obblighi di tenere determinati comportamenti che impediscono il pregiudizio di un bene giuridico<sup>54</sup>. Per dare concretezza a questo concetto, individuando quale tipo di comportamento sia preso di mira dalle norme penali, si afferma che si tratta solo di un comportamento «realmente atteso e suscettibile di controllo (*steuerbar*)»; l'evento, invece, ha un peso del tutto secondario<sup>55</sup>. Ne segue, tra l'altro, un'originale distinzione tra reato omissivo proprio e improprio. Entrambi si fonderebbero, secondo questa tesi, sulla violazione di un obbligo volto all'impedimento di una situazione di pericolo per un bene, ma si tratterebbe di obblighi qualitativamente diversi. L'obbligo di garanzia si baserebbe su una particolare aspettativa (*Erwartung*) di comportamento, riconoscibile all'esterno come supervisione di una particolare sfera di influenza sociale; il reato omissivo proprio, invece, lederebbe aspet-

---

*dlung im Strafrecht*, Frankfurt am Main, 1974, p. 132 ss., si richiama alla sociologia dei sistemi ed individua il responsabile nel soggetto appartenente ad un sistema. Sintesi e critica di tali orientamenti in J. BRAMMSEN, *Die Entstehungsvoraussetzungen der Grantenpflichten*, cit., p. 52 ss.; H. OTTO, J. BRAMMSEN, *Die Grundlagen der strafrechtlichen Haftung des Garanten wegen Unterlassens*, in *Jura*, 1985, pp. 535-536; S. COELLN, *Das "rechtliche Einstehenmüssen"*, cit., p. 99 ss.

<sup>53</sup> Vedi H. OTTO, J. BRAMMSEN, *Die Grundlagen der strafrechtlichen Haftung des Garanten wegen Unterlassens*, cit., p. 592 ss., p. 649 ss.; J. BRAMMSEN, *Die Entstehungsvoraussetzungen der Grantenpflichten*, cit., p. 93 ss.; H. OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, settima ed., Berlin, 2004, p. 166 ss.

<sup>54</sup> J. BRAMMSEN, *Die Entstehungsvoraussetzungen der Grantenpflichten*, cit., p. 95 ss.

<sup>55</sup> J. BRAMMSEN, *Die Entstehungsvoraussetzungen*, cit., p. 98. Il possibile ingresso dell'evento non fonda l'illiceità del comportamento, ma ne determina solo la rilevanza penale. La valutazione dell'evento assume importanza solo in quanto decisiva per la scelta di certe aspettative di comportamento, che vengono in questione come ragioni di fondo per la posizione di *Bestimmungsnormen* penali. Dall'evento, cioè, si parte solo perché ci si possa chiedere quali possibili azioni ne avrebbero impedito il verificarsi, in base ad una prognosi (cfr. J. BRAMMSEN, *Die Entstehungsvoraussetzungen*, cit., pp. 99-110).



tative di comportamento valide in eguale misura per tutti i consociati<sup>56</sup>.

La complessità tecnologica aumenta la complessità della società, proprio nel momento in cui crea precise aspettative nei confronti di soggetti collocati in una determinata cerchia sociale: indirizzando pretese comportamentali verso determinati soggetti, i consociati possono programmare la loro vita e prestare fiducia nell'adempimento di tali aspettative. Un processo simile non si riscontra nel caso di reati omissivi propri, dove, non essendo individuabile il destinatario, non è possibile, nella stessa misura, una tale programmazione delle aspettative<sup>57</sup>. Il tipo di aspettativa che si cela dietro il reato omissivo improprio è invece denominato «Muß-Erwartung»<sup>58</sup>. La struttura reciproca delle aspettative genera un bisogno di riconoscersi come termini della stessa, sia da parte di chi pronostica un'aspettativa, sia da parte di chi ne diviene destinatario. La teoria sociologica dei ruoli e la teoria dei sistemi aiutano nella delineazione di siffatte aspettative; ma solo quelle tra loro dotate di carattere coattivo, empiricamente riconoscibili e perseguibili da parte del destinatario possono fondare una posizione di garanzia<sup>59</sup>.

Dopo tali premesse teoriche, lo studio di Brammsen prosegue con la descrizione del contenuto di alcune significative posizioni di garanzia<sup>60</sup>. In particolare, va evidenziato come egli insista sulla necessità, nelle posizioni di controllo, di riscontrare un potere di influenza sugli altri, superiore ad un mero potere di fatto e connotato

---

<sup>56</sup> Cfr. J. BRAMMSEN, *Die Entstehungsvoraussetzungen*, cit., p. 104 ss. L'Autore effettua una assimilazione del reato omissivo improprio al reato proprio: presupposto comune è una aspettativa di comportamento specifica, indirizzata verso soggetti che esprimano una «Überantwortung eines besonderen sozialen Einflußbereiches» (*ibidem*, p. 115).

<sup>57</sup> J. BRAMMSEN, *Die Entstehungsvoraussetzungen*, cit. p. 105.

<sup>58</sup> J. BRAMMSEN, *Die Entstehungsvoraussetzungen*, cit., p. 116.

<sup>59</sup> Si rivelano le fondamenta rappresentate dal pensiero di Luhmann, incentrato sulle c.d. "aspettative di aspettative". Sintetizzandone al massimo la portata, la formula esprime la necessità che ciascuno possa elaborare previsioni su ciò che gli altri da lui si attendono (cioè su aspettative altrui). Nell'impossibilità di essere consapevoli di tale complesso di attese, avviene una istituzionalizzazione di regole, che generalizzano e regolano le aspettative: cfr. J. BRAMMSEN, *Die Entstehungsvoraussetzungen*, cit., p. 121 ss.

<sup>60</sup> Si rinvia a J. BRAMMSEN, *Die Entstehungsvoraussetzungen*, cit., p. 132 ss.

da un punto di vista giuridico, e che sfoci in una signoria, giuridicamente fondata, sulla altrui volontà<sup>61</sup>; osservando, però, come, nelle organizzazioni disciplinate dal diritto privato, risulterebbe particolarmente difficile trovare rapporti di tal genere, dettati da poteri di comando o dominio autorizzato: ad esempio, non sarebbe (più) tale l'influenza che il datore di lavoro può esercitare sul lavoratore, dato il mutato equilibrio sociale e giuridico che investe i rispettivi ruoli<sup>62</sup>. La "giuridicità" è fattore essenziale anche ai fini di una posizione di controllo su cose pericolose; al contrario, Schünemann aveva giudicato del tutto irrilevante la *rechtliche Beziehung* verso la cosa<sup>63</sup>. La spiegazione che Brammsen offre a questo "ritorno" del diritto rispetto a un impianto teorico di tipo sociologico è, ancora una volta, basata sulla sociologia dei sistemi, nella quale il diritto è un sottosistema, come altri, aperto alla interdipendenza<sup>64</sup>.

Le critiche nei confronti di qualsiasi teoria a sfondo puramente sociologico possono essere molte<sup>65</sup>. La metodologia seguita comporta un buon grado di incertezza quanto alla concreta applicazione delle soluzioni proposte e sfocia nella incompatibilità dello strumentario concettuale adoperato con il principio di legalità imperante nel diritto penale. Scopriremo però, nei prossimi paragrafi, che alcuni concetti sociologici – specialmente quello di "ruolo"<sup>66</sup> – si riversano in impostazioni di tipo normativistico.

Quanto alla tesi specificamente analizzata in questo paragrafo, è invece a dirsi che essa non fa che corroborare un'osservazione: ogni posizione di garanzia, in fondo, può essere letta come assegnazione di un "ruolo sociale"<sup>67</sup>; è a tale semplice assunto, in fin dei conti, che possono ridursi le esplicazioni sociologiche di Brammsen, che in ciò si limita a fornirci una spiegazione della funzione del reato omissi-

<sup>61</sup> Cfr. J. BRAMMSEN, *Die Entstehungsvoraussetzungen*, cit., p. 224 ss.

<sup>62</sup> J. BRAMMSEN, *Die Entstehungsvoraussetzungen*, cit., pp. 232-233.

<sup>63</sup> Secondo J. BRAMMSEN, *Die Entstehungsvoraussetzungen*, cit., p. 238.

<sup>64</sup> J. BRAMMSEN, *Die Entstehungsvoraussetzungen*, cit., p. 240.

<sup>65</sup> Cfr. S. COELLEN, *Das "rechtliche Einstehenmüssen"*, cit., p. 107 ss.

<sup>66</sup> Sulle cui radici, nella letteratura sociologica tedesca, vedi H. OTTO, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, cit., pp. 163-164.

<sup>67</sup> Cfr. C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale* (trad. it. di *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, seconda ed., Berlin-New York, 1973), Napoli, 1986, pp. 44-45.

vo sul piano sociale. Ma non ogni “ruolo” implica una posizione di garanzia: non a caso l’Autore è costretto a ripiegare sulla giuridicità del rapporto tra “ruoli” tracciata da poteri (giuridici) particolarmente pregnanti; e qui la complessa impalcatura sociologica della sua ricostruzione, elevata sulla teorica delle *Erwartungen*, si dissolve in una superfetazione. Ne deduciamo una mera indicazione di metodo: determinate strutture sociali diventano interessanti per il diritto, solo quando quest’ultimo le riconosca; non possono, esse medesime, attribuire fondamento teorico a questo riconoscimento<sup>68</sup>. Ci si atterrà a tale indicazione, quando, nel corso della ricerca, si cercherà di sfruttare taluni elementi sociologici.

##### 5. L’approccio “normativista”

Con la dizione “normativismo” facciamo riferimento a una lettura dei concetti giuridici tendente al distacco dalla descrizione empirica della realtà a essi sottesa. Si tratta di una tendenza estremamente attuale nella scienza penalistica tedesca, che sfocia, in taluni autori, in un “normativismo radicale”. I concetti fondamentali del diritto penale – azione, causalità, colpevolezza, bene giuridico – vengono riletti alla luce dell’unico nucleo attorno al quale, secondo queste visioni, l’essenza del reato dovrebbe gravitare: la violazione di una norma<sup>69</sup>.

<sup>68</sup> In termini analoghi, vedi già W. SCHÖNE, *Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz*, cit., p. 19 ss.

<sup>69</sup> Per questo utilizzo del termine “normativismo”, B. SCHÜNEMANN, *Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, in GA, 1995, p. 220.; B. SCHÜNEMANN, *Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft*, in FS für Roxin, 2001, p. 12 ss. Sull’espressione “normativismo radicale”, L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, cit., p. 238, che con essa si riferisce alla corrente di Jakobs e della “Scuola di Bonn”, cui si deve il tentativo più compiuto e audace di rifondazione in senso normativistico dell’illecito penale. Per un inquadramento dell’attuale tendenza normativistica del diritto penale, come reazione all’ontologismo welzeliano, ma suddivisa al suo interno tra il pensiero di Roxin, contrassegnato da un permanente riferimento empirico, e quello radicale di Jakobs, si vedano C. ROXIN, *Normativismus, Kriminalpolitik und Empirie in der Strafrechtsdogmatik*, in FS für Lampe, Berlin, 2005, p. 423 ss.; S. MIR PUIG, *Grenzen des Normativismus im Strafrecht*, in R. HEFENDEHL (a cura di), *Empirische und dogmatische Fundamente kriminalpolitischer Impetus*, cit., p. 77 ss.

Il reato omissivo si rivela una tappa fondamentale negli itinerari dogmatici tracciati da questo genere di letture; non solo perché costituisce un terreno di ricerca su cui agevolmente attecchisce un'impostazione di tipo normativista – si sostiene solitamente che l'omissione abbia una natura prettamente normativa –<sup>70</sup>, ma anche perché fornisce una categoria di pensiero – la posizione di garanzia – della quale questo tipo di impostazione sostiene l'utile propagazione all'illecito commissivo.

### 5.1. La concezione negativa dell'azione

Un primo tentativo in tale senso è compiuto da Herzberg. Le teorie sulla *Gleichstellung*, secondo questo Studioso, condividerebbero un errore: esse muovono dal concetto di azione per poi dedurre similitudini – o una radicale incompatibilità – con l'omissione; Herzberg invece intende orientare la sua ricerca in direzione opposta: l'omissione è il punto di partenza, ed è necessario individuare le tracce anche nel comportamento attivo<sup>71</sup>. L'elemento comune di ogni condotta penalmente rilevante sarebbe perciò "l'impedire" (*Vermeiden*); sia chi agisce, sia chi non impedisce un evento, sia chi

<sup>70</sup> Indicativa di come da questo asserto piuttosto condiviso si possa giungere a revisioni in senso normativista dell'illecito penale la lettura del saggio di E.-J. LAMPE, *Die Problematik der Gleichstellung von Handeln und Unterlassen im Strafrecht*, in *ZStW*, 1967, p. 476 ss. L'Autore muove dalla considerazione critica del tentativo di Armin Kaufmann e di Arthur Kaufmann di incentrare l'equivalenza tra agire ed omettere sul concetto "ontico-ontologico" di "possibilità": "Handlungsmöglichkeit", secondo Arthur Kaufmann; "Handlungsfähigkeit", secondo Armin Kaufmann. Ciò in quanto «la possibilità sembra possedere indifferenza verso l'essere e il non essere» (*ibidem*, p. 481). Lampe dimostra come, tuttavia, la "possibilità" non sia in grado di unire sul piano ontologico agire e non agire: dal punto di vista ontologico questi termini restano irrimediabilmente divisi, mentre i concetti di "possibilità" (*Möglichkeit*) e di "capacità" (*Fähigkeit*) sono attributi di chi agisce o omette, e non attributi comuni dell'azione e dell'omissione. Un legame tra azione e omissione sarà allora tra cercare, non sul piano (ontologico) del *Können*, bensì su quello "della libertà", dove ci s'imbatta – oltre che nel *Können* – nel *Sollen* (*ibidem*, p. 491, ss.).

<sup>71</sup> R.D. HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht*, cit., p. 170; altrove, l'Autore scrive: «Nicht darf sich die Unterlassungsdogmatik das aktive Tun zum Masstab nehmen, sondern umgekehrt muss sich die Handlungslehre am unechten Unterlassen orientieren» (*ibidem*, p. 207).

puramente omette (nell'omissione c.d. propria), tutti costoro, "non impediscono" ciò che potrebbe essere impedito<sup>72</sup>. Dunque, azione ed omissione sarebbero riconducibili ad un *Oberbegriff*, racchiuso nella formula: «il non impedimento che può essere impedito»<sup>73</sup>.

Altro errore dell'impostazione tradizionale consisterebbe nel tenere in considerazione la necessità di una posizione di garanzia solo riguardo al reato omissivo improprio. In realtà, la posizione di garanzia esprime una posizione di protezione verso un bene giuridico o, anche, una posizione di controllo verso una determinata fonte di pericoli: ma tra le fonti di pericolo si è erroneamente omissivo di annoverare anche il proprio corpo. A differenza di Schünemann, Herzberg interpreta il concetto di *Herrschaft* come la sfera di responsabilità sociale di un individuo, concepibile solo tramite una "astrazione normativa", e giammai come mero controllo attuale della fonte di pericolo<sup>74</sup>. Ne segue che anche l'autore di una condotta attiva deve essere trattato come un "garante", poiché nel momento in cui agisce "attualizza" la sua persona come "potenziale fonte di pericolo"<sup>75</sup>.

La definizione di azione, in conclusione, suona: «non impedimento impedibile di un evento nell'ambito di una posizione di garanzia»<sup>76</sup>. Un concetto "negativo" di azione, secondo Herzberg,

<sup>72</sup> R.D. HERZBERG, *Die Unterlassung*, cit., 170 ss.

<sup>73</sup> Meglio: «Das vermeidbare nicht Vermeiden», R.D. HERZBERG, *Die Unterlassung*, cit., p. 170.

<sup>74</sup> «Der Mensch – scrive l'Autore – steht gewissermaßen im Zentrum eines Herrschaftskreises, der zugleich die Sphäre seiner sozialen Verantwortung ist. Je weiter man nach außen schreitet, desto mehr nimmt die Intensität der Beherrschung ab und desto zweifelhafter wird auch die Garantenverantwortlichkeit [...] und das innerste Zentrum bildet nun ohne Frage die Person selbst, in ihrer Einheit von Leib und Seele» (R.D. HERZBERG, *Die Unterlassung*, cit., pp. 172-173; quanto alla critica nei confronti della teoria di Schünemann, *ibidem*, p. 195 ss.)

<sup>75</sup> R.D. HERZBERG, *Die Unterlassung*, cit., p. 173. A sostegno della sua teoria, Herzberg propone un esempio. A ferisce X accoltellandolo; B, figlio di X, e C, estraneo, non intervengono per soccorrere X, che muore. A avrebbe potuto impedire la morte arrestando la sua condotta; B (garante) e C (non garante) avrebbero potuto impedire l'evento soccorrendo X. Per spiegare però perché, nell'esempio sopra riportato, C non risponda per omicidio, occorre far riferimento alla nozione di *Garantenstellung*, che, allo stesso tempo, ci dimostra cosa tiene avvinti la condotta – attiva – di A e quella – omissiva – di B nel concetto di "uccidere" (cfr. R.D. HERZBERG, *Die Unterlassung*, loc. ult. cit.).

<sup>76</sup> Per l'esattezza: «Handlung ist das vermeidbare Nichtvermeiden eines Erfolges in Garantenstellung», così R.D. HERZBERG, *Die Unterlassung*, cit., p. 174.

perché, anche nel caso di una condotta (in senso naturalistico) “attiva”, si ravvisa il fattore giuridicamente pregnante in un *quid* di “negativo”: il non impedimento; ed in generale perché ci si concentra su un’idea di “non azione”, di omissione<sup>77</sup>.

Lasciando da parte le possibili critiche che il concetto negativo di azione di per sé solleva<sup>78</sup>, va detto che, al di là della apparente iconoclastia dell’impostazione, la tesi in esame non arreca alcun contributo alla definizione della posizione di garanzia. Per “Garantenstellung”, difatti, Herzberg intende sia la relazione specifica “sociale” («alle sozialen Sonderbeziehungen») del soggetto attivo con un bene da tutelare o con una fonte di pericolo – secondo la classica ripartizione in posizioni di protezione e di controllo – sia una «Sonderverantwortlichkeit» per la fonte di pericolo costituita dalla propria persona<sup>79</sup>. Canoni lisi agghindati da formule tautologiche: che, per di più, si cerca di estendere all’autore di una condotta attiva<sup>80</sup>.

## 5.2. La competenza organizzativa e la competenza istituzionale

La teoria dell’azione di Herzberg ha senz’altro suggestionato quella che, tra le teoriche che raggruppiamo nelle correnti normativiste, appare la più importante per influenza esercitata e attuale stato di diffusione: la teoria facente capo a Günther Jakobs.

<sup>77</sup> R.D. HERZBERG, *Die Unterlassung*, cit., p. 177.

<sup>78</sup> Si rinvia a W. SCHÖNE, *Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz*, cit., p. 266 ss., che rimprovera alla soluzione proposta da Herzberg l’incapacità di includere in una idea generale di azione ciò che fa capo ad un soggetto che non sia garante, e a E. GIMBERNAT ORDEIG, *Handlung, Unterlassung und Verhalten*, in *GS für Armin Kaufmann*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, p. 175 ss., che inquadra la teoria negativa in una prospettiva storico-dogmatica e ne rileva il difetto nel voler trasformare ogni azione in omissione.

<sup>79</sup> Cfr. R.D. HERZBERG, *Die Unterlassung*, cit., p. 175 ss.

<sup>80</sup> Rileva efficacemente al riguardo K.H. GÖSSEL, *Zur Lehre vom Unterlassungsdelikt*, in *ZStW*, 1984, p. 327 che, se fin’ora ci si chiedeva in quali casi sussista una responsabilità per chi, omettendo, non impedisce un evento (*rectius*: quando sussista un obbligo di agire), con la tesi di Herzberg ci poniamo la stessa domanda anche nel caso di chi, agendo, causi un’offesa ad un bene giuridico: e, costretti anche qui a rintracciare un obbligo di impedire, siamo egualmente sforniti di una risposta su quando tale obbligo sorga.

Nel sistema concepito da Jakobs, la pena assolve una funzione di controllo sociale finalizzata ad assicurare le condizioni di future interazioni sociali, mentre al concetto di bene giuridico si sostituisce la fissazione di aspettative essenziali, disattese proprio attraverso l'illecito<sup>81</sup>. Asservite a questa lettura "funzionale" dell'illecito, le categorie smarriscono qualunque substrato ontologico<sup>82</sup>: l'azione è incentrata sull'«omesso riconoscimento della validità di una norma»<sup>83</sup>; l'intero meccanismo ascrittivo della responsabilità penale si condensa nella posizione sociale di un soggetto<sup>84</sup>; la persona è valutata non in base al comportamento reale, ma per come dovrebbe essere, quindi per come essa può essere motivata dall'osservanza di

<sup>81</sup> Cfr. diffusamente G. JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, seconda edizione, Berlin-New York, 1991, p. 5 ss.; G. JAKOBS, *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken*, in *ZStW*, 1995, p. 843 ss. Una introduzione a questa teorica in E. MONTALEGRE LYNETT, J.F. PERDOMO TORRES, *Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs*, in G.J. YACOBUCCI (a cura di), *Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI. Libro homenaje al Professor Dr. Günther Jakobs*, Lima, 2005, p. 25 ss.

<sup>82</sup> Secondo il programma esposto da Jakobs già nella prima edizione del suo manuale, riportata in G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., pp. VII-VIII. Si vedano i rilievi di B. SCHÜNEMANN, *Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation*, cit., p. 201 ss., in particolare, p. 217 ss.; e di E.R. ZAFFARONI, *Política y dogmática jurídico penal*, in E.R. ZAFFARONI, *Entorno de la cuestión penal*, Montevideo-Buenos Aires, 2005, p. 93 ss.

<sup>83</sup> «Handlung ist die Objektivierung der Nichtanerkennung der Normgeltung [...]», così G. JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, München, 1992, p. 36. Anche Jakobs descrive l'azione come "non impedimento" (l'azione è «causazione, che può essere impedita, di un evento»: cfr. G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 136), palesando in ciò – pur criticandola – talune affinità con la teoria negativa dell'azione di Herzberg. Caratteristica precipua del normativismo radicale di Jakobs è però il fatto che nell'evento (*Erfolg*), a differenza di Herzberg, egli vede null'altro che la offesa arrecata al valore di una norma (sul punto H. SCHNEIDER, *Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtdogmatik leiten?*, Berlin, 2004, p. 100 ss.; per una valutazione della teoria dell'azione di Jakobs, da parte dello stesso Herzberg, vedi R.D. HERZBERG, "Die Vermeidbarkeit einer Erfolgsdifferenz" – Überlegungen zu Günther Jakobs' strafrechtlichen Handlungs- und Verhaltensbegriff, in *FS für Jakobs*, Köln-Berlin-München, 2007, p. 147 ss.). Quanto alla "norma", poi, in essa Jakobs individua, non un comando, ma «uno schema di interpretazione, forgiato sulle aspettative di un determinato assetto sociale, formalmente garantite» (così L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., p. 74 ss., corsivo nel testo).

<sup>84</sup> Nel senso che «il fondamento della responsabilità è sempre la lesione delle regole dello status», così G. JAKOBS, *La competencia por organización en el delito omissivo*, Bogotá, 1994, p. 14.

una norma; in tale prospettiva essa è concepita come detentrica di un ruolo («Rollenträger»)<sup>85</sup>.

Il sistema gravita intorno ad un principio generale: nessuno può espandere il proprio “ambito di organizzazione” («Organisationskreis»), o quello da lui amministrato, senza considerazione verso le altrui sfere organizzative. Poiché tale principio vale sia nel caso di condotta positiva che di condotta negativa, diviene superflua la tradizionale distinzione tra agire e omettere: se si tratti di azione o di omissione, infatti, dipende dall’ambito contingente di organizzazione in questione; semplicemente, nel caso di azione, il “garante” è riconoscibile in base al suo movimento corporeo<sup>86</sup>. A tale principio generale, segue una diversa suddivisione, secondo la quale o le persone sono responsabili per come conformano il mondo esterno, o per uno *status* speciale<sup>87</sup>.

Tale ripartizione, nelle intenzioni di Jakobs, costituisce sviluppo della distinzione di Roxin tra *Herrschaftsdelikte* e *Pflichtdelikte*<sup>88</sup>. I casi in cui la responsabilità segue all’espansione della propria *Organisationskreis* sono paragonabili alla responsabilità negli *Herr-*

<sup>85</sup> G. JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, cit., p. 39.

<sup>86</sup> Cfr. G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 213 e pp. 782-783; G. JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, cit., p. 32. L’*Organisationskreis* di Jakobs è in parte affine al concetto di «Handlungsspielraum» (“margine d’azione”), introdotto da L. PHILIPPS, *Der Handlungsspielraum*, cit., p. 15 ss. L’*Handlungsspielraum* nasce da una complessa riflessione filosofica e normoteoretica, nella quale il comportamento umano viene riassunto in un margine di possibilità circoscritto da divieti e comandi (L. PHILIPPS, *Der Handlungsspielraum*, cit., pp. 15-16); al tempo stesso, Philipps si cimenta con la dimostrazione della coesistenza, in ogni comportamento umano, di un momento attivo e di uno omissivo, con conseguente svalutazione della relativa distinzione, tramite l’innesto, sulla sua teoria delle norme, di un impianto logico desunto da Popper (*ibidem*, p. 99).

<sup>87</sup> Scrive Jakobs: «In primo luogo, le persone conformano il mondo, e rispondono, ove lo conformino là dove ad altri è concesso di conformarlo. Ciò porta ad una responsabilità per essersi arrogati un ambito di organizzazione (“Organisation-sanmassung”). In secondo luogo, le persone vivono in un dato legame con altre, quindi rivestono determinati ruoli. Essi deludono, quando erompono dal ruolo; ciò conduce ad una responsabilità per la violazione di una istituzione» (G. JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, cit., p. 31. Si veda anche G. JAKOBS, *La competencia por organización*, cit., p. 12 ss.).

<sup>88</sup> Cfr. J. SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, Berlin, 1999, p. 29 ss. Nella sistematica introdotta da Roxin, i “reati di obbligo” (*Pflichtdelikte*) sono quelli nei quali il legislatore ha identificato l’autore in chi infrange un ruolo sociale (vedi C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Band II, cit., p. 106).



*schaftsdelikte*: in proposito, Jakobs parla di obblighi fondati su una «Organisationszuständigkeit», nei quali la responsabilità fa da contrappeso alla libertà di organizzazione<sup>89</sup>. Esiste poi un altro genere di obblighi, che l'Autore ritiene invece connessi all'esistenza di una "istituzione" e all'obbligo di sacrificarsi per essa in garanzia della solidarietà<sup>90</sup>: tale genere di responsabilità è assimilabile a quella forma di responsabilità che segue ad un *Pflichtdelikt*, ad una fattispecie, cioè, che è espressione di un rapporto particolare tra un soggetto ed un bene<sup>91</sup>. Nel reato omissivo improprio, questa distinzione è riflessa nella bipartizione tra posizioni di garanzia da «Organisationszuständigkeit» e posizioni di garanzia per una «institutionelle Zuständigkeit». La fonte formale di tali obblighi ha importanza secondaria: il diritto positivo si limita a far luce sui "limiti" di strutture che hanno un fondamento "materiale"<sup>92</sup>.

Tra gli obblighi in forza di *Organisationszuständigkeit*, si collocano quelli finalizzati alla messa al sicuro di oggetti pericolosi e aziende – c.d. *Verkehrspflichten* –, e gli obblighi nascenti da un comportamento positivo pericoloso antecedente – c.d. *Ingerenz* –. I primi, sui quali soltanto soffermiamo la nostra attenzione, si riferiscono al controllo di fonti di pericolo: il fondamento dell'obbligo è la competenza del titolare di una sfera organizzativa rispetto all'organizzazione medesima, in concomitanza con l'esclusione della competenza dei titolari dei beni minacciati. In tali casi l'obbligo è indipendente dal comportamento delle potenziali vittime, proprio a causa della loro incompetenza circa la sfera organizzativa da cui proviene il pericolo<sup>93</sup>.

<sup>89</sup> G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 783.

<sup>90</sup> Ad esempio, nel matrimonio, nel rapporto genitori-figli, in particolari rapporti fondati sulla "fiducia": cfr. G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 783.

<sup>91</sup> G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 220. In realtà, va detto che anche gli obblighi in virtù di *Organisationszuständigkeit* sono, in senso non specifico, obblighi legati ad una "istituzione", perché tali sono anche (anzi, prima di tutto) l'organizzazione della propria libertà e la responsabilità che ne consegue: cfr. G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 820.

<sup>92</sup> G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 801.

<sup>93</sup> G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 802. Accanto agli obblighi di sicurezza, il sistema jakobsiano contempla dei *Rettungspflichten*, cioè obblighi di impedire decorso causali pericolosi già in atto, che possono aver già raggiunto la sfera di organizzazione delle vittime. Essendo in tal caso il decorso causale già nella sfera di

Quando tale pericolo da impedire è costituito dal comportamento delittuoso di altre persone, la responsabilità subisce delle limitazioni: secondo l'opinione di Jakobs, non sarebbe sufficiente un decorso causale concreto da un *Organisationskreis* all'altro, ma occorrerebbe una "ragione particolare" («besonderer Grund») che leghi le due sfere organizzative tra loro; e ciò in ossequio al principio secondo cui la responsabilità di ciascuno coincide con il proprio ambito organizzativo<sup>94</sup>. Tra i possibili nessi forieri di una simile responsabilità, vi sono quelli costituiti nell'ambito delle organizzazioni imprenditoriali<sup>95</sup>.

Lo sviluppo argomentativo si fa, in tal caso, particolarmente problematico.

Jakobs muove dall'inesistenza di un diritto dell'imprenditore di intervenire nella sfera di responsabilità dei propri dipendenti. Per gli illeciti commessi da questi ultimi, tuttavia, si configura in capo all'imprenditore una responsabilità derivante o dalla mancata messa in sicurezza di cose pericolose, o dal fatto che i dipendenti sono immessi nel suo *Organisationskreis*. In altri termini, l'imprenditore risponderebbe, non già per un fatto altrui, ma in ogni caso per la ge-

---

organizzazione della vittima, concorrono almeno due sistemi. Per quanto riguarda la responsabilità per l'omesso impedimento di altrui illeciti, Jakobs afferma come siano ben possibili, anche in questo caso, comportamenti di terzi che si interpongano tra colui che ha in precedenza agito ed il danneggiato. Anche in tal caso, però, è necessario che vi sia un legame particolare tra le due sfere organizzative, alla stessa stregua di quelli già menzionati nei *Sicherungspflichten* (cfr. G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., pp. 809-814).

<sup>94</sup> G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 805.

<sup>95</sup> Oltre a quello, peculiare, in capo all'imprenditore, analizzato nel testo, Jakobs individua altri rapporti di questo tipo. In primo luogo, rapporti dovuti ad azioni pericolose proprie, come nelle forme di compartecipazione criminosa (ad esempio l'agente provocatore, che, una volta "istigato" l'autore di un fatto, deve poi assicurarsi che la vittima non subisca danni). In secondo luogo, nel caso in cui esistano in una sfera organizzativa oggetti pericolosi, la cui libera e generale utilizzabilità non stia più nel limite del rischio consentito (es. armi o esplosivi utilizzati da persone non qualificate). Infine, nel caso in cui vi sia un'autorità su altre persone, che funga da complemento rispetto alla loro libertà di organizzazione; si tratta del diritto di plasmare il comportamento di altre persone, come ad es. i genitori verso i figli (cfr. G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit. pp. 805-807).

stione della propria sfera di organizzazione: l'organizzazione dei dipendenti è intesa come un suo "affare"<sup>96</sup>.

Una critica alle premesse teoriche su cui si erge il sistema sinteticamente descritto non potrebbe essere compiutamente svolta in questa sede<sup>97</sup>. È opportuno sottolineare, comunque, che questa costruzione si avvale di un lessico forse seducente, ma fornisce spiegazioni tutt'altro che inattaccabili sul piano scientifico. Proprio la

---

<sup>96</sup> Così come il proprietario di una casa risponde per l'erronea installazione delle tegole del tetto ad opera del muratore – è l'esempio dell'Autore –, l'imprenditore risponde degli illeciti dei propri dipendenti finché egli organizza tramite loro i propri affari (G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 806).

<sup>97</sup> Per una silloge delle critiche nei confronti dell'impostazione teorica di Jakobs, si rinvia a H. SCHNEIDER, *Kann die Einübung*, cit., p. 70 ss. Tra le critiche più radicali, va menzionata quella di Schünemann, il quale formula un'obiezione alla definizione di azione proposta da Jakobs alla quale è difficile sottrarsi: questa definizione è «del tutto inutilizzabile», in quanto si risolve in null'altro che in «un riferimento formale e positivistico alla totalità delle norme penali, quindi una definizione circolare della azione lesiva di una norma (*normverletzende Handlung*) mediante la violazione di una norma (*Normwidrigkeit*)» (così B. SCHÜNEMANN, *Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, cit., p. 50 ss.). E ancora: «L'azione viene dunque definita tramite la violazione di una norma, e, poiché la violazione di una norma presuppone un'azione, giriamo in cerchio come in una tarantella» (B. SCHÜNEMANN, *Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft*, cit., pp. 18-19). Nella letteratura italiana, M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, p. 101, denuncia una pericolosa "rinormativizzazione" delle categorie; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 30 ss. si sofferma criticamente sulle fondamenta del sistema di Jakobs, in particolare sull'idea della pena come riaffermazione di aspettative violate e sulla conseguente, peculiare visione dello scopo del diritto penale; ricostruzione e critica degli aspetti generali del pensiero di Jakobs si rinvergono anche in G. RUGGIERO, *Contributo allo studio della capacità penale*, Torino, 2007, p. 81 ss. Diverso l'atteggiamento di L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., 238 ss., che recepisce molti degli assunti di fondo di Jakobs: soprattutto la teoria della norma giuridico-penale come "norma costitutiva di status"; ma non manca di porre in luce taluni nodi irrisolti del normativismo di stampo "neohegelian": la tendenza a dissolvere «l'analitica del reato» in «un *unicum* indistinto», ed il rischio di annullare la distinzione tra illecità penale e illecità extrapenale, concentrando l'ascrizione della responsabilità penale nel semplice riconoscimento della competenza (*ibidem*, rispettivamente p. 268 e p. 307; vedi meglio cap. IV, § 4). Nella letteratura spagnola, cfr. S. MIR PUIG, *Grenzen des Normativismus*, cit., p. 87 ss. Sullo sfondo politico del "funzionalismo sistemico" di Jakobs, come dogmatica coincidente con l'esigenza di rinforzo del controllo sociale dettata dall'incapacità dello "stato del benessere" di fronteggiare il "deterioramento sociale" e i nuovi rischi tecnologici, con una contraddizione implicita nel fatto che i rischi sono "reali" e il sistema teorizzato concepisce rinforzi "simbolici", vedi E.R. ZAFFARONI, *Politica y dogmática*, cit., p. 95.

responsabilità dell'imprenditore, sulla quale ci si è volutamente soffermati, ne è l'esempio. Essa si risolve, nella ricostruzione di Jakobs, in un sistema di reciproco interscambio tra *Organisationskreis* del titolare dell'impresa e dei propri dipendenti. In realtà, nella fattispecie di omesso impedimento del reato altrui che Jakobs formula a carico dell'imprenditore, la condotta di un dipendente funge, al tempo stesso, da elemento della fattispecie – in quanto evento da impedire – e presupposto della *Garantenstellung* dell'omittente, in quanto influente, secondo l'Autore, sull'*Organisationskreis* dell'imprenditore con una sorta di "contraccolpo". A ben vedere, quindi, l'illecito del dipendente funge da "oggetto" dell'obbligazione dell'imprenditore e "causa" della sua responsabilità; responsabilità che, in fin dei conti, si regge solo su una vaga definizione del "ruolo" di imprenditore<sup>98</sup>.

L'«Organisationskreis» è dunque un concetto manipolabile<sup>99</sup>. Più in generale, i termini "aspettativa sociale" («soziale Erwartung»), "ruolo" («Rolle»), "competenza" («Zuständigkeit») godono, in Jakobs, di mere definizioni circolari: le "aspettative", cristallizzate in norme, sono legittimate da un certo riconoscimento sociale; il "ruolo" e la "competenza" indicano soltanto che si è destinatari di tali norme e che, sempre tramite tale riconoscimento sociale, le norme si sedimentano là dove viene riconosciuta una specializzazione delle mansioni. Insomma: le aspettative definiscono il ruolo, e a sua volta il ruolo non può essere definito senza le aspettative<sup>100</sup>.

<sup>98</sup> In tal senso le critiche di B.M. HILGERS, *Verantwortlichkeit von Führungskräften in Unternehmen für Handlungen ihrer Mitarbeiter*, Freiburg im Br., 2000, p. 125, riprese da N. BOSCH, *Organisationsverschulden in Unternehmen*, cit., pp. 185-186.

<sup>99</sup> Secondo, B. SCHÜNEMANN, *Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, cit., p. 56, la nozione di *Organisationskreis* «suona sociologica» ma tale non è, poiché non rappresenta altro che un «involucro semanticamente vuoto», dal quale estrarre posizioni di garanzia senza prestare attenzione alla «Begehungsgleichheit», cioè alla necessaria equiparazione di un'omissione al disvalore penale dell'azione. Altrettanto oscura si presenta la nozione di "istituzione", come argomentato da C. SANGENSTEDT, *Garantenstellung und Garantspflicht von Amtsträgern*, Frankfurt am Main, 1989, p. 353.

<sup>100</sup> Ci si limita a parafrasare, ritenendola condivisibile, la critica di M. SACHER, *Systemtheorie und Strafrecht. Kritik der rollenbezogenen Zurechnungslehre*, in *ZStW*, 2006, pp. 590-591, che, oltre ad appellare tali concetti «definitivisch zirkuläre Begrifflichkeiten», evidenzia come una imputazione basata sul "ruolo", tutt'al più, sarebbe ipotizzabile in una società storicamente e geograficamente de-

### 5.3. Superamento del rischio disapprovato e conformità al tipo come parametro sostitutivo della posizione di garanzia

Lessico e principi mutuati dalle suesposte impostazioni si rinven-  
gono anche nello studio di Georg Freund sul reato d'evento e  
omissione, la cui premessa teorica, per il resto, si ispira ampiamen-  
te alle ricerche di Wolfgang Frisch. Siffatta premessa è incentrata  
sull'idea che la punibilità sia condizionata dalla presenza, in un com-  
portamento, di un "rischio disapprovato" («mißbilligtes Risiko»), si-  
to, sistematicamente, nella "condotta conforme al tipo" («Tatbestan-  
dsmäßiges Verhalten»)<sup>101</sup>; ciò in unione con la concezione secondo  
cui esisterebbero un ordinamento normativo "primario", pre-pena-  
listico, composto da norme di comportamento atte a prevenire peri-  
coli per un bene giuridico, ed un ordinamento "secondario" formato  
dalle norme penali, "sanzionatorie": di tal che non sarebbe sanzio-  
nabile una condotta che non violi anche una norma compresa nel  
primo ordinamento<sup>102</sup>.

---

terminata, mentre esistono culture estranee alla divisione dei compiti, nelle quali  
risulterebbe problematica la comprensione stessa del termine "competenza" (*ibi-  
dem*, pp. 614-615).

<sup>101</sup> Cfr. G. FREUND, *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, cit., p. 9 ss.; e W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges*, Heidelberg, 1988, nei  
luoghi dallo stesso Freund richiamati. Di recente, si veda G. FREUND, *Tatbestands-  
verwirklichungen durch Tun und Unterlassen*, in *FS für Herzberg*, Tübingen, 2008,  
p. 225 ss.

<sup>102</sup> G. FREUND, *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, cit., p. 27 ss. e p. 51 ss. Quanto  
alla suddivisione teorica tra norme di comportamento (*Verhaltensnormen*) e nor-  
me sanzionatorie (*Sanktionsnormen*), vedi anche W. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*,  
Köln-Berlin-Bonn-München, 1983, p. 59 ss. Le prime contengono un modello com-  
portamentale, indicato come corretto o sbagliato, e sono finalizzate ad orientare il  
comportamento umano; le seconde racchiudono i presupposti in presenza dei qua-  
li può essere applicata una sanzione. Le *Sanktionsnormen* presuppongono quin-  
di l'esistenza di una *Verhaltensnorm*. Per tal via, Frisch evidenziava come la fatti-  
specie obiettiva sia da includere tra le *Sanktionsnormen*, sì da non poter costitui-  
re l'oggetto del *Wissen* doloso (cfr. W. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, cit., p. 101). Le  
distinzioni normoteoretiche in questione, per altro, è ricorrente nella dottrina tede-  
sca sin da Binding: per una recente ricostruzione in chiave retrospettiva, si rinvia  
a J. RENZIKOWSKI, *Die Unterscheidung von primären Verhaltens- und sekundären  
Sanktionsnormen in der analytischen Rechtslehre*, in *FS für Gössel*, Heidelberg,  
2002, p. 3 ss.

Poiché la prevenzione di un pericolo per un bene giuridico è un elemento sotteso sia all'azione che all'omissione, nella loro essenza di "Verhalten", sul piano normativo si rinviene un principio che avvince ciò che ci appare ontologicamente distinto<sup>105</sup>. Ne segue la rinuncia alla *Garantenstellung* come l'elemento tipico in grado di filtrare l'equivalenza tra agire e omettere: la *Gleichstellungsproblematik*, secondo il punto di vista di Freund, è essenzialmente una questione di comportamento conforme al tipo<sup>104</sup>.

Per affrontare tale questione, Freund si sofferma in primo luogo sulla "utilità dell'osservanza di una norma" («Nutzen der Normeinhaltung»). La norma comportamentale, concernente l'ordinamento "primario", non è da intendersi in un'accezione prettamente positiva (il demerito della teoria formale è nell'aver opinato in senso contrario); rilevano le ragioni intrinseche dalla legittimità dell'obbligo, rinvenibili secondo una prospettiva *ex ante*: ossia, secondo il punto di vista del potenziale destinatario della norma, nel momento temporale in cui questi pone in essere il suo comportamento<sup>105</sup>. In secondo luogo, Freund indica un criterio consistente in una "responsabilità particolare" del soggetto attivo. La tutela che lo stato accorda a determinati beni si realizza attraverso divieti e obblighi di agire, e non può essere subordinata alla distinzione, del tutto casuale, tra azione e omissione: diviene decisivo, per tanto, un «Organisationsoll», la cui osservanza è garantita tramite un intreccio di divieti e comandi, e che si giustifica come contrappeso alla libertà concessa al singolo nella sua sfera organizzativa<sup>106</sup>. L'individuazione del soggetto attivo avviene grazie al rapporto di costui rispetto all'origine del pericolo da evitare (*Ursprung*) o rispetto alla direzione (*Zielort*) di tale pericolo<sup>107</sup>. Freund racchiude tali requisiti l'espressione «Sonderverantwortung»: una posizione di responsabilità peculiare in merito ai de-

<sup>103</sup> G. FREUND, *Erfolgsdelikt*, cit., p. 34 ss.

<sup>104</sup> G. FREUND, *Erfolgsdelikt*, cit., p. 39 ss. In questo senso già W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, cit., p. 245 ss.

<sup>105</sup> G. FREUND, *Erfolgsdelikt*, cit., p. 52 ss.

<sup>106</sup> G. FREUND, *Erfolgsdelikt*, cit., p. 68 ss. (non sfuggono affinità, sul punto, con la suesposta tesi di Jakobs).

<sup>107</sup> G. FREUND, *Erfolgsdelikt*, cit., p. 80.

corsi dannosi imminenti, che possono essere impediti tramite l'osservanza della norma di comportamento<sup>108</sup>.

A questo punto Freund richiama la distinzione tra responsabilità discendente da pericoli che afferiscono direttamente alla propria sfera di organizzazione (*Organisationskreis*), pericoli connessi al comportamento della vittima e pericoli nei quali interviene un "terzo"<sup>109</sup>. In quest'ultimo ambito, egli distingue il caso in cui il pericolo provenga dal proprio ambito organizzativo ma si realizzi tramite l'intervento di un terzo (ad es. il titolare di un'arma che non impedisce che altri ne faccia uso per commettere un omicidio)<sup>110</sup>, dagli obblighi finalizzati all'impedimento di comportamenti pericolosi di terzi, nel caso in cui la sfera di organizzazione su cui il titolare dell'obbligo è chiamato a vigilare sia rappresentata dai terzi stessi<sup>111</sup>. In questo secondo caso, la responsabilità per omissione appare, ad un primo sguardo, in contrasto con il principio della responsabilità personale<sup>112</sup>. In entrambi i casi, vale la considerazione secondo cui l'ordinamento non rispecchia un'immagine di "persona" tenuta costantemente a preoccuparsi che altri non interferiscano nella sua sfera organizzativa: un ordinamento di questo tipo rifletterebbe una società fondata sulla sfiducia, e quindi destinata a sfaldarsi<sup>113</sup>. Tutto ciò vale però entro un limite: «vi sono pericoli "mediati" [...], la cui esistenza – poiché la loro fonte non è necessaria, in linea di principio, per una vita associata proficua – non si può presupporre sia generalmente accettata»; rispetto a questi «Sonderrisiken», è possibile giustificare obblighi d'impedimento aventi a oggetto i comportamenti di terzi responsabili<sup>114</sup>. Anche rispetto a questo genere di pe-

<sup>108</sup> G. FREUND, *Erfolgsdelikt*, cit., p. 125 ss.

<sup>109</sup> G. FREUND, *Erfolgsdelikt*, cit., p. 159; in tal senso già W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, cit., p. 86, ss.; e, con specifico riferimento alla responsabilità in ambito d'impresa, W. FRISCH, *Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa*, in S. MIR PUIG, D.M. LUNÓZ PEÑA (a cura di), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, 1996, p. 99 ss.

<sup>110</sup> G. FREUND, *Erfolgsdelikt*, cit., p. 226 ss.

<sup>111</sup> G. FREUND, *Erfolgsdelikt*, cit., p. 247 ss.

<sup>112</sup> G. FREUND, *Erfolgsdelikt*, cit., p. 252 ss.

<sup>113</sup> G. FREUND, *Erfolgsdelikt*, cit., pp. 227-228.

<sup>114</sup> G. FREUND, *Erfolgsdelikt*, cit., pp. 228-229. In alcuni casi il coinvolgimento di terzi – nella responsabilità derivata dai pericoli connessi ad una sfera organizza-

ricoli – che suppongono l’interferenza di un terzo per realizzarsi in un danno – rileva il riscontro di una *Sonderverantwortung*, attraverso una “assegnazione” normativa della fonte di pericolo alla propria sfera di organizzazione; si tratta di individuare sempre una relazione di tipo normativo tra un soggetto e la fonte di pericolo, senza escludere patti tra i privati<sup>115</sup>.

Questa ricostruzione soffre numerosi limiti.

L’idea che la tipicità si risolva nella trasgressione di norme finalizzate a minimizzare un pericolo, appartenenti ad un ordinamento primario, solleva spesse perplessità dogmatiche, dato che concentra l’essenza dell’illecito nel disvalore d’azione<sup>116</sup>. Sul piano applicativo, poi, diviene quanto mai incerta sia la descrizione di quelle norme facenti riferimento ad un ordinamento “primario”, la cui violazione determina la tipicità (anche omissiva), sia la soglia di rischio oltre la quale, secondo il modello qui discusso, sarebbe determinata la conformità al tipo<sup>117</sup>; parimenti incerta l’individuazione di rischi “disapprovati” che lasciano prospettare una responsabilità per il fatto posto in essere da “terzi”: nell’era del *Risikostrafrecht* – il diritto penale del mercato finanziario, ricordiamo, si iscrive a pieno titolo in tale concetto<sup>118</sup> – si tratta di un attributo egualmente predicabile per tutti o per nessun rischio.

Infine, l’assorbimento normativistico della *Gleichstellung* nel “comportamento conforme al tipo” non può far a meno di parametri di attribuzione della responsabilità essenzialmente incentrati sulla posizione di un individuo: una *Sonderverantwortung*, dai confini del tutto indefiniti, e la categoria dell’*Organisationskreis*, già incontrata (e criticata) in Jakobs<sup>119</sup>. Da un’altra visuale, si potrebbe allora so-

---

tiva – è dettato da una sorta di ripartizione delle sfere di responsabilità, nell’interesse del bene tutelato, come nel caso del rapporto educatore-educando, esemplificato dal rapporto istruttore di scuola guida-allievo (*ibidem*, p. 253 ss.).

<sup>115</sup> Cfr. G. FREUND, *Erfolgsdelikt*, cit., p. 189.

<sup>116</sup> Sul punto, si rinvia a M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 230 ss.; L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità*, cit., p. 415, nota 235.

<sup>117</sup> Cfr. J. VOGEL, *Norm und Pflicht*, cit., p. 53 ss.

<sup>118</sup> *Supra*, Cap. II, sezione seconda, § 4.4.

<sup>119</sup> Si ricorderà che il termine “Sonderverantwortung” viene utilizzato anche da Herzberg, dalla cui posizione, tuttavia, Freund cerca di distinguersi (G. FREUND, *Erfolgsdelikt*, cit., p. 144 ss.). Secondo i suoi autorevoli critici, però, ciò avverrebbe senza successo. In particolare, Schünemann ha criticato duramente il concetto



stenere che il tentativo di Freund dimostra il contrario di ciò che intende dimostrare: contro l'ambizione di disfarsi della *Garantenstellung*, esso prova la necessità di un requisito strutturale ulteriore, nel reato omissivo improprio, che attesti la peculiarità del rapporto tra soggetto attivo e bene giuridico tutelato dalla norma penale<sup>120</sup>. Malgrado la problematicità che vi è insita, vale la pena continuare a riferirsi a questo requisito con la locuzione “posizione di garanzia”<sup>121</sup>.

#### 5.4. Un giudizio di sintesi: esigenze “politiche” sottese al normativismo e complessiva inaccettabilità di tale impostazione

L'approccio “normativista” appronta un arsenale concettuale per far fronte a svariate esigenze empiriche: la divisione del lavoro, l'automatizzazione delle attività, la fungibilità di azione e omissione nelle organizzazioni, la devianza posta in essere da autori c.d. “integrati” («professionelle Kriminalität»)<sup>122</sup>. I comportamenti individuali all'interno di un contesto organizzativo sono percepibili all'esterno come “azioni” o “omissioni” solo in base a letture arbitrarie: que-

---

di *Sonderverantwortlichkeit*, che Freund impiega sia con riguardo ai reati omissivi che a quelli d'azione, osservando che, rispetto ai reati omissivi, egli non fa altro che rimarcare il carattere di reati propri; rispetto a quelli commissivi, egli ne dissolve l'essenza, solitamente incentrata nel concetto descrittivo dell'azione causale per un evento, in «normatività pura e per tanto totalmente priva di contenuto semantico»; il normativismo di Freund – in modo non dissimile da quello di Jakobs – non tiene conto delle strutture immanenti pre-esistenti alla norma (in senso neokantiano) ma si riduce ad una mera tautologia. *Sonderverantwortlichkeit* e *Organisationskreise* diventano, presso Freund, sinonimi, e non si dissociano dal “concetto negativo di azione” introdotto da Herzberg (così B. SCHÜNEMANN, *Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, cit., p. 52 ss.).

<sup>120</sup> Cfr. J. VOGEL, *Norm und Pflicht*, cit., pp. 135-136.

<sup>121</sup> È chiaro che per G. FREUND, *Erfolgsdelikt*, cit., p. 170, la differenza tra la *Sonderverantwortung* e la posizione di garanzia concepita dalla dottrina tradizionale è nel fatto che la prima è un presupposto tra i tanti nella fondazione dell'obbligo, e non costituisce alcuna autonoma caratteristica del tipo: come momento nella ricostruzione dell'obbligo di deviare un pericolo non decide ancora nulla sulla integrazione del fatto tipico. La spiegazione può soddisfare, tutt'al più, esigenze di coerenza dogmatica, ma non chiarisce l'utilità pratica del nuovo rispetto al vecchio concetto.

<sup>122</sup> K. SEELMANN, § 13, in *AK-StGB*, Band 1, Neuwied, 1990, p. 383.

sta distinzione ontologica è avvertita come un'alea che il sistema punitivo non è disposto a tollerare<sup>123</sup>.

L'idea di indirizzare la reazione sanzionatoria verso un comportamento disfunzionale rispetto a un ruolo, viceversa, aggira elegantemente il problema<sup>124</sup>. Il reato omissivo improprio (soprattutto colposo) diviene l'archetipo dell'incriminazione: la violazione di un obbligo incombente su un individuo – *Pflichtverletzung* – assurge a momento fondamentale dell'imputazione, con uno sbilanciamento del disvalore penale a esclusivo vantaggio della condotta<sup>125</sup>.

Il perseguimento di finalità “politiche” è sorretto da un discorso penalistico intessuto di suggestioni sociologiche di matrice funzionalista<sup>126</sup>. L'individuo stesso diventa concepibile come “organizzazione”<sup>127</sup>. Ma sul piano prettamente dogmatico, il costrutto proposto dalle tesi normativiste non può che suscitare perplessità. La responsabilità derivante da una difettosa amministrazione della

<sup>123</sup> Cfr. L. PHILIPPS, *Der Handlungsspielraum*, cit., p. 140 ss.; K. VOLK, *La delimitazione tra agire ed omettere. Aspetti dogmatici e problemi di politica criminale* (1987), in K. VOLK, *Sistema penale e criminalità economica*, Napoli, 1998, p. 61 ss. Nella pratica, la questione è emersa nel caso “Lederspray”, deciso dal BGHSt. 37, 106 ss. giudizio del 6.07.1990 (in particolare p. 114), in cui, tra le numerose problematiche, emerge quella della sussunzione di una serie di condotte entro la nozione di “omissione”, sino alla data di un consiglio di amministrazione in cui si decide di non ritirare il prodotto dal mercato: quest'ultimo evento trasforma i fatti cronologicamente ad esso successivi in “azioni” (la sentenza è stata discussa e commentata in moltissime sedi: sul problema dell'azione, vedi B. SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, in *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, Band IV, München, 2000, p. 621 ss.; sul tema dell'imputazione dell'evento, I. PUPPE, *Anmerkung*, in *JR*, 1992, p. 30 ss.

<sup>124</sup> In senso critico, M. DONINI, voce *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIV, Torino, 1999, pp. 285-286.

<sup>125</sup> Su questa tendenza, K. GÜNTHER, *Von der Rechts- zur Pflichtverletzung. Ein „Paradigmawechsel“ im Strafrecht?*, in AA.VV., *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt am Main, 1995, p. 445 ss. Per una valutazione non negativa del fatto che il reato omissivo improprio diventi progressivamente l'archetipo di illecito penale, si esprime invece L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità*, cit., pp. 459-461.

<sup>126</sup> Sull'influenza esercitata dal funzionalismo sul diritto penale si veda la monografia di H. SCHNEIDER, *Kann die Einübung*, cit., *passim*. Il termine “funzionalismo”, abbinato al diritto penale, assume tuttavia una gamma molto più vasta di significati (e genera anche degli “equivoci”), per orientarsi tra i quali si rinvia alla ricostruzione di L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., p. 232 ss.

<sup>127</sup> Cfr., in tono critico, B. SCHÜNEMANN, *Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 57.

propria sfera organizzativa, in fin dei conti, fa regredire l'imputazione ad un momento della vita dell'autore antecedente alla verificazione dell'evento: per il modo in cui si orienta alla valutazione giuridica di una condotta precedente all'omissione causale, la tesi in questione è, nella migliore delle ipotesi, una riedizione della teoria dell'ingerenza<sup>128</sup>; nelle varianti che si richiamano al "dovere funzionale" e al "ruolo" di un individuo, e quindi al modo di essere o di "dover essere" dell'autore in un determinato ambiente sociale e non al fatto, tale impostazione cela addirittura il rischio di una riedizione più sofisticata di antiche impostazioni autoritarie<sup>129</sup>.

#### 6. "Verantwortungsbereich" nelle organizzazioni: la linea "eclettica" del discorso dogmatico nel diritto penale dell'impresa

Negli studi sulla responsabilità nelle imprese non è inusuale imbattersi nell'idea che l'organizzazione aziendale possa fungere da

<sup>128</sup> Ancora B. SCHÜNEMANN, *Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 57 (una critica dell'ingerenza *infra*, § 8).

<sup>129</sup> Il caso estremo è la teoria del *Tätertypus*, su cui F. SCHAFFSTEIN, *Die unechten Unterlassungsdelikte im System des neuen Strafrechts*, in *FS für Gleispach*, Berlin-Leipzig, 1936, p. 70 ss. Dopo la premessa, secondo cui il problema del reato omissivo improprio sarebbe un problema inerente all'autore («Täterproblem»), questa impostazione, maturata nel periodo nazista, riconosce l'unico nucleo di verità della teoria formale nel fatto che essa interpreta la causalità omissiva come «Pflichtverletzung»: «una conoscenza che però, secondo la nostra interpretazione, è adatta non solo al reato omissivo improprio, ma a tutti i delitti» (*ibidem*, p. 84). Nell'enfasi posta sull'infrazione di un obbligo v'è un elemento di analogia con il normativismo recente. Per il resto, sappiamo che anche la *Pflichtverletzung* cui allude Schaffstein prescinde dal diritto positivo; essa però si fonda – in assonanza con l'ideologia della Scuola di Kiel – su un obbligo discendente dall'ordine morale del popolo (cfr. *ibidem*, p. 96 ss.). Storicamente, però, l'ideologia del "dovere", come categoria dello stato borghese, è comunque una fase prodromica della svolta autoritaria, accompagnata da una tendenza ad una «normativizzazione delle componenti dell'illecito penale» (cfr. F. SGUBBI, *Responsabilità penale*, cit., pp. 44-46). Sebbene estratta da tutt'altro contesto culturale (e sebbene in difesa di una discutibile natura "fisica" dell'omissione), può fungere allora da monito, contro ogni deriva normativista, l'elegante pagina di M. SPASARI, *L'omissione nella teoria della fattispecie penale*, Milano, 1957, p. 75: «L'obbligo e il divieto penali, terrificanti orbite vuote, guarderebbero all'uomo senza vederlo e lo colpirebbero indifeso e senza scampo. Ma non è così: la qualificazione penale rinvia ad un dato esistenziale, alla condotta umana come condizione reale di un evento tipico».

mezzo per la ricostruzione delle responsabilità individuali. Nella nostra esperienza, un analogo atteggiamento “di fiducia” nei confronti delle organizzazioni emerge in materia di delega di funzioni, ed in particolar modo nella giurisprudenza – da considerarsi superata alla luce dell’art. 16 d.lgs. 81/2008<sup>150</sup> – che considera superflua l’esistenza di un atto di delega “formale” facendo affidamento su una «predeterminata suddivisione dei servizi, delle attribuzioni e dei compiti»<sup>151</sup>. Nel caso della delega, tuttavia, si tratta di legittimare l’eventuale effetto esimente spiegato dal decentramento di funzioni nei confronti dei titolari di un’impresa; nel dibattito tedesco, invece, ci si preoccupa di giustificare un’estensione di responsabilità verso i gradi più alti della gerarchia aziendale.

Al riguardo, la letteratura di lingua tedesca adduce giustificazioni teoriche che si avvalgono degli strumenti concettuali sin qui incontrati, manifestando però una certa tendenza alla loro commistione, nonostante lo sfondo teorico, metodologico, culturale dal quale quei concetti sono estratti sia solcato da profonde differenze<sup>152</sup>. Ragion per cui si è adoperato il termine “eclettismo”<sup>153</sup>. Si può indicare, in modo sommario, una linea di tendenza comune a tali studi: l’individuazione del responsabile in virtù dell’assegnazione di un

<sup>150</sup> La norma impone alcuni adempimenti formali, tra cui forma scritta e data certa, in materia di delega di funzioni.

<sup>151</sup> Cass. 26.02.98 n. 681, con commento di F. CENTONZE, *Ripartizione di attribuzioni aventi rilevanza penalistica e organizzazione aziendale. Un nuovo orientamento della giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 364 ss.

<sup>152</sup> Analogamente, nella dottrina spagnola, cfr. J.M. SILVA SÁNCHEZ, *Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en derecho español*, in J.M. SILVA SÁNCHEZ, B. SCHÜNEMANN, J. DE FIGUEROA DIAS (a cura di), *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal, Libro-Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1995, p. 357 ss., in particolare p. 368 ss., dove l’Autore dimostra di fare utilizzo sia dei criteri dettati da Roxin e Schünemann per la responsabilità nelle organizzazioni gerarchiche, sia di avvalersi della impostazione del concetto jakobsiano di “competenza” per fondare la responsabilità (vedi la nota 47, p. 371, dove però Jakobs non è citato). Stigmatizza l’uso promiscuo di tali concezioni – anche solo sotto il profilo lessicale – B. SCHÜNEMANN, *Die kriminalpolitischen und dogmatischen Grundfragen der Unternehmenskriminalität*, in *FS für Rudolphi*, Neuwied, 2004, pp. 307-308.

<sup>153</sup> Impiegato da B. SCHÜNEMANN, *Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation*, cit., p. 221 ss., per contrassegnare un atteggiamento più generale di alcuni settori della dottrina tedesca.

“ambito di responsabilità” («Verantwortungsbereich») in qualità di membro di un’organizzazione<sup>154</sup>.

### 6.1. “Herrschaftsbereich” come concetto potenziale

Un approccio tendente alla sintesi si rileva nel lavoro di Hsü. Il nucleo della sua proposta consiste nel ridurre tutte le ricostruzioni sulla responsabilità dell’imprenditore – sia quelle che affrontano il problema dal punto di vista della signoria sull’accaduto, sia quelle facenti riferimento ad un’idea di competenza o di ripartizione di ruoli – a due concetti fondamentali, in vero ricavati, previa modifica non solo linguistica, dalla terminologia introdotta da Schünemann: una «Herrschaftstellung», che sostituisce le idee di competenza e ruolo, e una «Herrschaftsgewalt», che contrassegna un potere con-

---

<sup>154</sup> Cfr. K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht – Einführung und Übersicht*, in *JuS*, 1989, pp. 696-697. Risale allo studio sulla responsabilità dell’imprenditore per gli illeciti commessi nella sua azienda di E. GÖHLER, *Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Betriebsinhabers für die in seinem Betrieb begangenen Zuwiderhandlungen*, in *FS für Dreher*, Berlin-New York, 1977, pp. 619-621, la proposta di sostituire il termine “Garanten” con “responsabilità” per il decorso di un’azione («Verantwortung für einen Handlungsablauf»), da ancorare a relazioni di tipo sociale ed alla possibilità di agire nei confronti di persone, ambiente e cose: in riferimento a questo genere di relazioni, facenti capo all’imprenditore, Göhler impiega il termine “Verantwortungsbereich”. A parlare della “necessità” di rintracciare «sociali Verantwortungsbereichen» nelle imprese è poi Rudolphi, in uno studio sulla fattispecie di inquinamento idrico (§ 324 StGB). In questo ambito sociale di responsabilità, che fa affidamento sulla appartenenza all’organigramma aziendale ed alla titolarità di funzioni ad esso corrispondenti, Rudolphi identifica un parametro ulteriore di attribuzione – o limitazione – della responsabilità rispetto all’imputazione dell’evento su base causale o tramite imputazione oggettiva per aumento del rischio (cfr. H.-J. RUDOLPHI, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Bediensteten von Betrieben für Gewässerverunreinigungen und ihre Begrenzung durch den Einleitungsbescheid*, in *FS für Lackner*, Berlin-New York, 1987, p. 863 ss.). Tra gli autori spagnoli, ad un concetto simile alludono S. MIR PUIG, *Die Zurechnung im Strafrecht eines entwickelten sozialen und demokratischen Rechtsstaates*, in *Jahrbuch für Recht und Ethik*, Band II, Berlin, 1994, p. 226 ss. (in particolare, vedi la terza parte dello scritto, p. 235 ss., dove l’Autore descrive le affinità tra concetto jakobiano di “Zuständigkeit” e la propria idea di “Verantwortungsbereich” nell’ambito delle organizzazioni); J.M. SILVA SANCHEZ, *Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos*, cit., p. 369, che si esprime in termini di «ámbitos de competencia diferenciada».

creto di controllo. «Questa signoria concreta – precisa tuttavia Hsü – non è da intendersi nel senso della causalità né è identica alla “funzione di tutela sociale”. Essa fa riferimento semplicemente ad una relazione concreta di dipendenza tra chi domina e chi è dominato o ad un’appartenenza fattuale (“Faktizität”). Per noi, questa signoria, astratta dalla “posizione” («Stellung») e isolata dalla “causalità”, è null’altro che un “potere di dominio” («Herrschaftsgewalt»), che consta di una “condizione di signoria” («Herrschaftszustand»). Questo “potere di dominio” potrebbe benissimo essere inteso come superiorità di fatto inerente a un rapporto di dipendenza»<sup>135</sup>.

Questa ricostruzione rende evidente alcuni elementi – singolarmente – comuni tra teoria della *Herrschaft* e approcci normativistici: in particolare, il fatto che la *Herrschaft* possa risolversi anch’essa in un’idea lata di “competenza”: un «Herrschaftsbereich». Ma soprattutto il regresso dalla attualità alla possibilità del controllo: la *Herrschaft* – o meglio la *Herrschaftsstellung* – diviene un “concetto potenziale”<sup>136</sup>.

## 6.2. “*Herrschaft*” come potere di configurazione (“*Gestaltungsherrschaft*”) e sua separazione concettuale dal fondamento del dovere di garanzia

Sempre in una prospettiva “eclettica”, nell’affrontare il tema della responsabilità nelle organizzazioni di impresa, Bottke suddivide sul piano metodologico il “fondamento normativo” della posizione di garanzia dal fondamento della “pena corrispondente alla autoria”<sup>137</sup>. Quanto al primo aspetto, Bottke richiama e fonde tra loro diverse teoriche, rifacendosi, tra le altre, al principio che subordi-

<sup>135</sup> Y.-h. Hsü, *Garantenstellung des Betriebsinhabers zur Verhinderung strafbarer Handlungen seiner Angestellten*, Pfaffenweiler, 1986, p. 141.

<sup>136</sup> Y.-h. Hsü, *Garantenstellung des Betriebsinhabers*, cit., p. 144. Per altro, una siffatta evoluzione è già stata rilevata *supra*, al § 3.3.

<sup>137</sup> Cfr. W. BOTTKE, *Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata*, Berlin, 1994, p. 22 ss.; W. BOTTKE, *Responsabilidad por la no evitación de hechos punibles de subordinados en la empresa económica*, in S. MIR PUIG, D.M. LUNÓZ PEÑA (a cura di), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos*, cit., p. 129 ss.

na la responsabilità ad una scorretta amministrazione della propria sfera di organizzazione, risalente a Jakobs. Alla base dell'obbligo di garanzia dell'imprenditore, infatti, Bottke ravvisa un principio generale di assegnazione, non solo dei benefici, ma anche degli oneri correlati a una posizione soggettiva posta "in prossimità" di una sorgente di pericoli<sup>138</sup>. Sull'altro versante, egli intravede la ragione fondante una responsabilità (del titolare di una posizione di garanzia) nella misura corrispondente alla pena prevista per il *Täter* in un requisito che costituisce evoluzione del parametro roxiniano della *Tatherrschaft*: si tratta di un potere non coincidente con la semplice attivazione di un processo causale, bensì con «la configurazione (*Bewerkung*) attuale del processo di attuazione tipico in virtù del dominio di configurazione (*Gestaltungsherrschaft*)»<sup>139</sup>.

Al di là del merito delle soluzioni cui si perviene, l'approccio di Bottke ci induce ad una distinta considerazione. L'Autore è tra quanti distinguono tra due questioni: autoria e posizione di garanzia; soprattutto, con l'intento di sottrarre la responsabilità per omesso impedimento di un reato all'automatismo grazie al quale, per il fatto stesso di essere garante, l'omittente sarebbe sempre punibile come "autore". Su tale argomento sarà necessario tornare in seguito, dedicando taluni cenni al concorso omissivo nel diritto tedesco<sup>140</sup>. Per ora, basti osservare come, anche per Bottke, il potere spettante al garante si profili come idea potenziale, come "possibilità", e solo eventualmente come dominio "attuale"<sup>141</sup>.

<sup>138</sup> W. BOTTKKE, *Responsabilidad por la no evitacion*, cit., p. 142 e p. 144 ss.

<sup>139</sup> W. BOTTKKE, *Responsabilidad por la no evitacion*, cit., pp. 142-143, p. 151 ss. (sulla terminologia impiegata da Bottke, vedi la nota del traduttore a p. 143). Sul concetto di «*Gestaltungsherrschaft*», così come sulle differenze e similitudini rispetto alle tesi di Roxin e Schönemann, vedi W. BOTTKKE, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, Heidelberg, 1992, p. 35 ss. Altrove, Bottke fornisce una definizione che sembra davvero unire sincreticamente l'approccio di Schönemann con uno più marcatamente normativista: «garante è chi si è spinto, attraverso l'organizzazione della propria sfera di vita (*Lebenskreis*) in una particolare prossimità o rispetto alla fonte di rischio o rispetto all'oggetto del bene giuridico; egli ha assunto "potere conformativo"» (W. BOTTKKE, *Herrschaftsprinzip vs. Gestaltungsherrschaft?*, cit., pp. 196-197).

<sup>140</sup> Vedi cap. IV, § 5.

<sup>141</sup> W. BOTTKKE, *Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten*, cit., pp. 22-24, pp. 31-33, distingue infatti un *Realmoment* da un *Normmoment* della posizione di garanzia.

### 6.3. La responsabilità per la “competenza” (o “signoria”) giuridica sull’organizzazione

Muovendo dal presupposto che nel diritto penale dall’impresa diviene difficile discernere tra agire e omettere, Ransiek intravede un indice comune di rilevanza penalistica della condotta: la *Pflichtwidrigkeit* del comportamento<sup>142</sup>. Si tratta di un punto di partenza comune alle tesi che abbiamo classificato come “normativiste”, sul quale però s’innestano suggestioni di diversa matrice.

Secondo Ransiek, così come una «*rechtliche Zuständigkeit*» (“competenza giuridica”) su una cosa, e non un semplice potere di fatto, può fondare una posizione di controllo per i pericoli che da essa derivano, una «*rechtlich fundierte Herrschaft über die Organisation*» può generare una posizione di garanzia per i pericoli che promanano dall’organizzazione<sup>143</sup>. Nella ricostruzione in esame, il punto di vista del controllo su un pericolo rappresentato dall’organizzazione assorbe, per così dire, il tema “tradizionale” della responsabilità per omesso impedimento del reato: nel senso che, più che indagare sul dovere o meno da parte dell’imprenditore di impedire i fatti del dipendente – sulla base dei rapporti giuridici intercorrenti con quest’ultimo –, assume valore decisivo l’inclusione dell’attività esercitata dal dipendente stesso nell’organizzazione presieduta dall’imprenditore, di modo tale che l’attività di quello possa dirsi sviluppo pericoloso di questa<sup>144</sup>. L’obbligo di organizzazione del pericolo conosce il proprio confine nel momento in cui «la vittima assume la competenza per il pericolo o ci si può attendere che lo faccia»<sup>145</sup>.

Va osservato come le espressioni “*Zuständigkeit*” e “*Herrschaft*” assumono evidentemente, nell’esposizione di Ransiek, un significato dogmaticamente meno pervasivo rispetto ai contesti teorici da cui sono mutate. In sostanza, malgrado il tentativo di superare le di-

<sup>142</sup> Cfr. A. RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, Heidelberg, 1996, pp. 30-33.

<sup>143</sup> A. RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, cit., pp. 33-35; A. RANSIEK, *Strafrecht im Unternehmen und Konzern*, in ZGR, 1999, p. 615 ss.

<sup>144</sup> A. RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, pp. 36-37; A. RANSIEK, *Strafrecht im Unternehmen*, cit., p. 635: «Nicht die Befehlsstrukturen sind entscheidend, sondern dass die einzelnen Tatbeiträge gerade für die Organisation geleistet werden, eine Einheit bilden und damit einen besonderen Handlungssinn bekommen».

<sup>145</sup> A. RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, cit., p. 40.



stinzioni tra agire ed omettere, si allude a una “competenza sull’organizzazione” con base giuridicamente fondata, senza che sia implicato l’intero apparato teorico di matrice jakobsiana<sup>146</sup>. Inoltre, nello sviluppare il suo assunto dell’organizzazione in sé come fonte di pericoli, Ransiek non menziona solo l’azienda ma anche la struttura corporativa delle società: che diviene “pericolosa”, ad es., quando la società medesima partecipa ai traffici giuridici senza che il capitale sociale sia stato sottoscritto o versato in maniera conforme alla normativa societaria; in tal caso, l’amministrazione sarà responsabile, non perché garante del patrimonio della collettività (che partecipa ai traffici giuridici), ma perché rivestita di una competenza rispetto a siffatti pericoli discendenti dall’organizzazione societaria<sup>147</sup>.

L’attenzione riservata da questo Autore nei confronti della “organizzazione” costituisce premessa per una visione complessiva di quest’ultima come mezzo per la attribuzione della responsabilità penale, secondo modelli concettuali che più avanti sottoporremo ad esame.

#### 6.4. Valutazione complessiva e rinvio. La necessità di rivedere i termini “competenza” e “organizzazione”

Una sintassi penalistica intercalata da formule eclettiche evidenzia semplicemente come né la signoria sull’accaduto né l’approccio normativista siano sufficienti da soli a spiegare il fenomeno dell’omesso impedimento. La circostanza attesta anche che va delineandosi un profilo sistematico della *Garantenstellung* come elemento “preliminare” rispetto alla fase della “imputazione” dell’evento: un potere non necessariamente diretto allo svolgersi attuale degli avvenimenti (Hsü; Bottke), ma sito in una fase di controllo dell’organizzazione di una sorgente di rischio (Ransiek). In questo senso, dunque, un potere come *possibilità*.

---

<sup>146</sup> Per una sintesi dell’indirizzo tendente a ricostruire una “competenza sull’organizzazione”, con ampi riferimenti all’opera di Ransiek, N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni: posizioni di garanzia societaria e poteri giuridici di impedimento*, Milano, 2003, p. 80 ss.

<sup>147</sup> A. RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, cit., p. 35.

Ci sembra però di scorgere anche talune questioni non del tutto sviscerate.

L'impiego di termini quali "organizzazione", "potere" (o "dominio"), "competenza" – quando non assumono significati specifici di talune visioni peculiari dell'intero sistema penale: pensiamo a Jakobs – cela una visione non del tutto approfondita dei fenomeni sottostanti. Se tali formule intendono ricordarci che la posizione organizzativa di un soggetto, circoscrivendo la matrice dei doveri e dei poteri di cui è destinatario, è elemento da cui non è possibile prescindere nell'attribuzione a costui della propria responsabilità, allora siamo solo innanzi alla riformulazione di un principio più che condivisibile<sup>148</sup>. Crediamo però che sia il substrato sociologico, sia, soprattutto, il confronto con il dato positivo, sottraggano a tali concetti la funzione di capisaldi in una ricostruzione delle responsabilità individuali rispettosa del principio di responsabilità personale, secondo una prospettiva su cui ci si riserva di tornare in altra sede<sup>149</sup>.

7. *Un primo chiarimento sulla funzione della posizione di garanzia nell'illecito di omesso impedimento dell'evento. La necessità di approfondire il concetto di "potere"*

La disamina degli orientamenti attuali della dogmatica tedesca ci permette di formulare talune provvisorie conclusioni, tali da fornire, per ora, soltanto delle direttive mediante cui inquadrare gli elementi strutturali della fattispecie di omesso impedimento, rinviando ad altra parte del lavoro una completa attribuzione di contenuto agli elementi sì individuati.

La posizione di garanzia non supporta alcuna improbabile equiparazione tra agire e omettere in termini ontologici: quando si è percorsa questa strada, si è finito per parafrasare la nozione di *Garantenstellung* attraverso una nozione di imputazione corrispondente

<sup>148</sup> Si tratta di una premessa da cui muovono autorevolissime analisi: vedi C. PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, cit., p. 134.

<sup>149</sup> *Infra*, cap. V, *passim*.

al controllo dei fattori naturalistici determinanti l'evento<sup>150</sup>; né in termini schiettamente normativi: questa opzione dissolve la *Zurechnung* nella posizione sociale di un individuo, o meglio, nella trasgressione delle regole che la governano, ed avviluppa l'imputazione in un ingorgo di concetti circolari<sup>151</sup>.

Piuttosto, la posizione di garanzia giustifica un'assimilazione normativa del *fatto tipico* omissivo a quello commissivo<sup>152</sup>.

---

<sup>150</sup> Si allude alla teoria di Schünemann, quanto meno nell'esposizione presente nell'opera *Grund und Grenzen*, cit. (*supra*, § 3.1.), ove l'accento posto sulle c.d. "sachlogische Strukturen".

<sup>151</sup> Si allude, in particolare, alla teoria di Jakobs e alle teorie esposte *supra*, nei §§ 5 ss. di questo capitolo.

<sup>152</sup> Si aderisce dunque a una concezione che mantiene il discorso sul piano della tipicità, a prescindere dal rinvenimento di un eventuale sostrato ontologico comune tra azione e omissione. Quindi: "assimilazione" tipica della fattispecie omissiva a quella attiva descritta dalla legge, e non anche ontologica. In tal senso già W. GALLAS, *Das Wesen des strafrechtlichen Unterlassens und seine Stellung im System der Verbrechenlehre*, 1932, ora in W. GALLAS, *Studien zum Unterlassungsdelikt*, Heidelberg, 1989, in particolare, pp. 24-28 (sulla natura dell'omissione), e p. 40 ss. (per l'assimilazione sul piano del *Tatbestand*). Sul piano generale è d'uopo il rinvio a G. MARINUCCI, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano, 1971, in particolare p. 92 ss. Si veda anche J.M. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, 1986, p. 115 ss., a cui si rinvia per una ampia trattazione del tema relativo alla natura dell'omissione. A quest'ultimo proposito, il pensiero circa l'essenza normativa dell'omissione è storicamente radicato nella dottrina italiana (cfr. G. FIANDACA, *Reati omissivi e responsabilità penale per omissione*, cit., p. 44): si veda F. GRISPIGNI, *L'omissione nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1934, p. 20, le cui «insuperate pagine» sono richiamate da A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, p. 366; F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento*, cit., pp. 79-80, che spiega come, proprio muovendo dal fatto che l'omissione ha «un'indefettibile natura valutativo-normativa», tanto che in sé, essa non è «né tipica né lesiva ai sensi della fattispecie legislativa», «non restò che *assimilarla* all'azione positiva tipica» (corsivo nel testo). Diversamente, M. SPASARI, *L'omissione nella teoria della fattispecie penale*, cit., p. 22 ss., p. 75 ss., individua un momento "formale" e uno "naturalistico" dell'omissione (nell'ultimo il non impedire ha una «natura reale», costituita dall'agire diverso che paralizza una condizione ostativa alla produzione dell'evento). Altre trattazioni imboccano sentieri filosofici e dogmatici tesi alla ricerca di un "super concetto" cui ricondurre azione e omissione. Tra la mole consistente di lavori orientati in tal senso, si vedano i tentativi di afferrare un'idea comune di "azione" o "azione causale" ("Bewirken") compiuti da E.A. WOLFF, *Kausalität von Tun und Unterlassen*, Heidelberg, 1965, p. 33 ss., e M. KAHLÖ, *Die Handlungsform der Unterlassung als Kriminaldelikt*, Frankfurt am Main, 2001, 247 ss.); o di "comportamento", come sostenuto da E. GIMBERNART ORDEIG, *Das unechte Unterlassungsdelikt*, cit., p. 314 ss.

Nel reato d'azione la condotta causale è, di norma, tipica: salvo non sia previsto il possesso di una qualifica soggettiva e salva la descrizione di puntuali connotati della condotta. Nel reato omissivo improprio, la condotta causale non è, di per sé, tipica: salvo non sia realizzata da un soggetto in una particolare posizione rispetto al bene tutelato<sup>153</sup>. Ci riferiamo dunque alla "posizione di garanzia" come a «quel "rapporto di prossimità" («Näheverhältnis») che consente di ritenere responsabile giuridicamente per un evento colui che rimane inattivo»<sup>154</sup>. In ciò la posizione opera in modo non dissimile dalla qualifica soggettiva nel reato proprio, selezionando soggetti vincolati alla tutela di un bene giuridico<sup>155</sup>: i soli in grado, per tanto, di arrecare offesa a detti beni astenendosi dall'esercizio della tutela<sup>156</sup>.

<sup>153</sup> È la natura stessa della causalità omissiva ad esigerlo: cfr. M. MAIWALD, *Causalità e diritto penale* Milano, 1999, (trad. it. di *Kausalität und Strafrecht. Studien zum Verhältnis von Naturwissenschaft und Jurisprudenz*), p. 89 ss., là dove l'Autore chiarisce come la struttura dell'imputazione di un'omissione sia diversa da quella dell'azione, sulla base della differenza che intercorre tra un semplice osservatore dell'accaduto e il soggetto tenuto normativamente a intervenire per evitare quell'accaduto. Sul punto, vedi anche H.-H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 620.

<sup>154</sup> M. MAIWALD, *Grundlagenprobleme der Unterlassungsdelikte*, cit., p. 480.

<sup>155</sup> Sulla posizione di garanzia come «vincolo di tutela a carico di un certo soggetto nei confronti di un determinato bene o interesse», F. SGUBBI, *Responsabilità penale*, cit., p. 234.

<sup>156</sup> Solamente, come ebbe a rilevare il Welzel (cfr. *supra* § 2), nel reato omissivo improprio la descrizione del soggetto attivo è taciuta dalla legge; e di qui, sappiamo, comincia la "caccia", infruttuosa, al garante nell'analogia dell'omesso impedimento dell'evento rispetto alla sua causazione positiva. Similmente al reato omissivo improprio, l'essenza del reato proprio è ravvisabile nella «particolare posizione in cui taluni soggetti si vengono a trovare rispetto al bene giuridico protetto» (così A. GULLO, *Il reato proprio*, cit., p. 49; sul rapporto "soggetto-interesse" tutelato quale architrave del reato proprio, con interessanti riflessioni, vedi in precedenza G. MAIANI, *In tema di reato proprio*, Milano, 1965, p. 51 ss.). Il confronto tra reato proprio e reato omissivo improprio, invero, resta una costante della letteratura in materia. In particolare, si deve a Schünemann la creazione di una categoria in grado di spiegare la legittimazione al reato da parte di alcuni soggetti, mediante la ragione sostanziale sottesa all'attribuzione di una *Garantenstellung* (ragione che, come sappiamo, egli individua nella *Herrschaft*). A tal proposito, l'Autore parla di "Garantensonderdelikt" (cfr., per una ampia ricostruzione, J.-H. CHEN, *Das Garantensonderdelikt*, cit., p. 80 ss., cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici). Che la posizione di garanzia possa assurgere a tratto caratterizzante l'intera categoria del reato proprio è invece messo in discussione da G.P. DEMURO, *Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 845 ss. «Il reato omissivo improprio – osserva l'Autore – in quanto reato proprio

Nello stesso tempo, la posizione di garanzia contribuisce, senza assumersene interamente l'onere, alla definizione di *modalità tipiche* di produzione dell'offesa<sup>157</sup>, in una fase logicamente antecedente a quella assoluta dall'accertamento causale<sup>158</sup>. Questa scomposizione è riflessa anche nel diritto positivo, che impone la distinzione tra obbligo giuridico e causalità<sup>159</sup>: sempre a patto di interpretare,

---

sembra confermare che l'essenza delle fattispecie proprie risieda non in un dato naturalistico e descrittivo, ma piuttosto nel rapporto "privilegiato" tra soggetto attivo e bene giuridico tutelato». Tuttavia, rispetto al reato proprio, nel reato omissivo improprio si avrebbe «un vincolo di ordine positivo» tra soggetto e bene, nel senso che, più che l'attitudine del soggetto a porre in essere un'offesa qualificata, rileva il suo obbligo di preservare l'integrità del bene: «l'offesa eventualmente deriverà da un comportamento omissivo, l'accento è posto sulla protezione del bene attraverso un comportamento attivo» (*ibidem*, p. 886 ss.).

<sup>157</sup> Tra descrizione del soggetto e fatto tipico si instaura un nesso non scindibile, bene evidenziato dalla letteratura in materia di delega di funzioni, sebbene con risultati divergenti. Limitandoci a richiamare due concezioni opposte del fenomeno, si vede come per T. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro. Profili generali*, seconda ed., Milano, 1983, p. 72 ss., la descrizione di un soggetto "qualificato" condiziona in modo tale la descrizione del tipo legale che il garante, non solo non può mai spogliarsi della sua posizione delegando ad altri, ma non può, con la sua delega, creare una nuova posizione in capo al delegato; per A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, cit., p. 32 ss., la qualifica si esaurisce nell'esercizio effettivo della funzione (teoria "funzionale"), sì che, essendo quest'ultimo il fattore decisivo della individuazione del soggetto responsabile, si avrà, non solo creazione di una nuova posizione di garanzia, ma anche un tendenziale esonero del delegante.

<sup>158</sup> «Le posizioni di garanzia determinano non già la causalità, ma la tipicità dell'omissione "non impeditiva"» (così la *Relazione della Commissione Ministeriale per la riforma del codice penale istituita con D.M. 1 ottobre 1998* (Commissione Grosso), pubblicata in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 611. Sul punto, molto chiaramente, G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., p. 120: «Non ha senso porsi un problema di causalità dell'omissione, se prima non viene accertata l'esistenza di un'omissione tipica»; rileva solo l'omissione causale che dipende dalla violazione di un obbligo, ma tale violazione non contribuisce a determinare il valore causale dell'omissione: piuttosto disegna una situazione tipica di obbligo. Sulla natura di «erstes Gleichstellungskriterium» della posizione di garanzia, si veda anche H.-H. JESCHECK, § 13, in *LK-StGB*, undicesima ed., Berlin, 2003 (Stand 1.3.1992), 63-64. Degna di attenzione, infine, l'analitica scomposizione degli elementi dell'illecito omissivo improprio suggerita da W. NAUCKE, *Strafrecht*, cit., p. 297 ss., il quale, tuttavia – a differenza di quanto sostenuto nel testo – afferma che sia possibile discorrere di *Garantenstellung* solo quando, nel caso concreto, si sia verificato un evento, si sia descitta l'azione richiesta al fine di evitarlo, si siano dimostrati la concreta possibilità di agire da parte dell'autore ed un nesso causale (*ibidem*, p. 300).

<sup>159</sup> «La indagine sulla causalità della omissione deve, pertanto, scindersi in due fasi ben distinte. L'una diretta a ricercare quando si possa affermare che un

come del resto è oramai uso, la dizione “obbligo giuridico” alla luce della teoria dei garanti, nei termini che illustreremo nel prossimo paragrafo<sup>160</sup>.

Siffatte modalità tipiche, prima di assurgere al rango di “causa” dell’evento, consistono nella omessa attivazione di determinati poteri inerenti alla posizione. Non solo, infatti, è irrilevante per il diritto penale l’omissione compiuta da un *quivis de populo* – sin qui la funzione della *Garantenstellung* di delimitazione soggettiva –, ma lo è anche l’omesso esercizio di un potere del quale il garante non è titolare (in senso giuridico) e/o del quale egli è titolare in una situazione contingente. L’esercizio di tale potere è un’azione che l’ordinamento non “attende”<sup>161</sup>.

Tale dato tende a farsi sfuggente se si forgia una teoria dei garanti avendo quale modello di riferimento la fattispecie a condotta libera con evento naturalistico: dinanzi ad un garante che è chiamato ad intervenire su tale realtà, si è portati ad assimilare il potere di sollecitare mutamenti naturalistici che questi detiene alla causa dell’evento, identificando quest’ultima con l’omesso esercizio di

---

soggetto non ha impedito l’evento; l’altra, avente per oggetto la esistenza di un obbligo giuridico di impedire l’evento», scrive A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., pp. 366-367. Sulla distinzione tra obbligo giuridico ed elemento causale nel diritto positivo italiano, nell’ambito di una peculiare interpretazione dell’art. 40 c.p., anche G. LICCI, *Teorie causali e rapporto di imputazione*, Napoli, 1996, p. 302 ss., che lamenta una «ipervalutazione dell’importanza delle posizioni di garanzia e l’erronea collocazione di questa figura in seno alla tematica causale»; «La significatività causale della condotta riposa infatti nell’omesso impedimento di una situazione, indipendentemente dalla doverosità o meno dell’impedimento stesso» (*ibidem*, p. 295).

<sup>160</sup> Ragionando secondo i dettami della teoria formale dell’obbligo giuridico, autorevoli commentatori ritenevano non del tutto chiaro il rapporto tra obbligo (collocato allora nell’antigiuridicità) e nesso causale, e così tra primo e secondo comma dell’art. 40 c.p. (F. CARNELUTTI, *Illiceità penale della omissione*, in *Annali dir. proc. pen.*, 1933, pp. 1-2; F. ANTOLISEI, *L’obbligo di impedire l’evento*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1936, p. 123). Tali rapporti apparivano, al contrario, nitidi agli occhi di altrettanto autorevole dottrina (F. GRISPIGNI, *L’omissione nel diritto penale*, cit., pp. 42-43).

<sup>161</sup> Per una definizione di omissione come attesa di un comportamento attivo, in conformità a quanto previsto da una norma, vedi W. GALLAS, *Das Wesen des strafrechtlichen Unterlassens*, cit. p. 24 ss.

quel potere<sup>162</sup>. Ma una distinzione tra le due entità acquista maggiore visibilità non appena ci si sposti in ambiti – come quello che ci occupa – dove il potere assume una dimensione “giuridica”, mentre l’evento è costituito da un reato altrui, vale a dire da una condotta e/o dalle conseguenze di questa, rilevanti non solo come dati naturalistici ma in quanto conformi ad una norma incriminatrice<sup>163</sup>.

In questa chiave, il limite della teoria della *Herrschaft* – e, se vogliamo, anche il motivo di fondo delle “correzioni” ad essa apportate – è rappresentato dall’incapacità di indicare un’entità fenomenicamente distinta dalla causa e svincolata dalle circostanze contingenti, cioè dalla fattispecie concreta<sup>164</sup>, ed in grado di dare conto di quelle

---

<sup>162</sup> Lucidamente R. ALAGNA, *Sul reato omissivo improprio*, cit., c. 228, pur individuando la funzione della posizione di garanzia nella selezione di «omissioni causali allo scopo di rintracciare quelle configuranti un omesso impedimento dell’evento rilevante ex art. 40 cpv.», distingue da tale funzione il profilo della «inefficacia dell’ottemperanza all’obbligo - che è un problema di causalità omissiva che non può, in quanto tale, incidere sulla posizione di garanzia» (*ibidem*, c. 232).

<sup>163</sup> Vedi meglio *infra*, cap. V.

<sup>164</sup> I due piani sono invece distinti, tramite le distinte nozioni di “posizione di garante” e “obbligo di attivarsi”, da F. SGUBBI, *Responsabilità penale*, cit., p. 183 e p. 234: mentre la posizione di garanzia è un vincolo verso un determinato bene e verso la fonte di pericoli che lo minaccia, il singolo obbligo di attivarsi «nasce dalla situazione fattuale concreta, secondo i parametri della prevedibilità e della evitabilità».

Il limite della *Herrschaft* è in realtà denunciato anche con riguardo al criterio della *Tatherrschaft*, impiegato per identificare l’autore, e consegue nell’essere quest’ultima categoria ancora imbevuta di reminescenze finalistiche. Rilevava difatti Seminara, a seguito della sua approfondita indagine sul concorso di persone, come l’espressione “dominio sul fatto” – «insuscettibile di un’esatta definizione – rinvia ad una valutazione della concreta vicenda criminosa e confluisce così verso parametri oscillanti tra la condotta obiettiva e l’elemento psicologico». Tra nozione di autore e “fatto tipizzato” si determina così una distanza incolmabile: «mentre questo assolve alla funzione di regolare astrattamente una serie indeterminata di casi, quello si lega ad un accertamento del caso singolo. È quindi da escludere che la nozione di autore si accosta al tipo descritto nella norma incriminatrice per consentirne un’esatta percezione, giacché essa finisce invero con il sostituirvisi, mediante una ipervalutazione dell’elemento soggettivo che comporta un netto spostamento del sistema penale dal fatto all’autore» (S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone*, cit., p. 431 ss.; critiche di segno analogo alla *Tatherrschaft*, sono riassunte in L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., pp. 230-231; nella letteratura tedesca recente, si vedano E.-J. LAMPE, *Tätersysteme: Spuren und Strukturen*, in *ZStW*, 2007, p. 472 ss.; V. HAAS, *Kritik der Tatherrschaftslehre*, in *ZStW*, 2007, p. 519 ss.).

forme di controllo prettamente “normative” del bene giuridico<sup>165</sup>. A questo limite si tenterà di porre rimedio indagando sulla nozione di potere quale elemento contenutistico della posizione di garanzia ed elemento tipico della fattispecie di omissione<sup>166</sup>. Il difetto delle impostazioni di tipo normativistico ha invece radici più profonde, sulle quali non è dato disquisire: o si respingono certe opzioni radicali – come in questa sede si è scelto di fare –, o vi si aderisce, disposti però, in quest’ultimo caso, ad accettare che «tutto è imputazione»: e «se “tutto” è imputazione, l’imputazione non è nulla»<sup>167</sup>.

8. *Sulle fonti della posizione di garanzia: distinzione tra “obbligo giuridico” e “posizione di garanzia” nell’ottica del principio di legalità; rifiuto condiviso della c.d. “ingerenza”*

Il riconoscimento della *Garantenlehre* nel nostro sistema è un dato tanto condiviso da non meritare eccessivi approfondimenti<sup>168</sup>. È noto come, mentre la formulazione dell’art. 40 comma 2 c.p. sia tributaria alla “teoria formale” del reato omissivo improprio (*formelle Rechtspflichttheorie*)<sup>169</sup>, la ricezione della teoria dei garanti abbia avuto il merito di emancipare la fattispecie di omesso impedimento dai vizi di una visione formalistica: ai fini della responsabilità omissiva non è sufficiente la violazione di un obbligo “formalmente” giuridico, ma è indispensabile che il soggetto rimasto inattivo occu-

<sup>165</sup> Nel caso di scuola: la forma di controllo che la madre esercita sul figlio minore, nonostante non sia fisicamente presente in casa accanto a lui.

<sup>166</sup> Vedi cap. V, sezione seconda.

<sup>167</sup> Così, nei confronti di Jakobs, la critica di M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 105.

<sup>168</sup> Per l’introduzione della teoria, F. SGUBBI, *Responsabilità penale*, cit., p. 182 ss. Sull’avvenuta assimilazione della teoria tedesca dei garanti come «fusione di modelli», con conseguenze pratiche, e non meramente linguistiche, di cui però la giurisprudenza non pare essere del tutto consapevole, vedi, di recente, G. LICCI, *Modelli nel diritto penale. Filogenesi del linguaggio penalistico*, Torino, 2006, pp. 419-425. L’espressione “posizione di garanzia” è presente anche nella legislazione recente: cfr. art. 299, d.lgs. 81/2008, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro.

<sup>169</sup> Cfr. L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, Milano, 2001, pp. 380- 386 ss., con i dovuti richiami bibliografici.



pi una posizione di protezione verso un bene o di controllo rispetto a una fonte di pericolo, secondo una concezione “contenutistico-funzionale”<sup>170</sup>.

Nell’esperienza del nostro Paese, tuttavia, si è manifestata una sensibilità rispetto al tema delle fonti della posizione superiore che in Germania.

Per la maggior parte degli autori tedeschi il requisito della *Garantenstellung* ha soppiantato la teoria formale, al punto tale da rendere superfluo ogni riferimento ad un obbligo formale, che anzi rappresenterebbe un anacronistico ritorno ad obsolete quanto inadeguate concezioni<sup>171</sup>. La nostra dottrina, pur avendo accolto l’istanza di fondo della teoria funzionale, resta legata ad un valore culturale insito in quella formale<sup>172</sup>. Da un lato, il riferimento a fonti formali consente di meglio escludere l’ingresso nell’area di rilevanza penale di obblighi a fondo eminentemente etico<sup>173</sup>. Dall’altro lato, tale riferimento è imposto dal principio di legalità: mentre il contenuto “materiale” della posizione soddisfa le esigenze del principio della responsabilità penale per fatto proprio, la coltre “formale” di siffatta posizione corrisponde alle necessità del principio di legalità-tassatività, in modo tale che sia garantita «la sufficiente specificità dell’obbligo di garanzia» e siano esclusi «obblighi indeterminati, essendo l’“azione doverosa” che “tipizza” il reato di non impedimento»<sup>174</sup>.

<sup>170</sup> In luogo di molti, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 596 ss.

<sup>171</sup> Cfr. C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Band II, cit., pp. 714-716. L’opposta opinione, minoritaria, è rappresentata da M. SEEBODE, *Zur gesetzlichen Bestimmtheit des unechten Unterlassungsdelikts*, in *FS für Spendel*, Berlin, 1992, p. 317 ss.

<sup>172</sup> Sul valore non tecnico ma “politico” della *formelle Rechtspflichtlehre*, F. SGUBBI, *Responsabilità penale*, cit., pp. 29-30.

<sup>173</sup> Vedi, ancora, F. SGUBBI, *Responsabilità penale*, loc. ult. cit. Si tenga conto che, per altro, la *Garantenlehre* nasce in un clima di accentuata commistione tra etica e diritto penale alimentata dall’impostazione dell’ideologia dello stato totalitario.

<sup>174</sup> Si aderisce, limitatamente a questo punto, all’impostazione di F. MANTOVANI, *L’obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 337 ss., citazione a p. 341. In giurisprudenza, chiarissima, in tal senso, Cass. sez. III, 12.10.2005, in *Riv. trim. pen. ec.*, 2007, p. 105 ss., con nota di G. D’ORIO, *Discarica abusiva e omesso impedimento del reato altrui*.

La nostra dottrina, in sintesi, assegna alla concezione funzionale il ruolo di «*integrare* – e non di *sostituire* – l'indagine sulle fonti formali dell'obbligo di impedire l'evento»<sup>175</sup>.

Il requisito di tipo formale non consente di desumere posizioni di garanzia dal c.d. “fare pericoloso precedente” (“Ingerenz”), vale a dire da un'azione pericolosa che obbliga l'autore ad impedire eventuali conseguenze dannose da essa derivate<sup>176</sup>. Lo schema in questione, invero, si è rivelato in altri paesi una scorciatoia giurisprudenziale, nel momento in cui, rinunciando ad indagini teoriche più approfondite, si è ritenuto sufficiente fondare la *Garantenstellung* degli amministratori di un'impresa sulla base di un'attività semplicemente pericolosa, posta in essere anteriormente al verificarsi di un evento, anche se non trasgressiva di alcun obbligo cautelare (es. la “normale” produzione di beni prima del verificarsi di un danno ai consumatori)<sup>177</sup>. A questa impostazione vanno obiettate la carenza di fondamento positivo dell'ingerenza (qui risiede la violazione del principio di legalità) e l'inaccettabilità dei suoi esiti interpretativi, che consentono di qualificare come omissione dolosa l'inerzia successiva ad un'azione colposa (*dolus subsequens*)<sup>178</sup>.

Fonti idonee a generare una posizione di garanzia sono, per contro, la legge ed il contratto<sup>179</sup>. La fonte privatistica, tuttavia, manifesta una simile attitudine generatrice solo nel momento in cui si atteggia a specificazione “in concreto” di una posizione di garanzia

<sup>175</sup> Testualmente, L. RISICATO, *Combinazione e interferenza*, cit., p. 388 (corsivo nel testo).

<sup>176</sup> Sull'ingerenza, H.-J. RUDOLPHI, *Die Gleichstellungsproblematik*, cit., p. 110 ss.; J. WELP, *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, Berlin, 1968, p. 29 ss.

<sup>177</sup> Ci si riferisce alla soluzione adottata dalla giurisprudenza tedesca nel caso “Lederspray” (BGHSt. 37, 107 ss., cit.).

<sup>178</sup> Per questi rilievi e per una dettagliata disamina della questione, si veda I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, p. 103 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 161-162. Nella dottrina tedesca, critiche all’“Ingerenz-Gedanke”, sebbene da diversi punti di vista, si rinvencono in B. SCHÜNEMANN, *Zur Kritik der Ingerenz-Garantenstellung*, in *GA*, 1974, p. 231 ss., e in M. SEEBODE, *Zur gesetzlichen Bestimmtheit*, cit., p. 340 ss., che mette in luce la violazione del principio di legalità.

<sup>179</sup> Vedi F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 159 ss.

che la legge ha fissato “in astratto”<sup>180</sup>. Sì che nella nostra materia, soggetta dell’espandersi di fonti di rango subordinato rispetto alla legge, bisognerà distinguere tra obblighi che, pur avendo natura privatistica, sono concretizzazione di un vincolo di subordinazione della libertà personale di taluni soggetti rispetto al bene giuridico tutelato da certe fattispecie (il “risparmio”) – e quindi sono estrinsecazione di una posizione di garanzia prestabilita dalla legge –, da quegli obblighi che invece rinvergono la propria fonte esclusivamente nell’autonomia privata, non legittimata di per sé, conformemente al principio della riserva di legge, a esprimere siffatto vincolo<sup>181</sup>.

Con ciò, s’intende, non sono dissipate tutte le incertezze sul pieno rispetto del principio di legalità. Permangono dubbi sulla legittimità stessa della tecnica legislativa che impiega una clausola di equivalenza per tipizzare il reato omissivo improprio<sup>182</sup>.

<sup>180</sup> Secondo la distinzione tra «fenomenologia della creazione in astratto» e «fenomenologia della disciplina in concreto» della posizione di garanzia introdotta da F. SGUBBI, *Responsabilità penale*, cit., p. 189 ss. Il contratto, secondo questa impostazione, svolgerebbe una funzione analoga a quella svolta dall’atto amministrativo sulla base del quale, ai fini di un reato proprio contro la p.a., viene determinato “in concreto” il soggetto qualificato che può commettere il reato. Un’impostazione simile è adottata dal recente Progetto di riforma del codice penale redatto dalla Commissione Pisapia (*Schema di disegno di legge recante delega legislativa al governo della Repubblica per l’emanazione della parte generale di un nuovo codice penale*, del marzo 2008, Allegato I, art. 12, comma 2, lett. c, leggibile su <http://www.giustizia.it/data/multimedia/2398.pdf>).

<sup>181</sup> La tesi troverà una pratica applicazione quando, con diversi esiti, si discuteranno le funzioni di *internal audit* e dell’OdV previsto dall’art. 6 d.lgs. 231/2001: cfr. cap. VI, sezione prima, §§ 6 ss.

<sup>182</sup> M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., p. 391 ss. Nella letteratura tedesca, si vedano le diverse opinioni di G. GRÜNWARD, *Zur gesetzlichen Regelung*, cit., p. 425 ss.; W. SCHÖNE, *Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz*, cit., p. 277 ss.; H. SCHÜRMAN, *Unterlassungsstrafbarkeit und Gesetzlichkeitsgrundsatz*, Berlin, 1986, p. 126 ss.; di recente, K. KÜHL, *Die Unterlassungsdelikte als Problemfall für rechtsphilosophie, Strafrechtsdogmatik und Verfassungsrecht*, in *FS für Herzberg*, cit., p. 189 ss. Il *Bundesverfassungsgericht* ha giudicato il § 13 StGB conforme al principio di legalità, poiché rispetto alla norma in questione si sarebbe consolidata una interpretazione giurisprudenziale in grado di preservare le ragioni della legalità-determinatezza (cfr. BVerfG, Kammer Beschluss v. 21.11.2002, in *JZ*, 2004, p. 303 ss., con *Anmerkung* critica di M. SEEBODE, *ivi*, p. 305 ss.). Difficile, tuttavia, sfuggire al commento caustico di T. WEIGEND, § 13, cit., p. 828, che obietta come i cittadini dovrebbero apprendere i divieti penali dalla legge e non dai commenti. Contro la tecnica di tipizzazione seguita per il reato omissivo improprio, si segnalano le stimolanti note di E.R. ZAFFARONI, *Qui peut et n’empêche pèche, pero*

Questione *de iure condendo*, estranea al tema oggetto della presente trattazione<sup>185</sup>.

---

*no delinque* (Acerca de la incostitucionalidad de los tipos omissivo improprio no escreto) in E.R. ZAFFARONI, *En torno de la cuestión penal*, cit., p. 215 ss.

<sup>185</sup> Il Progetto Grosso, in tale ottica, conteneva nella parte generale la descrizione di alcune posizioni di garanzia (cfr. artt. 16 ss.; l'articolo è reperibile sul sito [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it)). Diversa la soluzione adottata dal Progetto Pisapia, che ritiene di dover «evitare una rigida tipizzazione delle posizioni di garanzia, nella convinzione che tale opera competa alla normativa del settore e mal si accordi con le clausole di disciplina “generale” che un codice deve fornire nella parte generale» (cfr. la *Relazione della Commissione Ministeriale per la riforma del codice penale (istituita con D.M., 31 luglio 2006)*, redatta in Roma il 17 novembre 2007, disponibile sempre su [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it)).

## CAPITOLO IV

### IL CONCORSO OMISSIVO TRA DOGMATICA DEL REATO OMISSIVO IMPROPRIO E CONCORSO DI PERSONE

#### 1. *Posizione di garanzia e concorso di persone: le questioni problematiche*

Nel nostro sistema l'imputazione di responsabilità per omesso impedimento dell'altrui reato avviene ai sensi del combinato disposto degli artt. 40 cpv. e 110 c.p. L'evento da impedire, in tal caso, coincide con il reato commesso da un'altra persona. In tal modo, è possibile superare l'obiezione, piuttosto condivisa, all'utilizzo della clausola di equivalenza di cui all'art. 40 cpv. in caso di reato a condotta vincolata o di mera condotta<sup>1</sup>.

In giurisprudenza, il meccanismo in questione, particolarmente "insidioso"<sup>2</sup>, conosce un incremento applicativo che va ben oltre i confini del diritto penale societario, dove è ampiamente collaudato. In dottrina, esso subisce due ordini di critiche: una tesi minoritaria nega la possibilità stessa di "combinare" l'art. 40 cpv. con l'art. 110

---

<sup>1</sup> Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 584 ss. Critico nei confronti di tali restrizioni D. PULITANÒ, *Diritto penale*, seconda ed., Torino, 2007, pp. 251-252. Anche in Germania risulta problematica l'interpretazione del termine "evento" ("Erfolg") di cui al § 13 StGB: per una tesi (Jakobs), si tratta di "tutto ciò che può essere impedito", sì che il § 13 abbraccerebbe anche i reati di mera condotta; per la tesi contraria (Jescheck), il termine "Erfolg" limiterebbe la portata della norma ai soli reati che contemplino un'offesa o un pericolo concreto per un bene giuridico (si vedano, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, e con differenti punti di vista, W. STREE, § 13, cit., p. 221; T. WEIGEND, § 13, cit., p. 825).

<sup>2</sup> Si tratterebbe della «più insidiosa e ambigua fattispecie di "interferenza" tra forme di manifestazione del reato», a parere di L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, Milano, 2001, p. 377.

c.p. (si veda il seguente paragrafo); un orientamento più corposo invece, pur ritenendo possibile tale combinazione, restringe fortemente l'ambito applicativo dell'art. 40 cpv. nel momento in cui si tratta di impedire un altrui reato (§ 3 ss., *infra*).

Prima di poter dare contenuto alla posizione di garanzia, dunque, dobbiamo occuparci dell'ammissibilità del concorso per omissione alla luce del nostro diritto positivo. La questione, anticipiamo, non potrà che essere risolta positivamente. Sennonché altre voci in dottrina suggeriscono di isolare le posizioni di garanzia per omesso impedimento di reati altrui rispetto ad altre tipologie di obblighi che tale forma di responsabilità escludono. Ma l'omesso impedimento del reato altrui può essere osservato anche dal punto di vista della fattispecie concorsuale, mutuando da questa problematiche e tentativi di soluzione. Di seguito illustreremo le difficoltà cui vanno incontro le soluzioni sinora proposte.

## 2. *La tesi negativa del concorso mediante omissione e la sua insostenibilità*

La tesi contraria alla legittimità di un concorso mediante omissione muove dalla lettura del termine "evento" di cui all'art. 40 cpv. c.p. come "evento in senso naturalistico"<sup>3</sup>. Evidentemente, questo requisito della fattispecie di omissione impropria viene meno ogni volta in cui l'art. 110 c.p. "interferisca" con il capoverso dell'art. 40: le due norme sarebbero allora avvinte da «una reciproca integrazione "parassitaria"», poiché, da un lato, il concorso includerebbe qualunque apporto omissivo causale purché "assistito" da un obbligo giuridico di attivarsi, dall'altro, il termine evento si "ingigantirebbe" sino a ricomprendere il concetto di "reato" previsto dall'art. 110 c.p.<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Tale interpretazione ricorre già in G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., p. 181 ss.

<sup>4</sup> L. RISICATO, *La partecipazione mediante omissione a reato commissivo. Genesi e soluzione di un equivoco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 1267 ss.; L. RISICATO, *Combinazione e interferenza*, cit., p. 378.

Al contrario, sempre secondo questa tesi, se si muove dalla funzione dell'art. 40 cpv., che è quella di rendere normativamente equivalente la causalità omissiva a quella attiva, non sfugge come l'evento non impedito possa essere solo il secondo termine di una relazione causale, cioè un evento naturalistico. L'art. 110 subirebbe dunque una limitazione, ogni volta in cui si tratti di valutare la rilevanza di un apporto omissivo, nel senso che l'equivalenza causale potrebbe scattare solo quando si concorra in una fattispecie con evento naturalistico<sup>5</sup>. Nei casi in cui il garante possa ritenersi responsabile alla stregua del solo art. 40 cpv. – senza alcuna funzione di estensione della tipicità da parte dell'art. 110 –, le norme sul concorso avrebbero esclusivamente funzione di disciplina. Le condotte che esulano dal paradigma dell'art. 40 cpv. potrebbero al più assumere valore di concorso morale<sup>6</sup>.

Questa tesi ha incontrato una serie di obiezioni insuperabili, nonostante siano profondamente apprezzabili – e, di fatto, apprezzate anche dai suoi critici – le motivazioni che ne sostengono gli esiti<sup>7</sup>. Il suo limite più appariscente è la contrarietà al dato positivo vigente, alla luce del quale la combinazione tra clausola di equivalenza di cui all'art. 40 comma 2 c.p. e concorso di persone appare più che plausibile<sup>8</sup>. Ciò è dimostrato chiaramente dall'art. 116 c.p., che fa riferimento all'“evento” cagionato da un'omissione in un contesto plurisoggettivo: il concorso mediante omissione è dunque contemplato dal nostro sistema<sup>9</sup>; né il termine “evento” impiegato dall'art. 116 ammette letture restrittive: la norma si riferisce evidentemente ad un oggetto più ampio dell'evento naturalistico<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> L. RISICATO, *Combinazione e interferenza*, cit., pp. 399-400.

<sup>6</sup> L. RISICATO, *Combinazione e interferenza*, cit., pp. 460-461.

<sup>7</sup> L. BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e nella giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1342 ss.; I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia*, cit., p. 357 ss.; P. ARDIA, *La responsabilità penale dei sindaci di società di capitali per l'omesso impedimento dei reati degli amministratori*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 1253 ss.

<sup>8</sup> Vedi F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 551-512, nota 165.

<sup>9</sup> P. SEMERARO, *La partecipazione mediante omissione al reato*, in *Ind. pen.*, 2006, pp. 588-589.

<sup>10</sup> I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., p. 362 ss. Altro indice in favore del concorso omissivo è, secondo la Leoncini, la presenza nella parte speciale del codi-

La replica a tali argomenti non sembra consistente. In particolare non ci sembra colga nel segno l'argomento secondo cui l'art. 116 non sarebbe invocabile per il fatto di contemplare una chiara ipotesi di *versari in re illicita*<sup>11</sup>, perché discutiamo esclusivamente del fondamento della fattispecie oggettiva di omesso impedimento di un reato altrui. È vero, invece, che l'interferenza con l'art. 40 cpv. induce a limitare la rilevanza della compartecipazione omissiva: ai fini degli artt. 110 ss. non rileva una qualunque omissione, ma solo un'omissione causale posta in essere da un garante<sup>12</sup>.

### 3. *La distinzione tra obblighi di garanzia e obblighi di sorveglianza*

Un orientamento dottrinale sempre più consistente si rifà all'opinione secondo cui la responsabilità penale per omesso impedimento sarebbe regolata dall'esistenza di due tipi di obblighi: l'"obbligo di garanzia", la cui violazione rileva ai fini della fattispecie di cui agli artt. 40 cpv. e 110 c.p., e l'"obbligo di sorveglianza", il cui contenuto consiste in un dovere «di *vigilare* su altrui attività per conoscere dell'eventuale commissione di fatti offensivi e di *informare* il titolare o il garante del bene»; la violazione di un obbligo di sorveglianza rileverebbe solo in caso di eventuale, autonoma tipizzazione da parte del legislatore<sup>13</sup>.

---

ce di fattispecie di agevolazione colposa anche omissiva (es. art. 335 c.p.): sarebbe infatti assurdo ritenere irrilevanti le corrispondenti forme di agevolazione dolosa, le quali devono giocoforza poter rientrare nell'art. 110 c.p. (*ibidem*, p. 362). Secondo l'Autrice, infine, il termine "evento" contenuto nell'art. 40 comma 2 c.p. non deve essere inteso esclusivamente in senso naturalistico, né in senso giuridico, bensì come «"effetto della condotta", "realizzazione della fattispecie" *et similia*» (*ibidem*, p. 363).

<sup>11</sup> L. RISICATO, *Combinazione e interferenza*, cit., p. 398.

<sup>12</sup> I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., p. 364.

<sup>13</sup> In questi termini F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 156 ss. (citazione a p. 158, corsivo nel testo). Una definizione delle due categorie di obblighi era presente nel Progetto Pagliaro: cfr. art. 11 dell'articolato pubblicato, insieme alla Relazione, in *Ind. pen.*, 1992, p. 579 ss. Critico G. GRASSO, *Art. 110*, in M. ROMANO, G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, terza ed., Milano, 2005, pp. 178-179. In giurisprudenza si veda G.i.p. Trib. Teramo, Ud. 18 marzo 1996, in *Cass. pen.*, 1997, 2258 ss., con nota di G. EBNER, *Il reato omissivo improprio, la compartecipazione omissiva e la connivenza non punibile*, ivi, p. 2246 ss.



La distinzione è stata introdotta da Fiorella nel suo fondamentale contributo sul trasferimento di funzioni nelle imprese, ed è servita all'Autore, insieme ad altri argomenti, a dimostrare l'assenza di un obbligo di impedimento "residuo" in capo al delegante<sup>14</sup>. In seguito, essa è stata estesa agli organi delle società commerciali.

L'obbligo di garanzia, secondo Fiorella, presuppone «un affidamento del bene al soggetto pressoché completo»; solo questo dato, infatti, può giustificare l'equiparazione dell'omissione all'azione. Tratto caratteristico di questo tipo di obblighi è quindi un "potere" qualificato da una certa intensità, sì da essere effettivamente in grado di impedire l'evento<sup>15</sup>. Benché l'Autore riconosca come il compito dell'art. 40 comma 2 sia quello di «definire la condotta tipica e non il nesso di causalità», egli ritiene che la stessa norma alluda all'«omissione-parificabile-all'azione», ossia a «un'omissione che esprima anche un'efficienza causale pari all'azione; e perché ciò sia, evidentemente occorre che la salvezza del bene giuridico "dipenda" realmente dall'intervento dell'obbligato»<sup>16</sup>. A tal fine, la teoria del dominio sull'accadimento (*Herrschaft*), respinta con decisione quale criterio fondante la posizione di garanzia, può essere utilizzata "in negativo", vale a dire «sotto il profilo della mancanza di un potere

<sup>14</sup> In caso di vero e proprio "trasferimento di funzioni" (e non di mero "incarico di esecuzione") il delegante conserverebbe, infatti, solo un obbligo di sorveglianza: cfr. A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, cit., *passim*.

<sup>15</sup> Scrive Fiorella: «l'art. 40 comma 2 c.p. nel parlare di obbligo di "impedimento" sembra propriamente riferirsi ad un obbligo di intervento così penetrante da garantire seriamente l'impedimento medesimo. La legge cioè in tal caso sembra riferirsi all'ipotesi in cui il bene giuridico è proprio "nelle mani" dell'obbligato» (A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., p. 201). La tesi presenta alcune affinità con la seguente osservazione risalente al Vannini (tra gli scrittori citati da Fiorella): «Una cosa è l'obbligo giuridico di compiere l'azione (obbligo giustificato dal fatto che il compimento dell'azione può impedire il verificarsi dell'evento), altra cosa è l'obbligo giuridico di impedire l'evento, obbligo giuridico che si ha tutte le volte in cui l'ordinamento giuridico fa preciso, concreto assegnamento, di fronte alla eventualità di un effetto lesivo, come sicuro ostacolo al verificarsi dell'evento stesso, sull'intervento attivo, neutralizzante di determinati soggetti, che *sul piano causale dunque si pongono in posizione di contrasto di contro alle energie umane o naturali che possono questo evento produrre*» (O. VANNINI, *Concorso nel reato mediante omissione*, in O. VANNINI, *Raccolta di alcuni scritti minori*, Milano, 1952, p. 295 ss., la citazione è a p. 301, in corsivo nel testo).

<sup>16</sup> A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., p. 201.

“particolarmente incisivo” quale indice del difetto della posizione di garanzia»<sup>17</sup>.

Per concludere, dunque, si sostiene come la legge assegnerebbe, «anche se non necessariamente sempre», una posizione di garanzia ai «soggetti che “già in astratto e preventivamente” appaiono in possesso di tutti quei poteri che consentano una tale condizione di signoria»<sup>18</sup>.

### 3.1. Poteri impeditivi e “potestà”

Innestandosi nel solco della distinzione tra obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza, recenti ricerche tentano di approfondire il tema di quei poteri impeditivi che contraddistinguono solo il primo tipo di obbligo<sup>19</sup>. Tali impostazioni muovono dalla sistematizzazione degli obblighi di impedire l’illecito altrui come specie autonoma di posizione di garanzia, coronata necessariamente da poteri “giuridici”<sup>20</sup>, dovendosi giudicare inadeguata un’impostazione basata sul controllo “naturalistico” del fatto<sup>21</sup>.

Una prima ricostruzione intravede nel «potere giuridico di impedire l’evento» il filtro dell’equivalenza causale, ed esige che siffatto potere «deve esplicarsi in un intervento risolutivo e diretto (sul piano astratto) sulla situazione di pericolo per il bene tutelato, perché solo così appare giustificata l’equiparazione dell’omesso impedimento alla causazione attiva»<sup>22</sup>.

In uno studio più recente, il concetto di potere impeditivo viene ulteriormente circoscritto. Si premette che il principio di auto-responsabilità imporrebbe una restrizione della responsabilità per

<sup>17</sup> A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., pp. 202-203.

<sup>18</sup> A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit. p. 203.

<sup>19</sup> Dottrina risalente identificava, semplicemente, siffatto potere con la «possibilità d’impedire l’azione lesiva o pericolosa» (T. DELOGU, *La “partecipazione negativa al reato” secondo il nuovo codice*, in *Annali dir. proc. pen.*, 1935, p. 927 ss., citato a p. 931, corsivo nell’originale).

<sup>20</sup> In questo senso, già G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., p. 320 ss.

<sup>21</sup> I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., p. 73 ss.

<sup>22</sup> I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., p. 77.

omesso impedimento del reato altrui, alla luce del fatto che, di norma, tale principio risulta derogato solo da rapporti di gerarchia e soggezione, gli unici rapporti nei quali attecchisce un potere/dovere di interferire nella condotta (illecita) altrui<sup>23</sup>. Ma l'aspetto più interessante di questa ricostruzione è nella specificazione del concetto di potere impeditivo: dovrebbe trattarsi di un potere non coincidente con la mera possibilità, bensì con una «potestà», come situazione in grado di impedire «il prodursi degli effetti tipici della attività in cui si concreta il reato»<sup>24</sup>. «Potestà», quindi, significa titolarità di un controllo che si estrinseca in atti «giuridici» ad effetto vincolante nei confronti del soggetto controllato e, per converso, sottoposizione di quest'ultimo ad «un potere di conformazione alieno» in forma di «soggezione»<sup>25</sup>. Da quest'ambito andrebbe escluso l'esercizio di quei poteri che, sebbene in grado di impedire eventualmente la commissione di un reato, siano espressione di una mera «possibilità» di interferire di fatto sulle scelte dell'organo vigilato (ad es. la denuncia di fatti penalmente rilevanti)<sup>26</sup>.

Alla luce di tale criterio, le responsabilità nelle società commerciali andrebbero ricostruite sulla base delle «competenze funzionali» che ciascun organo occupa nella struttura dell'ente e dei rapporti esistenti tra sfere di competenza così delineate<sup>27</sup>. Poteri impeditivi, intesi quali «potestà», risiederebbero solo là dove tali rapporti organizzativi siano strutturati alla stregua di «poteri di autorizzazione preventiva o di ratifica successiva». Questa impostazione supporta così una tendenziale negazione di una posizione di garanzia in capo ai sindaci di società. Tra organi societari non esiste un rapporto di gerarchia o dipendenza, e questo è già un indizio a sfavore dell'esistenza di un obbligo di impedimento di reati altrui.

Coerentemente all'assetto organizzativo delle società, sui sindaci incomberebbe solo un'obbligazione di controllo ma non di intervento diretto nella sfera degli amministratori; il che sarebbe confermato dall'assenza di una fase comminatoria nel controllo sindacale,

<sup>23</sup> N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale*, cit., p. 62 ss.

<sup>24</sup> N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale*, cit., p. 67 ss.

<sup>25</sup> N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale*, cit., pp. 70-71.

<sup>26</sup> N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale*, cit., p. 67.

<sup>27</sup> N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale*, cit., p. 80 ss.

cioè di un momento in cui l'organo controllante ponga direttamente (tramite un proprio atto) rimedio alle irregolarità perpetrate dal sorvegliato. Di regola, infatti, non è dato ravvisare in capo ai sindaci il potere di incidere sugli effetti giuridici degli atti posti in essere dagli amministratori<sup>28</sup>.

### 3.2. Rilievi critici

La suesposta corrente di pensiero è particolarmente apprezzabile per la sensibilità nei confronti del principio della responsabilità per fatto proprio e per la volontà di ribadire, innanzi al dilagare giurisprudenziale delle incriminazioni a titolo di concorso omissivo, criteri di imputazione a tale principio conformi. Tuttavia, la proposta revisione scientifica della posizione di garanzia non è immune da difetti e le soluzioni operative suggerite destano talune perplessità. Ci soffermiamo su taluni difetti della tesi in questione, che vertono: a) sui limiti posti alla struttura tipica del concorso omissivo; b) sulla natura attribuita al potere impeditivo; c) sull'inquadramento di talune condotte omissive nel concorso morale.

a) Sul primo aspetto, si osservi come l'impostazione in questione, in particolare l'ultima opinione illustrata<sup>29</sup>, restringa i termini di riferimento della fattispecie plurisoggettiva ponendo l'omissione del soggetto controllante in contrapposizione solo alla condotta del soggetto controllato. Eppure, se si versa in ipotesi di "concorso" omissivo, dove il secondo termine dell'equivalenza causale è un "medesimo reato" ex art. 110 c.p. (termine al quale, sappiamo, è esteso in tal caso "l'evento" di cui fa menzione l'art. 40 cpv. c.p.), appare difficile comprendere perché, dal giudizio ipotetico circa l'azione impeditiva omessa, risultino esclusi quei comportamenti che, sebbene non interferenti con la condotta dell'agente, avrebbero influito sugli

---

<sup>28</sup> Diffusamente, N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale*, cit., p. 141 ss. Per un'impostazione analoga, in precedenza, V. TORRE, *Posizione di garanzia e obblighi di vigilanza nell'attività del collegio sindacale*, in *Ind. pen.*, 2000, p. 285 ss.

<sup>29</sup> Cioè quella di Nicola Pisani.

effetti di questa, impedendo comunque che il reato fosse portato a compimento.

Un Autore ha addotto in proposito la seguente argomentazione. L'obbligo di impedire reati andrebbe limitato alle sole ipotesi in cui sussista la possibilità di interferire con la condotta altrui, perché solo l'azione impeditiva che cade su tale condotta costituirebbe "l'equivalente tipico", ai sensi dell'art. 40 cpv., della relativa fattispecie di parte speciale. Così risponderebbe il garante in grado di impedire gli artifici e raggiri della truffa, realizzata da un terzo, ma non chi fosse in grado esclusivamente di interporsi tra questa condotta e il danno patrimoniale che consuma il reato<sup>50</sup>. Non sembra un argomento irresistibile, però, se si considera che il solo art. 40 cpv. non può da solo legittimare il concorso *per omissionem* in un reato a condotta vincolata ma occorre far ricorso anche all'art. 110 c.p.: difatti, anche quando il garante fosse in grado di impedire gli artifici e raggiri, e con essi l'intero reato, il mancato esercizio di tale facoltà sarebbe "equivalente tipico" della causalità, ai fini dell'art. 40 cpv., solo grazie all'art. 110 c.p.<sup>51</sup>. Ragion per cui, una volta che abbia ceduto a quest'ultima norma una parte della sua funzione tipizzante, non si vede come l'art. 40 cpv. possa fungere da baluardo per evitare che condotte impeditive di altre porzioni della fattispecie integrino gli estremi della compartecipazione nell'altrui reato<sup>52</sup>.

Volendo riportare il discorso al tema delle responsabilità degli organi societari, si pensi a una fattispecie contemplante un danno patrimoniale, nell'ipotesi in cui il CdA abbia attuato una delibera

---

<sup>50</sup> È l'opinione di L. BISORI, *L'omesso impedimento*, cit., p. 1367, condivisa da Pisani, il quale, nondimeno, rimprovera al primo Autore di non aver portato la sua tesi alle logiche conseguenze in relazione ad amministratori e sindaci (vedi N. PISANI, *Controlli sindacali*, cit., p. 65, in particolare nota 82).

<sup>51</sup> Cfr. P. SEMERARO, *La partecipazione*, cit., p. 592 ss., che parla di «partecipazione mediante omissione atipica» in merito alle ipotesi in cui si tratta di impedire un reato insuscettibile, sul piano monosoggettivo, di conversione ex art. 40 cpv. (viceversa, secondo l'Autore, quando si tratta di impedire un evento, pur in presenza di plurimi agenti, l'art. 110 c.p. non interviene a regolare la fattispecie).

<sup>52</sup> Ad una soluzione diversa si perverrebbe probabilmente solo alla luce di un modello differenziato di concorso, dove, escluso che il garante possa rispondere come "autore", si ammette nondimeno che egli sia "complice": vedi la tesi di Herzberg, esposta di seguito, § 5, lett. b), e che è sviluppata proprio sull'esempio della truffa.

integrante gli estremi della condotta tipica ed al collegio sindacale sia concessa la possibilità di impedire il reato portando a conoscenza dell'assemblea o di un organo pubblico di controllo l'imminente verifica del danno: nulla esclude *a priori* che l'omesso impedimento del danno da parte dei sindaci possa tradursi in un contributo concorsuale tipico, pur non interferendo con la condotta degli amministratori<sup>35</sup>. Una diversa soluzione opererebbe una restrizione tecnicamente ingiustificabile della fattispecie concorsuale.

b) Passando adesso al secondo dei suindicati profili problematici (l'intensità del potere impeditivo), osserviamo come il dualismo tra obblighi di garanzia e obblighi di sorveglianza nasca da una dichiarata anticipazione del momento causale sul piano della posizione di garanzia; non è casuale che tra gli altri argomenti si adduca anche una lettura in negativo della teoria della *Herrschaft*<sup>34</sup>.

Con ciò la sede sistematica che si assegna all'elemento "posizione di garanzia" ridiventa vacillante<sup>35</sup>. Pur riconoscendosi che la posizione di garanzia sia un antecedente logico dell'attribuzione dell'evento, con il pretendere il riscontro di un potere "risolutivo" "in astratto", si anticipa un tema inerente alla causalità nel momento di individuazione del garante, proprio perché ci si pone, già in tale punto, un problema di "misura" del potere che sarebbe invece opportuno accertare in sede causale. In altri termini, non si riesce a spiegare come si coniughino astrattezza della posizione di garanzia e carattere di risolutezza, in concreto, rivendicato dal potere impeditivo<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Una responsabilità omissiva dei sindaci in tali ipotesi è riconosciuta, sia pure nel quadro di un'auspicata restrizione delle responsabilità sindacali, da A. MELCHIONDA, *La responsabilità penale dei sindaci di società commerciali: problemi attuali e prospettive di soluzione*, in *Ind. pen.*, 2000, p. 47 ss.

<sup>34</sup> Cfr. sopra l'esposizione della tesi di Antonio Fiorella.

<sup>35</sup> Si rinvia alle considerazioni svolte *supra*, cap. III.

<sup>36</sup> Si ricordi la già citata definizione di potere, suggerita dalla I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., p. 77, come «intervento risolutivo e diretto (sul piano astratto) sulla situazione di pericolo per il bene tutelato». Si consideri, inoltre, come la delimitazione di una categoria di obblighi di garanzia, come gli unici muniti di tale sorta di poteri, non riesca a dar conto della esistenza di posizioni di garanzia che non assegnano al titolare un tale potere "in astratto": si pensi alla posizione di protezione dei genitori rispetto ai figli minori, che resta tale, quantunque non sempre i genitori possano intervenire direttamente sul decorso causale, ma debbano in-

Gli sviluppi più recenti denotano un'accentuazione di questa tendenza. L'innalzamento della soglia oltre la quale un potere rileva ex artt. 40, comma 2 e 110 c.p., sino a integrare gli estremi di una c.d. "potestà", equivale a ricostruire la posizione di garanzia in conformità a poteri che avrebbero assoluta possibilità di successo impositivo nei confronti di un'altrui condotta<sup>37</sup>. La fattispecie di omesso impedimento si compendia, in tal guisa, nella ricerca di soggetti che (presumibilmente) già dominano l'accaduto; mentre l'accertamento causale viene esautorato della sua connaturata essenza di «*quaestio facti*»<sup>38</sup>.

c) Infine, dalla distinzione tra obblighi di sorveglianza e obblighi di garanzia residua una soluzione non pienamente convincente riguardo a quelle omissioni dolose, dalle quali trapeli una complicità tra organi nella commissione di un reato (complicità che non si sia manifestata in un comportamento positivo anteriore alla commissione del reato)<sup>39</sup>. Secondo la dottrina che si commenta, tali casi andrebbero sussunti in un'ipotesi di concorso morale: una tecni-

---

vocare il soccorso di un "terzo": il medico, quando il minore sta male; il bagnino, quando il minore, al mare con i genitori, corre il rischio di annegare, ecc. (questa "eccezione alla regola" è ammessa da A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., p. 203, nota 79). Sebbene la dottrina che si critica sia contraria alla recezione della teoria del "dominio sull'accaduto", la valorizzazione, sia pure solo "in negativo", di tale teoria non evita che di essa siano mutuati taluni difetti a suo tempo evidenziati. Come visto, al criterio suggerito da Schünemann viene rimproverato di «oscillare tra fatto e norma» (così la già incontrata critica di J. VOGEL, *Norm und Pflicht*, cit., pp. 349-364). Alla teoria della contrapposizione tra obblighi di garanzia e obblighi di sorveglianza può essere mosso un rimprovero simmetrico, tenendo conto del fatto che essa si è proposta di fondere la giuridicità del potere (ossia, il fatto che esso sia fondato su una norma giuridica) con il controllo dei fattori causali che conducono all'evento-reato.

<sup>37</sup> Cfr. N. PISANI, *Controlli sindacali*, cit., *passim*.

<sup>38</sup> Come ebbe a definirla, proprio in tema di responsabilità omissiva degli organi societari, C. PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, 1995, ora in C. PEDRAZZI, *Diritto penale*, vol. IV, Milano, 2003, p. 735.

<sup>39</sup> Nel qual caso, o si ricade in un contributo attivo di tipo "materiale" (ipotesi presa in considerazione di seguito nel testo), oppure vi sarà "concerto", sì che la partecipazione, quantunque "morale", «non potrà definirsi altrettanto facilmente "negativa"» (secondo quanto osservato da L. RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, 2007, p. 49).

ca di incriminazione che prescinde dal requisito della *Garantenstellung*<sup>40</sup>.

Ciò vale, però, a impiantare la compartecipazione su un terreno alquanto infido: la causalità psichica. A prescindere dalle possibili obiezioni opponibili a quest'ultima categoria<sup>41</sup>, l'esito desta non poche perplessità: che l'omesso esercizio di un potere, il quale si è escluso in premessa possa assumere efficacia causale sotto il profilo materiale, sia riconducibile alla causalità psichica è tutto da verificare: chi subirebbe uno stimolo psicologico "causale" nei confronti della propria condotta, per effetto della inazione di un organo che, anche se agisse, tale condotta non potrebbe impedire, perché, sappiamo, in "astratto" essere sfornito di poteri impeditivi?

In effetti, la teoria in commento oblitera le difficoltà "classiche", evidenziate dalla letteratura sul concorso, che affiorano nella ricostruzione di un decorso causale tra condotte umane, ancorando ad un parametro assai rigido la clausola di conversione di cui all'art. 40 cpv. Se però si subordina l'esistenza di un vincolo concorsuale *ex art. 40* al rinvenimento di relazioni di soggezione-potestà, quelle difficoltà riaffiorano altrove nell'art. 110: il recupero alla sanzione di comportamenti omissivi dotati di percepibile disvalore in relazione all'intera vicenda concorsuale segue infatti vie traverse, affidate

---

<sup>40</sup> Secondo N. PISANI, *Controlli sindacali*, cit., p. 462 ss., l'omissione assurge al rango di istigazione quando si traduce in una «garanzia di non impedimento»; precisa l'Autore: «[...] tale partecipazione concorsuale, mediante atti negativi, prescinde dall'esistenza di una posizione di garanzia: si tratta piuttosto di stabilire se il concorrente, con la sua complice inazione, in realtà non fornisca un contributo positivo alla realizzazione dell'altrui reato». Una soluzione analoga in A. FIORELLA, *Il trasferimento* cit., p. 237 (ma degli spunti in tal senso sono già presenti in O. VANNINI, *Concorso nel reato mediante omissione*, cit., p. 311 ss.).

<sup>41</sup> Si veda il giudizio di T. PADOVANI, *La concezione finalistica dell'azione e la teoria del concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 406. Di una «tendenza a "sublimare" nell'elemento soggettivo la stessa base oggettiva eziologica, soprattutto con riguardo al concorso morale, in cui il "travestimento" della causalità nel dolo avviene attraverso l'ambigua categoria della *causalità psichica*», parla L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, cit., pp. 14-15. Per un quadro dettagliato sulla tematica, si rinvia a L. RISICATO, *La causalità psichica*, cit., p. 20 ss.



alla causalità psicologica; vie, ci sembra, incoerenti con le premesse garantistiche<sup>42</sup>.

Più in generale va poi esclusa la possibilità di considerare concorsualmente tipica qualunque condotta negativa posta in essere da chi non rivesta una posizione di garanzia. La posizione di garanzia è, infatti, un requisito necessario della tipicità di ogni omissione penalmente rilevante ai sensi dell'art. 40 comma 2 c.p., anche dove la portata di quest'ultima norma sia dilatata – nei termini surriferiti – per effetto della combinazione con l'art. 110 c.p.<sup>43</sup>. Viceversa, possono

<sup>42</sup> Se ne ha una conferma nell'utilizzo del concorso morale nei casi in cui, indimostrata l'esistenza di obblighi giuridici di impedimento in capo ai dirigenti di una società controllante, si è dato rilievo al condizionamento psicologico esercitato tramite contegni omissivi (tolleranza) da questi tenuti nei confronti degli organi delle controllate: cfr. G.u.p. Trib. Torino, 20.04.1998, Romiti e Mattioli, in *Giur. it.*, 1998, p. 1691, e, per una ricostruzione critica, A. SERENI, *Istigazione al reato e autoresponsabilità*, Padova, 2000, p. 48 ss.; A. SERENI, *Verso una nuova disciplina del concorso di persone nel reato*, in AA.Vv., *La riforma della Parte generale del codice penale*, Napoli, 2003, p. 354 ss. Sulla istigazione mediante omissione, si vedano anche i rilievi di S. DE FLAMMINEIS, *Omesso impedimento delle violenze sessuali in famiglia: esigenze dogmatiche e di politica criminale*, in *Cass. pen.*, 2008, pp. 3241-3243; L. RISICATO, *La causalità psichica*, cit., p. 48 ss.

<sup>43</sup> In tal senso, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, seconda ed., Milano, 2006, p. 360, p. 368; G. GRASSO, *Art. 110*, cit., p. 176; seppure alla luce dell'obbligo giuridico (ex art. 40 comma 2) e non in termini di posizione di garanzia, si veda P. NUVOLONE, *L'omissione nel diritto penale italiano. Considerazioni generali introduttive*, in *Ind. pen.*, 1982, p. 436. *Contra* I. CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Padova, seconda edizione, 2005, p. 617 ss., secondo il quale la compartecipazione omissiva va ammessa a prescindere da un obbligo giuridico di impedimento, muovendo però dalla non condivisibile premessa, secondo cui l'art. 40 cpv. c.p. si limita a prevedere la necessità di un nesso causale tra l'omissione e l'evento, si da non potere interferire con l'art. 110 c.p., «che è norma sui soggetti» (così, *ibidem*, p. 619). In realtà, sappiamo che l'art. 40 cpv. è anche “norma sui soggetti”, perché identifica in colui che riveste un obbligo giuridico di impedire l'unico autore possibile di una omissione tipica. In passato, ad una interpretazione non dissimile da quella sostenuta da Caraccioli era pervenuto anche G. PONZ DE LEON, *La causalità dell'omissione nel sistema penale*, Milano, 1964, pp. 62-63, il quale, però, muoveva da un'interpretazione peculiare del primo e secondo comma dell'art. 40 c.p., secondo cui esisterebbero omissioni causali “in senso materiale”, riconducibili al primo comma, e omissioni causali “in senso giuridico”, riconducibili al secondo comma (*ibidem*, p. 38 ss.). Ben possibile, dunque, per questo Scrittore, sarebbe stata la compartecipazione omissiva, a prescindere dall'esistenza di un obbligo giuridico, nel caso in cui l'omissione avesse esplicito un'efficacia causale “materiale” (senza, quindi, alcun rilievo del comma secondo dell'art. 40 c.p.). Tuttavia, non è dato appurare l'esistenza di condotte omissive “di per sé” – cioè al

configurarsi ipotesi in cui il contegno assunto dall'organo di controllo integri una vera e propria condotta commissiva, valorizzabile in termini di contributo materiale attivo: ad esempio, quando questo contributo si estrinsechi in una falsa relazione; senza la necessità, qui, di rinvenire un obbligo giuridico di impedimento<sup>44</sup>.

4. *Un tentativo di conciliare principi costituzionali e normativismo da parte della nostra dottrina. La ricostruzione della fattispecie di concorso tramite la teorica della norma costitutiva di status*

Una recente tesi, inserita – eccezionalmente per la nostra dottrina – nella corrente del “normativismo”<sup>45</sup>, si propone di affrontare il tema del concorso, non dal punto di vista del contributo tipico, bensì da quello dei «soggetti responsabili»<sup>46</sup>. A tal scopo, essa distingue due momenti nell'attribuzione della responsabilità: la tipicità, che riguarda il rispetto del principio di legalità-determinatezza (art. 25, comma 2 Cost.), sulla quale si è tradizionalmente speso ogni studio dedicato al reato concorsuale; e l'imputazione, il «rapporto fatto-autore», che attiene al rispetto del principio di responsabilità per fatto proprio (art. 27 Cost.), e che la tesi che esaminiamo si propone originariamente di valorizzare<sup>47</sup>.

di fuori della equivalenza normativa, in virtù del comma secondo – causali (cfr. M. GALLO, *Appunti di diritto penale. La fattispecie oggettiva*, cit., p. 127).

<sup>44</sup> Cfr. Cass., 21.10.1999, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 1208 ss., con commento di E. BUSSON, *Responsabilità “commissiva” dei sindaci per il delitto di false comunicazioni sociali?*, ivi, p. 1212 ss. In realtà le condotte di falso si prestano sempre ad una lettura fungibile tra azione e omissione: vedi i rilievi di A. CADOPPI, *Il reato omissivo*, cit., p. 809, e R. BARTOLI, *Il falso per omissione e il falso c.d. implicito tra legalità ed esigenze di tutela*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 521 ss.

<sup>45</sup> L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, cit., p. 568. (corsivi, tratti da questo lavoro e citati nel testo o nelle note, sono presenti nell'originale).

<sup>46</sup> L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., p. 9 ss.

<sup>47</sup> «In primo luogo occorre stabilire *chi* dei soggetti in gioco debba rispondere: questo è il problema della *imputazione* o selezione dei soggetti responsabili. In secondo luogo, ci si deve domandare *di che cosa* ciascuno dei soggetti individuati come responsabili debba rispondere [...]: si tratta in questo caso del problema della *tipicità* del concorso» (L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., pp. 18-19). I due momenti – i quali, s'intende, «sono evidentemente connessi, ma non per questo

La funzione assegnata alla norma, secondo la premessa della tesi *de qua*, non è «di comando, ma di vigenza e vincolatività»<sup>48</sup>. La norma penale è essenzialmente concretizzazione («regola») di principi, in particolare del principio della responsabilità personale, il cui significato è intravisto nella delimitazione di una posizione attraverso la statuizione di doveri giuridici. Le norme, in altri termini, «costituiscono e riconoscono soggetti di diritto»<sup>49</sup>. Questa visione corrisponderebbe a quanto previsto dal principio racchiuso nell'art. 27 Cost., il cui dettato imporrebbe – al di là del riscontro della causalità e del nesso psicologico («naturalismo cieco e psicologismo ingenuo») – una concezione della norma come «norma personale». Di qui l'idea di una «norma costitutiva di status: ove per status si deve intendere un prisma di posizioni giuridicamente riconosciute dall'ordinamento (libertà, diritti, facoltà, potestà, doveri ecc.), in ragione del cui riconoscimento si può parlare di soggetto di diritto»<sup>51</sup>. Il destinatario della norma giuridico penale è quindi una «istituzione»<sup>52</sup>. Nell'attribuzione della responsabilità penale, dunque, diviene prioritario appurare la violazione di uno status, che si esprime tramite il dovere giuridico, e che precede l'offesa<sup>53</sup>. Con ciò si realizzerebbe il primo

---

coincidono» e disegnano «una *precisa scansione logica*» – vengono contrassegnati, rispettivamente, con le espressioni «selezione soggettiva» e «selezione oggettiva del fatto tipico» (*ibidem*, note 28-29; la premessa programmatica è poi sviluppata alle pp. 348 ss.).

<sup>48</sup> Cfr. L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., p. 73 ss.

<sup>49</sup> L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., p. 83. Il concorso di persone, quindi, è affrontato come problema di «competenze concorrenti» (*ibidem*, p. 438).

<sup>50</sup> L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., p. 89.

<sup>51</sup> Testualmente, L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., pp. 94-95.

<sup>52</sup> Ossia il titolare di «un ruolo istituzionale, in ragione del quale la persona è incardinata nell'organizzazione dello Stato, riveste la funzione di elemento di tale organizzazione, pertanto una funzione pubblica: proprio perché le sue azioni assumono un rilievo pubblico, il soggetto stesso risponde penalmente di fronte alla collettività delle conseguenze di queste»: così, ancora, L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., pp. 95-96, che aggiunge: «In sostanza, i cittadini vengono individuati come una sorta di *agenzie private (cui però viene assegnato rilievo pubblico) di gestione del rischio*».

<sup>53</sup> Al contrario di quanto supposto dal dogma causale e dalla teoria imperativa della norma, «chi ha causato in assenza di alcun dovere giuridico contrario ha semplicemente esercitato la propria sfera di libertà. La presunzione di esistenza dell'obbligo di non causare è infondata, è una *petitio principii*, dà per scontato proprio ciò che deve essere dimostrato. Pertanto il congedo dalla concezione normolo-

momento dell'attribuzione della responsabilità penale: l'imputazione; e si realizzerebbe al tempo stesso il principio di responsabilità personale<sup>54</sup>.

Si avverte chiaramente, in tale impostazione, l'influsso dell'elaborazione risalente a Jakobs. La ricostruzione in esame, tuttavia, intende accentuare il carattere "negativo" di quest'ultima teoria, leggendovi i tratti di una «teoria dei limiti generali della tipicità, o della tipicità rivista in negativo», in quanto, più che contribuire a fondare la responsabilità, ne segnerebbe il limite, escludendo la rilevanza penale di comportamenti causali e "soggettivamente riprovevoli" ma non rientranti nel "ruolo" o nella "competenza" dell'autore<sup>55</sup>.

Ci si sforza poi di superare taluni limiti del normativismo di Jakobs<sup>56</sup>. Viene affermato con enfasi che la responsabilità non si risolve nella infrazione di un ruolo; e si tenta di conferire al concetto di "ruolo" un quoziente di determinatezza mediante il riferimento a

---

gica imperativistica e dalla visione causalistica comporta un capovolgimento logico dei termini del ragionamento: chi ha causato la lesione, deve rispondere *soltanto se ha violato un dovere giuridico* appartenente allo *status* riconosciuto dall'ordinamento» (L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., pp. 106-107).

<sup>54</sup> Che viene ad assumere la seguente formulazione: «ciascuno risponde solamente nei limiti della propria sfera di competenza, e mai al di là di essi: questo è il vero significato di responsabilità personale come responsabilità per fatto proprio o divieto di responsabilità per fatto altrui» (L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., p. 119, e anche p. 343 ss.). Similmente il *Selbstverantwortungsprinzip* viene tradotto, nelle formule del normativismo, in sintesi, come attribuzione a un soggetto solo delle conseguenze derivanti dalla «*gestione di una sfera normativamente delimitata*» (*ibidem*, p. 304).

<sup>55</sup> L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., p. 305; per approfondimenti, vedi anche *ibidem*, p. 430, dove si spiega in che senso i ruoli hanno valenza negativa: «non permettendo di stabilire già in positivo quali rischi siano soggetto di possibile imputazione al soggetto, ma, *in negativo*, quali comunque non sono, *ex ante*, a lui ascrivibili: in sostanza, descrivono il "non rischio", e, in questo caso, il rischio ubiquitario». Tra gli scritti di Jakobs particolarmente significativi dal punto di vista di una considerazione "in negativo" della teoria dei ruoli, vedi G. JAKOBS, *Tätervorstellung und objektive Zurechnung*, in *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, p. 271 ss.; G. JAKOBS, *La imputación objetiva en la participación. Accessoriedad y prohibición de regreso*, in M. CANCIO MELIÁ (a cura di), *La imputación objetiva en derecho penal*, Buenos Aires, 1996, p. 69 ss.

<sup>56</sup> Quali l'indeterminatezza dei ruoli, il superamento della scomposizione analitica del reato, l'appiattimento dell'illecito penale sull'illecito extrapenale. Cfr. diffusamente *supra*, cap. III, §§ 5 ss.

fonti positive<sup>57</sup>. Il passaggio da “imputazione” a “tipicità” è spiegato attraverso la teoria delle norme primarie e secondarie: la norma costitutiva di *status* sarebbe norma primaria, che individua il soggetto ma non ancora il comportamento; la norma secondaria tratteggia (“tipizza”) le condotte selezionando alcune modalità di violazione del dovere giuridico contenute nella norma primaria<sup>58</sup>. Mentre l’individuazione del soggetto occupa la valutazione *ex ante* nell’accertamento dell’illecito e «riguarda l’individuazione di sfere di competenza», la valutazione *ex post* si concentra sulla verifica del fatto che l’evento «costituisca realizzazione proprio di quel rischio che rientra nella sfera di competenza del soggetto, delimitata dagli obblighi giuridici»<sup>59</sup>.

Benché in questa seconda fase imperi il principio di affidamento<sup>60</sup>, sono individuabili competenze estese alla «condotta di terzi»: posizioni derivate da obblighi «relazionali», che sorgono in «strutture pluripersonali complesse» ed hanno a oggetto il controllo dell’attività altrui senza che operi l’affidamento<sup>61</sup>. Simili obblighi non si configurano necessariamente in strutture gerarchiche: si dà il caso, tra

<sup>57</sup> Sul primo aspetto, si scrive: «l’accertamento della competenza, definita astrattamente *ex ante*, viene assunto soltanto come momento previo rispetto alla tipicità: la dommatica del fatto tipico non viene affatto superata, ma integrata dalla pre-definizione dei ruoli attraverso la (astratta, ma solo finché non positivizzata) pre-posizione di obblighi giuridici». Sul secondo, si aggiunge: «non si delegittima la valenza della legge, ma si richiede un *quid pluris*, a implementare la responsabilità per fatto proprio. Si tratta allora di un passaggio ineludibile, che richiede ulteriormente che i doveri giuridici astratti su cui è edificata la competenza vengano concretizzati attraverso la espressa tipizzazione legislativa delle norme di fattispecie che li assumono» (L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., pp. 350-353).

<sup>58</sup> L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., p. 366 ss. Per altro, come riconosce lo stesso Autore, la teoria potrebbe essere tacciata di “circolarità”, poiché il dovere che individua il soggetto è concretizzato nella norma di fattispecie, che tipizza il dovere: «i doveri giuridici individuano il soggetto competente a osservare la regola cautelare, ma i doveri giuridici si ricavano contenutisticamente dalla regola cautelare stessa, ergo, si assume come premessa ciò che si deve dimostrare». A tale eventuale critica l’Autore cerca di ovviare adottando una concezione di “dovere giuridico” risalente al Crisafulli (cfr. *ibidem*, p. 387 ss.). Si veda anche la sintesi in L. CORNACCHIA, *Fahrlässige Mitverantwortung*, in *FS für Jakobs*, Köln-Berlin-München, 2007, p. 53 ss.

<sup>59</sup> L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., pp. 421-422.

<sup>60</sup> Cfr. L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., p. 488 ss.

<sup>61</sup> L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., p. 518 ss.

gli altri, di obblighi «complementari» o «sinergici», cioè aventi quale contenuto l'adozione di una misura la cui efficacia dipende dall'azione di altri soggetti<sup>62</sup>; oppure di «obblighi eterotropi», dalla cui violazione consegue la responsabilità per l'altrui reato<sup>63</sup>, integrati anche da compiti di ispezione, verifica e controllo dell'operato altrui<sup>64</sup>. Interessante, tuttavia, notare come solo le regole che predispongono «*assetti organizzativi finalizzati a determinati scopi*» possono generare obblighi finalizzati alla prevenzione di illeciti altrui<sup>65</sup>.

È giunto il momento di formulare un giudizio critico su tale complessa e stimolante riflessione.

Se il piedistallo costituzionale su cui si erge l'illecito penale sia davvero puntellabile con l'armamentario concettuale offerto dal normativismo, non è questione sulla quale in questa sede si possa compiutamente interloquire<sup>66</sup>: i vizi di letture di questo tipo – e le nemmeno troppo latenti ragioni cui esse si adeguano –, del resto, sono stati altrove messi in luce e non è il caso di ripetersi<sup>67</sup>. Qui si vuole solo aggiungere che, nonostante l'apprezzabile tentativo di rimanere attraccati alla “analitica” del reato, emendando la teoria di Jakobs dall'assolutismo della trasgressione del ruolo quale momento esauritivo dell'intera *Zurechnung* (e con ciò confidando di evitare derive intuizionistiche), l'opinione appena illustrata suppone pur sempre un nesso tra struttura dogmatica, impalcatura normoteoretica e or-

<sup>62</sup> Quando è richiesto «il “contributo necessario” della diligenza di altro soggetto»: L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., p. 521 ss.

<sup>63</sup> In tal caso, per altro, andrebbe richiesto un livello elevato di tipizzazione: cfr. L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., p. 524 ss.

<sup>64</sup> «Ad esempio quando tali obblighi comportino quello di riferire a una diversa autorità, gerarchicamente sovraordinata, competente ad assumere decisioni» (L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., p. 529, la citazione è in nota 130).

<sup>65</sup> Ad es. le regole organizzative che, nelle strutture ospedaliere, sono preordinate alla salvaguardia della salute dei pazienti: cfr. L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., p. 536.

<sup>66</sup> Per un giudizio critico sulla teoria della norma costitutiva di *status*, segnalando (nuovamente) il rischio di una “ruolizzazione di massa”, M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 105, nota 20. In difesa della tesi secondo cui il rischio consentito – come “base” anche dell'illecito doloso – andrebbe individuato di norma grazie al «contesto d'azione» (se questo «pone poi peculiari doveri di *status*, è ovvio che si terrà conto anche di quelli»), vedi ancora M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., pp. 52-53, e nota 20.

<sup>67</sup> Cfr. *supra*, cap. III, §§ 5 ss.

dinamento sociale: il ruolo ed il rischio, come concetti “in negativo”, infatti, direbbero «tutto quello che già in base alla compartimentazione di ruoli della società non può essere preso in considerazione ai fini del rimprovero»<sup>68</sup>.

Del fatto che tali universi disciplinari tessano la trama garantistica della responsabilità personale, sia però consentito diffidare. L’ambito “pre-penale” (e “pre-tipico”) in cui risiederebbe il “dovere giuridico”, che, secondo la teoria in commento, è precondizione dell’attribuzione della responsabilità penale, non è una griglia di competenze delimitabili come si vorrebbe lasciar intendere: le sue coordinate non sembrano di regola improntate ad una compartimentazione tra sfere di responsabilità autonome, nel senso di una limitazione delle rispettive responsabilità, bensì perennemente interagenti, nel senso, opposto, di una estensione delle responsabilità. Invero, le strutture organizzative, dove, si dice, il principio di affidamento viene meno, sembrano costituire la regola più che l’eccezione: ovunque sorgono organizzazioni, se non con il dichiarato intento di prevenire la commissione di reati, comunque finalizzate a tutelare beni giuridici; e ovunque germinano obblighi che potremmo definire, secondo il linguaggio suggerito dalla teoria in oggetto, “eterotropi”<sup>69</sup>.

5. *Cenni sul concorso omissivo nel diritto penale tedesco: ulteriori spunti sulla funzione sistematica della “Garantenstellung” e la classificazione del contributo concorsuale negativo alla luce di gradazioni di potere*

Le trattazioni dedicate al concorso omissivo in Germania si approfondono in interpretazioni circa la sussunzione del contributo apportato dal garante nell’autoria (*Täterschaft*) o nella partecipazione (nella forma della “complicità” detta *Beihilfe*), e, per chi ammette che l’omissione possa integrare una *Beihilfe*, sul tipo di nesso che

<sup>68</sup> L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., p. 431.

<sup>69</sup> Su questi punti torneremo, esemplificando proprio sulla base delle società di capitali: cfr. diffusamente il cap. V.

deve avvincere tale contributo all'evento lesivo<sup>70</sup>. Taluni aspetti di queste due questioni meritano di essere focalizzati, in quanto utili ai fini della presente trattazione.

a) Sul tema della qualificazione della condotta omissiva alla luce del modello concorsuale differenziato allestito dal legislatore tedesco esistono – in dottrina – diverse posizioni, che riassumiamo di seguito<sup>71</sup>.

Per un orientamento, il garante risponde sempre ed unicamente a titolo di *Beihilfe*, perché sempre chi omette sarebbe una “figura marginale” nell'economia della vicenda concorsuale<sup>72</sup>. Un orientamento di segno opposto identifica di norma nel garante il titolare di una *Tatherrschaft* che inevitabilmente trae con sé il contrassegno dell'autoria<sup>73</sup>. Accanto a tali opinioni, che impostano la questione, in sostanza, in base ad automatismi preconcepi, troviamo ricostruzioni che ripudiano una identificazione predeterminata tra garante e figure concorsuali<sup>74</sup>. Roxin applica qui la sua originale dicotomia: essendo il reato omissivo improprio un *Pflichtdelikt* nel quale il garante è il titolare dell'obbligo (*Pflicht*) attorno a cui è incentrata la fattispecie, la circostanza deciderebbe anche della sua qualità di *Täter*; una *Beihilfe* in forma omissiva potrebbe aversi solo in alcuni casi, secondo la struttura della fattispecie che viene in questione<sup>75</sup>.

<sup>70</sup> Cfr. C. SERING, *Beihilfe durch Unterlassen*, Münster-Hamburg-London, 2000, p. 1. Per una ricostruzione delle problematiche sottese al concorso per omissione in Germania, nella nostra letteratura, vedi le ricostruzioni di P. COCO, *L'imputazione del contributo concorsuale atipico*, Napoli, 2008, p. 55 ss.; L. RISICATO, *Combinazione e interferenza*, cit., p. 414 ss.

<sup>71</sup> Per un'esposizione molto più dettagliata del tema, si rinvia a O. RANFT, *Garantipflichtwidriges Unterlassen der Deliktshinderung*, in *ZStW*, 1982, p. 815 ss.; C. SERING, *Beihilfe durch Unterlassen*, cit. 5 ss.; K. HOFFMANN-HOLLAND, *Die Beteiligung des Garanten am Rechtsgutsangriff*, in *ZStW*, 2006, p. 620 ss. Quanto alla giurisprudenza, che non ha ancora maturato un orientamento unitario e, in molti casi, impiega tuttora il criterio soggettivo di rinvenimento dell'autoria, si rinvia al lavoro da ultimo citato.

<sup>72</sup> W. GALLAS, *Anmerkung* (BGH, Urteil v. 23.4.1952), in *JZ*, 1952, p. 372; W. GALLAS, *Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung*, in *JZ*, 1960, p. 686 ss.; H.-H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 696.

<sup>73</sup> Cfr. ARM. KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, cit., p. 291 ss.

<sup>74</sup> Cfr. L. RISICATO, *Combinazione e interferenza*, cit., p. 429 ss.

<sup>75</sup> C. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band II, cit., p. 671 ss.



Una diversa corrente di pensiero differenzia invece secondo l'oggetto dell'obbligo di garanzia, assegnando, almeno in linea di principio, il ruolo di *Täter* al titolare di una posizione di protezione, quello di *Gehilfe* al titolare di una posizione di controllo<sup>76</sup>.

Infine rinveniamo impostazioni più recenti, che cercano di fornire una soluzione al tema, in modo possibilmente indipendente dalla natura dell'obbligo e modulabile in ragione di dati storico-fattuali.

Weigend, per esempio, propone di distinguere in ogni singolo caso se, in capo a chi omette, ricorra una «potentielle Tatherrschaft», tenendo presente cioè il grado di difficoltà (o di facilità) con il quale al garante sarebbe stato possibile «assumere la signoria sul fatto, conformare così l'accaduto in maniera tale da impedire la realizzazione della fattispecie tipica»<sup>77</sup>. Così, il fatto che tra omettente ed evento si interponga un altro soggetto, che agisce guidato dalla propria volontà, comporta che l'omissione di un reato altrui sia normalmente inquadrabile nella figura della *Beihilfe*. Non sono immaginabili, tuttavia, ipotesi in cui il garante detenga il potere di arrestare lo sviluppo della vicenda delittuosa, «in ogni momento e senza sforzo», tutte le volte in cui il soggetto (realmente) attivo sia «nelle sue mani»<sup>78</sup>.

Più interessante e articolata è l'opinione di Bottke. In caso di omesso impedimento dell'altrui reato, ritiene l'Autore, non è dato decidere nel senso della autoria grazie alla sola violazione dell'obbligo di garanzia (*Pflichtverletzung*), come invece sostenuto da Roxin; piuttosto è necessario indagare se il garante abbia commesso il reato «solo per mezzo di un'azione altrui», oppure «attraverso un altro»: solo nel secondo caso, essendo egli «signore dalla produzione dell'evento», il garante sarà anche *Täter*. In questo secondo caso, si tratta allora di individuare, secondo Bottke (secondo una linea ar-

<sup>76</sup> R.D. HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, cit., p. 258 ss.; P. CRAMER, G. HEINE, *Vorbem. §§ 25 ff.*, in A. SCHÖNKE, F.C. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, cit., p. 514 ss. Cfr. anche G. JAKOBS *Strafrecht*, cit., pp. 845-849, che riconosce l'autoria sempre in caso di obblighi nascenti da competenza istituzionale.

<sup>77</sup> T. WEIGEND, § 13, cit., p. 868. Di *Tatherrschaft* "potenziale" parlava anche W. GALLAS, *Anmerkung*, cit., p. 372, per escludere, tuttavia, la possibilità di autoria in caso di omissione.

<sup>78</sup> T. WEIGEND, § 13, cit., p. 869.

gomentativa cui già si è avuto modo di accennare), i connotati di un potere fondante la punizione quale autore («täterstrafbegrundungsrechtlich relevante Macht»)<sup>79</sup>. Coerentemente si fa una distinzione tra posizioni di garanzia in grado di esercitare una *Herrschaft* – intesa, secondo la concezione proposta dall’Autore, come *Gestaltungsherrschaft* – e posizioni che non possiedono tale carattere<sup>80</sup>.

Indicativo, infine, il recente chiarimento di Schünemann, il quale è tra i sostenitori della soluzione differenziata in ragione della natura della posizione di garanzia; solo che, mentre nella monografia del 1971 egli aveva aderito alla distinzione “formale” tra posizioni di garanzia – di protezione: dunque *Täterschaft*; di controllo: ed allora *Beihilfe* –<sup>81</sup>, ora propone di distinguere sulla base di una differenza “materiale” tra posizioni, sì da superare la critica alla sua prima impostazione, alla quale si obiettava che, in realtà, la legge non impone di differenziare in ragione della forma della posizione di garanzia<sup>82</sup>. Sulla base della rinnovata soluzione, l’illustre Autore valuta la collocazione del garante in ragione della sua possibilità di “interrompere” il decorso degli avvenimenti («Schalterstellung»): premesso che chi omette possiede la signoria sulla ragione dell’evento, che lo equipara a chi agisce, se egli possiede tale qualità nello stadio esecutivo (*Ausführungsstadium*) della vicenda criminosa, allora è anche autore; se egli omette nella fase preparatoria (*Vorbereitungsstadium*), allora è complice. Senonché la prima condizione si verifica, di fatto, molto più frequentemente nel caso di posizioni di garanzia di protezione (o comunque in quelle che Schünemann considera posizioni derivanti dalla *Hilflosigkeit* del titolare di un bene giuridico); mentre di rego-

<sup>79</sup> W. BOTCKE, *Pflichtwidrigkeit: das Täterschaftskriterium unechter Unterlassungsdelikte?*, in *FS für Rudolphi*, Neuwied, 2004, p. 18 ss. (vedi anche *ibidem*, pp. 40-41, dove si fa la differenza tra garante il cui dominio sullo sviluppo degli avvenimenti è condizionato dall’azione altrui, e garante in grado da solo di condizionare tale sviluppo: a tale distinzione corrisponde quella tra autore e partecipe).

<sup>80</sup> W. BOTCKE, *Pflichtwidrigkeit*, cit., p. 32 ss.

<sup>81</sup> Cfr. B. SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, cit., p. 377 ss.

<sup>82</sup> Cfr. C. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band II, cit., pp. 677-678.

la, in caso di posizione di controllo, l'omissione si realizza nello stadio della preparazione<sup>83</sup>.

Riguardo al merito di questa disputa, naturalmente, non interessa esprimere giudizi. Non si può fare a meno di notare, tuttavia, come le soluzioni proposte risentano della deliberata sovrapposizione di due piani: un problema di ricostruzione della fattispecie astratta – quale dovrebbe essere la descrizione delle figure legali di “autore” e “complice” –, e un problema di accertamento in concreto, dipendente cioè dalle circostanze del fatto storico; sovrapposizione cui sempre indulge la dottrina tedesca<sup>84</sup>. Sì che la soluzione del problema concernente la forma della compartecipazione muta al variare di situazioni di fatto che l'interprete assume come substrato imprescindibile di quelle descrizioni legali. A parte la teoria di Roxin (che comunque pare subordinare la soluzione del problema a esigenze di coerenza dogmatica), le diverse opinioni sinteticamente esposte, o si figurano le situazioni di fatto sottese alle diverse figure di concorso come, di volta in volta, ontologicamente inseparabili dalla situazione del garante (che coopera con altri), e suggeriscono

<sup>83</sup> B. SCHÜNEMANN, § 25, in *LK- StGB*, Band 1, dodicesima ed., Berlin, 2007, pp. 1956-1958.

<sup>84</sup> Il che discende da una tecnica di tipizzazione delle figure criminose (attinenti al reato concorsuale) che non scinde adeguatamente il piano formale da quello valutativo. La constatazione vale in primo luogo per l'autoria, come spiegato da S. SEMINARA, *Tecniche normative*, cit., p. 223, il quale, a proposito della definizione di autore fornita dal § 25 StGB, mette in luce la contraddizione tra il parametro formale – autore come “esecutore” della condotta – e quello valutativo – autore come *dominus* del fatto – implicita in tale definizione. Ed anche le elaborazioni teoriche non possono fare a meno di arrovellarsi attorno a questo indissolubile binomio: cfr. le note di U. STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, Berlin, 1988, p. 62 ss., sulla criteriologia impiegata da Roxin nella formulazione della sua celebre teoria dell'autoria; e W. SCHILD, *Täterschaft als Tatherrschaft*, Berlin-New York, 1994, pp. 16-17, che rileva come Roxin, nella sua produzione dedicata all'argomento, sottintenda alla *Tatherrschaft* talvolta un concetto “pregiuridico” di azione, talaltra associ questo concetto a quello di “azione tipica”. Altra tesi mette poi in discussione la possibilità stessa di assimilare l'omissione in una delle forme tipizzate di partecipazione criminosa, dato che «la partecipazione tramite omissione si distingue qualitativamente, non quantitativamente dalla autoria e dalla la complicità. Manca un reale influsso sull'accaduto; al suo posto subentra la relazione potenziale con l'accaduto – la possibilità di evitare l'evento –, che concettualmente non appartiene né all'autoria né alla complicità» (così, nelle premesse del suo studio, G. GRÜNWARD, *Die Beteiligung durch Unterlassen*, in *GA*, 1959, p. 110 ss., citazione a p. 112).

per tanto dei parametri fondati su automatismi<sup>85</sup>; oppure ammettono soluzioni diversificate perché suppongono che la posizione del garante sia ontologicamente compatibile con diverse situazioni fattuali: come la possibilità di condizionare gli eventi più o meno agevolmente (Weigend); l'intensità del potere di cui si dispone rispetto ad un altro concorrente (Bottke); la posizione occupata dal garante rispetto allo stadio raggiunto dalla fattispecie concorsuale *in itinere* (Schünemann).

Da tali ultime letture, dunque, deduciamo che ravvisare l'estremo della *Garantenstellung* in capo a un concorrente passivo è questione distinta da quella riguardante il tipo e grado di influenza che il concorrente in questione avrebbe potuto esercitare sull'accaduto<sup>86</sup>. Nelle ultime tesi esposte, infatti, il problema della sussistenza di una *Garantenstellung* è già stato risolto (positivamente), tant'è che ci si chiede solo in quale forma di compartecipazione l'inerzia del garante sia da sussumere: è la risposta a questo secondo quesito a essere condizionata dalla misura in concreto del potere di cui il garante dispone, non quella inerente ai requisiti della posizione.

<sup>85</sup> Salvo ammettere comunque numerose eccezioni al criterio da esse indicato: si veda in dettaglio L. RISICATO, *Combinazione e interferenza*, cit., p. 422 ss.

<sup>86</sup> Cfr. C. SERING, *Beihilfe durch Unterlassen*, cit., p. 80, dove si sottolinea come la funzione della *Garantenstellung* è in primo luogo una funzione di "delimitazione" di soggetti («Begrenzungsfunktion»); e *ibidem*, pp. 95-97, dove si spiega come la possibilità di impedire l'evento sia graduabile («Abstufbarkeit der Erfolgsabwendungsmöglichkeit»), prestandosi, come tale, ad offrire un criterio di sussunzione delle omissioni penalmente rilevanti nelle distinte condotte concorsuali. Per un riscontro, si vedano anche le argomentazioni di O. RANFT, *Garantiepflichtwidriges Unterlassen*, cit., p. 846 ss., il quale prende le mosse dal carattere accessorio della compartecipazione, che è punibile solo in quanto l'autore principale abbia integrato gli estremi della fattispecie (sì che sia rispettato, in tale via, il principio di legalità). Da questa accessorialità – che l'Autore deduce dalla subordinazione della condotta di compartecipazione omissiva al dolo ed alla antigiuridicità del concorrente attivo – l'Autore ricava l'inquadramento dell'omissione nella figura della *Beihilfe*. Si pone nondimeno la questione della possibile contraddizione tra tale qualificazione e il dato secondo cui il garante, in quanto tale, deve essere in grado di impedire la verifica dell'evento (dato dal quale, ARM. KAUFMANN, *Die Dogmatik*, cit., p. 294, nota 203, ricavava, addirittura, la natura di compartecipazione del comportamento attivo e l'autoria, invece, di quello omissivo). La possibilità di impedire un evento non rende un compartecipe per ciò solo *Täter*, rileva dunque Ranft, anche in caso di *Beihilfe* commissiva: ciò che determina l'autoria è invece la capacità di guidare quanto precede l'offesa del bene giuridico («die Möglichkeit, das Vorgehen des Verletzungsgeschehens zu steuern», *ibidem*, p. 846, corsivo nel testo).

Matura così una separazione di piani tra posizione di garanzia e autoria. Quest'ultima richiede qualcosa in più della prima: il fatto che talvolta la giurisprudenza tedesca utilizzi la *Tatherrschaft* come criterio discrezionale tra autoria e partecipazione in caso di omissione, riducendo però la *Tatherrschaft* ad una "possibilità di impedire" (*Erfolgsabwendungsmöglichkeit*), incontra non a caso l'opposizione della dottrina: la possibilità di impedire è caratteristica di ogni omissione e, se servisse a conferirle anche il carattere della autoria, ogni omissente sarebbe *eo ipso Täter*<sup>87</sup>; per contro, la posizione di garanzia non esige un dominio d'intensità pari a quella richiesta dal dominio caratterizzante l'autoria: «il garante *non deve*, ma *può* essere in possesso di un dominio conformativo (*Gestaltungsherrschaft*)»<sup>88</sup>.

Si ha la conferma, per un verso, che la posizione è sistematicamente un *prius* logico rispetto ad altri momenti dell'imputazione; per altro verso, che la sua esistenza non dipende dalla sussistenza di poteri che già decidono della riferibilità in concreto dell'evento non impedito al suo autore<sup>89</sup>.

b) Se è concepibile una *Garantenstellung* che non implichi un dominio sul fatto e, con questo, l'autoria, ma solo una *Beihilfe*, si tratta di capire, per la dottrina tedesca, quale tipo di nesso lega questa forma di omissione al fatto. L'aspetto su cui s'intende richiamare l'attenzione è l'elaborazione, della giurisprudenza e di una parte della dottrina, di un criterio assai meno stringente rispetto al nesso causale: un contegno passivo integrerebbe la compartecipazione criminosa, qualora il suo autore, ove avesse agito, avrebbe soltanto re-

<sup>87</sup> Cfr. P. CRAMER, G. HEINE, *Vorbem. §§ 25 ff.*, cit., p. 514; C. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band II, cit., p. 669.

<sup>88</sup> W. BOTCKE, *Pflichtwidrigkeit*, cit. p. 33 (corsivo aggiunto); vedi anche W. BOTCKE, *Herrschaftsprinzip vs. Gestaltungsherrschaft?*, cit., pp. 197-199.

<sup>89</sup> Da altro punto di vista, volendo sostenere la compatibilità strutturale tra autoria e omissione impropria, O. RANFT, *Bemerkungen zur Täterschaft und Teilnahme durch garantispflichtwidriges Unterlassen*, in *FS für Otto*, Köln-Berlin-München, 2007, pp. 410-413, perviene alla riformulazione del concetto di *Tatherrschaft*, asserendo che "dominare" ("Herrschen") «non è un *quid* di statico»; esso sussiste solo come "dominabilità" («Beherrschbarkeit»), che si sostanzia in una possibilità indirizzata al futuro («"Herrschaft" ist nur als Beherrschbarkeit möglich; Beherrschbarkeit ist stets nur eine in die Zukunft gerichtete Möglichkeit»).

so più difficile la realizzazione del fatto da altri commesso (criterio della c.d. «Taterschwerung»)<sup>90</sup>.

La trattazione di questo tema implicherebbe la disamina degli orientamenti teorici relativi alla natura della *Beihilfe* in generale<sup>91</sup>; il che, evidentemente, non è consentito dal taglio della presente trattazione. La questione, del resto, riveste un interesse limitato dal punto di vista del nostro diritto, perché qualunque argomento addotto dagli autori tedeschi per ridurre la *Beihilfe* a un *quid minoris* rispetto all'apporto causale (sfumandone i contorni in quelli di un reato di pericolo astratto, o richiedendo un mero aumento di rischio come nesso di imputazione tra condotta di partecipazione e fatto principale)<sup>92</sup> cozzerebbe con l'argomento sistematico che vieta di incriminare il tentativo di concorso<sup>93</sup> e, nel caso specifico della partecipazione omissiva, con il dettato del nostro art. 40 comma 2 c.p., che testualmente impone l'adozione del parametro eziologico<sup>94</sup>. Preme rilevare, invece, che, quando la dottrina tedesca prospetta una soluzione particolarmente rassicurante sotto il profilo dei cri-

<sup>90</sup> Cfr., in senso adesivo all'opinione giurisprudenziale, O. RANFT, *Das garantispflichtwidrige Unterlassen der Taterschwerung*, in ZStW, 1985, p. 268 ss.; O. RANFT, *Bemerkungen zur Täterschaft und Teilnahme durch garantispflichtwidriges Unterlassen*, cit., p. 406 ss.; G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 846, nota 201; J. VOGEL, *Norm und Pflicht*, cit., pp. 292-295. Per l'impossibilità di rinunciare al paradigma causale, vedi invece, per tutti, T. WEIGEND, § 13, cit., pp. 869-870; quale ragione di critica verso la *Taterschwerung*, si sottolinea in genere l'assurdità di una richiesta, effettuata dall'ordinamento nei confronti di un garante, di attivarsi pur nella consapevolezza della inutilità del suo intervento (cfr. L. RISICATO, *Combinazione e interferenza*, cit., pp. 435-436, con puntuali riferimenti bibliografici).

<sup>91</sup> Cioè della definizione della condotta consistente nel "prestare aiuto" (ex § 27 StGB) e l'eventuale necessità di intravedervi un apporto causale: cfr. C. SERING, *Beihilfe*, cit., p. 112 ss., il quale tuttavia conclude per la impossibilità di trasporre le conclusioni cui si giunge sul piano della fattispecie attiva a quello della fattispecie passiva (*ibidem*, pp. 135-136).

<sup>92</sup> Nel primo senso, R.D. HERZBERG, *Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände*, in GA, 1971, p. 5 ss.; nel secondo, F. SCHAFFSTEIN, *Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe*, in FS für Honig, 1970, Göttingen, p. 173 ss. In difesa della causalità della *Beihilfe*, C. ROXIN, *Was ist Beihilfe?*, in FS für Miyazawa, Baden-Baden, 1995, p. 501 ss. Per una rivisitazione dell'intera problematica, si rinvia a S.A. OSNABRÜGGE, *Die Beihilfe und ihr Erfolg*, Berlin, 2002, in particolare p. 186 ss.

<sup>93</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 507-508; L. STORTONI, *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, Padova, 1981, p. 98 ss.

<sup>94</sup> Cfr. § 6, *infra*.

teri determinanti una *Garantenstellung* per omesso impedimento di altrui condotte, essa ammette talvolta, e al medesimo tempo, che il contributo causale – o men che causale – rispetto all’evento, pur non integrando autoria, possa essere punito come *Beihilfe*; proprio tali ricostruzioni sono inclini a ricomprendere nella *Beihilfe* la semplice *Taterschwerung*.

Eloquente la posizione di Herzberg, il quale, nel caso di omesso impedimento di un reato altrui, sostiene la necessità di riscontrare in capo al garante una signoria di fatto (*faktische Herrschaft*) abbinata a un potere di comando di tipo giuridico (*rechtliche Befehlsgewalt*)<sup>95</sup>. L’Autore afferma inoltre che, ad esempio in una truffa, chi non impedisce i raggiri, quale connotato essenziale della fattispecie a condotta vincolata, ma si limita solo a non impedire un errore altrui, di regola non può essere considerato “autore”. Ma in una tale evenienza non sarebbe esclusa una responsabilità a titolo di *Beihilfe*<sup>96</sup>. Infatti, «un garante non deve avere la possibilità assoluta di impedire l’evento (*die Möglichkeit der totalen Erfolgsabwendung*). Una partecipazione (*Beihilfe*) è integrata quando egli può rendere disagevole la realizzazione del fatto (*erschweren die Tat*) e non lo fa»<sup>97</sup>.

La soluzione cui si giunge non è immune da una certa incoerenza: la figura del garante germina solo sullo sfondo di poteri particolarmente penetranti; però, contemporaneamente, è considerato garante chi tali poteri non può esercitare: solo che la sua omissione è declassata a una forma di complicità<sup>98</sup>. La tipicità malleabile della fattispecie di concorso scardina i confini nei quali si cerca di serrare la fattispecie omissiva impropria. Per certi versi, si tratta di considerazione analoga a quella riservata alla dottrina italiana che distingue

<sup>95</sup> R.D. HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht*, cit., p. 320.

<sup>96</sup> Salvo riscontrare un’autoria mediata là dove ne sussistano i presupposti (tra questi la presenza di una persona sottomessa a mo’ di umano strumento): cfr. R.D. HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht*, cit., p. 100 ss.,

<sup>97</sup> R.D. HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht*, cit., p. 117. La stessa tendenza si riscontra in W. BOTCKE, *Haftung aus Nichtverhütung*, cit., p. 35, il quale, come detto, scinde però nettamente i profili della autoria e della posizione di garanzia.

<sup>98</sup> Si veda, in proposito, la critica mossa dallo E. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, seconda edizione, Tübingen, 1975, p. 709 alla *Taterschwerung* in quanto contraria alla struttura di ogni “rapporto di garanzia”.

tra obblighi di garanzia e obblighi di sorveglianza, nel momento in cui essa, come a suo tempo segnalato, tenta di valorizzare l'omissione in termini di contributo morale<sup>99</sup>.

Ne deduciamo, ancora una volta, che il problema dei poteri inerenti a una *Garantenstellung* si risolve su un piano diverso rispetto a quello del riscontro dell'autoria, riscontro, quest'ultimo, condizionato da valutazioni compiute alla luce di dati fattuali, estranei al primo problema; e che la *Garantenstellung*, non essendo modellata sulla figura dell'autore, ricomprende in sé poteri variamente graduabili, la cui intensità nella circostanza concreta permette poi – in un ordinamento che lo consenta – la classificazione del loro omesso esercizio in una delle figure tipiche di concorso.

#### 6. *Il nesso tra condotta omissiva e “evento reato”: l'irrinunciabilità del paradigma eziologico*

Riassumiamo sinteticamente i risultati sinora ottenuti: a) la fattispecie di omesso impedimento di un reato altrui non può essere estromessa dal sistema vigente; b) non è immune da riserve, sebbene, negli intenti, apprezzabile, il tentativo di limitarne l'ambito tramite una suddivisione tra obblighi di garanzia e obblighi di sorveglianza, perché muove da una necessità di intensificare il potere impeditivo non ben vagliata dal punto di vista delle premesse e delle conseguenze sistematiche; c) la recezione di impostazioni di tipo normativista sembra fornire solo un nuovo alfabeto dogmatico di alcuni fenomeni di espansione dei centri di imputazione; d) il dato comparatistico, infine, evidenzia i condizionamenti subiti in questa materia da una “caccia all'autore nel garante” delle dottrine germaniche.

Le considerazioni *sub* b) e d) manifestano per altro un elemento comune: è dato constatare, negli studi in materia, una certa com-

---

<sup>99</sup> Cfr. *supra* § 3.2. In quest'ultimo caso, però, si è ben lungi dal legittimare sul piano sistematico l'incriminazione di un'azione non compiuta che solo avrebbe reso meno facile realizzare l'impresa criminosa; e si assume come punto di partenza che l'“omittente”, il quale, in realtà, non omette ma agisce, non riveste una posizione di garanzia.



mistione di piani tra astratto e concreto nell'analisi della fattispecie concorsuale, che è evidentemente portato dell'aver intravisto nell'autoria il paradigma della responsabilità e il perno di ogni ricerca. Prima di proporre una chiave di lettura alternativa<sup>100</sup>, è necessario chiarire come debba essere inteso il nesso che unisce la condotta di omesso impedimento alla complessiva vicenda delittuosa. Perché, altrimenti, l'indagine sui poteri impeditivi potrebbe considerarsi superflua e l'intera tematica riversarsi nel duttile – ma estremamente malfermo – edificio della fattispecie plurisoggettiva eventuale<sup>101</sup>: degradando, nel qual caso, l'omissione a mera condotta di agevolazione o di aumento di un rischio.

L'omesso impedimento del reato altrui, in altri termini, deve confrontarsi con il problema fondamentale del concorso di persone: con una «erosione del paradigma causale, o comunque della sua tradizionale applicazione al concorso» quale «risultato più certo del lavoro dottrinale» e, allo stesso tempo, «*pars destruens*» alla quale «non ha sempre corrisposto una dettagliata *pars costruens*»<sup>102</sup>. Ovviamente, non possiamo occuparci *ex professo* in questa sede di tale immane problematica. Ci limitiamo ad alcune osservazioni, al fine di porre taluni limiti all'estensione della tipicità generata dalla combinazione tra artt. 40 e 110 ss. c.p.

Si consideri, in proposito, uno degli approdi dottrinali più recenti e autorevoli, che ha cercato di infrangere il «dogma causale» vigente in materia di concorso, partendo dalla considerazione

<sup>100</sup> Cap. V.

<sup>101</sup> Noto il giudizio sull'art. 110 c.p. come «norma priva di tipicità» dato da G. VASSALLI, voce, *Tipicità*, in *Enc. dir.*, vol. XLIV, Milano, 1992, p. 538.

<sup>102</sup> In questi termini, M. DONINI, *Il concorso di persone nel Progetto Grosso*, in C. DE MAGLIE, S. SEMINARA (a cura di), *La riforma del codice penale: la parte generale*, Padova, 2002, p. 154. Per la critica all'utilizzo del paradigma causale, tra gli altri (oltre a De Francesco, la cui posizione sarà analizzata nel testo), si vedano S. ALEO, *Causalità, complessità e funzione penale*, Milano, 2003, p. 101 ss.; G. INSOLERA, voce *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1989, p. 443 ss.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 554 ss.; T. PADOVANI, *La concezione finalistica dell'azione e la teoria del concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 406. Sull'intera tematica, da ultimo, anche alla luce di recenti indirizzi giurisprudenziali, P. COCO, *L'imputazione del contributo concorsuale atipico*, cit., p. 16 ss.; G. INSOLERA, *Causalità e reati plurisoggettivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 563 ss.

che tra compartecipazione ed evento s'interpone la condotta umana dell'esecutore, la quale, in modo sostanzialmente diverso da «qualsiasi “concausa”», priverebbe la condotta del partecipe di qualunque influenza causale sul decorso produttivo dell'evento<sup>103</sup>. A ciò, secondo la dottrina in questione, si potrebbe ovviare adducendo esservi stato un influsso eziologico, non tra condotta umana ed evento, ma tra condotta e condotta: se non fosse che la *conditio sine qua non* palesa una totale inettitudine quale criterio esplicativo del nesso che unisce due comportamenti umani<sup>104</sup>. Viene proposto quindi un nuovo criterio: «una relazione di carattere “strumentale”, [...] un nesso di funzionalità delle condotte di partecipazione rispetto alle dinamiche di realizzazione di un determinato fatto di reato», alla cui esatta individuazione contribuirebbe sì la fattispecie monosoggettiva, non già in termini di causalità della condotta atipica rispetto a quella tipica, bensì di valorizzazione di elementi, irrilevanti ai fini della fattispecie di parte speciale, ma realizzabili nel contesto pluri-soggettivo ed ivi suscettivi di integrare gli estremi di un contributo rilevante<sup>105</sup>.

Al parametro della “strumentalità” la teoria in questione tenta di ricondurre anche il concorso omissivo: di tal che, perché ne venga imputato l'omesso esercizio al proprio titolare – il garante –, un potere impeditivo deve apparire «obiettivamente utile al raggiungimento del risultato sotteso all'obbligo giuridico trasgredito»<sup>106</sup>. È evidente come, rispetto al nesso causale previsto dall'art. 40 comma 2, siffatto parametro esiga un legame più tenue: in tale misura, il modello proposto ha confini incerti e non è distante da altre soluzioni elaborate al fine di dilatare la causalità sino all'agevolazione<sup>107</sup>. Anche se, par di capire, la dottrina in esame intende il criterio da

<sup>103</sup> V. G. DE FRANCESCO, *Il concorso di persone nel reato*, in A. CADOPPI *et al.*, *Introduzione al sistema penale*, vol. 2, Torino, 2001, p. 331 ss.; a questa dottrina aderisce T. PADOVANI, *Diritto penale*, ottava ed., Milano, 2006, p. 288.

<sup>104</sup> G. DE FRANCESCO, *Il concorso di persone*, cit., p. 332 ss.

<sup>105</sup> G. DE FRANCESCO, *Il concorso di persone*, cit., p. 334 ss.

<sup>106</sup> G. DE FRANCESCO, *Il concorso di persone*, cit., pp. 339-341.

<sup>107</sup> Cfr. M. DONINI, *Il concorso di persone nel Progetto Grosso*, cit., p. 154. Non condivide tale critica L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità*, cit., p. 158, nota 107, che si sofferma su altri aspetti della teorica di De Francesco.

essa suggerito come «ulteriore corollario» rispetto all'accertamento di poteri impeditivi come concepiti dalla recente dottrina (italiana) sulla posizione di garanzia<sup>108</sup>. Però non è dato evincere con chiarezza se questi termini occupino altrettante, distinte sedi sistematiche nell'ambito della fattispecie concorsuale; oppure se potere "impeditivo" e "strumentale" sostanzialmente coincidano, nel senso che il carattere impeditivo del potere ne confermi la strumentalità<sup>109</sup>.

Preferibile attenersi all'opinione secondo cui la condotta di omesso impedimento di un reato va valutata in base alla propria efficacia eziologica<sup>110</sup>. Di certo il paradigma eziologico palesa limiti indiscutibili; ma non è dato rinunciarvi dove esso può funzionare. La causalità e la teoria dell'accessorietà<sup>111</sup> conservano un valore culturale tuttora traducibile in parametro tecnico rispetto ai contributi di concorso per i quali non si avverte il bisogno di far ricorso ad

---

<sup>108</sup> Riportiamo le parole di G. DE FRANCESCO, *Il concorso di persone*, cit., pp. 340-341: «l'idea stessa di esigere una concreta "funzionalità" del comportamento doveroso rispetto all'obiettivo di evitare il fatto illecito altrui, oltre a confermare la necessità – posta in evidenza dalla dottrina più sensibile [...] – che il garante risulti effettivamente fornito di poteri impeditivi a tal fine riconosciuti dalla legge, implica infatti l'ulteriore corollario secondo il quale l'esercizio di simili poteri possa realmente apparire, nella fattispecie, come obiettivamente "utile" al raggiungimento del risultato sotteso all'obbligo giuridico di volta in volta trasgredito».

<sup>109</sup> Come sembra emergere dalla sintesi di T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 289.

<sup>110</sup> Di recente, in questo senso, P. ARDIA, *La responsabilità penale*, cit., p. 1258; P. SEMERARO, *La partecipazione*, cit., p. 591 (che però include anche l'agevolazione); F. 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 F. Stella*, vol. II, Napoli, 2007, p. 1037 ss.

<sup>111</sup> "Accessorietà" e "causalità" del contributo concorsuale, s'intende, non sono termini concettualmente inscindibili (ad es., L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., p. 470, pur valorizzando l'accessorietà come modello esplicativo della struttura concorsuale "in concreto", opta per un paradigma basato sulla «peculiare ossatura organizzativa della fattispecie in concorso»). Tuttavia, com'è stato evidenziato, la teoria dell'accessorietà, «concependo come meramente "accessoria" la condotta di partecipazione che si lega all'altrui fatto principale se causale (o al limite se pericolosa), rende più difficile la svalutazione della causalità di tale condotta di quanto non avvenga in una ricostruzione dogmatica in cui il parametro di imputazione vale ad attingere direttamente la tipicità» (vedi M. DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, pp. 194-195).

altri modelli esplicativi<sup>112</sup>. Tra essi figura la compartecipazione per omissione, la cui struttura non osta a una ricostruzione in termini di accessorietà e di causalità<sup>113</sup>. Ricostruzione che, anzi, è imposta dalla legge: dall'art. 40 comma 2 c.p., a cui bisogna far ricorso per sanzionare un'omissione non tipizzata da norme di parte speciale; e dall'art. 116 c.p. che, sia pure in un contesto del tutto peculiare, richiama una condotta di partecipazione omissiva ed esige un riscontro eziologico<sup>114</sup>.

<sup>112</sup> Sul punto si fa riferimento al pensiero di Donini. In un saggio risalente alla metà degli anni Ottanta, Donini, oltre a dimostrare come a fallire, nel concorso di persone, non è la spiegazione causale in sé, ma il criterio della *condicio sine qua non*, riteneva che il criterio della rilevanza causale della condotta potesse essere affiancato, nel concorso di persone, da un diverso criterio di tipizzazione, che egli allora identificava nella rilevanza circostanziale del contributo (vedi M. DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, cit., p. 175 ss., in particolare p. 196 ss.). In un lavoro più recente, lo stesso Autore, ribadendo la sua opinione contraria ad un "paradigma unico" in materia di concorso, volge quella impostazione in una prospettiva *de iure condendo*: la critica al paradigma eziologico non deve significarne l'abbandono; semmai si pone la necessità di tipizzare condotte che esulino da esso e che, nello stesso tempo, appaiano meritevoli di sanzione alla luce di condivise esigenze di politica criminale. A differenza che nel suo precedente lavoro, tuttavia, lo Studioso ritiene che questa strada non sia percorribile in via interpretativa ma solo legislativa (M. DONINI, *Il concorso di persone nel Progetto Grosso*, cit., p. 153 ss.). Sulla teoria dell'accessorietà, fondamentale lo studio del C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952, p. 22 ss. Sulla distinzione di piani concettuali tra teoria dell'accessorietà e teoria della fattispecie plurisoggettiva (maggiormente accreditata quale spiegazione dogmatica del reato concorsuale), nella quale risiede comunque un'irrinunciabile residuo di accessorietà, e sull'impossibilità di abbandonare l'accessorietà «in riferimento a tutte le situazioni, che sono anche le più numerose, in cui il fatto concorsuale sia costituito da una condotta tipica e principale accanto ad altre atipiche», vedi S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, cit., p. 288 ss. (la citazione è alle pp. 298-299). L'esigenza di un nesso eziologico è circostanza «indiscutibile» in ogni caso diverso dalla condotta frazionata, per M. GALLO, *Apunti di diritto penale*, vol. II, *Il Reato. Parte prima, La fattispecie oggettiva*, Torino, 2007, p. 96, nota 14. Riguardo al perdurante valore "culturale" dell'accessorietà, cui si è fatto cenno nel testo, si veda ancora M. DONINI, *Il concorso di persone nel Progetto Grosso*, cit., p. 141.

<sup>113</sup> In questi termini, S. VINCIGUERRA, *Sulla partecipazione atipica mediante omissione a reato proprio (in tema di concorso del custode alla sottrazione di cose pignorate commessa dal proprietario)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 311.

<sup>114</sup> Che l'art. 116 c.p. riveli la necessità che la condotta di compartecipazione debba arrecare un contributo causale non può essere negato anche dalla dottrina che si oppone alla causalità nel concorso. Così, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., pp. 556-557, richiama la disposizione citata per dimostrare come, avendo

---

il legislatore solo in tal caso preteso un nesso causale, sarebbe confermata la generale inoperatività di tale criterio nella fattispecie plurisoggettiva. Senonché, in primo luogo, occorre constatare come, secondo una diversa lettura, l'art. 116 potrebbe limitarsi a ribadire ciò che è valido di norma per ogni contributo concorsuale, e cioè che esso esige sempre il riscontro di un'efficacia sul piano causale, anche quando si sia verificato un "evento diverso", la funzione sistematica di questa norma essendo limitata solo a forgiare una eccezione sul piano soggettivo (si veda C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone*, cit., p. 70, nota 3). Al di là della disputa sull'art. 116 (sul cui valore sistematico, come sulla necessità di appurare un nesso causale, vedi, di recente, P. SEMERARO, *La partecipazione*, cit., p. 587 ss.), dalla circostanza che anche gli oppositori del dogma causale siano costretti ad ammettere l'esigenza del nesso eziologico in taluni casi, ci sembra di poter trarre una conferma di come il criterio di rilevanza della condotta concorsuale sfugga ad una unicità di paradigma.



## CAPITOLO V

### OBBLIGHI DI ORGANIZZAZIONE E POTERI IMPEDITIVI: PROFILI DI UNA RICOSTRUZIONE GENERALE DELLA FATTISPECIE DI OMESSO IMPEDIMENTO DI UN REATO IN AMBITO SOCIETARIO

#### 0. *Premessa*

Rilevati i difetti intrinseci delle ricostruzioni sin qui analizzate, è giunto il momento di assegnare ai diversi elementi della fattispecie di omesso impedimento di un reato un contenuto consequenziale alla sede sistematica ipotizzata nelle precedenti parti. Nello stesso tempo, ci si accinge progressivamente al confronto con il settore disciplinare punto di riferimento della presente ricerca. Più esattamente, quindi, ci cimentiamo ora con il rinvenimento dei presupposti della fattispecie di omesso impedimento di un reato, operante nell'ordinamento delle società e dei mercati finanziari.

L'indagine richiede, essenzialmente, che si affronti, attraverso gli strumenti teorici sin qui acquisiti, il diffondersi anche nella disciplina di questo settore di obblighi di organizzazione e l'attribuzione di poteri di sorveglianza e di intervento su una struttura organizzativa nei confronti di determinati organi. Suddividiamo dunque la trattazione nei seguenti nuclei tematici, che in modo molto sintetico contrassegniamo come: obblighi di organizzazione (sezione prima, *infra*); poteri impeditivi (sezione seconda); imputazione (sezione terza). Si affida allo sviluppo delle singole parti l'esatta individuazione del contenuto di questi termini.

SEZIONE PRIMA  
OBBLIGHI DI ORGANIZZAZIONE

1. *Insufficienza della nozione di “competenza” data la dinamicità dei processi organizzativi societari; polisemia delle relazioni interne esemplificata dalla “indipendenza” degli organi*

È stata riscontrata, in altra parte del lavoro, una certa tendenza a leggere nelle trame dell'organizzazione imprenditoriale una mappa dei centri di imputazione, che le teoriche d'oltralpe rendono con l'espressione *Zuständigkeit*, segnando un distacco “dal fatto” per retrocedere a qualcosa di distante da esso: un “ruolo”, un “ambito di responsabilità”, una “competenza”, appunto; tant'è che, in alcune di queste tendenze, si è lucidamente intravista una malcelata riedizione della teoria dell'ingerenza<sup>1</sup>, con il fardello di problematiche che ne derivano<sup>2</sup>. Ancora, questo sbalzo dell'attribuzione di responsabilità penale verso l'accertamento di una *Zuständigkeit*, da un primo punto di vista, può essere spiegato come acquiescenza dogmatica verso esigenze di espansione della criminalizzazione nascenti dalla natura delle organizzazioni<sup>3</sup>. In un'ottica limitativa della responsabilità penale, invece, secondo una recente rilettura, si è visto come la definizione di competenze contribuirebbe ad arricchire il significato del principio di responsabilità per fatto proprio, fissando un momento preliminare rispetto a quello dell'attribuzione di un evento, in grado di distinguere “in negativo” i soggetti non coinvolti nella produzione dell'evento medesimo poiché non interessati da quel “ruolo”<sup>4</sup>.

Dicemmo allora che è da revocare in dubbio l'idea che la morfologia delle organizzazioni si presti docilmente quale codice cifrato di “competenze”, attraverso cui tracciare il perimetro delle posizioni

<sup>1</sup> Cap. III, § 5.4. L'espressione, accanto a quella di “Herrschaftsbereich”, viene da taluno utilizzata in modo “eclettico”, secondo quanto esposto sempre al cap. III, § 6 ss.

<sup>2</sup> Sulle quali si veda cap. III, § 8.

<sup>3</sup> *Supra*, cap. III, § 5 ss.

<sup>4</sup> *Supra*, cap. IV, § 5.



individuali alle quali si possano accollare eventi lesivi. Verifichiamo ora il fondamento di tale affermazione.

Il modello di organizzazione che mutuiamo dalla ricerca sociologica, come ci si accinge a vedere, altera l'idea di gerarchia, di potere e di signoria. Per contro, esso denota un marcato profilo dinamico, per il quale l'organizzazione rifulge per la sua dimensione di *processo organizzativo*<sup>5</sup>, sì da schiudere un concetto di "competenza" ancillare rispetto a quello di "coordinazione"<sup>6</sup>. Inoltre, si consolida l'idea che l'intera funzione organizzativa sia preceduta da una complessiva analisi del rischio, che si può indicare come nucleo primario di un obbligo di organizzazione<sup>7</sup>.

Venendo al tema che ci occupa da vicino: non è in discussione un disegno legislativo votato alla statuizione dei doveri e dei poteri degli organi societari, orientato, nelle premesse, a ripartirne razionalmente le responsabilità<sup>8</sup>; il punto è che il moto dinamico che involge le strutture organizzative – la trama delle relazioni da cui gli organi sono legati – innesca inevitabilmente, come ci si propone di dimostrare, fattori moltiplicativi dei centri di imputazione<sup>9</sup>.

---

<sup>5</sup> Una lettura attenta a questo profilo si rinviene nell'opera di J.D. THOMPSON, *L'azione organizzativa* (1962), Torino, 1994, p. 274. Il profilo "dinamico" dell'organizzazione è riconducibile alla metafora della "liquidità" introdotta da Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, cit. p. 178, il quale, in proposito, scrive che «l'odierna organizzazione aziendale ha in sé un elemento di disorganizzazione volutamente intrinseco».

<sup>6</sup> Vedi *infra*, §§ 3 e 4.

<sup>7</sup> Su tali argomenti, si veda la corposa monografia di G. SPINDLER, *Unternehmensorganisationspflichten*, Köln-Berlin-Bonn-München, 2001; in particolare, sull'incremento del profilo dinamico – *Ablauforganisation* – e sull'affermarsi di una funzione di *risk management*, p. 373 ss. Sul concetto di *risk management*, *supra*, cap. I, sezione seconda, § 2.2.

<sup>8</sup> Si vedano i punti relativi a consiglio di amministrazione ed al collegio sindacale della *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative*, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366, § 6.

<sup>9</sup> Osserva A. ALESSANDRI, "*Corporate governance*" nelle società quotate, cit., p. 540, come «la precisazione dei compiti, ad esempio dei sindaci, migliora la situazione teorica: ma disegna scenari di grande respiro, ad esempio quello del giudizio sull'adeguatezza sulla struttura organizzativa o di controllo [...]». Va ricordato come lo stesso Autore abbia già manifestato, in passato, una spiccata sensibilità verso il tema del rapporto tra profilo "dinamico" delle organizzazioni, costituito dalle relazioni tra gli appartenenti ad un'organizzazione, osservati però, almeno allora, alla

Prima di entrare nel dettaglio di siffatta problematica e di discutere dell'attitudine impeditiva dei poteri assegnati nell'ambito delle organizzazioni societarie, notiamo subito come sia la premessa "di valore" sottesa alla limitazione della responsabilità per omesso impedimento di un illecito altrui ad incrinarsi: difatti, la convivenza del principio di "autoresponsabilità" (*Selbstverantwortung*), che è assunto quasi come premessa tacita della responsabilità per fatto proprio<sup>10</sup>, con contesti normativi (extrapenali) eretti *proprio sulla premessa* che taluni organi non siano sufficientemente autonomi nel perseguire taluni interessi, si fa estremamente difficile; o, per lo meno, diviene problematico rintracciare il perimetro delle responsabilità individuali in una dimensione extra-penale, dove a regnare, più che l'autonomia, è l'interdipendenza<sup>11</sup>.

Che tale approccio critico meriti attenzione, si percepisce, tra l'altro, non appena ci si soffermi su uno dei temi più in voga del diritto societario. Si allude al concetto (o "mito", secondo un'autorevole voce)<sup>12</sup> di "indipendenza", invocato non solo nei confronti dei sindaci e dei revisori, ma anche e soprattutto degli amministratori di società (di una parte di essi), e con tanta enfasi penetrato prima nell'autoregolamentazione e poi nei testi legislativi della riforma societaria e della riforma del risparmio<sup>13</sup>. La previsione di posizioni

luce di meccanismi meramente informali, e principio di responsabilità per il fatto proprio (cfr. A. ALESSANDRI, *Impresa*, cit., p. 195 ss.).

<sup>10</sup> Cfr. H. SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen, 1986, p. 6 ss. Per una valorizzazione del principio di "autoresponsabilità" nel diritto penale dell'impresa, vedi l'impostazione di A. FIORELLA, *I principi generali del diritto penale dell'impresa*, cit., p. 49 ss.

<sup>11</sup> Sul concetto e le forme di "interdipendenza" e "coordinazione", J.D. THOMPSON, *L'azione organizzativa* cit., p. 139 ss.

<sup>12</sup> G. ROSSI, *Le c.d. regole di corporate governance sono in grado di incidere sul comportamento degli amministratori?*, in *Riv. soc.*, 2001, p. 6 ss.

<sup>13</sup> Secondo P. FERRO-LUZZI, *Indipendente... da chi; da cosa?*, in *Riv. soc.*, 2008, p. 207, «indipendente è l'amministratore che ha un valore di reputazione proprio superiore al valore della carica», valore nel senso «professionale e personale proprio». In argomento, G. PRESTI, F. MACCABRUNI, *Gli amministratori indipendenti: mito e realtà nelle esperienze anglosassoni*, in *An. giur. ec.*, 2003, p. 97 ss.; A. PERICU, *Il ruolo degli amministratori indipendenti nei paesi dell'Europa continentale*, in *An. giur. ec.*, 2003, 115 ss.; M. BELCREDI, *Amministratori indipendenti, amministratori di minoranza, e dintorni*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 853 ss.; G. OLIVIERI, *Amministratori "indipendenti" e "di minoranza" nella legge sulla tutela del risparmio*, in

“non esecutive” in seno al CdA e la conseguente dissociazione della qualifica di amministratore dai poteri “operativi” figurano tra gli aspetti caratteristici dell’indipendenza, e non possono che destare una certa cautela sotto il profilo del rilievo penalistico da attribuirsi ad una eventuale omessa vigilanza, poiché costituiscono sintomi di una preconstituita carenza di poteri d’intervento<sup>14</sup>.

Eppure, rispetto a talune materie, gli amministratori indipendenti assumono una funzione fondamentale, atteggiandosi a «garanti della *fairness* sostanziale e procedurale delle decisioni»<sup>15</sup>, in qualità di organi esponenziali di interessi diversi dalla maggioranza azionaria, la dialettica dei quali, in seno al CdA, si intende appunto incrementare tramite la presenza di soggetti indipendenti<sup>16</sup>. L’“indipendenza” è finalizzata, in tale ottica, a garantire l’obiettività del giudizio e l’efficacia della funzione<sup>17</sup>.

I termini “indipendenza” e “autonomia”<sup>18</sup> degli organi societari possono allora evocare mere analogie semantiche rispetto al princi-

---

*An. giur. ec.*, 2006, p. 23 ss.; D. REGOLI, *Gli amministratori indipendenti*, in P. ABBADESSA, G.B. PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*, cit., vol. 2, p. 385 ss., che auspica una “procedimentalizzazione” dei doveri spettanti agli amm. ind. onde pervenire ad una definizione delle responsabilità connesse a tale ruolo (*ibidem*, p. 431 ss.). Dal punto di vista penalistico, F. CENTONZE, *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi*, cit., p. 981 ss.

<sup>14</sup> A. ALESSANDRI, “Corporate Governance” e società quotate, cit., pp. 542-543.

<sup>15</sup> M. BELCREDI, *Amministratori indipendenti*, cit., p. 860.

<sup>16</sup> Che si tratti di interessi dei “risparmiatori” o degli “azionisti di minoranza” (o di tutela degli uni tramite gli altri) è poi un problema dibattuto alla luce delle affinità e divergenze tra il modello degli amministratori “indipendenti” ed il modello degli amministratori “di minoranza” (a quest’ultimo sembra si sia maggiormente ispirato il legislatore nella L. 262/2005: cfr. G. OLIVIERI, *Amministratori*, cit., p. 27 ss., che però segnala una sostanziale “continuità” tra i predetti modelli). Preme solo segnalare l’ingresso, nel CdA, di interessi estranei a quelli della maggioranza azionaria, in linea, del resto, con l’ideologia, perseguita dalla *corporate governance*, di tutela degli interessi degli *stakeholders*.

<sup>17</sup> «[...] in quanto garanzia intrinseca di obiettività di giudizio in rapporto ad obiettivi o parametri dati», come scrive A. PERICU, *Il ruolo degli amministratori*, cit., p. 122. Vedi anche P. FERRO-LUZZI, *Indipendente*, cit., p. 208, secondo il quale la qualità dell’amministratore indipendente è quella di «accorgersi dell’esistenza di un problema, di un rischio, e la capacità di sollevare la questione, “independentemente” dagli interessi specifici coinvolti».

<sup>18</sup> Un chiarimento sulla distinzione tra questi due concetti in D. MARCHESANI, *The Concept of Autonomy and the Independent Director of Public Corporations*, in

pio di “autoresponsabilità”, ma, senza volerne qui discutere il fondamento filosofico<sup>19</sup>, è palese la distanza tra premesse assiologiche che animano il principio e gli obiettivi ambìti dalla disciplina extrapenale. L’autonomia e l’indipendenza non costituiscono una membrana volta ad isolare tra loro i titolari di determinate funzioni (membri esecutivi e membri non esecutivi del CdA). Tutt’altro: sono attribuiti che discendono da un’acquisita consapevolezza circa i rischi di comportamenti opportunistici alla portata degli organi esecutivi<sup>20</sup>; muovono esattamente dalla “non-autonomia” di questi ultimi quali soggetti degni di una sorveglianza qualificata. In linea di principio, i rapporti tra le sfere di competenza presenti nel CdA risultano fondati sul reciproco sospetto più che sul legittimo affidamento<sup>21</sup>.

## 2. *L’organizzazione come paradigma di imputazione*

Se il concetto di “competenza” (e suoi consimili) palesa una limitata utilità euristica, è dato notare come l’organizzazione può venire in gioco non solo come “mappa” di competenze sparse lungo il suo percorso, bensì come entità che si interpone tra taluni soggetti ed un evento da imputare; come fonte, dunque, di un dovere organizzativo al cui inadempimento è dato ricondurre – secondo i costrutti che esamineremo nei seguenti paragrafi – un evento lesivo che un diverso impianto organizzativo avrebbe evitato. L’assurgere dell’organizzazione a paradigma dell’imputazione è un fenomeno tutt’altro che confinato nell’empireo della dogmatica; è una tecnica presente sotto diverse sembianze nell’impostazione legislativa e nel-

---

*Berkeley Business Law Journ.*, 2005, p. 317 ss., ove il termine “autonomo” è ritenuto più ampio di “indipendente” e più idoneo a descrivere le caratteristiche personali da ascrivere ai c.d. “independent directors”.

<sup>19</sup> Una critica sui postulati filosofici del principio di autoresponsabilità ricorre in M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997, p. 100 ss.

<sup>20</sup> Cfr. G. PRESTI, F. MACCABRUNI, *Gli amministratori*, cit., p. 99; e M. BELCREDI, *Amministratori indipendenti*, cit., p. 860, con richiami alla teoria dell’agenzia.

<sup>21</sup> Con particolare riferimento all’amministrazione, il discorso investe il tema, complesso, dell’esatta delimitazione dell’obbligo di “agire in modo informato”, che sostituisce il previgente obbligo di vigilanza, su cui ci soffermeremo in seguito (cap. VI, sezione prima, § 1).

le applicazioni giurisprudenziali di diversi paesi<sup>22</sup>; ed in alcuni casi comincia a sollevare dubbi di costituzionalità<sup>23</sup>.

### 2.1. *L'autoria mediata tramite la "signoria sull'organizzazione" nell'esperienza tedesca: la diversità dell'organizzazione del potere nelle aziende rispetto all'organizzazione statale*

Nell'esperienza tedesca l'organizzazione diviene filtro dell'imputazione penalistica, nel momento in cui i vertici della stessa sono chiamati a rispondere nelle vesti di *Täter* per gli illeciti commessi dagli intranei, in quanto muniti di una signoria, non su questi ultimi, ma sull'organizzazione medesima<sup>24</sup>. Si segue quindi un percorso non identico, sebbene affine, a quello dettato dalla responsabilità per omesso impedimento di un reato<sup>25</sup>. Ma anche qui si assiste ad un

<sup>22</sup> Un quadro di sintesi in A. NIETO MARTÍN, *Soziale Verantwortung*, cit., p. 497 ss.

<sup>23</sup> È il caso della Polonia, dove la Corte costituzionale ha dichiarato, sotto diversi aspetti, costituzionalmente illegittima la legge sulla responsabilità penale delle persone giuridiche introdotta nel 2003 (Dz.U. 2002.197.1661). Tra le altre, la Corte ha dichiarato illegittima la norma sul difetto di organizzazione quale criterio di attribuzione della responsabilità nei confronti di un'impresa (ex art. 5 della legge: la norma, in realtà, prevedeva la "colpa d'organizzazione" come uno dei possibili criteri di imputazione, accanto alla *culpa in eligendo* e alla *culpa in vigilando* del soggetto collettivo, sì da dare vita ad un modello "ibrido" di responsabilità dell'ente, come criticamente rilevato da E. WEIGEND, B. NAMILOWSKA GABRYSIK, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen im polnischen Recht*, in *ZStW*, 2004, pp. 545-547), affermando come non sia possibile, per un'impresa, garantire che al suo interno non siano commessi illeciti (Corte Cost. polacca, giudizio del 3.11.2004, K 18/03, al punto 13; una sintesi della sentenza, in inglese, è disponibile su [www.trybunal.gov.pl](http://www.trybunal.gov.pl)).

<sup>24</sup> Una vera e propria fattispecie di omessa adozione di misure organizzative da parte dell'imprenditore è presente, nell'ordinamento tedesco, solo sotto forma di *Ordnungswidrigkeit*, secondo il § 130 OWiG.

<sup>25</sup> Cfr. G. HEINE, *Europäische Entwicklungen bei der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Wirtschaftsunternehmen und deren Führungskräften*, in *ZStrR*, 2001, p. 22 ss.; B. SCHÜNEMANN, *Brennpunkte des Strafrechts in der entwickelten Industriegesellschaft*, in R. HEFENDEHL (a cura di), *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus*, cit., p. 362 ss. Come segnalato da taluno, proprio il tramite della "organizzazione" consentirebbe di riferirsi indifferentemente all'"autore", inteso come *Täter* (cioè con riferimento alla fattispecie plurisoggettiva), e come titolare di una posizione di garanzia. Il titolare di un'impresa – o altro soggetto tenutovi –, che non abbia adottato misure organizzative che avreb-

fenomeno di retrocessione rispetto al “fatto”: «la signoria sull’organizzazione, e non la signoria su chi concretamente pone in essere il fatto – contro la dogmatica tradizionale –, diventa con ciò ragione fondante dell’imputazione nell’ambito dell’autoria»<sup>26</sup>.

Padre di tale costruzione è Roxin, il quale ha inteso creare una figura distinta dall’istigazione (*Anstiftung*), grazie ad un automatismo repressivo che ne è alla base, e posta accanto alle altre due forme di autoria mediata (cioè quelle determinate dalla costrizione e dall’errore altrui): una «*Willenherrschaft* in virtù di un apparato organizzativo di potere», dove il dominio sull’accaduto si esplica nonostante l’autore “immediato” sia pienamente responsabile. La figura, secondo Roxin, troverebbe applicazione solo rispetto ad organizzazioni nelle quali siano riscontrabili: a) rapporti di comando; b) “fungibilità” tra i membri subordinati dell’organizzazione; c) «*Rechtslöstheit*», cioè la caratteristica dell’organizzazione di muoversi al di fuori dell’ordinamento giuridico; d) “elevata propensione a commettere il fatto da parte dell’esecutore” («*wesentlich erhöhte Tatbereitschaft der Ausführenden*»)<sup>27</sup>.

---

bero evitato il reato commesso dai dipendenti, infatti, potrebbe essere ritenuto responsabile o come autore mediato in forza del suo dominio sull’organizzazione, o quale titolare di una posizione di controllo sull’organizzazione quale fonte di pericolo (così, secondo J. SCHLÖSSER, *Organisationsherrschaft durch Tun und Unterlassen. Zugleich Besprechung von BGH, Beschluss vom 26.08.2005 und Urteil vom 13.05.2004*, in *GA*, 2007, pp. 168-169). Altri, invece, non prendono in considerazione il tema dell’autoria mediata, perché la responsabilità dell’imprenditore sarebbe risolvibile solo con la ricostruzione di una posizione di garanzia di controllo (B. SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, in *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, Band IV, München, 2000, p. 628 ss.; H. OTTO, *Die strafrechtliche Verantwortung für die Verletzung von Sicherungspflichten in Unternehmen*, cit., pp. 339-340).

<sup>26</sup> J. SCHLÖSSER, *Organisationsherrschaft durch Tun und Unterlassen*, cit., p. 162.

<sup>27</sup> Cfr., per la prima volta, C. ROXIN, *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*, in *GA*, 1963, p. 193 ss.; di recente, C. ROXIN *Täterschaft und Tätherrschaft*, ottava ed., Berlin, 2006, p. 244 ss. Il requisito *sub d)* compare solo nei lavori più recenti: vedi C. ROXIN, *Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft*, in *ZStrR*, 2007, p. 15 ss. In senso critico, tra gli altri, H. OTTO, *Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates*, in *Jura*, 2001, p. 753 ss.

Tuttora viva è la discussione circa l'impiego di questa forma di autorità mediata nelle organizzazioni imprenditoriali<sup>28</sup>. Lo stesso Roxin si è sempre detto contrario, ma la giurisprudenza sembra oramai orientata in senso affermativo. La soluzione è prospettata dal BGH, per la prima volta, nella decisione riguardante i vertici del Consiglio nazionale di sicurezza della DDR, condannati in qualità di *Täter hinter dem Täter* per le uccisioni di civili effettuate dai soldati lungo il confine costituito dal muro; in un *obiter dictum* il BGH sostiene che «anche il problema della responsabilità nelle organizzazioni aziendali di imprese economiche può essere risolto in questo modo»<sup>29</sup>. In seguito, la teoria è stata impiegata, ad esempio, in materia di amministratori di fatto<sup>30</sup>; oppure per decretare la responsabilità penale per *Untreue* dei membri del consiglio di amministrazione di una società controllante (a causa di scambi patrimoniali avvenuti in pregiudizio di alcune società del gruppo), in virtù del loro “potere direttivo” (*Leitungsmacht*) e a prescindere dal fatto che essi avessero partecipato alla decisione circa ogni singolo trasferimento di capitale (nel caso “Bremer-Vulkan”)<sup>31</sup>.

Scontata l'inapplicabilità nel nostro sistema di ogni forma di autorità mediata<sup>32</sup>, il dibattito sulla *Organisationsherrschaft* non è privo di un certo rilievo per il nostro discorso. Innanzi tutto, si è manifestata nella giurisprudenza tedesca una tendenza a valorizzare un profilo “dinamico” delle organizzazioni, ossia delle costanti proce-

<sup>28</sup> Movendo dall'assunto secondo cui nelle organizzazioni imprenditoriali il potere decisionale si colloca in uno stadio di preparazione rispetto all'azione, viene proposto anche – oltre alla *mittelbare Täterschaft* – di risalire ai vertici tramite la coautoria (*Mittäterschaft*): la soluzione incontra un'obiezione nel fatto che, per il diritto tedesco, la *Mittäterschaft* presupporrebbe un piano organizzativo ed un contributo diretto dei partecipi allo sviluppo del fatto (così, R. SCHÜRMAN, *Aufsichtspflichtverletzungen im Spannungsfeld*, cit., pp. 135-136).

<sup>29</sup> BGH, 40, 218, giudizio del 26.07.1994, leggibile su *JZ*, 1995, p. 45, con *Anmerkung* di C. ROXIN, *ivi*, p. 49 ss.

<sup>30</sup> BGH, giudizio del 11.12.1997, in *wistra*, 1998, p. 148 ss.

<sup>31</sup> BGH, 49, 147, giudizio del 13.05.2004, in *JZ*, 2005, p. 40 ss. (in particolare, pp. 44-45), con *Anmerkung* critica di C. TIEDEMANN, *ivi*, p. 45 ss. In realtà, la pronuncia esige un'ambigua «presa d'atto consenziente di decisioni conformi di terzi» (si vedano i rilievi di J. SCHLÖSSER, *Organisationsherrschaft durch Tun und Unterlassen*, cit., p. 167).

<sup>32</sup> S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, cit., p. 125 ss.

durale che l'autore mediato "sfrutterebbe" per il controllo effettivo del fatto realizzato da altri<sup>53</sup>. Soprattutto, però, interessano le ragioni della critica che la maggior parte della dottrina tedesca muove alla ricostruzione in questione. All'estensione della *Organisationsherrschaft* alle imprese, invero, osta l'assenza dei requisiti indicati da Roxin: le organizzazioni aziendali non sono "slegate" dal diritto, né i loro membri sono pedine intercambiabili di un ingranaggio organizzativo<sup>54</sup>. Emerge una sostanziale diversità di struttura tra un'organizzazione criminale – sia un'organizzazione statale sia un'associazione di tipo mafioso o un'organizzazione terroristica – e un'impresa: i legami tra i membri di quest'ultima non sono necessariamente impostati secondo una linea gerarchica che assicuri la pronta esecuzione delle decisioni da parte dei subordinati<sup>55</sup>. Breve: le imprese

<sup>53</sup> BGH, 11.12.1997, cit., p. 150 (con ulteriori richiami giurisprudenziali) parla di «regelhafte Abläufe»; cfr. anche BGH, 2.11.2007, in *NStZ*, 2/2008, p. 89 ss.

<sup>54</sup> C. ROXIN, *Anmerkung*, cit., pp. 51-52; C. ROXIN, *Organisationsherrschaft als eigenständige Form*, cit., p. 17 ss.

<sup>55</sup> Cfr. G. HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, cit., pp. 104-105; K. AMBOS, *Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate*, in *GA*, 1998, p. 239.; e soprattutto T. ROTSCH, *Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft?*, in *ZStW*, 2000, p. 518 ss., il quale, nel criticare *in toto* la tesi di Roxin, tra i diversi argomenti adduce anche quello della struttura non gerarchica dell'impresa; premettendo che, malgrado Roxin non lo affermi esplicitamente, la fungibilità dei membri dell'organizzazione non può aversi in assenza di legami gerarchici. Di diverso avviso R. HEFENDEHL, *Tatherrschaft in Unternehmen vor kriminologischer Perspektive*, in *GA*, 2004, p. 575 ss., che si sofferma sulla nozione di *Machtapparat* delle imprese, la quale assume sì la forma della "coordinazione" e della "delegazione" dei poteri (vedi *infra*), ma non tanto da rendere inapplicabile a tale struttura una forma di autoria fondata sulla *Organisationsherrschaft*, almeno se si fa ricorso al modello criminologico dei c.d. "meccanismi di neutralizzazione". Favorevole all'impiego del criterio roxiniano nelle imprese anche Andreas Ransiek, la cui tesi sulla responsabilità nelle imprese è stata esposta *supra*, cap. III, § 6.3. Più che il potere di comando rispetto ai propri subordinati, tuttavia, secondo questo Autore, a fondare una responsabilità dei vertici dell'organizzazione sarebbe il legame di appartenenza dei dipendenti con l'organizzazione stessa, nell'interesse della quale vengono posti in essere le condotte di partecipazione; ciò varrebbe a rendere il dipendente «obiettivamente uno strumento» (*Werkzeug*) di coloro che assumono le decisioni (cfr. A. RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, cit., pp. 46-49). Per una più dettagliata esposizione delle diverse opinioni su questo tema, si vedano E.B. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *Criminalidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, Valencia, 2002,



non sono *Machtapparate* (“apparati di potere”) nel senso in cui lo sono le organizzazioni statali.

## 2.2. La responsabilità da “organizzazione difettosa” nell’esperienza svizzera: dalla responsabilità dei manager a quella dell’impresa

Il criterio della *Organisationsherrschaft* resta comunque ancorato ad un’idea di “dominio” (*Herrschaft*), sebbene indiretto, “mediato”, dell’accaduto; proprio per questo, come visto, esso impatta su una realtà organizzativa che, quantomeno nelle grandi imprese, non è forgiata esattamente su tale idea, vale a dire, sull’idea di una ripartizione di compiti e dei poteri di tipo tradizionale-gerarchico. Si assiste invece a un “cambio di prospettiva”, quando si imputa un certo evento lesivo a causa di un difetto organizzativo, rimproverando al titolare di un’impresa l’omessa attuazione di una misura organizzativa che avrebbe impedito la (o almeno ridotto il rischio della) verifica di quell’evento<sup>36</sup>.

A tale paradigma si attiene sostanzialmente la giurisprudenza svizzera a partire dal caso “von Roll”. In tale decisione, il vertice di un gruppo societario (consiglio di amministrazione – *Verwaltungsrat* – in veste di *Konzernchef*) è stato condannato per fatti commessi in violazione della “legge sui materiali bellici” (*Kriegsmaterialgesetz*: KMG), pur non avendo direttamente concluso contratti illeciti né essendo a conoscenza degli affari in questione, con la motivazione secondo cui un’impresa, che opera nella produzione di componenti per tali materiali, è tenuta ad adottare misure di sicurezza, affinché non si verificino violazioni della legge in questione. La responsabilità è stata estesa a tutti i membri di un collegio, che avevano omesso di far rispettare questo obbligo, e la cui condotta è stata ritenuta penalmente illecita perché causale rispetto all’evento<sup>37</sup>. La

---

in particolare p. 57 ss.; C. URBAN, *Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft*, Göttingen, 2004, p. 201 ss.

<sup>36</sup> G. HEINE, *Das kommende Unternehmensstrafrecht (Art. 100 quater f.). Entwicklung und Grundproblematik*, in *ZStrR*, 2003, p. 29, nota 17.

<sup>37</sup> BGE, 122 IV, 103 ss., giudizio dell’1.02.1996.

sentenza, in pratica, traspone la civilistica *Organisationshaftung* al diritto penale<sup>38</sup>.

Essa è sintomo di un atteggiamento nuovo. Non si parla più – sebbene con gli inconvenienti sopra riscontrati – di un “dominio” sull’organizzazione o di un difetto di sorveglianza sui soggetti subordinati o “sottomessi” al potere dell’imprenditore, bensì di una “carenza” organizzativa (*Organisationsmangel*), a sua volta originata da un difetto di controllo sull’organizzazione quale violazione di un obbligo incombente<sup>39</sup>. La responsabilità degli amministratori, che non hanno direttamente deciso la commissione di fatti illeciti, consegue ad un calcolo difettoso dei rischi che certe decisioni possano essere adottate e eseguite: assume la forma, infine, di omesso impedimento di siffatte decisioni<sup>40</sup>.

Si tratta, per altro, della premessa alla responsabilità penale dell’impresa in quanto tale<sup>41</sup>, introdotta in Svizzera dal 2003, e basata sul criterio della carenza organizzativa che non consente di ri-

---

<sup>38</sup> T. KOLLER, *Das Von-Roll-Urteil und die Organisationshaftung. Rezeption einer genuin zivilistischen Betrachtungsweise im Strafrecht?*, in SJZ, 1996, p. 409 ss.

<sup>39</sup> Cfr. U. CASSANI, *Infraction sociale, responsabilité individuelle: de la tête, des organes et des petites mains*, in F. BERTHOUD (a cura di), *Droit pénal des affaires: La responsabilité pénale du fait d'autrui*, Lausanne, 2002, p. 68 ss., che parla di “difetto di organizzazione” come «cavallo di Troia» della responsabilità penale dell’impresa (*ibidem*, p. 74); e Y. KIM, *Individuelle und kollektive Zurechnung*, Basel, 2007, pp. 74-76. Per un quadro sintetico sull’evoluzione della giurisprudenza svizzera in materia di responsabilità penale degli amministratori, si rinvia a H. WIPRÄCHTIGER, *Strafbarkeit des Unternehmers. Die Entwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung*, in AJP/PJA, 2002, p. 754 ss.

<sup>40</sup> Cfr. U. CASSANI, *Infraction sociale, responsabilité individuelle*, loc. ult. cit.; M. PIETH, *Risikomanagement und Strafrecht: Organisationsversagen als Voraussetzung der Unternehmenshaftung*, in *Risiko und Recht, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag*, Basel-Genf-München, 2004, p. 597 ss. (il richiamo al caso von Roll è a p. 605); G. HEINE, *Organisationsverschulden aus strafrechtlicher Sicht: Zum Spannungsfeld von zivilrechtlicher Haftung, strafrechtlicher Geschäftsherrenhaftung und der Strafbarkeit von Unternehmen*, in M.A. NIGGLI, M. AMSTUTZ (a cura di), *Verantwortlichkeit im Unternehmen. Zivil- und strafrechtliche Perspektiven*, Basel, 2007, p. 112.

<sup>41</sup> Sulla sostanziale unicità di prospettiva tra difetto organizzativo come parametro di imputazione verso l’individuo e verso l’impresa, vedi R. GEIGER, *Organisationsmängel als Anknüpfungspunkt im Unternehmensstrafrecht*, Zürich-St.Gallen, 2006, p. 67 ss.

salire alla persona fisica che ha realizzato il reato (nel qual caso si parla di responsabilità “sussidiaria” dell’impresa), o, in caso di commissione di talune fattispecie, sull’omessa adozione di misure organizzative “ragionevoli e indispensabili per impedire un simile reato” (responsabilità “primaria”: l’impresa risponde insieme alla persona fisica autore del reato)<sup>42</sup>.

Lo stereotipo dell’*Organisationsmangel* è potenzialmente in grado di attecchire anche nel nostro sistema: esso appare compatibile con la struttura di una posizione di garanzia per il “controllo” di una fonte di pericolo. Un controllo preliminare, assente o difettoso, sui rischi scaturenti da un’organizzazione è anche il presupposto su cui si regge la c.d. “colpevolezza d’organizzazione” nella responsabilità delle persone giuridiche prevista dal nostro ordinamento. Bisogna quindi soffermarsi su quest’ultimo paradigma imputativo legato all’organizzazione, e distinguerne i fondamenti rispetto a quelli della responsabilità degli individui.

### 2.3. *La “colpevolezza d’organizzazione”: rischio di innesco, nel nostro ordinamento, di un percorso inverso, dalla responsabilità della “societas” a quella dei “manager”*

La colpevolezza di organizzazione si atteggia, in primo luogo, a criterio di imputazione della responsabilità penale o “para-penale” nei confronti delle persone giuridiche<sup>43</sup>. Il suo contenuto consiste nell’omessa adozione, da parte di un ente – «attraverso i suoi organi» –, di misure organizzative necessarie a garantire un’organizzazione

<sup>42</sup> La responsabilità penale delle imprese è prevista dall’attuale art. 102 del codice penale svizzero, che, tra l’altro, è applicabile anche alle ditte individuali. In argomento, P. BERNASCONI, *Introdotta anche in Svizzera la responsabilità penale dell’impresa*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 4043 ss.; M. FORSTER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB*, Bern, 2006, p. 71 ss.

<sup>43</sup> Cfr. G. DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la “parte generale” e la “parte speciale” del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, in G. GARUTI (a cura di), *Responsabilità amministrativa degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, p. 71.

aziendale «non delittuosa»<sup>44</sup>. Nel nostro ordinamento, con gli artt. 6 e 7 del d.lgs. 231/2001, la colpevolezza d'organizzazione si traduce nell'omessa adozione di modelli organizzativi idonei a minimizzare il rischio che si verifichino determinati reati<sup>45</sup>. Come noto, il nostro legislatore si è ispirato alle strategie messe a punto dall'ordinamento statunitense nella lotta al *corporate crime*, recependo il meccanismo dei *compliance programs*<sup>46</sup>; e ha quindi trasfuso questa esperienza nella costruzione dogmatica della *Organisationsverschulden*, elaborata dalla dottrina d'oltralpe<sup>47</sup>, intendendo con ciò immunizzare la responsabilità degli enti da possibili censure di incostituzionalità nascenti dalla violazione del principio di colpevolezza<sup>48</sup>.

Irrilevante, in questa sede, approfondire i temi del fondamento teorico, dell'opportunità dell'introduzione di una forma di respon-

---

<sup>44</sup> K. TIEDEMANN, *Die "Bebufung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, in *NJW*, 1988, p. 1172. Commenti e critiche alla tesi di Tiedemann sono sintetizzati da A.F. TRIPODI, "Situazione organizzativa" e "colpa in organizzazione": alcune riflessioni sulle nuove specificità del diritto penale dell'economia, in *Riv. trim. pen. ec.*, 2004, p. 483 ss.

<sup>45</sup> Più esattamente, il d.lgs. 231/2001 (artt. 6 e 7) prevede modelli di organizzazione, gestione e controllo, in funzione esimente, che le società adottano tramite l'organo amministrativo, per prevenire la commissione di reati da parte di soggetti appartenenti all'ente, in posizione "apicale" o "subordinata". Nel primo caso, inoltre, gli enti di non piccole dimensioni, sono tenuti anche alla istituzione di un organismo di controllo interno, non identificabile con il collegio sindacale. Nell'impossibilità di dare un quadro, sia pure approssimativo, della copiosa letteratura su questi aspetti, ci si limita a richiamare G. DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti*, cit., p. 57 ss.; G. DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti nel sistema sanzionatorio italiano: alcuni aspetti problematici*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 2004, p. 657 ss.

<sup>46</sup> *Supra*, cap. I, sezione seconda, § 2.2.

<sup>47</sup> Si è soliti associare la figura al nome di Tiedemann, ma vedi, sul punto, i richiami di G. DE SIMONE, *I profili sostanziali*, cit., p. 71, nota 41.

<sup>48</sup> In luogo di molti, A. ALESSANDRI, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 2002, pp. 51-52, e C.E. PALIERO, C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, pp. 169-170. I due ultimi Autori citati evidenziano, comunque, la differenza tra nozione di colpevolezza d'organizzazione elaborata in Europa e colpa d'organizzazione basata sui c.d. *compliance programs* negli Stati Uniti.

sabilità penale degli enti<sup>49</sup> e dell'efficacia dei *compliance programs*<sup>50</sup>, o disquisire della riconducibilità della colpevolezza della *societas* ad una forma di colpevolezza autenticamente penale<sup>51</sup>. Piuttosto occorre soffermarsi sulla possibile estensione di tale forma di imputazione alle persone fisiche che agiscono in nome dell'ente, come fenomeno di "riverbero" della responsabilità degli enti sulla responsabilità delle persone fisiche, nell'ottica, spesso denunciata, di possibile contaminazione tra criteri di imputazione delle rispettive responsabilità<sup>52</sup>.

Inevitabile, infatti, in un ordinamento che abbia compiuto una scelta del genere, chiedersi se, potendo in realtà l'ente agire solo per il tramite dei suoi esponenti, l'obbligo di adottare misure organizzative volte alla minimizzazione di un rischio-reato non comporti una responsabilità (anche penale) per il *management*<sup>53</sup>. D'altro canto, esistono settori normativi dove l'individuo è direttamente destinatario di un obbligo di organizzarsi: su tutti, si pensi all'obbligo imposto al datore di lavoro di valutare i rischi e di adottare misure organizzative preventive *ex d.lgs. 626/1994*, ora trasfuso nel *d.lgs.*

<sup>49</sup> Oltre al classico saggio di F. BRICOLA, *Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, p. 951 ss., sul tema, ampiamente, si rinvia a C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., p. 245 ss.

<sup>50</sup> Si vedano, comunque, i riferimenti citati nel § 2.3., sezione seconda, cap. I.

<sup>51</sup> Sui modelli teorici a tal proposito elaborati dalla dogmatica penalistica si vedano due recenti, documentatissimi, lavori nella letteratura spagnola: C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad penal de la empresa*, Barcelona, 2005, p. 35 ss.; A. NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., p. 127 ss.

<sup>52</sup> Su tale pericolo di «Rückkoppelungseffekte», K. SEELMANN, *Unternehmensstrafbarkeit: Ursachen, Paradoxien und Folgen*, in *Wirtschaft und Strafrecht, FS für N. Schmid*, Zürich, 2001, p. 169 ss. Sui rischi per le persone fisiche, connessi all'introduzione di una forma di responsabilità penale per le persone giuridiche, vedi anche K. VOLK, *La responsabilità penale degli enti collettivi nell'ordinamento tedesco*, in F. PALAZZO (a cura di), *"Societas puniri potest." La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003, p. 189 ss.; con particolare riferimento al *d.lgs. 231/2001*, A. GARGANI, *Imputazione di reato agli enti collettivi e responsabilità penale dell'intraneo: due piani irrelati?*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 1065 ss.; P. ALDROVANDI, *I "modelli organizzativi e di gestione" nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: aspetti problematici dell'"ingerenza penalistica" nel "governo" delle società*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 2007, p. 445 ss.; T. VITARELLI, *Profili penali della delega di funzioni*, Milano, 2008, p. 153 ss.

<sup>53</sup> G. HEINE, *Organisationsverschulden aus strafrechtlicher Sicht*, cit., p. 98.

81/2008<sup>54</sup>, l'adempimento del quale, per altro, con l'ingresso dei reati di omicidio e lesioni colpose gravi e gravissime, conseguenti a violazione della normativa antinfortunistica e sulla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro, nell'orbita del d.lgs. 231/2001<sup>55</sup>, si congiunge oggi all'adempimento organizzativo previsto da quest'ultima fonte<sup>56</sup>. Sicché, anche con riferimento all'esperienza del nostro Paese, è stata denunciata una sempre crescente trasposizione del parametro della colpevolezza d'organizzazione alle persone fisiche: «tutte le volte in cui si vuole ravvisare una responsabilità di una determinata persona fisica all'interno di un ente collettivo, si dice non tanto: “tu hai commesso un certo fatto” – secondo uno schema penalistico di ragionamento –, quanto piuttosto: “tu non hai organizzato una certa attività”»<sup>57</sup>.

<sup>54</sup> Cfr. artt. 28 ss.

<sup>55</sup> Art. 25-septies, d.lgs. 231/2001.

<sup>56</sup> In argomento, N. PISANI, *Profili penalistici*, cit., p. 834 ss. Sulle difficoltà di coordinare le diverse discipline, P. ALDROVANDI, *I “modelli organizzativi”*, cit., p. 479 ss. Con accenti critici sul nuovo testo unico, V.B. MUSCATIELLO, *La nuova tutela penale della sicurezza sul lavoro*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1451 ss. In realtà, un'evidente affinità funzionale tra d.lgs. 626/1994 e d.lgs. 231/2001 era parsa evidente già ai primi commentatori del d.lgs. 231/2001 (cfr. D. PULITANO, *La responsabilità “da reato” degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 434). C.E. PALIERO, C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, cit., p. 168, ricordano, poi, come esempio di colpa di organizzazione inerente a soggetti individuali, la responsabilità del sanitario che omette di adottare misure organizzative, in modo tale da pregiudicare lo svolgimento corretto dell'attività terapeutica (art. 15, d.lgs. 502/1992: cfr. Cass. Sez. IV, 29.09.05-23.12.05, n. 47145, Sciortino e altri, in *Ind. pen.*, 2007, p. 727 ss., con nota di A. ROIATI, *Il medico in posizione apicale tra colpa in vigilando e responsabilità da posizione*). Una più ampia rassegna di tali obblighi in D. PIVA, *Contributo all'analisi della responsabilità per la “organizzazione difettosa” nel diritto penale dell'impresa*, Roma, 2007. Forme di responsabilità per “difetto organizzativo” affiorano, per vero, anche in settori inediti rispetto al diritto penale dell'impresa: vedi, ad es., per l'obbligo di organizzazione del rettore di una struttura scolastica privata, fissato da Trib. Palermo, 11.12.2003, in *Foro it.*, 2004, II, c. 702 (per alcuni rilievi critici, si veda E. VILLANI, *Le funzioni organizzative e di vigilanza nell'impresa scolastica privata*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 2005, p. 1085 ss.). La colpa d'organizzazione è per altro diffusa anche in altri rami del diritto, al cui stimolante confronto con il diritto penale accenna A.F. TRIPODI, “*Situazione organizzativa e “colpa in organizzazione”*”, cit., p. 513 ss.

<sup>57</sup> F. SGUBBI, *La responsabilità amministrativa degli enti ai sensi del d.lgs. 231/2001: profili penali, civili e amministrativi*, in *Sanità Pubblica e Privata*, 2/2008, p. 11.

La differenza qualitativa della c.d. colpevolezza d'organizzazione rispetto agli usuali criteri di attribuzione della responsabilità verso le persone fisiche non può tuttavia sfuggire<sup>58</sup>. Il riscontro di una colpevolezza d'organizzazione si risolve, difatti, in un rimprovero diretto all'ente per non aver saputo organizzare la propria "vita" anteriore alla commissione di un fatto<sup>59</sup>. Questa forma di colpevolezza è, in altri termini, più vicina ad una colpevolezza "per la condotta di vita" che per il fatto<sup>60</sup>. Il nesso di imputazione rispetto all'evento (costituito dal reato commesso da un intraneo), inoltre, non è esattamente un nesso causale, bensì una mera connessione di rischio<sup>61</sup>. Infine, la violazione della norma che impone ad un ente di adottare misure organizzative volte a minimizzare il rischio di reati non è assimilabile alla trasgressione di una norma cautelare che caratterizza la prima fase dell'accertamento della colpa penale – c.d. "misura oggettiva" della colpa –: «la regola che impone di organizzarsi» non mira a prevenire il rischio che si realizzi uno specifico evento, ma è «norma a struttura "pianificatoria"»; in quanto tale essa «costituisce il presupposto per la successiva concretizzazione di modelli di comportamento rivolti a sradicare o ridurre uno specifico rischio reato»: ergo il presupposto di un'autentica regola cautelare<sup>62</sup>.

<sup>58</sup> In chiave introduttiva, si vedano le interessanti riflessioni di M. POSTIZZI, *Sechs Gesichter des Unternehmensstrafrechts*, Basel-Genf-München, 2006, p. 26 ss. che si sofferma sul «volto "tecnocratico"» della responsabilità delle imprese, alla luce del quale l'uomo è un ingranaggio in un meccanismo: il che conduce ad una spersonalizzazione dell'uomo stesso.

<sup>59</sup> In modo analogo a una "*actio libera in causa*", e, per quanto riguarda i *compliance programs* statunitensi, in base ad una «curiosa – quanto certamente involontaria – simmetria con la teoria della "colpevolezza funzionale" elaborata da Jakobs» (così C.E. PALIERO, C. PIERGALLINI, *La colpa*, cit., p. 169).

<sup>60</sup> P. PATRONO, *Verso la soggettività penale di società ed enti*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 2002, pp. 191-192; K. VOLK, *La responsabilità penale degli enti collettivi*, loc. cit.

<sup>61</sup> Cfr. G. FORTI, *Sulla definizione della colpa nel Progetto di riforma del codice penale*, in C. DE MAGLIE, S. SEMINARA (a cura di), *La riforma del codice penale*, cit., p. 104; L. PICOTTI, *L'attuazione in Italia degli strumenti dell'Unione Europea per la protezione penale degli interessi finanziari comunitari*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 2006, p. 663; *contra*, G. DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 677, secondo cui si tratterebbe di un nesso causale.

<sup>62</sup> C.E. PALIERO, C. PIERGALLINI, *La colpa*, cit., p. 176 ss., e p. 182 ss.

Su questa sostanziale differenza tra la regola “pianificatoria” e la norma autenticamente “preventiva” di un evento-reato è d’uopo una precisazione.

Come s’intende di seguito dimostrare, la previsione di obblighi organizzativi incide – vedremo a quali condizioni – sulla responsabilità, anche penale, degli organi societari, determinando il contenuto della loro posizione di garanzia e persino creando nuove posizioni di garanzia. Ciò nonostante, l’eventuale responsabilità di chi è investito di tali compiti non discenderà soltanto dalla infrazione di un generico “dovere di organizzarsi”: se si ragionasse in simili termini, tanto varrebbe aderire all’impostazione – a suo luogo criticata – che incentra il reato, sia commissivo che omissivo, nello scorretto esercizio del proprio *Organisationskreis* da parte di una persona, supponendo che ogni persona sia un costrutto più o meno riducibile ad un’entità identificabile con una approssimativa nozione di “organizzazione della propria sfera di libertà”<sup>65</sup>. Si darebbe adito, inoltre, ad un’estensione dei meccanismi di attribuzione di forme di responsabilità extrapenale – civile, amministrativa, “*tertium genus*” che sia – nel campo della responsabilità penale propriamente intesa<sup>64</sup>.

Al contrario, il contenuto della responsabilità omissiva dei membri dell’ente emergerà dalla combinazione di un dovere di tal fatta con un insieme di poteri di cui un organo risulti allo stesso tempo essere titolare; la qual cosa sarà possibile stabilire solo mediante l’attenta lettura delle disposizioni relative a ciascun organo o plesso organizzativo in generale. Vero è che, nella fase iniziale di attuazione di un piano organizzativo, il dovere ed il potere di compiere tale attività – che vedremo spettare agli amministratori – si riassumono in un’endiadi logicamente non scindibile: ma, come sarà presto chiarito, i criteri ai quali va rapportata l’infrazione di un dovere organizzativo – “adeguatezza”; “idoneità”; “minimizzazione di un rischio”

<sup>65</sup> È la discussa tesi di Jakobs (*supra*, cap. III, § 5.2.).

<sup>64</sup> Sul nesso tra la teoria della competenza organizzativa di Jakobs e simile tendenza del diritto penale, vedi K. SEELMANN, *Nichtstun als Straftat – Bedeutungszuwachs und Problempotenzial der unechten Unterlassungsdelikte*, in *ZStrR*, 2007, p. 267 ss.



– non coincidono con i parametri ai quali si è soliti ancorare la responsabilità penale per fatto proprio<sup>65</sup>.

3. *La concezione sociologica delle organizzazioni riflessa dalle teorie penalistiche: dal modello burocratico all'organizzazione come "sistema" e "rete"*

Nelle pieghe del discorso penalistico relativo all'adozione dell'organizzazione come fattore di imputazione è possibile intravedere l'avvicendamento tra diverse concezioni sociologiche del fenomeno organizzativo<sup>66</sup>.

La teoria dell'autoria mediata tramite dominio sull'organizzazione è difficilmente utilizzabile nelle aziende – almeno secondo la dottrina maggioritaria – perché sembra essere legata a una lettura piuttosto "tradizionale" del fenomeno organizzativo; e la medesima considerazione è costretta a subire anche una teoria della *Garantenstellung* incentrata sul controllo dell'organizzazione aziendale come fonte di pericolo costituita da uomini e mezzi, in termini di "pote-

---

<sup>65</sup> Viceversa, una parte della dottrina esclude che si possa individuare una posizione di garanzia in capo agli amministratori in base alle disposizioni del solo d.lgs. 231/2001. Ad es., di recente, P. ALDROVANDI, "I modelli organizzativi", cit., p. 468 ss., nota 61, scrive: «l'onere contemplato dall'art. 6 – d.lgs. 231/2001, n.d.a. – di attuare un modello prevenzionale, non si trasforma, una volta attuato il modello, in una posizione di garanzia circa l'impedimento dei reati in funzione dei quali il modello è stato adottato: troppa è la distanza intercorrente tra l'essere garanti della corretta attuazione di una procedura volta a minimizzare il rischio di reato e l'essere garanti dell'effettivo impedimento di reati, e ciò proprio in quanto il modello prevenzionale è finalizzato non tanto ad impedire, quanto, più realisticamente, a ridurre il rischio reati». Ora, sul fatto che i modelli siano finalizzati ad impedire un rischio, nulla da obiettare. Tuttavia, tale affermazione non è decisiva rispetto all'esclusione di una posizione di garanzia dei soggetti in posizione apicale, la quale, in realtà, prende vita da un fascio più complesso di disposizioni rispetto all'art. 6 in questione (vedi *infra* § 5); le osservazioni dell'Autore citato ci rammentano soltanto – e a ragione – che i criteri di imputazione di un evento-reato nei confronti di un ente (connessione di rischio) sono irrinunciabilmente diversi rispetto a quelli operanti nei confronti di una persona fisica (connessione causale). Sulle differenze di imputazione, tra responsabilità degli enti e delle persone fisiche, vedi L. PICOTTI, *L'attuazione in Italia degli strumenti dell'Unione Europea*, cit., pp. 663-664.

<sup>66</sup> Cfr. A. NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., p. 67 ss.

re di comando” sui primi<sup>67</sup>. In una certa misura, infatti, persiste in queste ricostruzioni il modello di riferimento costituito dal pensiero di Max Weber, per l’organizzazione statale, e da Federik Taylor, per l’organizzazione aziendale<sup>68</sup>, alla cui stregua l’organizzazione è vista come apparato orientato verso uno scopo, garantito da una rigida suddivisione burocratica dei compiti; la gerarchia e la disciplina delle competenze soggiacciono ad una estrema standardizzazione e ad una disciplina formale; mentre il “potere” è la possibilità per uno specifico comando di trovare obbedienza da parte di un determinato gruppo di persone<sup>69</sup>.

Tale visione è superata da una serie di teorie successive, che possiamo accomunare – in modo assai grossolano –<sup>70</sup> in base all’intento di porre al centro dell’analisi il comportamento umano nell’ambito delle organizzazioni. Il primo risultato è che l’organizzazione non può essere vista come una macchina, né i suoi membri si comportano come parti meccaniche della stessa, secondo l’immagine suggerita dal taylorismo. È, infatti, messa in discussione l’idea che gli scopi dell’organizzazione coincidano con quelli dell’individuo; parimenti si segnala l’esistenza di un’organizzazione informale al fianco

---

<sup>67</sup> Cfr. G. HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, cit., p. 102 ss. A tale reprimenda non si sottrae nemmeno la tesi di Schünemann, che, come visto, considera il suo modello teorico il “pendant” della teoria roxiniana della *Organisationsherrschaft*. Nonostante vada dato atto a Schünemann di essere stato il primo a confrontarsi con i nessi tra divisione funzionale dei compiti e responsabilità penali, secondo la lettura suggerita da Luhmann (cfr. B. SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, cit., p. 30 ss.; B. SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, cit., p. 626; e sempre G. HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, cit., p. 31), nei fatti, la sua idea di un controllo sui lavoratori da parte di posizioni di garanzia “secondarie” (vedi *supra*, cap. III, § 3.2) si limita a riaffermare uno stereotipo taylorista nei confronti del decentramento di ruoli nell’impresa.

<sup>68</sup> Sui rapporti tra gli studi di Weber e Taylor, vedi P. PREISENDÖRFER, *Organisationssoziologie. Grundlagen, Theorien und Problemstellungen*, seconda ed., Wiesbaden, 2008, p. 102.

<sup>69</sup> Cfr. G. BONAZZI, *Come studiare le organizzazioni*, Bologna, 2002, p. 25 ss.; N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, Milano, 2005, p. 9 ss. Con specifico riferimento alle aziende, è da tempo osservata una molteplicità di fonti dell’autorità, al di là della gerarchia: cfr. H. ZIEGLER, *Strukturen und Prozesse der Autorität in der Unternehmung*, Stuttgart, 1970, p. 30 ss.

<sup>70</sup> Per un’ampia esposizione dei temi sorti dal dibattito post-taylorista e post-weberiano, si rinvia a G. BONAZZI, *Storia del pensiero organizzativo*, Milano, 2002, rispettivamente, p. 53 ss. e p. 220 ss.

di quella formale<sup>71</sup>. Svelando meccanismi empirici di funzionamento dell'agire organizzato, queste teoriche non mancano di stimolare la riflessione penalistica. L'ambito che rivela maggiore sensibilità rispetto a questi studi è quello dei reati d'evento, commessi in situazioni pluripersonali, dove, con una felice espressione, si afferma che l'evento è frutto di una «dominante collettiva», sì che assai problematica si presenta l'ascrizione di responsabilità nei confronti dei vertici "formali" dell'impresa<sup>72</sup>.

Un ulteriore contributo alla prospettiva penalistica proviene dalla sociologia dei sistemi, la cui prospettiva d'analisi intende far luce sui rapporti tra organizzazione e persona intesa come "sistema sociale" (trascurando il profilo dell'adattamento psicologico della persona all'agire organizzato), e organizzazione e "ambiente"<sup>73</sup>. In tale ottica, la differenziazione delle organizzazioni in sottosistemi segna un distacco dall'idea di scopo unico, nel senso che i sottosiste-

---

<sup>71</sup> Cfr. N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, cit., p. 17 ss. Tra le varie analisi orientate in tal senso, si veda quella classica di J.G. MARCH, H.A. SIMON, *Teoria dell'organizzazione*, Milano, 1966, p. 9 ss. Per una panoramica sulle teorie dell'organizzazione che muovono da premesse diverse da quelle del "comportamento razionale", e che vanno dalla teoria dell'agenzia, a quelle dell'adattamento psicologico, sino al tentativo di spiegare i meccanismi decisionali compiuto da Marsch e Simon, si rinvia a P. PREISENDÖRFER, *Organisationssoziologie*, cit., p. 105 ss.; A. KIESER, *Human Relations-Bewegung und Organisationspsychologie*, in A. KIESER, M. EBERS (a cura di), *Organisations-theorien*, sesta edizione, Stuttgart, 2006, p. 133 ss.; U. BERGER, I. BERNHARD-MEHLICH, *Die Verhaltenswissenschaftliche Entscheidungstheorie*, ivi, p. 169 ss. Si è anche rilevato come sia la stessa organizzazione burocratica a fornire agli individui una via per sottrarsi alle responsabilità, dando ad essi la possibilità di nascondersi dietro il rispetto meramente formale delle regole, e quindi, di fatto, di allontanarsi dai fini per cui le organizzazioni formali sono concepite: cfr. H.-G. SOEFFNER, *Individuelle Macht und Ohnmacht in formalen Organisationen*, in K. AMELUNG (a cura di), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, Sinzheim, 2000, p. 20.

<sup>72</sup> Si vedano i lavori di C.E. PALIERO, *La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la "Parte Generale" di un Codice Penale dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, pp. 481-483, p. 499 ss.; C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, cit., p. 301 ss.; F. CENTONZE, *La normalità nei disastri tecnologici*, Milano, 2004, p. 191 ss.; V. MONGILLO, *Delega di funzioni e diritto penale dell'impresa nell'ottica del sapere empirico criminologico*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 2005, p. 325 ss.

<sup>73</sup> Vedi N. LUHMANN, *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, quinta ed., Berlin, 1999, p. 23 ss.; N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, cit., p. 65 ss.

mi perseguono funzioni proprie, ulteriori rispetto al perseguimento dello scopo da parte dell'organizzazione. La formalizzazione della struttura organizzativa serve così, nelle organizzazioni che superano certe dimensioni, a garantire la riconoscibilità dei confini dei singoli sottosistemi, altrimenti in grado di minacciare l'unità del sistema nel suo complesso<sup>74</sup>. L'organizzazione assolve una funzione di «assorbimento dell'incertezza» mediante la descrizione di processi decisionali, di meccanismi con cui è risolta l'alternativa insita nel decidere<sup>75</sup>. Nascono quindi regole sull'adozione delle decisioni («programmi decisionali») <sup>76</sup>, con cui l'organizzazione pianifica sé stessa («organizzazione dell'organizzazione») <sup>77</sup> e istituisce vie di comunicazione che collegano “decisioni a decisioni” <sup>78</sup>. Allo stesso tempo le posizioni organizzative subiscono una modifica: «i posti conseguono il loro particolare profilo solo da ciò che accade altrove» <sup>79</sup>, mentre la gerarchia ed il comando si convertono in funzioni di “coordinazione” e “mediazione” <sup>80</sup>.

La gerarchia appare così, oggi, solo una delle possibili forme di “coordinazione” tra attori economici<sup>81</sup>.

Alcune intuizioni della teoria dei sistemi – dall'assunto teorico fondamentale, ossia l'opposizione “sistema/ambiente” <sup>82</sup>, all'affermarsi della coordinazione organizzativa a sfavore della gerarchia – trovano conferma nell'osservazione delle c.d. “organizzazioni a rete” <sup>83</sup>. Attraverso l'impiego della teoria dell'economia dei costi di transazione, l'impresa non è vista più come una funzione di pro-

<sup>74</sup> N. LUHMANN, *Funktionen und Folgen*, cit., p. 73 ss.

<sup>75</sup> N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, cit., p. 151 ss.

<sup>76</sup> N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, cit., p. 185.

<sup>77</sup> N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, cit., p. 249 ss.

<sup>78</sup> N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, cit., p. 260 ss.

<sup>79</sup> N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, cit., p. 270.

<sup>80</sup> Cfr. N. LUHMANN, *Funktionen und Folgen*, cit., p. 197 ss.; N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, cit., p. 257 ss.

<sup>81</sup> H. HIRSCH-KREINSEN, *Wirtschafts- und Industriosociologie. Grundlagen, Fragenstellungen, Themenbereiche*, Weinheim-München, 2005, p. 44 ss.

<sup>82</sup> Cfr. l'introduzione di N. LUHMANN, *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, Bologna, 1990. Utilizza il concetto di “sistema sociale” e di “sottosistema” in senso in parte diverso da quello luhmanniano H. HIRSCH-KREINSEN, *Wirtschafts- und Industriosociologie*, cit., p. 37 ss.

<sup>83</sup> Si veda la chiave di analisi adottata da G. TEUBNER, *The Many-Headed Hydra: Networks as Higher-Order Collective Actors*, in J. McCahery, S. Picciotto,

duzione, bensì come una struttura di governo (*governance*) tenuta a stipulare contratti (transazioni). A ciò consegue l'interessamento dell'economia per l'organizzazione ed il venir meno di una semplice equivalenza tra organizzazione e burocrazia; inoltre, lo sguardo si amplia sino a ricomprendere il mercato: impresa e mercato diventano «i due poli estremi di un continuum», nel senso che l'organizzazione è un insieme di più imprese, ma anche che all'interno di ogni impresa è possibile rintracciare fasi dell'organizzazione che riproducono il mercato<sup>84</sup>. Questa impostazione, che costringe l'impresa ad un'alternativa tra produrre – e quindi sottoporre tale attività ad un'organizzazione di tipo gerarchico – o rivolgersi al mercato, è alla base dell'idea di “rete”.

Riprodurre alcune fasi del mercato all'interno della propria organizzazione è l'espedito che l'impresa adotta per anticipare le reazioni di un ambiente – il mercato – estremamente mutevole<sup>85</sup>, tramite la flessibilità della produzione, del *management* e del *marketing*<sup>86</sup>. Da qui la crisi della divisione gerarchica: l'impresa “orizzontale” è organizzata «in base al processo, non in base al compito»<sup>87</sup>, ed è «una rete dinamica e strategicamente pianificata di unità auto-programmate e autodirette che si basa su decentramento, partecipa-

---

C. SCOTT (a cura di), *Corporate Control and Accountability*, Oxford, 1993, p. 41 ss.

<sup>84</sup> Per questa ricostruzione, G. BONAZZI, *Storia del pensiero organizzativo*, cit., p. 420 ss. La teoria dei costi di transazione è applicata dal celebre saggio di R. COASE, *The Nature of the Firm*, cit. L'intuizione secondo cui l'opposizione, intravista da Coase, tra impresa e mercato si risolve nella progressiva penetrazione del mercato nell'impresa, si deve principalmente a Oliver Williamson: tra gli altri scritti, cfr. O.E. WILLIAMSON, *L'organizzazione economica. Imprese, mercati e controllo politico*, Bologna, 1991, p. 109 ss. Il passaggio da Coase a Williamson è evidenziato da A. PERULLI, “Modificazioni dell'impresa e rapporti di lavoro”: spunti per una riflessione, in A. LYON- CAEN, A. PERULLI (a cura di), *Trasformazioni dell'impresa e rapporti di lavoro*, Padova, 2004, p. 3. La metafora della “rete”, dal fascino evocativo quanto mai abusato, è utilizzata in numerosi contesti: per applicazioni all'amministrazione pubblica, si veda il saggio di F. CAMPOMORI, F. TOTH, *L'amministrazione a rete: retorica o realtà? L'esperienza delle agenzie ambientali*, in *Stato merc.*, 2007, p. 107 ss.

<sup>85</sup> M. CASTELLS, *La nascita della società in rete*, Milano, 2002, p. 29 ss., dove, essenzialmente, l'innovazione tecnologica e la nuova economia vengono indicate come fattori della mutevolezza dell'ambiente.

<sup>86</sup> M. CASTELLS, *La nascita della società in rete*, cit., p. 179 ss.

<sup>87</sup> M. CASTELLS, *La nascita della società in rete*, cit., pp. 190-191.

zione e coordinamento»<sup>88</sup>. Il fenomeno della “rete” ingenera mutamenti anche sotto il profilo dell’organizzazione del lavoro<sup>89</sup> e pone la questione dell’inquadramento giuridico di una serie di nuovi rapporti di lavoro<sup>90</sup>.

Ora, è irrilevante ai nostri fini la verifica empirica di tali fenomeni; ciò che conta è invece una verifica normativa: una conferma della presenza di tali mutamenti nel modo con cui l’ordinamento si rapporta alle organizzazioni, in particolare a quelle d’impresa. A tali mutamenti, in atto nell’ordinamento, non è riconducibile solo la disciplina extrapenale degli organi societari (quindi del *management* e dei controlli), ma anche ciò che altrove si è individuata come funzione di controllo finalizzata alla prevenzione della criminalità d’impresa<sup>91</sup>: è proprio l’evoluzione della teoria organizzativa, infatti, a spingere la riflessione penalistica verso la messa a punto di modelli teorici in grado di colpire l’impresa come tale, a seguito di una disfunzione organizzativa intesa come disfunzione sistemica<sup>92</sup>. Anche con

<sup>88</sup> M. CASTELLS, *La nascita della società in rete*, cit., p. 193.

<sup>89</sup> Vedi il paragrafo seguente.

<sup>90</sup> Cfr. A. PERULLI, “*Modificazioni dell’impresa e rapporti di lavoro*”, cit., p. 1 ss.

<sup>91</sup> *Supra*, cap. I, sezione seconda.

<sup>92</sup> Oltre ai lavori di Lampe e Heine, che saranno esaminati nel § 4, per un recente inquadramento della complessiva tematica, si rinvia a S. KINDLER, *Das Unternehmen als haftender Täter*, Baden-Baden, 2008, p. 218 ss., p. 243 ss. In senso critico rispetto all’adozione di una responsabilità penale dell’impresa si è espresso Schünemann in diverse sedi (ad es. B. SCHÜNEMANN, *Criticising the Notion of a Genuine Criminal Law Against Legal Entities*, in A. ESER, G. HEINE, B. HUBER (a cura di), *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities*, cit., p. 225 ss., secondo cui la teoria dei sistemi sarebbe l’unica in grado di supportare una – invero a suo dire comunque illegittima – responsabilità penale dei soggetti collettivi; di recente, B. SCHÜNEMANN, *Strafrechtliche Sanktionen gegen Wirtschaftsunternehmen?*, in *FS für Tiedemann*, cit., p. 429 ss.), al quale si deve comunque il merito di aver percorso i tempi del successivo dibattito nel 1979 (cfr. B. SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, p. 155 ss.). Per un’elaborata proposta teorica alla luce della letteratura sociologica, si veda, invece, C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *El modelo constructivista de autoresponsabilidad penal empresarial*, in C. GÓMEZ-JARA DÍEZ (a cura di), *Modelos de autoresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, Navarra, 2006, p. 93 ss. Nella nostra letteratura, fondamentali le ricerche di Carlo Enrico Paliero, precorritrici di una forma “penal-amministrativa” di responsabilità degli enti, introdotta poi con il d.lgs. 231/2001: C.E. PALIERO, *Problemi e prospettive della responsabilità penale dell’ente nell’ordinamento italiano*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 1996, p. 1173 ss.; C.E. PALIERO, *La fabbrica del Golem*, cit.,

riguardo a tale ultimo aspetto, conformemente alle nostre premesse, ci interessa verificare se l'analisi dei sistemi sia fruttuosa anche sul piano della responsabilità individuale per omesso impedimento dei reati commessi dai membri di un'organizzazione. Muovendo dalla seguente congettura. L'introduzione di forme di responsabilità collettiva – degli enti e delle imprese – si regge sull'idea che il decentramento organizzativo non consente di risalire ai responsabili individuali; di tal che si cerca di stimolare il soggetto collettivo a dotarsi di una disciplina organizzativa adeguata alla prevenzione di una siffatta dispersione delle responsabilità<sup>93</sup>. Qualunque sia l'efficacia che consegue all'applicazione di simile ragionamento nella prevenzione del crimine economico, ne discenderà che, per evitare responsabilità, si tenderà a formalizzare i meccanismi organizzativi, decisionali e di controllo: e questa formalizzazione suggella in norme sia il decentramento, sia la necessità di coordinazione al vertice postulati dai sociologi<sup>94</sup>.

---

p. 499 ss.; C.E. PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici*, in F. PALAZZO (a cura di), "Societas puniri potest", cit., p. 17 ss.; C.E. PALIERO, *Das Organisationsverschulden*, in *FS für Tiedemann*, cit., p. 503 ss.; per una complessiva rivisitazione del tema, di recente, C.E. PALIERO, *La società punita: del come, del perché, e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1516 ss.

<sup>93</sup> Secondo la metafora della "lotta di judo" – ossia: combattere il *corporate crime* facendo leva sulla sua stessa forza – lueggiata da F. STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, cit.; e secondo il principi esposti nella Relazione al d.lgs. 231/2001.

<sup>94</sup> Il passaggio alla "formalizzazione" di determinate strutture è ben colto da un contributo dedicato ai nessi tra modelli organizzativi e le "procedure aziendali": «le procedure – si è scritto – costituiscono una regolamentazione ufficiale dei diversi processi aziendali, per la natura giuridica ad essi riconoscibile di strumenti di regolazione aziendale» (così M. PANSARELLA, *Le procedure organizzative*, in *Resp. amm. soc. enti.*, 3/2006, p. 202). Questo meccanismo di produzione delle norme, basato sulla formalizzazione delle strutture organizzative, è stato associato al "diritto riflessivo" (cfr. l'opera di G. TEUBNER, *Il diritto come sistema autopoietico*, Milano, 1996) dalla già richiamata letteratura spagnola: vedi C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad penal de la empresa*, cit., p. 203 ss.; A. NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., pp. 65-66.

### 3.1. *Una conferma normativa: modelli organizzativi in materia di sicurezza sul lavoro, organizzazione del lavoro post-fordista, funzione dei “sistemi disciplinari”. Confini incerti della “rete” e responsabilità penali*

Le norme che descrivono i requisiti dei modelli organizzativi che un ente è tenuto ad adottare, per evitare la responsabilità amministrativa di cui al d.lgs. 231/2001, costituiscono la migliore conferma della ricezione normativa di tipologie di organizzazione diverse dall'impianto gerarchico tradizionale<sup>95</sup>. Nel linguaggio legislativo incontriamo più volte il termine “sistema”: già negli artt. 6, comma 2, lett. e), e 7, comma 4, lett. b) d.lgs. 231/2001, dove si fa riferimento ad un “sistema disciplinare”, e nell'art. 30 d.lgs. 81/2008, che prevede l'adozione di modelli organizzativi finalizzati alla prevenzione di omicidi e lesioni in violazione della disciplina prevenzionistica<sup>96</sup>. Quest'ultima norma prevede un “sistema aziendale” volto a compiere talune attività (comma 1)<sup>97</sup>; “sistemi di registrazione” di tali attività (comma 2); un’“articolazione di funzioni” destinata alla valutazione e alla verifica del rischio, assecondando le competenze tecniche e i poteri necessari, più, anche qui, un “sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate dal modello” (comma 3); in ultimo, un “sistema di controllo sull'attuazione” del modello, che si occupi anche del riesame dello stesso, quando

---

<sup>95</sup> Cfr. V. GENNARO, *Il modello di organizzazione, gestione e controllo e le esigenze di compliance integrata*, in *Resp. amm. soc. enti*, 4/2007, p. 189 ss., che affronta il tema dei modelli organizzativi muovendo dalla visione dell'impresa come insieme di “sistemi”.

<sup>96</sup> Per un'analisi della norma, A. ASTROLOGO, *I modelli di organizzazione e gestione*, cit., p. 64 ss.

<sup>97</sup> Le attività in questione sono elencate dall'art. 30 comma 1, dalla lett. a alla h); in sintesi, si tratta di adempiere gli obblighi di legge rispetto agli *standard* tecnici relativi ad attrezzature, impianti, luoghi di lavoro, agenti chimici, fisici e biologici; alla valutazione dei rischi e alla predisposizione di misure preventive conseguenti; alle emergenze ed alle riunioni periodiche sulla sicurezza; alla sorveglianza sanitaria; all'informazione e formazione dei lavoratori; alla vigilanza sul rispetto delle procedure e delle istruzioni di lavoro in sicurezza da parte dei lavoratori; all'acquisizione di documentazioni e certificazioni obbligatorie per legge; alla verifica periodica dell'applicazione e dell'efficacia delle procedure adottate.



siano avvenute violazioni o sia mutata l'organizzazione o l'attività in relazione al progresso scientifico e tecnologico (comma 4).

Per “sistema” o “articolazione di funzioni” il legislatore intende, evidentemente, non un singolo “compito”<sup>98</sup> ma un complesso di attività, un processo<sup>99</sup>, il quale: a) organizza la stessa organizzazione, valutando preliminarmente un rischio e distribuendo poteri e competenze<sup>100</sup>; b) è connesso ad altri “sistemi”,<sup>101</sup> tant'è che alcuni di questi si limitano a controllare<sup>102</sup>, a “registrare” le attività dell'intero sistema aziendale e a sanzionare le trasgressioni che in esso avvengono; c) mira a regolare il rapporto con l'“ambiente” (in senso sociologico): si pensi al ruolo di adattamento al progresso scientifico svolto dal “sistema di controllo”.

Volendo assecondare la linea di ricerca qui accolta, è dato chiedersi in che rapporto sia l'assetto dell'art. 30 d.lgs. 81/2008 con l'individuazione di soggetti – in primo luogo il “datore di lavoro” – debitori di sicurezza, e con una distribuzione di responsabilità (anche penali) individuali, che discenda dalla corrispondenza tra potere e responsabilità<sup>103</sup>, nell'ottica dell'inquadramento di tali soggetti in al-

---

<sup>98</sup> Sul passaggio dall'organizzazione del lavoro per “compiti”, incentrati sugli individui, a quella per “missione”, incentrata sul gruppo, G. DE TERSSAC, *Come cambia il lavoro. Efficacia, autonomia, valorizzazione delle competenze*, Milano, 1993, p. 98.

<sup>99</sup> In particolare, si veda la definizione di “sistemi operativi” fornita da L. GOLZIO, A. MONTEFUSCO, *Modelli di organizzazione e gestione*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il T.U. della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. Commentario al decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81*, Milano, 2008, p. 393: «I sistemi operativi costituiscono l'insieme delle norme, procedure che qualificano ulteriormente, in modo specifico, il comportamento organizzativo definito dai ruoli».

<sup>100</sup> Sulla definizione del “rischio” come “fenomeno di sistema” posto in relazione a “interazioni complesse”, vedi A. MONTEFUSCO, *Cos'è il rischio? Calcolo de rischio*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il T.U. della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, cit., pp. 386-387.

<sup>101</sup> O “sottosistemi”: vedi L. GOLZIO, M. MONTEFUSCO, *Modelli di organizzazione*, cit., p. 393. Si parla, non a caso, di “compliance integrata”: vedi V. GENNARO, *Il modello di organizzazione*, cit., *passim*.

<sup>102</sup> Sul sistema di controllo come “sottosistema”, V. GENNARO, *Il modello di organizzazione*, p. 190 ss.

<sup>103</sup> Per un'introduzione sulle nuove definizioni soggettive, N. PISANI, *Profili penalistici*, cit., p. 827 ss.

trettante posizioni di garanzia<sup>104</sup>. Si pongono due questioni preliminari: è ancora possibile esprimere le relazioni all'interno dell'organizzazione d'impresa in termini di "potere"? E quale funzione assolve un "sistema disciplinare" innanzi al declino della gerarchia?

Una risposta ci costringe a ripercorrere alcuni problemi sollevati dall'impresa post-fordista<sup>105</sup>. La flessione subita dalla gerarchia nell'organizzazione aziendale si spiega, da un lato, con il fenomeno della "simulazione" dei meccanismi di mercato all'interno dell'impresa, tramite la verifica del valore del prodotto prima che questo sia finito e raggiunga il mercato (c.d. "catena di valore")<sup>106</sup>, il che favorisce, come detto, l'adozione di una struttura "a rete" all'interno dell'impresa stessa<sup>107</sup>; dall'altro lato, proprio la necessità di eguagliare uno *standard* tecnico-qualitativo elevato della produzione agevola l'inclusione nell'organizzazione di lavoratori particolarmente esperti, dotati di competenze superiori a quelle dello stesso superiore gerarchico, di modo tale che quest'ultimo difficilmente potrà esercitare un potere (gerarchico) nei confronti dei primi<sup>108</sup>. Su tali dinamiche è essenzialmente intavolata la discussione dei giuslavoristi circa la scomparsa del lavoro subordinato<sup>109</sup>.

<sup>104</sup> Il dibattito tedesco sulla responsabilità dell'imprenditore per i fatti commessi dai dipendenti evidenzia proprio il problema di rinvenire un rapporto fondato sul diritto privato, dal quale possa inferirsi una posizione di garanzia dell'imprenditore nei confronti dei subordinati: per un quadro di sintesi cfr. AN. KAUFMANN, *Möglichkeiten der sanktionsrechtlichen Erfassung von (Sonder-)Pflichtverletzungen im Unternehmen*, Frankfurt am Main, 2003, p. 116 ss.

<sup>105</sup> Per una trattazione di questo tema, ricca di richiami alla letteratura sia giuridica che sociologica, U. CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in *Giorn. dir. lav. relaz. ind.*, 2004, p. 49 ss.

<sup>106</sup> A. SALENTO, *Postfordismo e ideologie giuridiche. Nuove forme d'impresa e crisi del diritto del lavoro*, Milano, 2003, p. 21 ss.

<sup>107</sup> Sui nessi tra esigenze poste dalla "rete" e nuove forme di lavoro, ampiamente, U. CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità*, cit., p. 74 ss.

<sup>108</sup> A. SUPIOT, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, in *Dir. relaz. ind.*, 2000, p. 224. Sull'organizzazione del lavoro come "negoziante delle competenze" e sul ruolo rivestito dal "saper fare", G. DE TERSSAC, *Come cambia il lavoro*, cit., p. 179 ss.; per alcune specificazioni sul "saper fare" e sul volto "dinamico" delle competenze, cioè sulla necessità di un continuo adeguamento del sapere, U. CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità*, cit., p. 56.

<sup>109</sup> A. PERULLI, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Milano, 1992, p. 267 ss.; A. SUPIOT, *Lavoro subordinato*, cit., p. 217 ss.; per una critica di ordine sociologico

Ma non bisogna credere che, essendo la subordinazione in crisi, il potere datoriale si sia dileguato. Esso è semplicemente mutato, scosso da due fenomeni che ne hanno alterato l'aspetto: «un arretramento del potere discrezionale a vantaggio del potere funzionale», evidenziato dalla sottoposizione del detentore del potere a numerosi controlli, e «un arretramento del potere a vantaggio di una distribuzione dei poteri»<sup>110</sup>. Nell'organizzazione «a rete», la prospettiva schiusa dalla «azione organizzativa»<sup>111</sup>, che concepisce l'organizzazione come «processo di azioni e decisioni», pone al centro l'idea di «autorità, come modalità comunicativa in grado di orientare le decisioni»; in tale prospettiva il *management* è raffigurabile come «coalizione dominante del contesto reticolare»<sup>112</sup> e detiene pur sempre «il potere di definire e controllare le procedure per la produzione di regole di esecuzione»<sup>113</sup>. Similmente, non svanisce la soggezione del lavoratore: se le qualità personali del lavoratore sono di vitale importanza al fine dell'ottenimento del prodotto, oggetto di controllo non sarà tanto il modo con cui egli esegue le proprie mansioni, bensì la conformità del risultato ottenuto a parametri astratti di valutazione, secondo quella che è stata definita una «normalizzazione delle persone»<sup>114</sup>.

---

all'atteggiamento assunto dai giuristi in merito alla «fuga dal lavoro subordinato», vedi A. SALENTO, *Postfordismo e ideologie giuridiche*, cit., p. 158 ss.

<sup>110</sup> A. SUPLOT, *Lavoro subordinato*, cit., p. 222 ss. Parimenti scrive A. SALENTO, *Postfordismo e ideologie giuridiche*, cit., p. 86: «Non si insisterà mai abbastanza nel ribadire che nello sviluppo della regolazione post-fordista non c'è alcuna diminuzione della quota di potere detenuta dalla proprietà e dal management dell'impresa. C'è bensì una maggiore complessità nell'articolazione di autonomia/discrezionalità ed eteronomia degli esecutori [...]. Ma in tutto questo non si rintraccia alcun affievolimento del potere direttivo e organizzativo di parte datoriale [...]. La tendenziale scomparsa delle tradizionali prescrizioni univoche e pervasive, tipicamente connesse ad uno schema organizzativo fortemente verticalizzato, nulla toglie alla costrittività che si genera in quell'universo di relazioni e di messaggi che costituisce l'organizzazione postfordista, orizzontale e flessibile».

<sup>111</sup> J.D. THOMPSON, *L'azione organizzativa*, cit., *passim*.

<sup>112</sup> A. SALENTO, *Postfordismo e ideologie giuridiche*, cit., pp. 130-131.

<sup>113</sup> A. SALENTO, *Postfordismo e ideologie giuridiche*, cit., p. 133.

<sup>114</sup> A. SUPLOT, *Lavoro subordinato*, cit., p. 224, secondo il quale «la soggezione non è sparita, ma è interiorizzata». Sull'incremento dei controlli nelle strutture di lavoro «orizzontali», vedi anche U. CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità*, cit., p. 63.

Annotiamo, dunque, come il potere sopravviva nell'organizzazione del lavoro post-fordista, estrinsecandosi nell'influenza tra organi e sottosistemi<sup>115</sup>; sulla sua definizione ci si promette però di ritornare, al fine di valutarne la compatibilità con il potere impeditivo quale elemento proprio di una posizione di garanzia<sup>116</sup>. Ora si vuole insistere su quest'idea di "normalizzazione"<sup>117</sup>, per provare a far luce sulla seconda questione sopra accennata: la funzione assolta dal "sistema disciplinare".

Nell'economia di un *compliance program*, la possibilità di sanzionare comportamenti non conformi alle regole organizzative serve all'effettività del codice di condotta e, quindi, del piano preventivo introdotto in azienda. Il sistema disciplinare previsto da un *compliance program* deve soddisfare le garanzie sostanziali e procedurali – in primo luogo di pubblicità – previste dallo Statuto dei lavoratori<sup>118</sup>. Non v'è dubbio, infine, che possa configurare illecito disciplinare anche il comportamento realizzato dal lavoratore in violazione delle norme sulla sicurezza: anche l'omessa segnalazione di altrui inadempimenti<sup>119</sup>. Si afferma, non a caso, che il lavoratore sia non solo "creditore" di sicurezza, ma anche, in una certa misura, "debitore" o "collaboratore" di sicurezza<sup>120</sup>.

Al tempo stesso, questa prospettiva conferisce nuovi contorni al potere del datore di lavoro. Qualunque sia il fondamento del potere direttivo del datore e del potere disciplinare quale suo specifico connotato –<sup>121</sup> cioè sia che si impiantino tali poteri sul contratto o

<sup>115</sup> Cfr. la definizione di "potere organizzativo" data da L. GOLZIO, A. MONTEFUSCO, *Modelli di organizzazione*, cit., p. 395.

<sup>116</sup> Si veda la sezione seconda del presente capitolo.

<sup>117</sup> Oltre che nella letteratura sopra richiamata, il concetto di normalizzazione, e precisamente di una «sanzione normalizzatrice» in appendice al potere disciplinare, è già in M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit., p. 194 ss.

<sup>118</sup> Cfr. A. GARLATTI, *D.lgs. 251/01 e riflessi giuslavoristici*, in *D&L, Riv. Crit. dir. lav.*, 2006, p. 350 ss.

<sup>119</sup> V. FILÌ, *Sulla sanzionabilità disciplinare dell'omessa denuncia a fini prevenzionali*, in *Lav. giur.*, 2008, p. 35 ss.

<sup>120</sup> Vedi M. BELLINA, *Sicurezza: se il lavoratore non collabora*, in *Dir. prat. lav.*, 2008, p. 661 ss., con riferimenti normativi e dottrinari.

<sup>121</sup> Sul potere disciplinare come "momento successivo" del "più ampio" potere direttivo, S. MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico. Art. 2106 c.c.*, Milano, 2002, p. 18.

sull'organizzazione, o si accetti la formula sintetica del contratto di lavoro come "contratto di organizzazione"<sup>122</sup>, i poteri datoriali, ed i loro limiti, non possono essere ingabbiati nella logica dello scambio sinallagmatico né nel mero asservimento di un superiore interesse aziendale<sup>123</sup>, se in tale interesse non si comprendono gli «scopi e valori»<sup>124</sup> che oggi i *compliance programs* immettono nel rapporto di lavoro quali elementi innovativi nelle relazioni di supremazia/soggezione nell'ambito dell'impresa<sup>125</sup>. I codici di condotta, infatti, incidono sia sulla responsabilità disciplinare del lavoratore, in quanto

<sup>122</sup> Il dibattito è ovviamente affidato alla letteratura specialistica. Basti segnalare come esso sia animato dall'osservazione, secondo cui alcune sacche puramente fattuali dell'esercizio di tali poteri appaiono giuridicamente inspiegabili, se non alla luce della prerogativa spettante all'imprenditore di organizzare i fattori della produzione, alla luce di un nesso, quindi, tra artt. 2082 e 2106 c.c. Senza pretesa di completezza, si segnalano, al riguardo, i seguenti contributi: L. MONTUSCHI, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Milano, 1973, p. 13 ss.; A. PERULLI, *Il potere direttivo*, cit., p. 109 ss.; S. MAINARDI, *Il potere disciplinare*, cit., p. 4 ss., p. 32 ss.; C. CARDARELLO, *Il potere disciplinare nel rapporto di lavoro*, supplemento al fasc. 25/2003 di *Dir. giust.*, Milano, 2003, p. 5 ss.; e inoltre, anche per una rassegna delle classiche impostazioni al riguardo, U. CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità*, cit., *passim*; M. MAGNANI, *Contratti di lavoro e organizzazione*, in *Studi in onore di M. Persiani*, Padova, 2005, p. 697 ss.

<sup>123</sup> Così, invece, l'impostazione tralatizia: cfr. G. LANDI, voce *Disciplina*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, p. 26 ss. L'inquadramento del potere disciplinare «nella diversa prospettiva del riconoscimento del potere non a garanzia di un interesse di parte, bensì a presidio di un bene comune, condiviso da una cerchia più ampia di soggetti comprensiva degli stessi lavoratori», come chiave di lettura presente nell'elaborazione giuslavoristica dell'istituto, si è invece storicamente affermato in alcuni ordinamenti di tipo socialista (sul punto S. MAINARDI, *Il potere disciplinare*, cit., p. 6 ss., il quale non manca di segnalarne i limiti). La distinzione tra sanzioni irrogate in ragione del contratto di lavoro (*Vertragsstrafen*) e sanzioni applicate a tutela della collettività aziendale (*Betriebsbußen*) è poi tutt'ora un dato caratteristico del diritto del lavoro tedesco (per tutti, R. LINCK, *Betriebsbußen*, in G. SCHAUB, *Arbeitsrechts-Handbuch*, München, dodicesima ed., 2007, p. 521 ss.).

<sup>124</sup> U. SIEBER, *Compliance-Programme*, cit., p. 451, assegna questa funzione alle novelle tecniche di prevenzione della criminalità d'impresa. Nel nostro caso il "valore" in gioco è la "sicurezza", come prodotto socialmente costruito dal modello organizzativo: vedi L. GOLZIO, A. MONTEFUSCO, *Modelli di organizzazione*, cit., p. 397.

<sup>125</sup> Sull'influenza esercitata dall'introduzione dei *compliance programs* sui poteri del datore di lavoro e sugli obblighi del prestatore di lavoro, e insieme sulle possibilità di giustificare le attività richieste dall'attuazione di un *compliance* alla stregua dell'apparato concettuale messo a disposizione dal diritto del lavoro, con riguardo all'ordinamento tedesco, vedi M. MAHNHOLD, *Compliance und Arbeitsrecht*, cit., p. 149 ss.

in grado di determinare il livello di diligenza esigibile da questi, sia sul potere direttivo dell'imprenditore-datore di lavoro, poiché aprono nuove possibilità di sindacato sul merito dell'esercizio di siffatto potere<sup>126</sup>.

Così, potere e soggezione sono assorbiti da una funzione che trascende gli interessi economici degli attori; persiste il *potere*, ma la discrezionalità del suo esercizio è circondata da una miriade di vincoli<sup>127</sup>; persiste la *soggezione*<sup>128</sup>, ma finalizzata alla tutela di interessi ulteriori rispetto a quelli istituzionali dell'azienda<sup>129</sup>, e finanche di interessi dei quali l'individuo assoggettato è titolare. La "normalizzazione" cui poc'anzi si accennava, in altre parole, coinvolge entrambi i protagonisti del rapporto di lavoro; entrambi subiscono una «standardizzazione dei comportamenti», il cui «obiettivo è quello di ottenere dagli esseri umani un comportamento spontaneamente conforme ai bisogni dell'ordine costituito»<sup>130</sup>.

L'idea di "disciplina", allora, stride con il venir meno di un apparato strettamente gerarchico<sup>131</sup>, ma conserva il suo significato,

<sup>126</sup> Cfr. R. DEL PUNTA, *Responsabilità sociale d'impresa e diritto del lavoro*, in *Studi in onore di M. Persiani*, vol. I, Padova, 2005, p. 128; L. IOELE, *Responsabilità sociale dell'impresa e ordinamento italiano*, in P. GRECO (a cura di), *Lavoratori e impresa socialmente responsabile*, Torino, 2007, p. 59 ss.

<sup>127</sup> Per altro, il rispetto formale di tali vincoli può non coincidere con l'esercizio legittimo del potere, tutte le volte in cui il datore strumentalizza la prerogativa di attivare procedimenti disciplinari al solo fine di danneggiare il dipendente (nella specie di *mobbing* detta *bossing*), sì da contravvenire all'obbligazione di sicurezza abusando di un potere (vedi C. CARDARELLO, *Il potere disciplinare*, cit., pp. 19-20; più in generale, sul fondamento del *mobbing* tra obbligazione di sicurezza ed abuso di potere, M.T. CARINCI, *Il "bossing" fra inadempimento dell'obbligo di sicurezza, divieti di discriminazione e abuso di potere*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, p. 133 ss.).

<sup>128</sup> Sulla distinzione tra "dovere" di obbedienza e "soggezione", quali situazioni passive correlate al potere direttivo del datore, vedi le puntualizzazioni di M. GRANDI, *Riflessioni sul dovere d'obbedienza nel rapporto di lavoro subordinato*, in *Studi in onore di M. Persiani*, cit., p. 673 ss.

<sup>129</sup> Sui dipendenti come "strumento" della responsabilità sociale d'impresa, A. TURSI, *La responsabilità sociale delle imprese tra etica, economia e diritto*, in L. MONTUSCHI, P. TULLINI (a cura di), *Lavoro e responsabilità sociale dell'impresa*, Bologna, 2006, pp. 97-98.

<sup>130</sup> A. SUPLOT, *"Homo juridicus". Saggio sulla funzione antropologica del Diritto*, Milano, 2006, p. 198.

<sup>131</sup> Sul fatto che la disciplina sia solitamente connessa, se non alla vera e propria gerarchia, quanto meno ad una significativa disegualianza tra le parti del "rap-

che le è infuso dalla sua etimologia (*discere*)<sup>132</sup>, di “osservanza”<sup>133</sup> e mantenimento di un “sistema di regole”<sup>134</sup>, apprese o da apprendere: l'imprenditore è chiamato a farsi mediatore di valori, a formare i propri dipendenti conformemente a tali valori<sup>135</sup>, e, infine, a sanzionare chi dimostra di non averli acquisiti, con ciò istruendo, al tempo stesso, gli altri membri dell'organizzazione e ripristinando il valore momentaneamente messo in discussione<sup>136</sup>.

L'idea di uno scopo in tal senso “disciplinare” è così pervasiva da sovrapporsi, minandola, ad ogni residua forma di gerarchia. Difatti, tra le posizioni organizzative gerarchicamente superiori, si è (o si era) restii ad applicare “sanzioni”: a tale livello, si corre il rischio di esporre l'errore ad una pubblicità indesiderata e nociva, e per questo la sanzione tende ad essere mascherata con l'espedito di un cambiamento organizzativo: es. mutamento di mansioni o trasferimento, o finanche promozione<sup>137</sup>. La normativa sulla responsabilità amministrativa degli enti, che pure conserva un barlume di schema gerarchico nella suddivisione tra “apicali” e “subordinati”<sup>138</sup>, ripudia proprio questo espedito, nel momento in cui esige la predispo-

---

porto disciplinare”, vedi G. LANDI, *Disciplina*, cit., p. 19. Sui nessi tra disciplina e sorveglianza gerarchica nella formazione del potere moderno, M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit., p. 187 ss.

<sup>132</sup> Cfr. G. LANDI, *Disciplina*, cit., p. 17.

<sup>133</sup> Col termine “osservanza” si tende oggi a sostituire anche l'espressione “obbedienza” (del lavoratore): cfr. M. GRANDI, *Riflessioni sul dovere d'obbedienza*, cit., p. 676 (il quale però ritiene non necessario recepire il mutamento linguistico).

<sup>134</sup> Su questa funzione ascritta alla “disciplina”, D. BORTOLOTTI, voce *Disciplina* (*dir.amm.*), in *Enc. giur.*, vol. XI, Roma, 1989, p. 2.

<sup>135</sup> Sugli obblighi di formazione, informazione e addestramento nel nuovo testo unico, si rinvia a A. D'AMORE, *Formazione, informazione e addestramento*, in *ISL*, 2008, p. 272 ss. Più in generale, sul peso assunto dall'obbligo di “formazione”, di carattere non solo prevenzionale, del datore nell'impresa post-fordista, U. CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità*, cit., p. 70 ss.

<sup>136</sup> In questa chiave è reinterpretabile la “funzione intimidatoria” assolta dalla sanzione disciplinare (su cui S. MAINARDI, *Il potere disciplinare*, cit., 170). Dal punto di vista sociologico, nell'organizzazione vista come “sistema”, la funzione della sanzione formale, del resto, è colta nel ripristino della validità di un'aspettativa violata: vedi N. LUHMANN, *Funktionen und Folgen*, cit., p. 251 ss., in particolare, sulla definizione di “sanzione”, p. 254, nota 11.

<sup>137</sup> N. LUHMANN, *Funktionen und Folgen*, cit., pp. 261-262.

<sup>138</sup> P. BASTIA, *Implicazioni organizzative e gestionali della responsabilità amministrativa delle aziende*, in F. PALAZZO (a cura di), *“Societas puniri potest”*, cit., pp. 49-50.

sizione di un sistema disciplinare anche nei confronti dei soggetti “apicali” (ex art. 6, comma 2, lett. e, d.lgs. 231/2001), riaprendo il discorso della responsabilità disciplinare dei dirigenti<sup>139</sup>, ed inaugurando un tema pressoché inedito intorno alla possibilità di applicare sanzioni disciplinari agli amministratori<sup>140</sup>.

Le nozioni di “potere” (o meglio: “autorità”)<sup>141</sup> e di “disciplina” sopravvivono in tal modo, in una forma rinnovata, nelle organizzazioni per sistemi. Nondimeno, non può tacersi come tali nozioni siano valide finché siano definiti i limiti dell’organizzazione, vale a dire sin quando gli individui possano subirne l’influenza quali “membri” dell’organizzazione<sup>142</sup>. L’incertezza dei confini organizzativi offre però numerosi spunti problematici<sup>143</sup>, di rilievo anche penalistico.

Se s’interpretano le imprese e le “reti” che esse sovente formano come mere giustapposizioni di contratti, si sviscerano i fenomeni organizzativi che in queste realtà si sviluppano – tra questi l’autorità –<sup>144</sup>, sottraendo gli intranei alle responsabilità che solitamente ne derivano – per quello che ci riguarda, alla responsabilità derivante dall’omesso esercizio di poteri riconducibili alla posizione organizzativa ricoperta. L’alternativa risiede, dunque, nel privilegiare la posizione funzionale degli individui senza arrestarsi al dato formale. Diviene, difatti, sempre più frequente, nella legislazione penale, imbattersi in norme “di chiusura” che sanciscono la prevalenza del profilo “funzionale” rispetto al rilievo “formale”, ergo contrattuale, del-

<sup>139</sup> Cfr. A. GARLATTI, *D.lgs. 231/01 e riflessi giuslavoristici*, cit., pp. 353-354.

<sup>140</sup> Sul punto, con soluzioni originali, A. BERNASCONI, E. BEGHÈ, *Sistema disciplinare per soggetti apicali, apparato sanzionatorio e stock options: profili problematici*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2/2007, p. 43 ss.

<sup>141</sup> Come ulteriore stadio della “formalizzazione dell’influenza” in ambito organizzativo, secondo la terminologia adottata da N. LUHMANN, *Funktionen und Folgen*, cit., p. 123 ss. Ma sul concetto di potere e autorità si tornerà in seguito (sezione seconda del presente cap.).

<sup>142</sup> Al di là della appartenenza (*Mitgliedschaft*) il potere poggia sulla mera personalità di chi lo esercita (cfr. N. LUHMANN, *Funktionen und Folgen*, cit., p. 129 ss.).

<sup>143</sup> Si occupano della questione, con riferimento all’impresa, V. DÖHL *et al.*, *Auflösung des Unternehmens? Die Entgrenzung von Kapital und Arbeit*, in U. BECK, W. BONSS (a cura di), *Die Modernisierung der Moderne*, Frankfurt am Main, 2001, p. 219 ss.

<sup>144</sup> G. TEUBNER, *The Many-Headed Hydra*, cit., p. 44 ss.



la funzione ricoperta<sup>145</sup>. Tuttavia, dinanzi all'estensione delle "reti", una valorizzazione organizzativo-funzionale non riceve sempre un supporto legislativo adamantino. Nelle reti di imprese partecipanti all'esecuzione di un appalto, ad esempio, la responsabilità datoriale è tendenzialmente fatta risalire, dalla legge, a chi detiene il potere organizzativo<sup>146</sup>. Simile riconoscimento legislativo, invece, non avviene per la tipologia dei rapporti riconducibili all'*outsourcing*<sup>147</sup>, ove la creazione di legami organizzativi non dà adito, di per sé, a responsabilità omissiva<sup>148</sup>. Il dato normativo, infine, è piuttosto incerto quanto ai gruppi societari<sup>149</sup>: l'ingerenza nella conduzione delle singole società è sì una caratteristica "organizzativa" presa in considerazione dalla legge, ma non sembra essere enfatizzata abbastanza al fine di ricavarne responsabilità penali in capo agli amministratori della società controllante<sup>150</sup>.

Innanzi a tali difficoltà si spiega l'atteggiamento di certa dottrina, che riassume la responsabilità nell'inclusione dell'individuo in un sistema, intravedendone il contrassegno formale – e di conseguenza anche la fonte privilegiata di creazione di una posizione di garanzia – nel contratto<sup>151</sup>. Restano ferme però le critiche, altrove espresse, nei confronti di tali sviluppi teorici<sup>152</sup>. Occorre dare conto, invece, di ulteriori analisi penalistiche, le quali, sempre sullo sfondo di un approccio mutuato dalla sociologia dei sistemi, si presentano particolarmente feconde per la nostra indagine sulle responsabilità individuali.

<sup>145</sup> Cfr. art. 299 d.lgs. 81/2008; art. 2639 c.c.; art. 5 d.lgs. 231/2001.

<sup>146</sup> Ci si riferisce alla disciplina dei cantieri temporanei o mobili, di cui, ora, agli artt. 88 ss. d.lgs. 81/2008 (per un commento P. SOPRANI, *TU sicurezza: statuto dell'impresa e del lavoro autonomo*, in *ISL*, 2008, p. 391 ss.).

<sup>147</sup> Sulla riconduzione di questo strumento (nelle sue varie sfaccettature) al fenomeno della "rete", M. SERALE, *Dal gruppo all'impresa a rete: i processi di outsourcing*, in *Scritti in onore di V. Buonocore*, vol. II, Milano, 2005, p. 1665 ss.

<sup>148</sup> Sull'argomento G. RUGGIERO, *Profili penali dell'"outsourcing"*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 2003, p. 827 ss.

<sup>149</sup> Sottopone il fenomeno dei gruppi di imprese ad un'analisi sistemica G. TEUBNER, *Il diritto come sistema*, cit., p. 175 ss.

<sup>150</sup> *Infra*, cap. VI, sezione prima, § 4.

<sup>151</sup> L. PHILIPPS, *Der Handlungsspielraum*, cit., *passim*; sul ruolo del contratto, p. 156.

<sup>152</sup> Ci si riferisce alle proposte raggruppate sotto la voce "normativismo": *supra*, cap. III, § 5.

4. *L'organizzazione d'impresa tra declino delle gerarchie e ascesa delle funzioni di coordinazione nella riflessione penalistica*

L'analisi sistemica viene impiegata, in primo luogo, in uno studio di Ernst-Joachim Lampe, il quale classifica le diverse forme di organizzazione collettiva di un illecito («Unrechtssysteme»: dalla co-autoria alle associazioni criminosi, sino alle imprese economiche “con attitudine criminale” e alle organizzazioni statuali “degeneri”) in ragione della loro più o meno marcata capacità di creare un'entità diversa dalla somma delle singole azioni dei complici: un “sistema” («ein funktional organisiertes System»)<sup>153</sup> che, per le sue peculiarità, si distacca dalla “normale” struttura dell'illecito – consistente nella “interazioni tra persone” (si parla a quest'ultimo proposito di *Beziehungsunrecht*) –, e che, secondo l'impostazione sociologica adottata da Lampe, intrattiene relazioni con “l'ambiente” (*Umwelt*)<sup>154</sup>. Oltre alla responsabilità delle imprese, per una disfunzionalità dell'organizzazione stessa dalla quale derivino delitti colposi o dolosi che non rientrano tra i fini dell'organizzazione, lo Studioso citato non esita a riconoscere una responsabilità degli “appartenenti all'impresa” che violino i propri obblighi di controllo<sup>155</sup>. A questa conclusione, tuttavia, si perviene tramite un'inaccettabile lettura in termini sistemici delle principali categorie penalistiche, quali l'autoria e la causalità<sup>156</sup>.

Più proficuo il confronto con la ricerca di Günter Heine, che invece, sempre avvalendosi della teoria dei sistemi, oltre a prendere in considerazione gli effetti della ripartizione dei compiti nelle organiz-

<sup>153</sup> E.-J. LAMPE, *Systemunrecht und Unrechtssysteme*, in *ZStW*, 1994, p. 683 ss., citazione a p. 690.

<sup>154</sup> E.-J. LAMPE, *Systemunrecht und Unrechtssysteme*, cit., pp. 702-703.

<sup>155</sup> E.-J. LAMPE, *Systemunrecht und Unrechtssysteme*, cit., pp. 734-735.

<sup>156</sup> Secondo un «modello ontologico sistemico di responsabilità», come indicato da L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., pp. 234-237, che tuttavia intravede nell'impostazione di Lampe solo un mutamento di linguaggio rispetto a soluzioni già note. Per una lettura alla luce della teoria dei sistemi delle categorie penalistiche, in particolare per la sostituzione della spiegazione causale di un evento con una spiegazione “funzionale”, si veda anche L. PHILIPPS, *Der Handlungsspielraum*, cit., p. 104 ss. Nella letteratura italiana un programma simile viene proposto da S. ALEO, *Causalità, complessità e funzione penale, Per un'analisi funzionalistica dei problemi della responsabilità penale*, Milano, 2003.

zazioni (*Arbeitsteilung*) e di una riscontrata perdita di importanza delle strutture lineari e gerarchiche, si propone di comparare i risultati ottenuti in questo campo con le categorie del diritto penale nella loro classica accezione<sup>157</sup>. Le organizzazioni complesse, si premette in questa ricerca, ripartiscono competenze che diventano «reciprocamente dipendenti» ed acquisiscono capacità d'azione solo attraverso un coordinamento, sia all'interno di ogni sottosistema, sia tra i vari sottosistemi. Il decentramento delle funzioni e la specializzazione delle attività cagionano un frazionamento del potere di prendere decisioni, con effetti sia riguardo ad un decentramento di poteri dagli organi di vertice verso le istanze subordinate, sia sotto il profilo dello sbiadirsi delle facoltà di dominio sul fatto da parte di un singolo membro. La funzione di "comando", dal suo canto, si converte nella essenziale funzione di coordinamento delle distinte unità organizzative. Di conseguenza, la responsabilità degli organi di vertice si trasforma, da una responsabilità da dominio (*Herrschaft*), in una «funzione di coordinamento»<sup>158</sup>. In tale situazione diviene sempre più difficile tradurre le decisioni in azioni, giacché le decisioni non percorrono semplici linee verticali, ma si propagano tra sistemi interdipendenti. In secondo luogo, si percepisce una crescente difficoltà nell'individuare contromisure organizzative, cioè soluzioni che intervengano su processi organizzativi bisognosi di una correzione<sup>159</sup>.

Altro effetto che la decentralizzazione ingenera nella conformazione delle organizzazioni è la suddivisione delle informazioni. Le informazioni circa le decisioni operative percorrono, infatti, piani orizzontali, tramite contatti informali, mentre le strutture vertica-

---

<sup>157</sup> Cfr., G. HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, cit., p. 27 ss., sulla base di un impianto sociologico tratto dal già citato lavoro di N. LUHMANN, *Funktionen und Folgen*, cit. Riprendono gli spunti di Heine, T. ROTSCH, *Individuelle Haftung in Großunternehmen. Plädoyer für den Rückzug des Umweltstrafrechts*, Baden-Baden, 1998, p. 71 ss.; N. BOSCH, *Organisationsverschulden im Unternehmen*, cit., p. 8 ss.; R. SCHÜRMANN, *Aufsichtspflichtverletzungen*, cit., p. 137 ss.

<sup>158</sup> G. HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, cit., pp. 35-41. Vedi anche T. ROTSCH, *Individuelle Haftung in Großunternehmen*, cit., pp. 77-78. che parla di trasformazione di «Herrschaftspflichten» originariamente incardinati sui vertici in «Vermittlungspflichten», rifacendosi direttamente alla terminologia luhmanniana.

<sup>159</sup> G. HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, cit., p. 43.

li sono deputate a veicolare verso l'alto questioni ancora bisognose di soluzione. La constatazione spiega effetti sull'attribuzione di stati soggettivi: diviene sempre più difficile appurare il dolo in capo ai vertici, a causa di questo *deficit* informativo; ma, in linea generale, l'imputazione del dolo diviene difficile in ragione dell'impossibilità, per il singolo membro dell'organizzazione, di prevedere le conseguenze della sua azione, la quale produrrà eventuali offese solo con il concorso di altre condotte segmentate in processi organizzativi<sup>160</sup>.

Queste considerazioni sfociano nella crisi della teoria tradizionale dell'autore (*Täter*). Difatti, l'immagine classica di autore coincide con la figura in posizione centrale rispetto al fatto, che domina i fattori causali dell'accaduto: normalmente un autore individuale che arreca danno ad una vittima ben individuata (*Individualtäter*). La crisi di questo concetto, a sua volta, produce seri dubbi sulle possibilità applicative di una posizione di garanzia dei vertici fondata sulla *Herrschaft*<sup>161</sup>. Le caratteristiche delle organizzazioni complesse sono tali da suggerire l'ingresso di una nuova concezione dell'autore: un *Systemtäter*<sup>162</sup>.

A fronte di una profonda frattura tra i principi del diritto penale classico e i comportamenti realizzati nelle organizzazioni, evidenziata dalla sua ricerca, Heine si pone il problema delle possibilità di utilizzare il reato omissivo per sancire la responsabilità dei vertici. Le sue osservazioni si concentrano su un'eventuale *Garantenstellung* fondata sul dominio dell'accadimento, tramite la signoria della fonte di pericolo, alla quale, però, egli vede sostituirsi, progressivamente, un obbligo di garanzia consistente nell'organizzare le fonti di pericolo (impianti e processi di produzione) in modo tale che non intercorrano offese per i beni giuridici; un obbligo che comprende

<sup>160</sup> G. HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, cit., pp. 44-48.

<sup>161</sup> G. HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, cit., pp. 116-118.

<sup>162</sup> G. HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, cit., p. 31. Il concetto ricorre anche in E.-J. LAMPE, *Systemunrecht und Unrechtssysteme*, cit., p. 703; ulteriori riferimenti in N. BOSCH, *Organisationsverschulden im Unternehmen*, cit., p. 31, nota 120; R. SCHÜRMAN, *Aufsichtspflichtverletzungen im Spannungsfeld*, cit., p. 137 ss.

anche un controllo continuativo e l'eventuale adozione di misure di sicurezza<sup>163</sup>.

Quest'obbligo primario concorre, almeno nelle organizzazioni di certe dimensioni, con obblighi disseminati lungo l'organizzazione: le posizioni di garanzia "corrono" insieme alla delega, trasferendo la responsabilità verso piani inferiori dell'organizzazione. Esistono però competenze non delegabili, coincidenti con un livello generale di sicurezza dell'intero sistema. Inoltre, premesso che la qualità della vigilanza su una fonte di pericoli deve rimanere eguale anche in caso di controllo indiretto della medesima, in caso di struttura decentralizzata, la competenza personale dei vertici si trasforma in una "funzione adeguata": il controllo personale è sostituito da un sistema di controlli disseminati nei singoli segmenti organizzativi; presso i quali possono però emergere errori funzionali di controllo<sup>164</sup>.

La decentralizzazione accresce quindi il potenziale di rischio; il che richiede qualcosa in più della sorveglianza personale da parte dei vertici: richiede un *management* del rischio, che si sostanzia nell'obbligo di evitare difetti nell'organizzazione<sup>165</sup>. L'attività di controllo coincide appunto, per Heine, con la c.d. attività di *risk management* (*Risikomanagement*), in pratica con la valutazione strategica dei rischi riconoscibili con l'impiego della tecnologia disponibile e con riguardo ai risultanti dalla complessa struttura organizzativa, valutazione che andrebbe condotta sottoponendo a verifica periodica i processi produttivi<sup>166</sup>.

A questo punto, un'affermazione di responsabilità, per la violazione di siffatto obbligo, va incontro a difficoltà consistenti, che discendono, in parte, dalla circostanza secondo cui i provvedimenti organizzativi sono in grado di avere solo un'efficacia dispiegata nel tempo – talché una decisione organizzativa può solo ingenerare un processo di cambiamento di lungo termine –, in parte, dal fatto che l'organizzazione è chiamata ad impedire un pericolo che non si lascia fissare in un'esatta dimensione temporale, sì che sfugge il ter-

<sup>163</sup> G. HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, cit., p. 120 ss.

<sup>164</sup> G. HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, cit., pp. 121-125.

<sup>165</sup> G. HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, cit., pp. 124-125.

<sup>166</sup> G. HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, cit., pp. 129-135. Sulla nozione di "risk management" ci si è soffermati nel § 2.2., sezione seconda, cap. I.

mine entro cui la correzione organizzativa deve essere adottata<sup>167</sup>. Per tanto, lo sforzo teorico andrebbe convogliato verso la ricerca di una responsabilità dell'impresa come tale, alla quale si addice un criterio di imputazione fondato sostanzialmente su un difetto organizzativo<sup>168</sup>. Tuttavia, Heine non esclude del tutto la possibilità di rintracciare responsabili individuali: a parte le residue ipotesi in cui un'azienda sia organizzata in forma gerarchica, è possibile risalire ai vertici solo quando sia dato ricostruire una linearità tra processo decisionale e danno<sup>169</sup>.

Se però si ammette quest'ultima possibilità, significa che gli obblighi di corretta organizzazione (*funktionale Organisationspflichten*) non sono in antitesi con una posizione di garanzia dei vertici, ma che, piuttosto, vi è una certa difficoltà nel ricondurre l'evento prodotto all'adempimento di quest'obbligo sul piano dell'imputazione<sup>170</sup>.

<sup>167</sup> G. HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, cit., p. 140 ss., ove l'icastica immagine secondo cui fissare questo punto temporale sarebbe assai simile al tentativo di «inchiodare un budino ad una parete».

<sup>168</sup> Sulla base di una «funktional-betriebliche Organisationsherrschaft»: vedi G. HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, cit., p. 287 ss.

<sup>169</sup> G. HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, cit., pp. 146-147. Di particolare interesse la notazione a p. 146: «[...] anche in aziende decentralizzate, possono risalire ai vertici amministrativi decisioni che hanno immediati effetti dannosi. La deliberazione degli amministratori (*Vorstandbeschluss*) di non ritirare un prodotto dal mercato, con gravi conseguenze per i compratori, è un esempio eloquente. L'assenza di "linearità" di una struttura aziendale (*die fehlende "Geradlinigkeit" einer Betriebsstruktur*) può in ogni caso essere compensata con la linearità di un certo decorso "decisione – danno" (*die Geradlinigkeit eines bestimmten Entscheidungs-/Schädigungsverlauf*)». A tal proposito, si veda anche la critica di T. ROTSCH, *Individuelle Haftung*, cit., p. 203 ss., che considera le conclusioni (citate) di Heine in contraddizione con la parte iniziale della sua ricerca.

<sup>170</sup> Cfr. N. BOSCH, *Organisationsverschulden im Unternehmen*, cit., p. 216 ss. La tesi sostenuta da questo Autore è quella di una posizione di garanzia dei vertici aziendali, consistente nell'obbligo di «ridurre le fonti di pericolo nel proprio ambito di organizzazione». Esemplificando sulla base del danno da prodotto, Bosch sostiene che tale obbligo andrebbe concretizzato di volta in volta in relazione alla diversa composizione e forma della gestione. Non c'è bisogno di far ricorso alla figura della ingerenza, poiché vi sarà un membro della gestione tenuto a sorvegliare una fase della produzione: vale a dire, tenuto a ridurre il rischio che questo possa provocare danni (una volta in commercio). Dal momento che questo singolo amministratore non può *decidere* da solo, si avrà una responsabilità "collettiva", secondo Bosch, «nel momento in cui egli solleciti gli altri ad una decisione collettiva secondo una sufficiente informazione circa la pericolosità del prodotto». Se un controllo di que-

Il dissidio tra diritto penale “classico” e responsabilità da difetto organizzativo, in altre parole, si situa ad un livello sistematico successivo al riscontro di una posizione di garanzia, il contenuto della quale, invece, può essere intravisto nel controllo di una fonte di pericolo tramite il controllo della sua “organizzazione”<sup>171</sup>. Solo impostazioni che esigono – ai fini della configurazione di una posizione di garanzia, s’intende, e non dell’intero meccanismo di imputazione – il dominio “attuale” del corso degli eventi possono giungere all’esclusione, in radice, di una *Garantenstellung* in capo ai vertici di un’organizzazione<sup>172</sup>. Viceversa, se si accetta la distinzione teorica tra posizione di garanzia e autorità<sup>173</sup>, si comprende come le perplessità dinanzi alla sussunzione di obblighi di organizzazione in altrettante posizioni di garanzia sono, in realtà, perplessità circa la *concreta efficacia* impeditiva di alcuni poteri, pur sempre spettanti agli organi direttivi<sup>174</sup>.

---

sto tipo non è previsto, allora sarà configurabile un “difetto organizzativo” (*Organisationsmangel*) in grado di condurre alla responsabilità di tutti i gestori (*ibidem*, p. 217). Secondo questa ricostruzione, dunque, non si tratta di valutare una signoria di fatto sul prodotto e su ciò che esso può provocare nei confronti dei clienti, bensì di prendere in considerazione le possibilità di controllare un pericolo controllandone la fonte: si tratta quindi di una «abstrakte Gefahrenquellenherrschaft» (*ibidem*, p. 218). Chiarito comunque come la violazione di regole civilistiche volte a minimizzare i rischi non coincida automaticamente con la *Sorgfaltswidrigkeit* (*ibidem*, p. 411), Bosch, date le difficoltà di accertamento del nesso causale, propone poi di introdurre una fattispecie di pericolo consistente nella violazione di un obbligo di organizzazione – quindi che sanziona direttamente la violazione delle norme di *riskmanagement* – rispetto alle quali l’evento lesivo della vita o della incolumità individuale figura quale condizione obiettiva di punibilità (*ibidem*, p. 544 ss.).

<sup>171</sup> Cfr. Y. KIM, *Individuelle und kollektive Zurechnung*, cit., p. 76 ss.

<sup>172</sup> Cfr. N. BOSCH, *Organisationsverschulden im Unternehmen*, cit., p. 221-222, e ivi nota 721.

<sup>173</sup> Cfr. N. BOSCH, *Organisationsverschulden im Unternehmen*, cit., pp. 259-260, che differenzia tra “*Garantenstellung*” e “*Täterschaft*”, sulla base del fatto che la prima è fondata su una “*Pflichtwürdigkeit*”, la seconda sulla “*Herrschaft*” come possibilità reale di forgiare gli avvenimenti. Riprendendo un’idea di A. RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, cit., p. 49, si dimostra come il rapporto di “sottomissione” tra vertici e subordinati non sia fondato su un rapporto di fatto – poiché concretamente non è il superiore a decidere sul corso degli eventi –, ma sia giuridicamente basato sul fatto che lo sviluppo tipico – «*das deliktische Verhalten*» – è in un certo senso conformato al modo in cui le decisioni vengono assunte in una data impresa.

<sup>174</sup> Cfr. R. HEFENDEHL, *Tatherrschaft in Unternehmen*, cit., p. 581, secondo cui il passaggio da strutture organizzative lineari a forme più “piane” di gerarchia

È in virtù di tale acquisizione che ci si accinge ad esaminare obblighi e poteri in ambito societario.

## 5. *Obblighi di organizzazione nel diritto societario*

### 5.1. *Cenni preliminari sull'attuale disciplina delle società: il rilievo della quotazione in un mercato regolamentato e la disciplina "per derivazione" dei modelli di amministrazione e controllo alternativi*

Obblighi e poteri degli organi societari mutano al variare di un elemento discrezionale di grande rilievo. Il diritto societario suddivide, infatti, le società in tre categorie, rilevanti ai fini della disciplina ad esse applicabile: le società "chiuse" al mercato di rischio; le società "aperte" con azioni diffuse tra il pubblico in misura rilevante; le società "aperte" con azioni quotate<sup>175</sup>. Le prime sono interamente regolate nel codice civile; le seconde ricevono un parziale riconoscimento nel Tuf, da parte dell'art. 116, che rinvia al potere regolamentare della Consob quanto ai parametri per la loro individuazione e sancisce l'applicabilità di quasi tutta la disciplina sulle comunicazioni al pubblico ed alla Consob<sup>176</sup>. Le società con azioni quotate, infine, sono assoggettate alla disciplina del Tuf e, se non diversamente disposto, a quella prevista per tutte le società per azioni<sup>177</sup>. In parti-

---

non elimina l'esistenza di un "potere di imposizione" («Durchsetzungsmacht») della direzione.

<sup>175</sup> Vedi art. 2325-bis c.c. Si profila una nozione di società aperta come società che fa ricorso al capitale di rischio, o, come pure è stato detto, come «società che fa mercato delle proprie partecipazioni negoziandole presso un pubblico di potenziali acquirenti tendenzialmente indeterminato piuttosto che a trattativa privata» (M. COSSU, *Società aperte e interesse sociale. Considerazioni introduttive*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 57).

<sup>176</sup> Cfr. G.D. MOSCO, *Le società con azioni diffuse tra il pubblico in misura rilevante fra definizione, norme imperative e autonomia privata. Uno scalino sbeccato, da riparare in fretta*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 863 ss., che introduce taluni elementi di critica sulla figura. Da notare la sfasatura tra art. 2325-bis c.c., che fa riferimento ad "azioni" diffuse, e art. 116 Tuf, che, invece, allude agli "strumenti finanziari" diffusi (sul punto P. MONTALENTI, *La società quotata*, cit., p. 51 ss.).

<sup>177</sup> Cfr., nel dettaglio, P. MONTALENTI, *La società quotata*, loc. ult. cit.; in sintesi G.B. PORTALE, *La società quotata nelle recenti riforme*, in U. TOMBARI (a cura



colare, dall'art. 119 Tuf discende l'applicabilità alle società con azioni quotate, anche in un mercato regolamentato di un Paese della UE, delle norme sulla *governance* previste dal Tuf.

La quotazione ha un rilievo, in primo luogo, sul piano della fattispecie penale. Le manipolazioni di mercato e l'abuso di informazioni privilegiate insistono su strumenti finanziari quotati o per i quali sia stata richiesta l'autorizzazione alla quotazione (art. 180 Tuf); si applica, inoltre, la legge italiana anche per i fatti commessi all'estero, relativi a strumenti quotati in mercati italiani; rispetto ai principali illeciti – manipolazione ed abuso, sia in forma di reato che di illecito amministrativo – si ha un'estensione territoriale anche in caso di strumenti quotati in altri Paesi della UE (cfr. l'art. 182, commi 1 e 2)<sup>178</sup>. La fattispecie codicistica di aggio (art. 2637 c.c.) vieta, invece, manovre su strumenti finanziari non quotati, venendo con ciò in parte affievolita la dimensione “superindividuale” del bene giuridico protetto<sup>179</sup>.

La quotazione rileva anche rispetto alla disciplina degli organi di controllo, dove spesso, come dimostra la riforma societaria, è avvenuta una sperimentazione nelle quotate di taluni principi successivamente estesi alla disciplina comune<sup>180</sup>. Si procederà, nel prossimo paragrafo, ad una ricostruzione esemplificativa e per quanto possibile unitaria. In via di prima approssimazione, può dirsi che la definizione dei compiti di controllo interno tende progressivamente ad uniformarsi, pur residuando talune significative differenze: ad es. la presenza, richiesta in maniera esplicita per le quotate, di un sistema di controllo interno<sup>181</sup>, e l'applicazione di codici di *corporate governance*, sempre nelle quotate, rientrante nell'oggetto del controllo

---

di), *La società quotata dalla riforma del diritto societario alla legge sul risparmio*, Torino, 2008, p. 1 ss., che ripercorre le ultime riforme in materia.

<sup>178</sup> Norma “poco lineare”, a giudizio di D. NOTARO, *Commento all'art. 182*, in *Leg. pen.*, 2006, p. 57 ss.

<sup>179</sup> Cfr. A. MELCHIONDA, *Art. 2637 c.c. – Art. 185 D.LGS. 58/98*, cit., pp. 257-258.

<sup>180</sup> P. MONTALENTI, *La società quotata*, cit., p. 63.

<sup>181</sup> Salvo l'adozione del sistema monistico, al quale si lega, in ogni caso, la predisposizione di un sistema di controllo interno sul quale il comitato per il controllo sulla gestione vigila (*ex art. 2409-octiesdecies c.c.*).

sindacale<sup>182</sup>. Gli organi di controllo delle società quotate hanno inoltre la possibilità di sollecitare l'intervento della Consob (escluso il caso in cui la società sia quotata solo in altri paesi della UE); tant'è che si è posto il quesito di un loro possibile inquadramento come organi funzionali all'attività della pubblica vigilanza. Infine, le società quotate e quelle con strumenti diffusi *ex art. 116 Tuf* sono sottoposte al controllo contabile di una società di revisione; viceversa, per le altre società di capitali, la disciplina è nel codice civile, dove si parla di "controllo" contabile (art. 2409-*bis* ss.), affidato alle cure di un revisore esterno<sup>183</sup>, salva l'opzione, concessa alle sole società che non fanno ricorso al capitale di rischio e non sono tenute alla redazione del bilancio consolidato, di riservare al collegio dei sindaci questa funzione (art. 2409-*bis* c.c.).

Oramai su un piano distinto dal tema della quotazione – essendo stato superato, con il d.lgs. 37/2004, l'ostacolo della compatibilità dei sistemi alternativi con le società quotate –, si pongono poi i problemi dovuti alla tecnica "per derivazione" adottata dall'art. 223-*septies* delle disposizioni di attuazione del codice civile; tecnica che comporta, "se non diversamente disposto", l'applicabilità delle norme sul modello di amministrazione tradizionale ai modelli alternativi, previo vaglio di "compatibilità", e che eleva il collegio sindacale a prototipo normativo anche nelle leggi speciali. La disposizione solleva numerose questioni ermeneutiche ed è percepita come un'ampia delega legislativa all'interprete<sup>184</sup>. Le perplessità crescerebbero esponenzialmente, ove si decidesse di impiegare la clausola nella ricostruzione di obblighi giuridici penalmente rilevanti, ai sensi dell'art. 40, comma 2 c.p., dato il rispetto che la materia deve al principio di legalità<sup>185</sup>. Sembra, tuttavia, che non vi sia necessità

<sup>182</sup> Art. 149 Tuf dopo la L. 262/2005.

<sup>183</sup> Si vedano le precisazioni di S. SEMINARA, *Nuovi illeciti penali e amministrativi nella legge sulla tutela del risparmio*, cit., p. 559.

<sup>184</sup> Si veda l'ampia e approfondita esposizione di V. CARIELLO, *La disciplina "per derivazione" del sistema di amministrazione e controllo dualistico (disposizioni di richiamo e di rinvio nel nuovo diritto delle società per azioni non quotate)*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 36 ss.

<sup>185</sup> La dottrina, almeno sinora, non ha riscontrato un simile problema relativamente alla estensione delle qualifiche soggettive in ipotesi commissive, rispetto ai reati societari (vedi F. GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto pe-*

di imboccare questa strada, dato che l'assetto normativo dei modelli alternativi offre, come si vedrà in seguito, elementi sufficienti alla ricostruzione degli obblighi e dei poteri a prescindere dalla disposizione attuativa.

5.2. *Il volto “dinamico” dell’organizzazione societaria; in particolare, l’attività inerente agli “assetti organizzativi” nel diritto societario come connubio di “funzione di coordinazione” e “coordinazione di funzioni”*

Fatte tali premesse, vediamo ora se l'apparato concettuale sviluppato in sede dogmatica con riguardo al decentramento nelle imprese sia utilizzabile nelle società di capitali. L'impiego, in tale sede, di uno schema analitico sviluppato con riferimento al diritto penale dell'impresa potrebbe sollevare alcune perplessità di ordine metodologico. Nell'ambito della «gestione (meglio: amministrazione) dell'ente società nei suoi aspetti patrimoniali, contabili e organizzativi», la quale interessa gli organi societari – amministratori e sindaci –, l'ordinamento fissa obblighi eterogenei e specifici rispetto agli obblighi inerenti alla posizione dell'imprenditore; mentre questi ultimi – simili a quelli incombenti su qualunque imprenditore – emergono dalla «gestione dell'impresa sociale» e interessano i soli amministratori esecutivi<sup>186</sup>.

Queste perplessità possono essere dissipate, ove si consideri l'attuale sviluppo del diritto societario. La suddivisione tra “impresa” sociale e struttura societaria, in linea di principio cristallina, viene progressivamente offuscata proprio sotto il profilo dei controlli<sup>187</sup>: l'obbligo di organizzazione dei vertici accoglie principi di tipo azien-

---

nale societario, cit., p. 605). Ma, in realtà, in tal caso la questione è già risolvibile in base all'art. 2639 c.c.

<sup>186</sup> La distinzione tra gestione societaria e gestione dell'impresa sociale è tratteggiata da C. PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, cit., p. 135.

<sup>187</sup> Anche a tal proposito si è evocata l'immagine della “rete”: di «“retificazione” dei controlli» parla M. INNOCENTI, *Collegio sindacale e dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari*, in R. ALESSI, N. ABRIANI, U. MORERA (a cura di), *Il collegio sindacale: le nuove regole*, cit., p. 370.

dale<sup>188</sup>; il controllo, anche sulla gestione, diventa, in una certa misura, una funzione di impresa, come dimostra la nascita di “organismi” che non sono, propriamente, “organi”, la cui istituzione pretermette passaggi assembleari e momenti statutari, e la cui esatta definizione, sul piano della dote dei poteri, è delegata, in buona misura, alla autonomia privata<sup>189</sup>. E del resto, come già visto, non mancano autori che interpretano anche la struttura corporativa della società, in modo non dissimile dall’organizzazione d’impresa, come fonte di pericoli<sup>190</sup>. Inoltre, sotto il profilo della struttura dei reati che interessano il nostro settore, osservammo come anche la tipicità delle principali fattispecie del diritto penale del mercato finanziario presenti un “momento organizzativo” che coinvolge gli organi societari in maniera non dissimile da quanto accade nella materia del diritto penale dell’impresa<sup>191</sup>. Coticché, ritenere, ad esempio, una fattispecie come l’*insider trading* estranea alla gestione sociale<sup>192</sup>, attualmente, non persuade sino in fondo, non appena si consideri che la gestione ed il controllo delle informazioni privilegiate risalgono funzionalmente sino agli organi apicali<sup>193</sup>.

Se dalla ricerca sociologica ci si sposta sul piano del diritto vigente, dunque, si intravedono delle conferme circa l’esigenza di nuovi parametri di riferimento nell’imputazione della responsabilità penale nell’organizzazione societaria. La “procedimentalizzazione”

<sup>188</sup> Cfr. le stimolanti riflessioni di P. FERRO-LUZZI, *L’esercizio di impresa tra amministrazione e controllo*, in *An. giur. ec.*, 2007, p. 231 ss.; diffusamente anche P. SFAMENI, *Responsabilità da reato degli enti e nuovo diritto azionario*, cit., p. 156 ss., p. 202 ss.

<sup>189</sup> Cfr. le osservazioni di D. GALLETTI, *I modelli organizzativi nel d.lgs. n. 231 del 2001: le implicazioni per la corporate governance*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 126 ss., riguardo all’organismo di vigilanza sulla responsabilità amministrativa degli enti. Problematico ricondurre alla nozione di “organo” anche il dirigente di cui all’art. 154-bis Tuf: cfr. A. ZOPPINI, *La nuova disciplina del “dirigente preposto” introdotta dalla legge sulla tutela del risparmio: ambito di applicazione, procedure di nomina e relative modifiche statutarie*, in U. TOMBARI (a cura di), *La società quotata dalla riforma del diritto societario alla legge sul risparmio*, cit., p. 57.

<sup>190</sup> In questo senso, A. RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, cit., p. 35.

<sup>191</sup> *Supra*, cap. II, sezione seconda, § 5.

<sup>192</sup> L. FOFFANI, *Reati societari*, in C. PEDRAZZI *et. al.*, *Manuale di diritto penale dell’impresa*, cit., p. 404.

<sup>193</sup> Cfr. il *Codice di Autodisciplina delle società quotate*, edizione 2006, in [www.borsaitaliana.it](http://www.borsaitaliana.it), Principio 4.

dell'organizzazione, cui s'è fatto cenno sin dalle battute iniziali del presente lavoro, è del resto un dato sempre più enfatizzato nella letteratura extrapenale<sup>194</sup>.

Tra i diversi indici normativi, si pensi, in primo luogo, ai modelli organizzativi previsti dal d.lgs. 231/2001 sulla responsabilità amministrativa degli enti, elogiati, da parte della letteratura specialistica, proprio perché privilegierebbero un modello «per processi», nel quale, cioè, si riscontrano «attività interne costruite e identificate in modo trasversale rispetto alle competenze individuali, per favorire la cooperazione e il gioco di squadra»<sup>195</sup>. Inoltre, i processi introdotti da un *compliance program* – malgrado aspirino a disegnare «linee di dipendenza gerarchica»<sup>196</sup> – di fatto dissolvono le gerarchie, poiché, smembrando l'attività in una sequenza, assegnano a ogni membro una porzione di potere, rendendo ciascuno in un certo senso “leader”<sup>197</sup>.

Sempre nel senso di una predilezione per la fase “dinamica” dell'organizzazione suona poi la tecnica legislativa adoperata in alcuni luoghi della riforma delle società.

Per esempio, il rilievo assegnato alle funzioni di direzione e coordinamento in materia di gruppi, che non filtra tramite la descrizione di posizioni organizzative, ma viene calibrato in relazione ad

<sup>194</sup> Vedi M. RABITTI, *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori. Contributo allo studio dell'illecito civile*, Milano, 2004, p. 38 ss. Prima della riforma dell'amministrazione e del controllo nelle società di capitali, la tendenza ad imporre schemi procedurali era piuttosto diffusa a livello di normativa di settore: in particolare, nella organizzazione degli intermediari, bancari e non. L'attuale disciplina dei sistemi di controllo interno, nelle sue varie forme, sarà oggetto di trattazione specifica *infra*, nel cap. VI, sezione seconda, § 6.

<sup>195</sup> P. BASTIA, *Implicazioni organizzative e gestionali della responsabilità amministrativa delle aziende*, cit., in particolare, p. 53 ss., dove si aggiunge che questo modello è preferibile rispetto a quello «per funzioni, cioè per specifiche competenze». In tale ottica, infatti, viene favorito un «controllo di gruppo o di squadra sull'intero processo» ed «in linea con le recenti evoluzioni delle strutture organizzative».

<sup>196</sup> CONFINDUSTRIA, *Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ex d.lgs. n. 231/2001*, approvate il 7 marzo 2002, aggiornate il 24 maggio 2004, p. 12 (il documento si legge sul sito [www.confindustria.it](http://www.confindustria.it)).

<sup>197</sup> «Employees become leaders in a process, rather than subordinates bending to the will of the corporate hierarchy», scrive efficacemente L. A. CUNNINGHAM, *The Appeal and Limits of Internal Controls to Fight Fraud, Terrorism, Other Ills*, in *Boston College Law*, Research Paper n.18, 2003, [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com).

un'attività compiuta «nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale», attività riferibile ad enti che esercitano la direzione e il coordinamento (art. 2497 comma 1 c.c.) e ad una serie non definita di soggetti che abbiano «comunque preso parte al fatto lesivo» o che ne abbiano tratto beneficio (art. 2497 comma 2)<sup>198</sup>.

Emergono poi sovrapposizioni tra gestione e controllo<sup>199</sup>, ma anche tra plurime istanze di controllo. Dove sembra che il legislatore abbia posto fine all'annosa questione della suddivisione dei compiti tra collegio sindacale e revisori in materia di controlli contabili, autorevoli commenti evidenziano come tale tipo di controllo persista in capo ai sindaci, sebbene limitato al profilo dell'adeguatezza del sistema contabile, quindi sotto forma di controllo sul metodo e sulle procedure, rientrando nell'obbligo di vigilanza sull'osservanza della legge e sui principi di corretta amministrazione<sup>200</sup>.

La funzione di organizzazione diviene una sovrastruttura, autonoma, dotata di una propria procedura: "organizzazione dell'organizzazione". La disciplina dell'amministrazione nelle società per azioni, come modificata dal d.lgs. 6/2003, costituisce l'architrave di questa evoluzione normativa. Da un lato la responsabilità degli amministratori è ravvisabile, principalmente, come violazione di una procedura<sup>201</sup>; dall'altro l'"adeguatezza" dell'organizzazione si eleva a principio del diritto dell'impresa, non solo dell'ordinamento socie-

<sup>198</sup> Sui soggetti potenzialmente responsabili di tale attività, si veda V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 1229 ss.

<sup>199</sup> Lo si è segnalato sin dall'inizio (*supra*, cap. I, sezione prima, § 3.3); ma si tornerà sul punto analizzando i singoli sistemi di amministrazione e controllo (*infra*, cap. VI, sezione prima).

<sup>200</sup> G. CAVALLI, *Il collegio sindacale: luci e ombre di un sistema controverso*, in AA.VV., *Mercati finanziari e sistema dei controlli*, Milano, 2005, p. 150. Da un punto di vista aziendalistico, la "interconnessione" tra controllo sull'amministrazione e controllo sulla contabilità è posta in luce da A.L. MUSERRA, *I controlli interni delle società per azioni nella riforma del diritto societario*, in *Riv. dott. comm.*, 2004, pp. 555-556.

<sup>201</sup> Aspetto su cui torneremo nell'affrontare il tema dell'amministrazione. Per questa chiave di lettura, si richiama sin d'ora P. MONTALENTI, *La società quotata*, cit., p. 196.

tario<sup>202</sup>. L'adempimento del dovere di solidarietà che l'art. 41, comma 2 Cost. esige dall'imprenditore, e che costituisce il fondamento costituzionale dell'obbligo di garanzia imposto a quest'ultimo<sup>203</sup>, finisce con l'essere valutato sulla base del parametro dell'adeguatezza<sup>204</sup>.

Nella materia amministrativa, il legislatore imbocca due direttrici, apparentemente contrapposte: una tesa alla decentralizzazione di compiti, laddove si verta in tema di compiti "esecutivi"; l'altra, al contrario, tesa ad accentrare le competenze, laddove si verta in materia di compiti "organizzativi"<sup>205</sup>. Si delinea così un obbligo di adozione di "assetti" organizzativi, previsto dagli artt. 2381 e 2403 c.c., al cui esatto contenuto concorrono anche gli artt. 6 e 7 del d.lgs. 231/2001 (che assegnano un'analogha incombenza ai vertici dell'impresa)<sup>206</sup>.

---

<sup>202</sup> Sulla centralità del tema, vedi V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 5 ss.; C. PECORARO, *Gestione del rischio da ignoto tecnologico: prime riflessioni sull'adeguatezza dell'organizzazione*, cit., p. 1432 (e nota 21), secondo il quale, a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 231/2001 e del riformato art. 2381 c.c. «l'imposizione di un'organizzazione adeguata, da regola settoriale qual era, è divenuto principio dotato di portata generale, su cui edificare la moderna concezione della responsabilità d'impresa per rischio dell'organizzazione». Sul punto anche P. SFAMENI, *Responsabilità da reato degli enti e nuovo diritto azionario*, cit., p. 162 ss.

<sup>203</sup> C. PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale dell'impresa*, cit., p. 128 ss.

<sup>204</sup> C. PECORARO, *Gestione del rischio*, cit., p. 1472.

<sup>205</sup> G. FERRI JR., *L'amministrazione delegata nella riforma*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, p. 625 ss.

<sup>206</sup> Cfr. M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005, p. 98: «seppur ovviamente operanti in ambiti diversi, assetti adeguati, da un lato, e modelli organizzativi, dall'altro, costituiscono in buona sostanza [...] appellativi diversi di un medesimo fenomeno. Vi è, infatti, una sostanziale coincidenza tra il contenuto dei primi e quello dei secondi; si tratta – in entrambi i casi – di strutture organizzative (organigrammi, funzionogrammi, mansionari, etc.) procedure, codici etici, processi». Tuttavia, dal punto di vista delle finalità, gli assetti adeguati perseguono scopi più ampi rispetto ai modelli organizzativi, consistenti in un'effettiva gestione aziendale (*ibidem*, p. 113). Ma tenuto conto della maggior ricchezza descrittiva del d.lgs. 231, i modelli ivi previsti possono essere utilizzati per arricchire il contenuto degli assetti adeguati (*ibidem*, p. 115). In argomento vedi anche i rilievi di P. SFAMENI, *Responsabilità da reato degli enti e nuovo diritto azionario*, cit., p. 169 ss. Le affinità tra logica della colpa organizzativa e

Nell'attuazione degli "assetti organizzativi", tuttavia, la prospettiva si amplia al di là dell'organo di gestione, e le competenze vengono ripartite tra organi o frazioni di organi: gli amministratori delegati "curano" gli assetti; il consiglio li "valuta"; i sindaci "vigilano" sull'adeguatezza dei medesimi. Tali attività disegnano un processo continuativo: il termine *curare* gli assetti equivale a "costruire" e "occuparsi" di essi: è la funzione di predisposizione di procedure; il termine *valutare* fa invece riferimento ad un "esame critico" che, se ha esito negativo, può tradursi nell'impartire direttive finalizzate all'apporto di modifiche agli assetti; il *vigilare* del collegio sindacale, infine, verte su assetti già adottati, presupponendo quindi una valutazione positiva da parte del consiglio<sup>207</sup>.

Nessun organo possiede l'intero governo del processo, ma ciascuno può influenzarne fasi successive, in una sequenza continua, giacché non risolta in operazioni *una tantum*. Un distinto apparato di controllo interno (*internal audit*), che funge da raccordo tra le singole fasi del processo e che non è gerarchicamente subordinato a nessun altro organo, accentua il declino delle gerarchie in favore della coordinazione.

Gli "assetti" collocano i poteri degli amministratori tendenzialmente in una fase di direzione strategica, indirizzandoli verso il «controllo di procedure», più che verso le «decisioni d'impresa». Ne seguono due corollari: uno sul piano della responsabilità (civile), secondo cui «le scelte di gestione che abbiano causato danni al patrimonio della società comporteranno la responsabilità degli amministratori qualora il processo di *decision making* sia risultato "difettoso"; qualora – invece – si constati la presenza e il funzionamento di idonei assetti e procedure, gli amministratori andranno esenti da responsabilità [...]». L'altro corollario, coerente con il primo, attiene al piano dei poteri reattivi (sia degli amministratori che dei sindaci): rispetto alla mancata attuazione *preventiva* di un assetto adeguato, esistono misure *preventive*, che vanno attuate, cioè, prima che si verifichi un danno per la società, a seconda del soggetto

---

riforma della *corporate governance* sono colte anche da A.F. TRIPODI, "Situazione organizzativa e "colpa in organizzazione", cit., pp. 517-518.

<sup>207</sup> M. IRRERA, *Assetti organizzativi*, cit., p. 74 ss.



che ha trasgredito uno degli obblighi connessi alla predisposizione di un assetto<sup>208</sup>.

Il diritto societario non ha soltanto ripensato la misura dei poteri reattivi concessi agli organi, come vedremo analizzandoli singolarmente, ma ha imposto l'esercizio di tali poteri in una fase preliminare alla verifica di un danno: ossia nella fase dove si verifica l'inadempimento di un obbligo organizzativo o connesso all'attuazione di assetti organizzativi. Ad esempio, e solo per fornire uno schema sommario<sup>209</sup>, se inadempiente, in tal senso, è un amministratore delegato, se ne potrà revocare la delega o sostituirlo; se si tratta dello stesso consiglio, l'assemblea, a ciò preventivamente sollecitata, potrà revocarlo per giusta causa; se si tratta dei sindaci, che abbiano omesso di "vigilare" sugli assetti, è possibile revocarli per giusta causa (art. 2400, comma 2 c.c.); restano poi ferme la possibilità di denuncia ex art. 2409 c.c. (o al collegio sindacale) e la possibilità di convocare l'assemblea da parte dei sindaci per i "fatti censurabili di rilevante gravità" ex art. 2406, comma 2 c.c.

### 5.3. Risultati: obblighi di organizzazione come elemento tipico di una posizione di garanzia societaria

Questo il quadro di sintesi:

a) una funzione di *risk management* presiede all'intera organizzazione societaria, sì che la signoria sulla fonte dei pericoli retrocede a un controllo *sull'organizzazione* di siffatta fonte<sup>210</sup>;

<sup>208</sup> Diffusamente, M. IRRERA, *Assetti organizzativi*, cit., p. 85 ss., a cui risalgono le espressioni riportate tra virgolette.

<sup>209</sup> Che mutuiamo da M. IRRERA, *Assetti organizzativi*, loc. ult. cit..

<sup>210</sup> Sui profili penali innescati dalla diffusione della pratica di *risk management* (concetto definito *supra*, cap. I, sezione seconda, § 2.2.), con riferimento al diritto tedesco e svizzero, vedi, rispettivamente, H. OTTO, *Die strafrechtliche Verantwortung für die Verletzung von Sicherungspflichten*, cit., p. 344 ss., e M. PIETH, *Selbstregulierung zum Schutz vor strafrechtlicher Organisationshaftung: die Bank und das Geldwäscherisiko*, in *FS für H. Jung*, Baden-Baden, 2007, p. 717 ss.

b) le singole competenze non sopravvivono senza *coordinazione*; sono anzi concepite per integrarsi<sup>211</sup>;

c) i poteri attribuiti a ciascun attore, benché circoscritti ad una singola fase di un articolato procedimento, spiegano *effetti sull'organizzazione* nel suo complesso, poiché cadono in una fase *preliminare* rispetto ad adempimenti successivi.

Le conclusioni sub a) e b) confermano il prendere forma, nel nostro ordinamento, di un obbligo di (corretta) organizzazione (*Organisationspflicht*), spettante agli organi direttivi delle società di capitali, che funge da presupposto di una posizione di garanzia<sup>212</sup>. È questo un primo livello concettuale della tematica: una *funzione di coordinazione* che precede l'attuazione di un *piano organizzativo*. Su di un secondo livello si stagliano obblighi di impedimento disseminati lungo un assetto organizzativo già predisposto: si prospetta, quindi, l'eventualità di leggere la trama delle relazioni tra organi societari alla stregua di un'istituzione cumulativa di garanti, titolari di *plurime funzioni coordinate tra loro al fine di evitare eventi lesivi*.

La conclusione sub c) è un elemento comune ad entrambi i succitati livelli, ed investe il problema principale che tali obblighi pongono al penalista. È necessario soffermare l'attenzione sulle caratteristiche dei poteri reattivi e sulla loro attitudine "impeditiva" in fun-

<sup>211</sup> P. MONTALENTI, *Il sistema dei controlli interni nelle società di capitali*, cit, p. 300, descrive «un sistema policentrico di poteri e responsabilità» e un dovere di collaborazione tra organi che è, a suo dire, «alla base del sistema di governo delle società azionarie».

<sup>212</sup> Questa conclusione, ovviamente, tiene conto del significato che nelle precedenti pagine si è inteso attribuire a questa locuzione. Nella nostra letteratura, per la sussistenza negli enti di un «soggetto apicale come garante primario», si esprime D. PULITANO, *Diritto penale*, cit., p. 483 ss., che conferisce alla terminologia adottata dal d.lgs. 231/2001 una portata generale; S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2008, p. 380, in termini analoghi, si riferiscono a un «garante primario». Dal punto di vista extrapenale, P. SFAMENI, *La responsabilità delle persone giuridiche: fattispecie e disciplina dei modelli di organizzazione, gestione e controllo*, in A. ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, cit., p. 76, assimila l'adozione dei modelli di cui al d.lgs. 231/2001 ad «un obbligo di corretta gestione dell'impresa ad opera degli amministratori»; in giurisprudenza, cfr., App. Milano, 27.10.2004, in *Giur. comm.*, 2006, II, p. 868 ss., con nota di V. VALENTINI, *Il giudice civile e l'illecito amministrativo. Qualche osservazione sul criterio d'imputazione soggettiva*, ivi, p. 877 ss., dove è in gioco il rilievo di un obbligo di organizzazione sul piano dell'illecito amministrativo *ex art.* 190 Tuf.

zione dell'art. 40 cpv. c.p. Solo affrontando questo profilo si riuscirà a definire i contorni delle supposte posizioni di garanzia<sup>213</sup>.

SEZIONE SECONDA  
POTERI IMPEDITIVI

1. *Dimensioni del potere*

In precedenza, s'è affermato che la posizione di garanzia deve essere intesa come *prius* logico rispetto al momento dell'imputazione causale, ravvisando però, al contempo, una tendenza della dottrina ad anticipare momenti attinenti alla fase dell'accertamento causale, tramite l'intensificazione del "potere impeditivo" quale requisito della posizione di garanzia; si è nondimeno specificato che l'accertamento di un nesso causale costituisce in ogni caso requisito strutturale imprescindibile della fattispecie di omesso impedimento di un reato<sup>214</sup>.

Bisogna ora chiarire come questi asserti possano coesistere, risolvendo quella commistione – più volte emersa nel corso della ricerca – tra la definizione astratta del potere e la sua giuridicità, da un lato, e la sua efficacia impeditiva in concreto, dall'altro; commistione concentrata a livello dell'elemento "posizione di garanzia" e frutto, in molti casi, dell'eredità ricevuta dalla dottrina tedesca della *Tatherrschaft* come contrassegno dell'autoria.

Rispetto al tema specifico della presente trattazione, è stato rilevato come, «se non si vuole banalizzare il concetto di poteri impeditivi, non sembra dubbio che dalla categoria in questione devono escludersi quei poteri il cui esercizio può produrre solamente un'influenza sulle decisioni del soggetto controllato ad astenersi dall'illecito. In breve: siffatti "poteri deboli", *quand'anche coronati da suc-*

<sup>213</sup> Sulla necessità di un'indagine su questo aspetto della posizione di garanzia, da ultimi, F. CENTONZE, *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi*, cit., p. 1010; T. VITARELLI, *Delega di funzioni e responsabilità penale*, cit., p. 321.

<sup>214</sup> Cfr. diffusamente *supra*, capp. III e IV.

cesso, non sono impeditivi; tali, per converso, sono invece i poteri cui corrispondono doveri di conformazione, in quanto il loro esercizio produce effetti giuridici vincolanti sull'attività del soggetto controllato, e più in generale i poteri di blocco dell'attività del controllato, come la revoca di quest'ultimo»<sup>215</sup>.

Premesso che ci si riferisce in ogni caso a poteri “giuridici” e non di mero fatto, in questa distinzione tra poteri “deboli” e poteri “forti” – ineccepibile quanto al fine di voler garantire effettività al principio della responsabilità personale – è insita una velata antinomia tra “successo” del potere e, nondimeno, assenza del suo carattere “impeditivo”. La soluzione di tale antinomia esige un'indagine sul ruolo rivestito dal “potere” nell'economia della fattispecie omissiva impropria. È a tal fine che ci si propone di prendere in considerazione i seguenti punti di vista:

- a) potere come fenomeno sociale;
- b) potere come situazione giuridica;
- c) potere come elemento tipico di fattispecie;
- d) potere degli organi societari come elemento di una posizione di garanzia.

## 2. *Il potere come fenomeno sociale*

L'attributo “impeditivo” esprime, di primo acchito, un'attitudine del potere di condizionare gli eventi impedendone il corso. La presa d'atto delle difficoltà di appurare un tale fenomeno di condizionamento di tipo “naturalistico” tra condotte umane si è tradotta, nelle trattazioni penalistiche, in una tendenza a vagliare l'ammissibilità o meno di un obbligo di impedire altrui reati riferendosi a relazioni predefinite tra individui: rapporti di “autorità”<sup>216</sup> o di “signoria” (intesa come sottomissione ad un comando)<sup>217</sup>. Si vuole

<sup>215</sup> F. GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, cit., p. 608 (corsivo aggiunto).

<sup>216</sup> Usa questo termine H.-H. JESCHECK, § 13, in *LK-StGB*, undicesima ed., Berlin, 2003 (Stand 1.3.1992), § 78.

<sup>217</sup> In questi termini, con ulteriori richiami, H.J. RUDOLPHI, § 13, in *SK-StGB*, settima ed., München, 2000, § 44.8 ss.

di seguito dimostrare come l'immagine di "potere" che i penalisti, nel formulare le loro argomentazioni, sottintendono non sia del tutto consapevole degli sviluppi subiti dal tema nell'ambito delle altre scienze sociali<sup>218</sup>. Mentre va detto sin d'ora che non si ha alcuna intenzione di modellare la nozione di potere impeditivo nel reato omissivo improprio solo alla stregua di una, per altro assai sfuggente, definizione sociologica di potere<sup>219</sup>.

### 2.1. *La fenomenologia del potere e l'autorità*

Il primo limite di quelle impostazioni penalistiche, che richiamano concetti quali la "signoria" ("Herrschaft") su un individuo, è nella mancata presa in considerazione della complessità e varietà di situazioni dalle quali possono emergere relazioni umane strutturate in termini di "potere"<sup>220</sup>.

Il potere, per vero, ostenta una fenomenologia variegata. Popitz ne descrive quattro forme: «potere di offendere», che è il nucleo primordiale di ogni forma di potere; «potere strumentale», che si esercita tramite la minaccia di un male o la promessa di una ricompensa, purché attorno a tali minacce e promesse si edifichi una strategia credibile che consenta di esercitarle in un periodo duraturo; «autorità», la quale si basa sul bisogno di norme da parte dell'uomo, cioè sul bisogno che il suo comportamento sia "orientato"; «potere di creare dati di fatto», che si esercita tramite la tecnica, la quale in un primo momento interferisce con le cose, ma successivamente dispiega i suoi effetti sugli uomini (es. costruire una strada, intervenendo

<sup>218</sup> Rileva A. SINN, *Straffreistellung aufgrund von Drittverhalten. Zurechnung und Freistellung durch Macht*, Tübingen, 2007, p. 47 ss., come, pur essendo il "potere" (*Macht*) un concetto al quale la legge, la giurisprudenza e la dottrina (soprattutto, quest'ultima, che lo pone alla base delle teorie sull'autorità) fanno costantemente riferimento, esso resta, in quest'ambito, una nozione poco approfondita.

<sup>219</sup> «Definitions of power are legion», così esordisce la voce di M. PHILP, *Power*, in A. KUPER, J. KUPER (a cura di), *The Social Science Encyclopedia*, London-Boston, 1985, p. 635.

<sup>220</sup> Si veda la recente critica condotta su queste basi alla teoria della *Tatherrschaft* da E.-J. LAMPE, *Tätersysteme: Spuren und Strukturen*, cit., p. 479 ss.

sulle cose, spiana poi il passaggio a molte persone)<sup>221</sup>. Si va quindi oltre il mero condizionamento fisico della realtà<sup>222</sup>.

Soprattutto la nozione di “autorità” è direttamente coinvolta nel nostro tema: «Il rapporto di autorità si basa su un doppio processo di riconoscimento: sul riconoscimento della superiorità dell’altro come colui che stabilisce, che dà la norma, e sullo sforzo di essere riconosciuti da quest’ultimo, di ottenere da lui delle conferme». Questo processo spiega come si orienta il comportamento altrui, senza violenza e senza minaccia: con un potere “senza armi”, com’è stato scritto<sup>223</sup>.

L’elemento che i penalisti chiamano “potere” all’interno di una posizione di garanzia non può restare insensibile innanzi a questa fenomenologia; esso sarà variamente concepibile in ragione dell’ambito – determinato soprattutto dalla fattispecie base – di riferimento: coinciderà con un imminente condizionamento fisico, ove l’impedimento richiesto verta su un imminente evento naturalistico; sarà improntato ad un rapporto di “autorità” – inteso come riconoscimento biunivoco della superiorità di un soggetto mediato da una norma –, se l’attività da impedire coincide con una condotta altrui, la cui essenza sia da intravedere in elementi prettamente normativi<sup>224</sup>. Quest’ultima ipotesi ricorre nel settore “normativizzato” del diritto

<sup>221</sup> H. POPITZ, *Fenomenologia del potere*, Bologna, 2001, p. 16 ss.

<sup>222</sup> Cfr. E.-J. LAMPE, *Tätersysteme: Spuren und Strukturen*, cit., p. 480 (il quale, tuttavia, non si attiene alla nozione di Popitz, ma propone una propria terminologia in armonia con la visione dell’illecito penale formulata dallo stesso Lampe in altre sedi: vedi p. 481 ss., e in particolar modo la nota 48 del lavoro di Lampe citato).

<sup>223</sup> H. POPITZ, *Fenomenologia del potere*, cit., p. 22. Sull’autorità come forma di potere basata sul riconoscimento, si vedano anche W. SOFSKY, R. PARIS, *Figurationen sozialer Macht. Autorität, Stellvertretung, Koalition*, Opladen, 1991, p. 19 ss., in particolare pp. 21-22, dove l’autorità, richiamando proprio Popitz, è definita «waffenlose Macht». Per una “storia” del concetto di “autorità”, C. GALLI, “Autorità” e “Natura”. *Per una storia dei concetti filosofico-politici*, Bologna, 1988, p. 15 ss., nelle scienze sociali in particolare, *ibidem*, p. 32 ss.

<sup>224</sup> Dal punto di vista sociologico, tra l’altro, il potere di fare qualcosa (*power to*) e il potere su qualcuno (*power over*) costituiscono entità diverse; e, allo stesso modo, si può distinguere il potere di prendere una decisione da una c.d. “Kontroll-Macht” che, consistendo nel potere di impedire che determinate decisioni siano prese, conduce esattamente ad una “non decisione” (così P. IMBUSCH, *Macht und Herrschaft in der Diskussion*, in P. IMBUSCH (a cura di), *Macht und Herrschaft. Soziologisch-wissenschaftliche Konzeptionen und Theorien*, Opladen, 1998, p. 10 ss.).

penale dei mercati finanziari: innanzi all'ordito di disposizioni extrapenali di cui è intessuto il bene giuridico (anche penalmente) tutelato, la *Herrschaft*, se intesa quale dominio fisico dell'accaduto, perde la propria forza evocativa, nel senso che non è sufficiente a spiegare gli eventuali legami di dipendenza tra posizioni soggettive distribuite lungo quell'ordito.

## 2.2. Il rapporto tra il potere e la causa: aspettativa e posizione

Inquadrate le relazioni che ci interessa in una determinata fenomenologia di potere (l'autorità) ci chiediamo ora in che rapporto stiano siffatte relazioni con il concetto di causa.

Sin dalle definizioni di "Macht" e di "Herrschaft" che dobbiamo a Max Weber<sup>225</sup>, si nota, in effetti, come la concezione "classica" del potere sia improntata ad una visione causale del fenomeno<sup>226</sup>. Con il tempo matura anzi una vera e propria fungibilità tra la nozione di "potere" e quella di "causa", in virtù della quale, nel linguaggio del potere risalente alle concezioni "classiche", così come in quello della causa facente riferimento alle scienze sperimentali, si è soliti supporre situazioni nelle quali un evento interverrà a cambiare il corso di altri eventi<sup>227</sup>. Tuttavia, Weber stesso, giudicando il "potere" (*Macht*) nozione "sociologicamente amorfa", e avendo coniato la categoria della "Herrschaft" con lo scopo di superare tale amorfismo,

<sup>225</sup> Secondo Max Weber: «*Macht* bedeutet jede Chance, innerhalb einer sozialen Beziehung den eigenen Willen auch gegen Widerstreben durchzusetzen, gleichviel worauf diese Chance beruht» («forza (*Macht*) è qualsiasi possibilità di far valere entro una relazione sociale anche di fronte a una opposizione, la propria volontà quale che sia la base di questa possibilità»); «*Herrschaft* soll heißen die Chance, für einen Befehl bestimmten Inhalts bei angebbaren Personen Gehorsam zu finden» (potere (*Herrschaft*) è invece «la possibilità di trovare obbedienza presso certe persone ad un comando che abbia un determinato contenuto»); vedi M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Köln-Berlin, 1964, p. 38; le traduzioni riportate tra parentesi sono tratte da R. TREVES, voce *Potere*. *Sociologia politica*, in *Nov. dig. it.*, vol. XIII, Torino, 1966, p. 436.

<sup>226</sup> Cfr. N. LUHMANN, *Klassische Theorie der Macht. Kritik ihrer Prämissen*, in *Zeitschrift für Politik*, 1969, p. 149 ss.

<sup>227</sup> Cfr. R. DAHL, voce *Power*, in *International Encyclopedia of the Social Sciences*, vol. 12, New York, 1968, p. 405 ss.

subordinava l'impiego di quest'ultima all'esistenza di un comando ed all'attesa di ubbidienza: dunque, non può non riconoscersi che la *Herrschaft* non è una forma qualsiasi di *chance* di esercitare un "influsso" su altre persone; abbinata all'idea di "legittimità", che rende accettabile il potere in quanto democraticamente fondato<sup>228</sup>, essa non è eccessivamente distante dal concetto di "autorità" come riconoscimento della superiorità altrui che si è indicato più sopra<sup>229</sup>.

È dato osservare, però, che la dogmatica penalistica risulta influenzata dall'aspetto, per così dire, "causale" del fenomeno. La definizione di autore come *Zentralgestalt des Geschehens* ne è una prova: da un lato, essa richiama una posizione sociale (*Zentralgestalt*); dall'altro, si proietta nell'"accaduto" (*Geschehen*), e quindi allude ad un controllo sui fattori causali che, in fin dei conti, ci dice chi è l'"autore"; similmente la definizione di *Herrschaft* fornita da Schünemann, con cui si fa coincidere una "posizione" (*Garantenstellung*) di garanzia con il controllo sulla "ragione" (*Grund*) – ergo la causa – dell'evento<sup>230</sup>. Nella letteratura sociologica, per contro, questa concezione del potere come un *quid* concretamente interferente nella realtà è oggetto di critica da parte di Luhmann<sup>231</sup>.

La spiegazione causale, secondo questa critica, non è in grado di chiarire come vi possa essere potere anche quando non vi sia stato impiego effettivo dello stesso; sì che la teoria "classica" del potere non può comprendere l'evenienza in cui l'impiego del potere abbia avuto una conseguenza che comunque si sarebbe verificata. Alla teoria causale, inoltre, non è riconducibile il fatto che il potere tuteli la condizione sussistente, non tramite la propria influenza sul corso degli avvenimenti, ma eliminando l'eventualità rimanente di comportamenti divergenti, così da rendere possibile «una stabilizzazione

<sup>228</sup> Cfr. P. IMBUSCH, *Macht und Herrschaft in der Diskussion*, cit., p. 10 ss.

<sup>229</sup> Una nozione di "Authority" non dissimile da quella di "Herrschaft" si trova in H.A. SIMON, *Administrative Behavior. A Study of Decision-Making Processes in Administrative Organisations*, terza ed., New York-London, 1976, p. 125 ss. (cfr. anche U. BERGER, I. BERNHARD-MEHLICH, *Die Verhaltenswissenschaftliche Entscheidungstheorie*, cit., p. 174 ss.).

<sup>230</sup> Cfr. quanto osservato *supra*, cap. III, § 3.2.

<sup>231</sup> Per un'introduzione, A. BRODOCZ, *Mächtige Kommunikation in Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme*, in P. IMBUSCH (a cura di), *Macht und Herrschaft*, cit., p. 184 ss.



dello *status quo*» attraverso altre cause<sup>232</sup>. Luhmann invece intende il potere come «mezzo di comunicazione» cui spetta la funzione di «trasmissione di una complessità che è stata ridotta». Ne consegue una distinzione tra potere e causa: più che l'idea di causa, o di causa potenziale, il potere suggerisce l'immagine di un "catalizzatore", di un mezzo che accelera o rallenta il verificarsi di determinati eventi: «Il potere è la *chance* di accrescere la probabilità che si realizzino determinati nessi selettivi improbabili»<sup>233</sup>.

Tale punto di vista non ha mancato di sollecitare una recente riflessione penalistica.

Volendo studiare l'attribuzione della responsabilità penale attraverso la lente delle "relazioni di potere" (*Machtverhältnisse*), si è riscontrato come la causalità non sia in grado di fornire un modello esplicativo, rilevando come in fondo a tali relazioni vi sia piuttosto una "attendibilità" («*Erwartbarkeit*») che il comportamento di determinate persone sia influenzato da altri che esercitano un potere<sup>234</sup>. Questo nuovo punto di vista fornirebbe un argomento contrario a quelle opinioni che si oppongono alla ricostruzione della autorità mediata negli apparati di potere, sulla base del fatto che, pur avendone la "possibilità", il presunto autore mediato (cd. *Hintermann*) difetti del dominio concreto degli avvenimenti nel singolo caso («*tatsächliche Beherrschung im Einzelfall*») <sup>235</sup>. Affrontando la questione tramite la teoria del potere, invece, sarebbero le *chance* che un determinato comportamento venga posto in essere – es. esecuzione di un ordine da parte di un subordinato – a fondare l'autorità ed a rendere inconsistente la dicotomia tra *Täter* e «*bloße Möglichkeit*» ("mera possibilità")<sup>236</sup>.

Non crediamo che l'impiego di un concetto di potere, opportunamente rivisto e concettualmente indipendente dalla causa, comporti l'abbandono del modello eziologico. Non è possibile, dunque, aderire a quest'ultima ricostruzione, la quale, ripercorrendo i luoghi

<sup>232</sup> N. LUHMANN, *Klassische Theorie der Macht*, cit., p. 153.

<sup>233</sup> N. LUHMANN, *Potere e complessità sociale*, Milano, 1979, p. 9 ss.

<sup>234</sup> A. SINN, *Straffreistellung aufgrund von Drittverhalten*, cit., p. 183 ss.

<sup>235</sup> Cfr. J. RENZIKOWSY, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Tübingen, 1997, p. 89.

<sup>236</sup> A. SINN, *Straffreistellung aufgrund von Drittverhalten*, cit., p. 187.

tipici dell'imputazione penalistica alla luce dell'elaborazione sociologica del potere, coltiva l'ambizione di incidere profondamente sulla concezione stessa del reato<sup>237</sup>. Se non altro perché, a una siffatta impostazione, può essere obiettato, a tacere d'altro e restando sul piano strettamente metodologico, che essa, proprio perché tesa a rivedere tutta l'imputazione alla luce di una nozione di potere, finisce con lo smarrire la presunta unitarietà del concetto sociologico di cui si avvale<sup>238</sup>. L'approccio sociologico, per contro, può offrire un con-

<sup>237</sup> È la tesi di A. SINN, *Straffreistellung aufgrund von Drittverhalten*, cit. Questi si propone di sviluppare un concetto penalistico di potere, al fine, in primo luogo, di fornire un fondamento teorico a quelle situazioni in cui un "terzo" si interponga tra la condotta di un soggetto e l'offesa subita dalla vittima, in modo tale da esonerare in tutto o in parte da responsabilità il soggetto in questione (*ibidem*, p. 22 ss.: a tale fenomeno allude il titolo del volume, quando parla di una "Freistellung" attraverso un "Drittverhalten"). A tal proposito, ci si chiede solo quale possa essere il principio sul quale determinate fattispecie vengono risolte, in modo, invero, in-controverso: i due estremi sono la compartecipazione, in cui l'intervento del "terzo" non esclude la responsabilità dell'autore di una condotta, e la violenza fisica, in cui addirittura all'autore non è imputabile alcuna azione, in quanto egli viene usato dal "terzo" come uno "strumento", ad es. nel caso egli subisca una "vis absoluta" (sul tema, già W. HASSEMER, *Freistellung des Täters aufgrund von Drittverhalten*, in *FS für Lenckner*, München, 1998, p. 97 ss., che attribuisce al principio di "autonomia" il ruolo di fondamento teorico delle soluzioni legislative in tali fattispecie). La relazione di potere costituirebbe, per Sinn, una spiegazione alternativa al principio di *Selbstverantwortung* entro cui si è soliti inquadrare il fenomeno in esame (A. SINN, *Straffreistellung aufgrund von Drittverhalten*, cit., p. 31 ss.). Ma, almeno secondo gli intenti dell'Autore, il potere regolerebbe l'intero meccanismo della *Zurechnung* e fungerebbe da paradigma per l'illecito penale, visto come «Machtmissbrauch» (*ibidem*, p. 190 ss., e p. 287 ss.). Il potere sarebbe un "transfer" tra l'essenza normativa del reato, nella sua accezione di «contributo comunicativo dell'autore» che «travalcava il valore della norma», e la "realtà": un "code" che consentirebbe di comprendere l'autore legandolo al suo contributo comunicativo – il reato –, da un lato; di rendere comprensibile, agli occhi del cittadino, il diritto come entità «misurabile tramite il potere» (una «Machtgröße»), dall'altro. Inteso come concetto dotato di "potenziale creativo", il potere spiegherebbe come l'autore di un reato sia dal diritto inteso come soggetto "non libero", nella misura in cui nel reato si riversa l'abuso della libertà di volere: «l'abuso di potere (*Machtmissbrauch*) è perciò l'abuso della propria capacità di agire liberamente (*Freiheitsfähigkeit*) che si obiettivizza nel reato» (*ibidem*, p. 289). Da questo punto di vista – concepito come *Machtmissbrauch* – il reato si attegga ad entità unitaria di illecito e colpevolezza; nel senso che, pur essendo concepibili una "esteriorità" ed "interiorità" dell'abuso di potere, si tratta di "momenti" di un unico fenomeno: il reato o "Machtmissbrauch", appunto (*ibidem*, loc. ult. cit.).

<sup>238</sup> La violenza come violazione dell'ordine sociale (*Gewalt*: ad es., la violenza esercitata sulla vittima) ed un concetto di *Macht* come mezzo di comunicazione

tributo meramente esplicativo al ragionamento penalistico<sup>239</sup>, supportando quel chiarimento teorico di cui si è avvertita la necessità in altre parti della presente ricerca, dove, al tempo stesso, si è rinunciato a cogliere l'essenza dell'equiparazione tra omettere e agire in base ad un principio ontologico o radicalmente normativo, per restare sul terreno della mera assimilazione tipica<sup>240</sup>; terreno al quale restano fissate anche le soluzioni che qui si suggeriscono.

S'intende sostenere, per tanto (come sarà esposto meglio nel § 3, *infra*), che il potere costituisce un antecedente rispetto al nesso causale – all'accertamento del quale, ribadiamo, dal punto di vista penalistico non è dato successivamente rinunciare –, sito nella dimensione delle “attese” riposte in un dato individuo, prima ancora ed a prescindere dal fatto, che questi sia il soggetto concretamente in grado di fronteggiare la situazione – di condizionare concretamente l'accaduto – meglio di altri. Il diritto penale tiene in conto questa inerzia, proprio perché da questo individuo ci si attende un comportamento alla stregua di una norma<sup>241</sup>. Prima di intervenire nella realtà – traducendosi in causalità –, il potere si connette, in tal caso, a una “posizione”, perché raggiunge un certo livello di “istituzionalizzazione”, vale a dire perché, a un siffatto potere, si è riconosciuto un certo grado di stabilità sotto il profilo della “ripetibilità prevedibilità, regolarità dei decorsi comportamentali”, che si accompagna di solito anche a un'accresciuta intensità degli effetti<sup>242</sup>. La *Herrschaft*

---

risalente a Luhmann, che invece assicura l'ordine sociale, non sono riconducibili ad alcun concetto unitario di reato come abuso di potere, come evidenzia, nel quadro di un giudizio molto severo sull'opera citata di Sinn, la recensione di G. JAKOBS, *Buchbesprechungen*, in *ZStW*, 2007, p. 1002 ss., che tra l'altro rimprovera a Sinn di non aver seguito fedelmente la concezione di potere elaborata da Luhmann.

<sup>239</sup> Entro un siffatto limite sembra apprezzare il lavoro di Sinn C. ROXIN, *Buchbesprechungen*, in *JZ*, 2007, p. 835, che riconosce come il “Machtprinzip” non sia «dogmaticamente infruttuoso», intravedendo nella spiegazione della *Tatherrschaft* negli apparati di potere che tale principio è in grado di fornire una conferma della sua, oramai classica, teoria.

<sup>240</sup> Cfr. cap. III, in particolare § 7.

<sup>241</sup> Secondo la definizione di omissione penalmente rilevante di Gallas: *supra*, cap. I, § 7.

<sup>242</sup> Si veda, ancora, la teoria del potere illustrata da H. POPITZ, *Fenomenologia del potere*, cit., in particolare, p. 189 ss., secondo cui il “dominio” (*Herrschaft*) è, con talune puntualizzazioni rispetto alla teorizzazione di Max Weber, appunto concepibile come «potere istituzionalizzato». Il processo di istituzionalizzazione si

– o, se si vuole, la *Kontrollherrschaft* –<sup>243</sup>, implicata dalla posizione di garanzia, ricalca questo fenomeno sociale, e non ancora un dominio *attuale* di fattori causali<sup>244</sup>.

giova di tre caratteristiche: una crescente “spersonalizzazione” del potere, nel senso che esso prescinde dalla singola persona che lo esercita momentaneamente; una crescente “formalizzazione”, cioè l’essere il potere associato a regole, procedimenti, rituali; infine, una crescente “integrazione”, vale a dire l’essere il potere «legato ad una struttura sociale che lo sostiene e che viene da esso sostenuta» (*ibidem*, p. 190). Per Popitz, il processo di istituzionalizzazione coincide con il “consolidamento” del potere, con il suo divenire più stabile e duraturo; vi sono poi «accrescimenti di potere di altro tipo», che accompagnano l’istituzionalizzazione: tra questi rientra «l’intensità dell’effetto», che conosce due importanti variabili: la forza di imposizione e la forza di innovazione (*ibidem*, p. 191). Popitz introduce dunque la teoria degli “stadi”, secondo cui il potere soggiace ad una scala crescente di stabilizzazione: in principio vi è il “potere sporadico”, poi viene ciò che egli chiama “potere standardizzante”; successivamente il “dominio” inteso come «posizionalizzazione del potere» (*ibidem*, p. 192 ss.). In questo ultimo stadio si è creata, in una struttura sociale, una “posizione”, «un posto che è trasferibile e che si provvede ad occupare. Ci sono predecessori e successori. Se non fosse occupato sarebbe percepito come un posto vacante» (*ibidem*, pp. 198-199). Il quarto stadio del processo di istituzionalizzazione è la «formazione di apparati di dominio»; il quinto stadio, finale, coincide con il «dominio statale e la trasformazione del dominio centralizzato in pratica quotidiana» (*ibidem*, p. 206 ss.).

<sup>243</sup> Cfr. cap. III, § 3.3.

<sup>244</sup> Con ciò, ad evitare possibili fraintendimenti, si vuole solo dire che la collocazione che è da assegnare alla posizione di garanzia nella struttura della fattispecie di omesso impedimento di reato è compatibile con il fenomeno sociale ad essa sotteso, senza dissolvere una ricostruzione giuridica in un’indagine prettamente sociologica, secondo un indirizzo già criticato in altra parte di questa ricerca (cap. III, § 4). Da respingere, dunque, anche l’impostazione “sociale-ontologica” di E.-J. LAMPE, *Tätersysteme: Spuren und Strukturen*, cit., che, pur utilizzando un lessico non dissimile da quello impiegato nel testo (in particolare, sulla concezione dell’omissione come “attesa di tutela” in rapporto con l’efficacia “reale” del processo eziologico, *ibidem*, p. 489) interpreta (e modifica) le categorie del reato alla luce della teoria sociologica. Per contro, si noti come anche impostazioni che tentano di ricondurre l’essenza dell’omissione ad un concetto di causalità (più esattamente: “Bewirken”), non possono fare a meno di introdurre un elemento di spiegazione sociologica. Così, quando ci si chiede, ad esempio, perché sia punibile il genitore, che assiste inerte alla morte del figlio minore senza chiamare il medico, si risponde che l’ordinamento riconosce una relazione di dipendenza (“Abhängigkeitsverhältnis”) tra genitore e figlio, in virtù della quale ci si attende che sulle possibilità di vita futura di quest’ultimo incida la possibilità di influire da parte del primo (cfr. E.A. WOLFF, *Kausalität von Tun und Unterlassen*, cit. pp. 36-41). Per un metodo esplicitamente fondato sulla interazione di un fondamento positivo (per la precisione, la Costituzione e i diritti fondamentali) e di uno sociale (identificato nelle attese sociali), si veda il recente volume di S. COELLEN, *Das „rechtliche Einstehe müssen“*, cit., p. 132 ss.

### 3. *Il potere come situazione giuridica: esercizio mediato e funzione di mediazione del potere “giuridico”*

Il secondo problema che ci poniamo concerne l'attributo della “giuridicità” del potere impeditivo nella fattispecie di omesso impedimento di un reato. Tale attributo ricorre soprattutto nella letteratura italiana, che ad esso conferisce, a seconda dei casi, un significato mirato esclusivamente ad escludere un mero potere di fatto<sup>245</sup>; oppure un significato più specifico, come potere in grado incidere sugli effetti dell'atto posto in essere da altro soggetto di diritto<sup>246</sup>.

Un'indagine di teoria generale sul “potere” esula decisamente dal tema di queste pagine<sup>247</sup>. Non ci si può esimere però da alcune considerazioni. In ipotesi, sul piano penalistico ci si potrebbe accontentare di definizioni, estrapolate dalla teoria generale, che non fanno che enfatizzare, quasi tautologicamente, il nesso tra un potere e l'ordinamento che lo conferisce<sup>248</sup>. Così facendo, però, non si arrecherebbe alcun apporto conoscitivo al nostro tema. L'attenzione, quindi, deve concentrarsi sulla natura degli *effetti* prodotti dall'esercizio del potere.

<sup>245</sup> In questo senso, I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia*, cit., p. 78. L'attributo della “giuridicità” del potere, nella ricostruzione effettuata dall'Autrice, allude semplicemente alla (pre-) esistenza di una norma specifica che conferisca tale (dovere-) potere, come requisito necessario dell'obbligo di garanzia (tant'è che l'Autrice propone la dizione “*posizione giuridica di garanzia*”). In tal senso, dunque, sembra che tale requisito valga solo a differenziare la concezione proposta dalle prospettazioni della dottrina tedesca incentrate sul profilo “sostanzialistico-funzionale” della posizione, nell'ottica del rispetto del principio di legalità (cfr. *supra*, cap. III, § 8).

<sup>246</sup> N. PISANI, *Controlli sindacali*, cit., p. 69 ss.

<sup>247</sup> Sulla complessità e problematicità della situazione di potere nello stato di diritto, si veda di recente L. FERRAJOLI, “*Principia iuris*”. *Teoria del diritto e della democrazia*, volume I, *Teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, p. 593.

<sup>248</sup> Si legga, ad esempio, la definizione di S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, ed. 1983, alla voce *Poteri. Potestà*, (del 1945-46), p. 194: «Un potere è giuridico in quanto è conferito dall'ordinamento giuridico ed è giuridico nell'ambito in cui questo lo contempla, lo regola nel suo contenuto e nei suoi effetti, e lo tutela»; oppure, sempre a riprova di quanto affermato nel testo, la eloquente affermazione di A. LENER, voce *Potere (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, p. 611, secondo il quale l'espressione “potere giuridico” «se si vuole, è superfetazione, se del potere si parla in relazione ad una branca dell'ordinamento giuridico (il diritto privato), e non ad un settore della realtà sociale».

L'intensità di tali effetti vien fatta coincidere, da taluno, con una "potestà", nei termini già visti. Questa caratteristica comporta l'esclusione dall'area del penalmente rilevante di quei poteri che, non essendo in grado di intervenire "immediatamente" nella situazione, attivano una procedura, al cui esito soltanto potrebbe verificarsi l'effetto concretamente impeditivo<sup>249</sup>. Diverse ragioni, mutuabili dalla teoria del "potere giuridico", militano contro simile restrizione; o quantomeno dimostrano che tale restrizione – già criticata sul piano strettamente penalistico – non trova giustificazione sul piano della teoria del diritto.

La modifica di una posizione soggettiva altrui, che si suole indicare come risultato tipico della situazione di "potere"<sup>250</sup>, si ottiene spesso, secondo l'ordinamento, attraverso l'attivazione di procedere. La possibilità di incidere nella sfera giuridica altrui senza la necessità del consenso da parte del titolare di tale sfera – possibilità detta da taluno «potere conformativo» o «diritto potestativo» –<sup>251</sup> non viene meno per il solo fatto che l'esercizio del potere avvenga tramite una domanda giudiziale: si pensi al caso delle impugnative negoziali<sup>252</sup>. Similmente, in diritto pubblico, si ammette che un potere non cessi di essere "autoritativo" (ex art. 357 c.p.) perché al suo titolare sia concesso di esercitarlo (solo) tramite l'attivazione di un procedimento con esito sanzionatorio<sup>253</sup>.

A tale ultimo proposito, va aggiunto che neppure possono asurgere ad archetipo della soluzione penalistica il concetto di "controllo" e quello correlato di "potere" elaborati dalla dottrina pubblicistica. Una tratizia impostazione individua un autonomo elemento distintivo della nozione di "controllo" amministrativo, inteso come giudizio sull'attività di un altro soggetto: la *fase comminatoria*, come potere di reazione esercitabile nei confronti del soggetto con-

<sup>249</sup> N. PISANI, *Controlli sindacali*, loc. cit., *passim*.

<sup>250</sup> L. FERRAJOLI, "Principia iuris", cit., p. 588. Controverso poi cosa si intenda per "modificazione giuridica", cioè, se tale modificazione possa consistere anche nella conservazione di situazioni giuridiche esistenti: sul punto si rinvia a M. DELL'UTRI, *Potere e democrazia nei gruppi privati*, Napoli, 2000, p. 8 ss.

<sup>251</sup> A. LENER, *Potere*, cit., p. 625.

<sup>252</sup> A. LENER, *Potere*, cit., p. 629.

<sup>253</sup> Cfr. R. ALAGNA, *L'organismo di vigilanza nel d.lgs. n. 231/2001*, cit., p. 576, e i richiami giurisprudenziali ivi indicati.

trollato, in assenza della quale, al contrario, sarebbe improprio parlare di controllo in senso tecnico<sup>254</sup>. Tale impostazione è adottata come argomento a sostegno di talune conclusioni cui perviene la dottrina penalistica sul concorso omissivo, sotto il profilo dell'intensità degli effetti che il potere reattivo è tenuto ad eguagliare<sup>255</sup>. Va detto però che la fase comminatoria contribuisce sempre meno all'identificazione di questa funzione nel diritto amministrativo, il che si lega al fatto che l'attività di controllo soddisfa una serie più ampia di finalità rispetto alla mera sanzione consistente nell'annullamento di un atto<sup>256</sup>. Anche in seno alla p.a., in altri termini, si affermano funzioni di controllo non esclusivamente fondate sul potere di incidere immediatamente sugli effetti giuridici di un atto, bensì finalizzate a "stimolare" l'attività di altri organi tenuti ad una decisione in chiave "collaborativa"<sup>257</sup>. Coerente con la nuova conformazione di alcuni plessi amministrativi è appunto una nozione di "potere autoritativo" (penalmente rilevante *ex art. 357 c.p.*), comprendente anche ed esclusivamente una funzione di impulso, la quale, pur «non immediatamente produttiva di effetti» nella sfera di un soggetto control-

<sup>254</sup> Sulla fase comminatoria nei controlli amministrativi insiste lo studio classico di M.S. GIANNINI, *Controllo: nozione e problemi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974, p. 1279.

<sup>255</sup> Cfr. V. TORRE, *Posizione di garanzia*, cit., p. 283 ss. L'Autrice fa propria un'impostazione della dottrina giuscommercialista che, a sua volta, nello sminuire la portata della funzione di controllo dei sindaci, si rifà alla summenzionata nozione pubblicistica di controllo (cfr. P. FERRO-LUZZI, *La funzione dei sindaci nel codice civile, nella legge bancaria e nel T.U. delle leggi sulle casse di risparmio e sui monti di pietà di prima categoria*, in *Bana e borsa*, 1985, pp. 41-42).

<sup>256</sup> Un riferimento in tal senso giunge da Corte Cost. 29/1995, che, sui rapporti tra controllo successivo sulla gestione – della Corte dei Conti – e altre forme di controllo, afferma: «[...] gli eventuali scostamenti dai parametri e dai modelli operativi fissati annualmente dalla Corte dei conti non comportano [...] alcuna diretta incidenza sull'efficacia giuridica di singoli atti, né possono assumere diretto rilievo in ordine alla responsabilità dei funzionari, ma sono immediatamente rilevanti soltanto al fine di attivare processi di "autocorrezione" della pubblica amministrazione nell'organizzazione, nei comportamenti e nelle tecniche di gestione e di definire il quadro delle valutazioni politiche degli organi legislativi nella loro attività di definizione dei compiti amministrativi».

<sup>257</sup> G. BERTI, N. MARZONA, voce *Controlli amministrativi*, in *Enc. dir.*, aggiornamento, Milano, 1999, p. 474.

lato, è nondimeno «espressione di supremazia»<sup>258</sup>. Con ciò, di certo, non si intende perorare un'identificazione *sic et simpliciter* del potere autoritativo con il potere impeditivo<sup>259</sup>: è però dato riscontrare come i rapporti esistenti nella p.a. non fungono da argomentazione a sostegno di una determinata ricostruzione dei poteri impeditivi trasferibile in altri settori dell'ordinamento.

La produzione di effetti in una sfera soggettiva aliena, alla luce di tali argomentazioni (non solo non è impedita ma anzi), è prevista e consentita solo tramite incanalamento dell'attività ad essa preliminare in una procedura.

Altro problema emergente dalla disamina del potere giuridico è la presunta necessità – evidenziata, da taluno, anche in sede penalistica – di ravvisare, nel soggetto destinatario degli effetti giuridici, una situazione di “soggezione”, che invero è assente nelle relazioni intersocietarie<sup>260</sup>. Va detto, al riguardo, che l'autorevole impostazione da cui tale dottrina penalistica mutua il concetto di “potestà”, se, da un lato, intende quest'ultima come una specie di potere caratterizzata da “supremazia”, allo stesso tempo, non ne considera caratteristica essenziale una correlata situazione passiva di “soggezione”<sup>261</sup>. Più in generale, poi, da alcuni studi sul tema, si evince come la figura del potere giuridico vada emancipandosi dallo schema del “rapporto giuridico”<sup>262</sup>. Il potere si presenta piuttosto come una situazione del soggetto nei confronti dell'ordinamento giuridico «e non già rispet-

---

<sup>258</sup> Cfr. C. PEDRAZZI, *Il controllo della F.I.G.C. sulle società sportive e la qualificazione penalistica dei componenti degli organi federali di controllo*, 1994, ora in C. PEDRAZZI, *Diritto penale*, vol. II, Milano, 2003, p. 479.

<sup>259</sup> Lo spunto sui possibili nessi concettuali proviene da R. ALAGNA, *Note sul concetto penalistico di conflitto di interessi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, pp. 776-777, che, nel chiedersi se un'istituenda autorità garante in materia di conflitto d'interessi possa rivestire una posizione di garanzia, afferma comunque essere i poteri ad essa spettanti – segnatamente: un potere di avviare un procedimento di controllo e un dovere di pianificare un monitoraggio – «chiaramente fuori dagli schemi classici del reato omissivo improprio, dalla consistenza tipica del potere impeditivo», ma, al tempo stesso, segnala l'opportunità di «una nuova interpretazione del potere impeditivo».

<sup>260</sup> N. PISANI, *Controlli sindacali*, loc. ult. cit.

<sup>261</sup> Cfr. S. ROMANO, *Frammenti*, cit., p. 183.

<sup>262</sup> Per una critica della riconducibilità del potere all'interno delle organizzazioni allo schema del rapporto contrattuale, si veda il contributo di M. DELL'UTRI, *Potere e democrazia*, cit., p. 36 ss.



to alla singola norma, *ovvero rispetto agli altri soggetti in relazione astratta*»<sup>263</sup>.

I controlli societari non si sottraggono a questa schematizzazione. Il rapporto tra organi societari non si atteggia in termini di una vera e propria “soggezione” degli uni nei confronti degli altri: la loro posizione è però inquadrabile in «*situazioni sostanziali soggettive corporative organizzative, strumentali ovvero finali, di vantaggio (attive) ovvero svantaggio (passive), giuridicamente rilevanti*»<sup>264</sup>. Sussiste, così, in capo a taluni di essi, in particolare a quelli deputati ad una funzione di controllo<sup>265</sup>, la capacità di convogliare effetti giuridici che l’ordinamento desidera si producano, al ricorrere di dati presupposti, sull’attività posta in essere dal soggetto controllato<sup>266</sup> e di seguito, tramite siffatta relazione tra organi, sull’organizzazione<sup>267</sup>. Questa situazione corrisponde alla titolarità di un potere giuridico inteso come *medium* tra ordinamento e situazione soggettiva

---

<sup>263</sup> Così, commentando la ricostruzione di Santi Romano, V. FROSINI, voce *Potere. Teoria generale*, in *Nov. dig. it.*, vol. XIII, Torino, 1966, pp. 442-443 (corsivo aggiunto). Anche G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, 1949, ristampa, Napoli, 1990, p. 25 e pp. 34-35, evidenzia il distacco del potere dal rapporto e dal soggetto ed il suo accostamento, in quanto «fattispecie dinamica», all’atto ed al comportamento.

<sup>264</sup> Così V. CARIELLO, *I conflitti “interorganici” e “intraorganici” nelle società per azioni (prime considerazioni)*, in P. ABBADESSA, G.B. PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*, cit., pp. 772-773 (corsivo nell’originale), al quale si rinvia per un’accurata (e teoreticamente innovativa) classificazione delle situazioni giuridiche facenti capo agli organi societari, definite dalla legge “poteri”, “doveri”, “facoltà” etc.

<sup>265</sup> Per l’inquadramento della funzione di controllo nello schema del “conflitto”, insieme, tuttavia, a numerose altre relazioni, V. CARIELLO, *I conflitti “interorganici”*, cit., p. 775 ss.

<sup>266</sup> L. FURIGUELE, *La responsabilità da controllo*, cit., p. 449, afferma come il contenuto del controllo si estrinsechi sugli effetti dell’atto d’amministrazione, e non sul suo contenuto.

<sup>267</sup> Su questa doppio meccanismo di imputazione, V. CARIELLO, *I conflitti “interorganici”*, cit., p. 777, che parla di «situazioni sostanziali a valenza corporativa».

altrui<sup>268</sup>, finalizzato ad un interesse di tipo organizzativo<sup>269</sup>, e, nella maggior parte delle ipotesi, riconducibile ad una sanzione diretta a “frustrare” l’attività altrui<sup>270</sup>.

4. *Il potere come elemento tipico della fattispecie omissiva: afferenza alla posizione di garanzia e distinzione dal rapporto causale*

Riassumendo. Dal punto di vista dogmatico avevamo formulato un’ipotesi: il potere è l’elemento caratteristico e necessario della po-

<sup>268</sup> Questo aspetto è indicato dalla dottrina come tratto peculiare della situazione di “potere” in raffronto al “diritto soggettivo” (sulla differente operatività di queste nozioni, in tempi meno recenti, G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, cit., p. 7 ss.). Così, V. FROSINI, *Potere*, cit., p. 442, propone una significativa distinzione tra diritto soggettivo e potere, in base alla quale nel primo assumerebbe rilievo «una capacità autarchica, *sibi sufficiens*, del soggetto stesso, in quanto posizione di esigenza nei confronti dell’ordinamento giuridico». Nel potere, invece, si enfatizza «la situazione giuridica di un soggetto, al quale l’ordinamento giuridico conferisce una funzione di mediazione, ossia l’esercizio della capacità giuridica a lui riconosciuta di produrre delle modificazioni nel campo operativo (giuridico) riservato ad altri soggetti». Per altra dottrina si staglia una definizione di potere come «possibilità di influire sulle determinazioni concrete dell’ordinamento (effetti giuridici) e sulla loro attuazione nei modi prestabiliti dall’ordinamento stesso» (A. LENER, *Potere*, cit., p. 610). Interessante poi la ricostruzione tendente a slegare l’analisi del potere dalla prospettiva della “situazione soggettiva”, tramite una vera e propria «eliminazione del soggetto nel quadro della fenomenologia del potere», nell’ottica di una “prospettiva istituzionalista”, là dove il potere assume rilievo sotto forma di “energia ordinamentale”, nel suo snodarsi, in definitiva, tramite tappe procedimentali (cfr., sebbene in chiave parzialmente critica, M. DELL’UTRI, *Potere e democrazia*, cit., p. 60 ss., il quale evidenzia i nessi tra tale approccio e la visione “oggettiva” del potere giuridico emersa nella dottrina amministrativistica attraverso le figure della “funzione” o del “procedimento sostanziale”).

<sup>269</sup> V. CARIELLO, *I conflitti “interorganici”*, cit., p. 778.

<sup>270</sup> Il concetto di “frustrazione” è introdotto da Bobbio a proposito della nullità e dell’annullabilità, e descrive l’effetto ottenuto con questa categoria di “sanzioni”: la sanzione diretta a “frustrare” segue all’inosservanza di una “norma tecnica”, là dove «la misura afflittiva cui è sottoposto colui che viola una norma tecnica di questo tipo rende la sua azione non già a lui malefica o svantaggiosa, ma *inutile*»; questo tipo di sanzione, in altri termini, non verte sulla produzione di un effetto non voluto da parte dell’inosservante (come nel caso della punizione o della riparazione), ma impedisce il prodursi degli effetti da lui voluti (N. BOBBIO, voce *Sanzione*, in *Nov. dig. it.*, vol. XVI, Torino, 1969, p. 535, il quale avverte, tuttavia, della difficoltà di ricondurre l’invalidità al genere delle “sanzioni”).

sizione di garanzia, il quale, nella struttura della fattispecie omissiva impropria, seleziona modalità tipiche di condotta, rivolte ad un individuo soggetto a un determinato vincolo rispetto ad un bene giuridico, ma non ancora, né necessariamente, causali. Dal punto di vista sociologico traiamo una prima conferma di tale assunto dal fatto che il potere su qualcuno – entità fenomenicamente distinta da una forza impressa sulla realtà fisica – non coincide con l’impulso sul comportamento di costui (non “causa”), ma solo fonda l’attesa che tale comportamento sarà attuato<sup>271</sup>. Sul piano della teoria generale del diritto, infine, la “giuridicità” del potere evidenzia, non solo il requisito indispensabile di una previsione normativa, ma anche l’estremo di un effetto giuridico in merito alla cui produzione l’ordinamento intravede nel titolare del potere un “mezzo” per incidere nella sfera giuridica di altri soggetti; anche ove l’effetto in questione si produca tramite stimolo di una procedura, nella quale altri soggetti sono investiti della decisione finale.

Si tratta ora di ricondurre questi risultati all’analitica della fattispecie per omesso impedimento di un reato, ricostruendo il potere come suo elemento tipico.

Si è già segnalata una sudditanza concettuale, manifestatasi in alcune ricostruzioni delle posizioni di garanzia per omesso impedimento di un reato, dall’archetipo della fattispecie a condotta libera, dove il garante gode di un potere di apportare cambiamenti concreti alla realtà su cui è chiamato ad operare, in vista dell’impedimento di un evento naturalistico. In tal caso, arricchire di contenuto l’espressione “cagionare” è compito della c.d. sussunzione sotto leggi scientifiche. Il termine “sussunzione sotto leggi” esprime un passaggio tra concreto e astratto, secondo una ben nota scansione<sup>272</sup>: si individua la “legge di natura” adoperata per la spiegazione causale, che

<sup>271</sup> Secondo Niklas Luhmann, in realtà, fonda l’attesa che altri comportamenti saranno scartati.

<sup>272</sup> Sulla spiegazione del rapporto tra astratto e concreto nella formula della sussunzione, che è appunto orientata a provare la “Gesetzmäßigkeit” di un comportamento come conformità a una legge di natura, K. ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen, 1931, pp. 25-26, ripreso da F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione casuale nel diritto penale. Il nesso di condizionamento fra azione ed evento*, Milano, 1975, p. 88 ss. e pp. 110-111; vedi, inoltre, M. ROMANO, *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche in diritto*

è «il presupposto dell'identificazione di una condotta come *c.s.q.n.* dell'evento stesso» ed è basata su «generalizzazioni»; in seguito «si controlla se il singolo comportamento “storico”, la singola situazione “storica”, la singola conseguenza “storica”, possono essere inseriti nello schema generale previamente ottenuto»<sup>273</sup>. Ben noti, tuttavia, i problemi di cui tale sequenza logica soffre: il rinvenimento di una legge scientifica e la difficile determinazione di un grado accettabile della generalizzazione generano dubbi sulla reale autonomia di un momento contraddistinto dalla verifica in concreto dell'operatività della legge<sup>274</sup>; e quasi impercettibile diviene la distinzione tra il piano della causalità come categoria sostanziale e quello del suo accertamento processuale<sup>275</sup>.

Ora, quando si discorre della fattispecie di omesso impedimento di un reato, come usuale in caso di concorso, si avverte un vuoto epistemologico nella definizione di una legge “scientifica” che faccia luce sulla concatenazione di avvenimenti costituiti da comportamenti umani<sup>276</sup>; al tempo stesso, si evidenzia come questa spiegazione non possa che provenire da un'adeguata valorizzazione delle c.d. “massime di esperienza”<sup>277</sup>. Considerazioni incontestabili; e tuttavia, anche ad ammettere l'imprescindibilità dalle massime di esperienza, non può negarsi che l'interprete elabori la spiegazione causale avendo in

---

*penale*, in *Scritti per F. Stella*, vol. I, Napoli, 2007, p. 891 ss., anche per i riferimenti alla dottrina tedesca più recente.

<sup>273</sup> Così M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., p. 368. Cfr. anche F. STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., p. 114.

<sup>274</sup> Cfr. Cass. Sez. Un., 11.09.2002, Franzese, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 50 ss., ove la distinzione tra “parametro nomologico” della spiegazione causale e “alta o elevata credibilità razionale”, che è «verifica nel caso concreto», (*ibidem*, pp. 54-55), e il commento – problematico su questa distinzione – di A. DI MARTINO, *Il nesso causale attivato da condotte omissive tra probabilità, certezza e accertamento*, *ivi*, p. 61.

<sup>275</sup> Si veda, in chiave problematica, M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione “per aumento del rischio”. Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 32 ss.

<sup>276</sup> O. DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 681; G. INSOLERA, *Il concorso di persone nei reati fallimentari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 817 ss.

<sup>277</sup> G. INSOLERA, *Il concorso di persone nei reati fallimentari*, cit., p. 826.

mente un'azione ricalcata sulla disciplina giuridica di un potere<sup>278</sup>. La tipizzazione segue qui itinerari non dissimili da quelli seguiti dal legislatore quando questi crea una fattispecie a forma vincolata, nel qual caso l'interprete beneficia di un'indicazione legislativa circa il livello di superamento di un rischio lecito, che, se anche di per sé non è decisiva circa l'accertamento causale, quanto meno ne orienterà la conclusione<sup>279</sup>.

Il potere, così, non coincide esattamente con il nesso che salda l'omissione del garante alla fattispecie in concorso; non è un mutamento in atto della realtà, bensì *l'attesa, riposta in una norma*, che la realtà subisca un mutamento. Quel nesso, di tipo causale, si rivela per vero solo *ex post*, mediante l'usuale impiego del procedimento di sostituzione mentale dell'omissione con la condotta omessa: l'efficacia della quale, seppure ipotetica, sarà valutabile solo sulla base delle circostanze concrete. E qui, ove fossero rinvenibili, troverebbero applicazione le massime d'esperienza. Ma l'interprete avrà già sfogliato la rosa dei poteri a disposizione dell'omittente, onde ricostruire la posizione che vincola quest'ultimo ad un bene giuridico: avrà,

---

<sup>278</sup> Scrivono G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 184: «se il reato è integrato dall'esecuzione di una delibera consiliare – la distribuzione di utili fittizi, un falso in bilancio o comunicazioni sociali –, decisivo sarà stabilire se il garante (ad esempio l'amministratore che dissenta da quella delibera non ancora eseguita) abbia attivato tutte le possibili procedure giudiziarie o amministrative che ne avrebbero impedito la consumazione (impugnazione della delibera, ricorso all'autorità giudiziaria ai sensi dell'art. 2409 c.c. o all'autorità amministrativa preposta al controllo di taluni tipi di società, come la CONSOB [...] o la Banca d'Italia), il cui esito felice – l'impedimento del reato in itinere – dipende da una serie di comportamenti umani collegati, l'uno all'altro, da un mero rapporto di probabilità [...]». A parte quest'ultimo riferimento alla "probabilità" – che non crediamo voglia significare adesione dei due illustri Studiosi ad un criterio meramente stocastico, ma solo evidenziare l'inoperatività di leggi causali di tipo naturalistico in questo settore – è a questa soluzione che, nella presente trattazione, si cerca di conferire una giustificazione teorica.

<sup>279</sup> La condotta a forma vincolata è, in altri termini, un «*modus operandi* espressivo di un rischio illecito» (così M. DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., p. 136 ss.). In realtà, anche nel contesto delle fattispecie a forma libera, appare suggestiva la proposta di A. DI MARTINO, *Il nesso causale attivato da condotte omissive*, cit., p. 64, di utilizzare i protocolli per decidere «in astratto non sull'esistenza del nesso causale, ma almeno sull'ipotesi causale alla quale il giudice deve attribuire preferenza».

cioè, già ricostruito la norma incriminatrice che obbliga ad agire un determinato soggetto<sup>280</sup>.

Ed infatti il potere decodifica uno schema di azione coincidente con un segmento di una procedura nella quale il titolare del potere stesso è immesso; azione al cui espletamento l'ordinamento connette determinate conseguenze incidenti sull'esito della procedura medesima. In tal modo, il potere contribuisce a determinare la previsione legale della fattispecie omissiva, selezionandone modalità di realizzazione alla stregua delle quali il fatto storico sarà, *eventualmente*, giudicato tipico *anche* perché *ex post* rivelatosi causale; e sempre che, s'intende, le norme procedurali in questione – dalle quali estraiamo il potere – avessero di mira la tutela di beni giuridici.

Le ricostruzioni teoriche illustrate in altra parte del lavoro non sono in grado di fornire un inquadramento adeguato della fattispecie di omesso impedimento di un reato, nella misura in cui confondono i due piani che, con estrema sintesi, indichiamo in quello astratto del potere e in quello concreto della causa. Invero, non esistono poteri “forti” e poteri “deboli”: esistono poteri che svolgono un ruolo o nessun ruolo all'interno un piano preventivo; “forte” o “debole” è la

---

<sup>280</sup> Ci si riferisce a quella fase in cui l'interprete ricostruisce il reato in astratto, come norma; fase logicamente prioritaria rispetto alla «valutazione giuridica» del fatto concreto come corrispondente, o meno, alla norma sì rinvenuta (cfr. B. PETROCELLI, *Riesame degli elementi del reato*, in *Studi in onore di F. Antolisei*, vol. III, Milano, 1965, p. 12, p. 22, pp. 43-44). Al fine di differenziare tra potere (e posizione di garanzia) e causa, può muoversi, infatti, dalla distinzione tra due profili della fattispecie tipica: la “tipicità in astratto” e la “tipicità in concreto”. La tipicità in astratto circoscrive la previsione legale, la dimensione, appunto, astratta del reato; la tipicità in concreto si riferisce invece al fatto storico sagomato dai suoi elementi di conformità rispetto alla previsione legale, ossia, l'oggetto che sussumiamo nella previsione legale. Cfr., oltre al già citato saggio di B. PETROCELLI, *Riesame degli elementi del reato*, cit., p. 10 ss., G. VASSALLI, *Tipicità*, cit., p. 537; A. GARGANI, *Dal corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997, p. 12 ss.; in senso critico F. DEAN, *La tipicità nella teoria generale dell'illecito penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, pp. 136-137. Per un chiarimento sui rapporti tra astratto e concreto nel tipo, M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 123 ss., e nota 15 (in una prospettiva, per altro, orientata a “concretizzare” la tipicità includendovi il necessario riferimento alla lesione di un bene giuridico – nel quadro di una «definizione sostanziale del reato» –, *ibidem*, p. 147 ss.; p. 211 ss.). I percorsi di “concretizzazione” della tipicità penale sono al centro dello studio di R. ALAGNA, *Tipicità e riformulazione del reato*, Bologna, 2007, p. 199 ss., orientato, per altro, a svelare più di un elemento di vicendevolezza tra “norma” e “fatto”.

spiegazione causale che assicura o disperde il nesso tra l'evento ed il loro omesso esercizio. Il complesso (dei doveri e) dei poteri inerenti alla posizione di garanzia, va quindi ribadito, è solo il primo elemento della fattispecie di concorso mediante omissione, ciò che ne integra la tipicità in astratto<sup>281</sup>. Considerazioni fattuali, sulla minore o maggiore intensità di un potere, cioè: sulle *chance* di successo del suo impiego dettate da circostanze contingenti<sup>282</sup>, potranno rilevare solo nel momento in cui si tenti di sussumere l'accaduto nello schema legale ricavato dalla combinazione dell'art. 40 comma 2 c.p. (e 110 c.p.) e della disciplina extrapenale dell'organo<sup>283</sup>.

##### 5. *Risultati: poteri impeditivi come elemento tipico di una posizione di garanzia societaria*

Il potere, dunque, quale elemento che contraddistingue la posizione, coincide con una *possibilità*, non ancora con la causa. Ma, pur non coincidendo con essa – solo prefigurandola –, la nozione di potere qui suggerita è comunque compatibile con la nozione penal-

<sup>281</sup> Si veda la nota precedente.

<sup>282</sup> Relative al concreto funzionamento degli organi societari, su cui, con particolare riferimento al consiglio di amministrazione, fornisce un quadro completo ed aggiornato, con ampi riferimenti alla letteratura specialistica (anche anglossassone), F. CENTONZE, *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi*, cit., p. 988 ss., il quale, con riguardo all'accertamento del nesso causale, scrive: «Il giudice dovrà quindi vagliare tutte le circostanze del caso concreto per verificare se l'esercizio di quel potere *ex ante* impeditivo avrebbe *ex post* impedito l'evento oltre ogni ragionevole dubbio» (*ibidem*, p. 1043).

<sup>283</sup> Sulla distinzione tra obbligo – «che può fondare e fonda non la causalità dell'omissione, sì invece la tipicità dell'omissione causale» – e nesso causale, che come «nesso fattuale fra un evento e gli antecedenti (condizioni necessarie) che lo hanno determinato, non può essere fondato su un piano normativo», vedi D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., pp. 238-239 (corsivo nel testo). Per una ricostruzione della fattispecie oggettiva del reato omissivo improprio improntata ad una chiara scansione tra elementi normativi e naturalistici – e tra “astratto” e “concreto” – si veda, altresì, C.E. PALIERO, *La causalità dell'omissione*, cit., p. 829 ss. Tali precisazioni, utili a contrastare un certo indirizzo giurisprudenziale tendente a sostituire il riscontro di un effettivo nesso causale con il mero rinvenimento dell'obbligo giuridico – responsabilità da posizione –, possono essere opposte anche a chi ragioni nel senso di una negazione della responsabilità penale, pur in presenza di obblighi corrisposti da poteri astrattamente idonei ad impedire un evento.

mente rilevante di causa. Quest'ultima va identificata nella *condizione necessaria, anche se non sufficiente*, affinché si produca un determinato evento (*conditio sine qua non*)<sup>284</sup>. Impossibile, per contro, l'adozione di una nozione "forte" di causa, come somma di tutte le condizioni che danno origine all'evento, coincidente, nel caso di più condotte umane, con l'ultima azione libera che precede l'evento (*conditio per quam*)<sup>285</sup>, in quanto non «traducibile in termini processuali per impossibilità di una prova»<sup>286</sup>.

Ben potrà ravvisarsi una *conditio sine qua non* dell'evento-reato, nel non aver attivato una leva di un ingranaggio procedurale che avrebbe condotto alla menomazione degli effetti giuridici di un atto, pur se da sola non sufficiente a determinare effetti elisivi. Tale azione, in una determinata cornice fattuale – che non è solo, dunque, la cornice "normativa" della procedura attivata, bensì quella delle circostanze di fatto nelle quali operano le norme – potrebbe servire ad allertare un altro garante chiamato a intervenire per evitare l'evento, in uno schema non inconsueto per l'attribuzione della responsabilità penale<sup>287</sup>. Infatti, l'ordinamento può ben allestire la tutela di de-

<sup>284</sup> Cfr. F. STELLA, D. PULITANÒ, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 1990, p. 563, ove il riferimento alla nozione penalmente rilevante di causa precisata da F. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 1253. Sul fatto che il comportamento umano, di cui si vuole stabilire la connessione causale con un evento, non può mai da solo causare questo evento, quindi non può essere condizione "sufficiente", vedi anche I. PUPPE, *Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht*, in *ZStW*, 1980, p. 863 ss., la quale propone una nozione di causa come «componente necessaria di una condizione minima sufficiente secondo legge di natura» (*ibidem*, p. 865). Condurrebbero a soluzioni analoghe a quella adottata nel testo le autorevoli impostazioni del concorso omissivo che si rinvergono in G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 367-368; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 289. In senso contrario a quanto sostenuto nel testo, invece, A. FIORELLA, *I principi generali*, cit., p. 46 ss.; N. PISANI, *Controlli sindacali*, cit., pp. 298-299 (secondo quest'ultimo la natura «indiretta di tale omesso impedimento – l'Autore discorre della omessa denuncia ex art. 2409 c.c. – non solo rende più difficoltoso, ove non addirittura impossibile, l'accertamento della causalità omissiva, ma secondo noi, deve ispirare particolare cautela già in sede di ricostruzione della posizione di garanzia dei sindaci»).

<sup>285</sup> Nozione suggerita da J. HRUSCHKA, *Regreßverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen*, in *ZStW*, 1998, p. 581 ss.

<sup>286</sup> L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., pp. 31-32.

<sup>287</sup> Per una ricostruzione dell'itinerario causale nel caso di coesistenza di più garanti, uno dei quali sia tenuto ad avvisare l'altro, sebbene nel quadro di una pe-



terminati beni mediante un reticolo di posizioni di controllo, alcune delle quali concepite proprio con il fine di rendere possibile l'intervento di altri garanti<sup>288</sup>.

Simile schema è riprodotto nelle società di capitali<sup>289</sup>.

La tutela verso determinati beni è ivi assicurata da norme organizzative; non è necessario, al fine di incardinare un potere impedi-

---

culiare accezione della causa penalmente rilevante, si rinvia a I. PUPPE, *Vor § 13*, in *NK-StGB*, seconda ed., Baden-Baden, 2005, p. 363; T.Y. SOFOS, *Mehrfachkausalität beim Tun und Unterlassen*, Berlin, 1999, p. 233 ss. In senso contrario, rispetto a quanto sostenuto nel testo, N. PISANI, *Controlli sindacali*, cit., p. 277, che invoca «la necessità che il garante rivesta un ruolo di tutela indispensabile ed esclusivo nei confronti del bene protetto».

<sup>288</sup> Esempi di “filiere di garanti” sono tutt’altro che inconsueti nel nostro ordinamento. Basti pensare alla delega di funzioni o alla individuazione di plurime posizioni di garanzia in diversi contesti legislativi, ad es. in materia di infortuni sul lavoro (ove tra l’altro l’art. 16, d.lgs. 81/2008 tipizza i requisiti della delega di funzioni e stabilisce, recependo un orientamento giurisprudenziale predominante, un obbligo di vigilanza in capo al delegante: vedi, in sede di primo commento, N. PISANI, *Profili penalistici*, cit., p. 829 ss.), nella normativa sugli appalti, nelle aziende ospedaliere: cfr., su questi temi M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento*, cit., p. 246 ss.; G. MORGANTE, *Le posizioni di garanzia nella prevenzione antinfortunistica in materia d’appalto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 88 ss.; D. PULITANÒ, voce *Igiene e sicurezza sul lavoro (tutela penale)*, in *Dig. disc. pen.*, aggiornamento, Torino, 2000, p. 388 ss.; L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., p. 536 ss.; nella manualistica, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 184; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 486. Un cumulo di garanti può verificarsi, per altro, anche in prospettiva diacronica, sotto forma di fenomeno successorio tra posizioni di garanzia: sul tema, A. GARGANI, “*Ubi culpa, ibi omissio*”, cit., p. 582 ss. Quanto al diritto tedesco, argomentazioni analoghe a quelle riportate nel testo sono sviluppate nel saggio di H.-J. RUDOLPHI, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Bediensteten*, cit., pp. 877-879. Questi ammette l’esistenza di una posizione di garanzia dei *Gewässerschutzbeauftragten* (si tratta di una figura di controllori prevista dalla normativa in materia di inquinamento idrico, incaricati dall’azienda e nominati da parte degli utilizzatori di acque secondo determinati presupposti), malgrado essi non abbiano il potere di intervenire direttamente per evitare l’inquinamento – non avendo la possibilità di intervento diretto sui processi aziendali –, poiché ad essi spetta solo la funzione di monitorare e l’obbligo di informare, sì da rendere possibile l’intervento da parte dei garanti presenti nell’impresa. Questo fatto, secondo lo Studio tedesco, non osta all’attribuzione di una posizione di garanzia: infatti, la funzione è concepita per concedere ai garanti presenti in azienda la possibilità di impedire l’evento tipico; serve, in altre parole, a che il pericolo di verifica di tale evento non rimanga celato agli occhi di altri garanti. La loro presenza, insieme al fatto che a essi compete solo una porzione della funzione complessiva di garanzia, è sintomo che il legislatore ha ripartito tale funzione di garanzia tra più soggetti.

<sup>289</sup> Cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, loc. ult. cit.

tivo in capo ad un soggetto, che questi detenga il controllo dell'intero processo: lo sviluppo degli avvenimenti può essere condizionato anche solo dal fatto che questi ometta di dare inizio all'attuazione di un piano organizzativo (o meglio: all'analisi dei rischi preliminare all'attuazione); come pure dal fatto che ometta di presentare una propria istanza presso organi "terzi" attivando una procedura alla quale segua, nel caso, la produzione dell'effetto giuridico paralizzante la condotta del controllato.

La delineazione di poteri impeditivi non potrà che avvenire, da un lato, con riferimento ad una disamina dei poteri concessi ai singoli organi in ogni processo organizzativo; dall'altro, considerando la struttura della fattispecie "da impedire". A parte il potere-dovere iniziale di attuare assetti organizzativi adeguati, che è, per così dire, all'apice delle funzioni societarie, è possibile tentare di riassumere la tipologia di tali poteri come segue: atti posti in essere direttamente dall'organo societario (es. la revoca del consiglio di gestione da parte del consiglio di sorveglianza nel sistema c.d. dualistico); atti che coinvolgono un'autorità pubblica (quindi estranea all'organismo sociale), come l'impugnazione delle delibere dell'organo amministrativo da parte del collegio sindacale, o la denuncia ad un organo pubblico di vigilanza (es. la denuncia alla Consob ex art. 149, commi 3 e 4 Tuf da parte del collegio sindacale delle società quotate); infine, l'informativa nei confronti di altro organo societario (es. la possibilità concessa al collegio sindacale di s.p.a. di convocare e informare l'assemblea)<sup>290</sup>.

È sicuramente da valorizzare, in chiave penalistica, l'omessa attivazione di procedure di tipo pubblicistico<sup>291</sup>. Ma anche l'informativa interna non può essere ignorata nel quadro dei poteri impeditivi<sup>292</sup>. La valorizzazione penalistica di tale ultimo potere, tuttavia,

<sup>290</sup> Per una classificazione di tali poteri e iniziative si rinvia al saggio di V. CARIELLO, *Il conflitti "interorganici"*, cit., *passim*.

<sup>291</sup> Rispetto al controllo sindacale, sì come originariamente disciplinato dal codice civile, C. PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito*, cit., pp. 741-742, sosteneva che solo «la sollecitazione di meccanismi pubblicistici» potesse essere considerata «strumento di presumibile attitudine impeditiva».

<sup>292</sup> Per un concetto di potere impeditivo che ricomprenda tale genere di poteri, cfr. F. STELLA, D. PULITANÒ, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, cit., p. 552 ss. Con riferimento alla normativa antinfortunistica, si veda

esige una certa cautela esegetica. In primo luogo, bisogna appurare se l'informativa in questione sia doverosa siccome funzionale all'attivazione di procedure a loro volta finalizzate all'impedimento di reati<sup>293</sup>; in altre parole, se essa si inserisca in un piano normativo finalizzato alla tutela di un bene giuridico, senza esaurire il suo fine in un miglioramento in termini meramente efficientistici dell'organizzazione<sup>294</sup>. In secondo luogo – ma ciò investe già il piano della “imputazione”, della quale ci occuperemo nel prossimo paragrafo –, in quest'ultimo caso, sarà tendenzialmente assai difficile appurare *in concreto* l'efficacia impeditiva di un'eventuale omissione: l'effica-

---

Cass. Sez. IV, 20.04.2005, in *Riv. trim. pen. ec.*, 2006, p. 851 ss., che considera responsabili i componenti del servizio aziendale di prevenzione quando abbiano trascurato di segnalare una situazione di rischio inducendo il datore di lavoro ad omettere l'adozione di una doverosa misura prevenzionale (nello stesso senso, Cass. 15.02.2007, n. 15226, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2033 ss., con nota di D. POTETTI, *Il servizio di prevenzione e protezione nel d.lgs. n. 626 del 1994, in tema di sicurezza e salute dei lavoratori*, *ivi*, p. 2036 ss.).

<sup>293</sup> Infatti, non si è sempre costretti a ritenere che il destinatario di una norma che concede un potere di azione abbia anche il dovere di agire. Sul punto, non del tutto condivisibile il ragionamento di F. STELLA, D. PULITANO, *La responsabilità penale dei sindaci*, cit., p. 562, quando sostengono che il potere sia il logico e giuridico presupposto del dovere. Vero è, nella prospettiva della eventuale attribuzione di responsabilità, che a un dovere deve sempre corrispondere la possibilità di adempiervi. Dalla mera sussistenza di questa facoltà, però, ancora non consegue il dovere di esercitarla; e viceversa l'omesso esercizio di un potere, che si ha facoltà di esercitare, non è di per sé inadempimento di un dovere: semmai, l'unico “dovere” senz'altro vigente è il divieto di abusare di quel potere (cfr. le pertinenti riflessioni di Y.-h. HSÜ, *Garantenstellung des Betriebsinhabers*, cit., p. 242). Va rilevata, dunque, la complessità della situazione giuridica del garante, che in realtà si atteggiava a “funzione”: il potere giuridico spettante al garante è difatti orientato all'adempimento di un dovere che ne costituisce premessa (per la definizione di “funzione” qui adoperata, si veda L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., p. 603, secondo cui “funzione” o “potere funzionale” è «qualunque potere imputato ad un soggetto con l'obbligo di esercitarlo per soddisfare le aspettative e gli interessi di altri soggetti». Viceversa, per l'Autore, costituiscono una “potestà”, o “poteri autonomi”, «i poteri esercitati autonomamente e nel proprio interesse e non per conto di altri, dagli stessi soggetti che ne sono titolari, senza mediazioni né vincoli rappresentativi di altra natura». In sintesi: «le funzioni sono poteri-doveri; le potestà sono diritti-poteri», *ibidem*, p. 604, corsivo nel testo).

<sup>294</sup> Può impiegarsi la categoria degli «assetti organizzativi finalizzati a determinati scopi» individuata, come già ricordato, da L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., p. 536. Un mero miglioramento in termini di efficienza, vedremo, è imposto per contro ai titolari della funzione di *internal auditing* che ci occuperà al § 6.1., sezione prima, cap. VI.

cia dell'intervento varierà, infatti, in misura della «pratica efficacia dissuasiva»<sup>295</sup> che un organo o un membro di un organo esercita su altri organi o sul *plenum*.

### SEZIONE TERZA

#### IMPUTAZIONE

##### 1. *L'imputazione dell'evento-reato: profili problematici*

Ricostruita nei termini surriferiti la fattispecie di omesso impedimento come “norma incriminatrice”, concentriamo ora l'attenzione sulla “imputazione”. L'impiego di questo termine richiede un breve chiarimento preliminare. È noto che, mentre la “causalità” costituisce un «momento logico del più ampio problema dell'imputazione giuridica», l'“imputazione” fa riferimento a «un giudizio per cui, in vista di un determinato effetto, si predica la riferibilità di un'entità ad un soggetto, sulla base di certi presupposti»<sup>296</sup>. L'adozione di questo termine non può essere accompagnata, in questa sede, da impegnative adesioni a determinate visioni teoriche<sup>297</sup>: essa vuole essenzialmente significare che, in una materia non dominabile con il ricorso a “leggi scientifiche”, come la materia che ci occupa, la causalità è appunto un momento del più ampio “giudizio” di imputazione, e che, se anche si vuol continuare ad utilizzare il termine “causa-

<sup>295</sup> L'espressione ricorre in C. PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito*, cit., p. 741.

<sup>296</sup> G. LICCI, *Teorie causali e rapporto di imputazione*, cit., p. 2, nota 4, che si rifà esplicitamente a F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova, 1934, p. 179. Sul concetto di imputazione, cfr. anche M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 110 ss.; M. DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., p. 12. Per lo sviluppo di una peculiare accezione, si veda invece L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., p. 344 ss., che identifica nella “*imputatio*” un «meccanismo di individuazione dei soggetti che possono essere chiamati a rispondere dell'illecito».

<sup>297</sup> In particolare alla teoria dell'imputazione oggettiva, su cui di recente M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., *passim*; G. FIANDACA, *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 945 ss.; per una classica presa di posizione in senso critico G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa. Morte della “imputazione oggettiva dell'evento” e trasfigurazione della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 3 ss.

lità”, bisognerà farlo nella consapevolezza del carattere normativo e non esclusivamente naturalistico della stessa<sup>298</sup>.

Imputazione, dunque, come «il giudizio che riferisce il fatto ad una persona, e più precisamente il giudizio mediante il quale un fatto è considerato “proprio” di un essere umano»<sup>299</sup>; e ancora: «momento *valutativo* della responsabilità», «inserito nel quadro di una serie di norme, di principi e criteri, che devono e possono essere ricavati dall'intero sistema punitivo, anziché dalla singola norma incriminatrice»<sup>300</sup>. Data questa definizione, rileviamo come molti dei problemi che, in materia di omesso impedimento di un reato in ambito societario, la dottrina è solita concentrare (e anticipare) al piano della “posizione”, siano invece da affrontare sul piano della “imputazione”, poiché coincidenti con una serie di questioni inerenti all'eventuale attribuzione ad un soggetto di un evento, secondo una valutazione che solo può effettuarsi avendo riguardo alla “fattispecie in concreto”, all'atto di sussumerla nel tipo<sup>301</sup>.

<sup>298</sup> Cfr. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., pp. 350-351, che per altro ha assunto questa posizione prima della discussione in Italia sulla teoria dell'imputazione oggettiva. Sulla premessa del carattere non naturalistico della causalità – premessa che ritiene quasi superflua – conviene anche G. FIANDACA, *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, cit., p. 946. D'altra parte, pur volendo aderire alla teoria dell'imputazione oggettiva, è stato (in diverse occasioni) chiarito che la causalità non è concetto contrapposto all'imputazione oggettiva, bensì in essa ricompreso: «Il giurista, perciò, deve fruire del sapere epistemologico del suo tempo, ma impiegare un proprio concetto di spiegazione causale, quello che è rilevante ai fini di un giudizio d'imputazione individuale. Più che la causalità ad essere pregiudicata, lo sono dunque le leggi scientifiche che il criterio d'imputazione causale utilizza» (M. DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., pp. 61-63, corsivo nel testo; con particolare riferimento all'omissione, cfr. anche M. MAIWALD, *Causalità e diritto penale*, cit., p. 83 ss.).

<sup>299</sup> F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità*, cit., p. 179.

<sup>300</sup> M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 110 ss.

<sup>301</sup> Secondo uno schema ripreso da Donini, infatti, «il c.d. tipo legale, elencando tassativamente gli elementi essenziali di un reato, è il logico presupposto del momento di imputazione di un fatto concreto, come illecito, al soggetto autore di esso. L'imputazione, in altri termini, è sempre correlata ad una fattispecie concreta e al giudizio sulla sua conformità al tipo» (M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 117). L'impostazione adottata nel testo si differenzia da altra, elaborata dalla dottrina d'oltralpe, che orienta il discorso sull'imputazione su percorsi di tipo normoteoretico. Ci si riferisce a quelle tesi che recepiscono la distinzione tra *Verhaltensregeln*, che prevedono un comportamento in forma di comando o divieto o di permesso rivolto ai consociati (esse sarebbero però presenti nella parte speciale del

codice sotto forma di *Sanktionsnormen*, cioè di norme che dettano i presupposti in presenza dei quali è dato applicare una sanzione, e che sono dirette al giudice); e *Zurechnungsregeln*, ossia le norme che servono ad attribuire (“zurechnen” è il corrispondente di “imputare”) un fatto a una persona autore del comportamento previsto dalla norma, le quali sono rivolte al giudicante. La *Zurechnung*, a sua volta, conosce due livelli: ad un primo livello, si discute, in estrema sintesi, della possibilità di imputare un fatto alla luce del principio *ad impossibilia nemo tenetur*, valutando se al soggetto fosse possibile agire o non agire in un modo diverso da quanto previsto dalla norma; l'imputazione di secondo livello coincide, in sintesi, con un giudizio sulla colpevolezza (*Schuld*) per il fatto (cfr. J. HRUSCHKA, *Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln*, in *Rechtstheorie*, Band 22, 1991, p. 449 ss.; con talune differenze, soprattutto per quanto riguarda la categoria delle *Sanktionsnormen*, T. RUDOLPH, *Das Korrespondenzprinzip im Strafrecht*, Berlin, 2006, p. 26 ss. Sulle origini storiche e filosofiche della categoria della *Zurechnung*, si rinvia J. HRUSCHKA, *Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf*, in *ZStW*, 1984, p. 661 ss., e in sintesi, J. HRUSCHKA voce *Zurechnung*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Band V, Berlin, 1998, c. 1803 ss.). L'impostazione in questione comporta diverse e profonde conseguenze sulla struttura stessa del reato e nella lettura delle sue componenti, conseguenze delle quali non è possibile dar conto in questa sede (si rinvia, tra i contributi più recenti, a U. KINDHÄUSER, *Der subjektiver Tatbestand im Verbrechenbau. Zugleich eine Kritik der Lehre von der objektiven Zurechnung*, in *GA*, 2007, p. 447 ss.). Un approccio ricavato dalla suestata sistematica è stato impiegato da Joachim Vogel in uno studio dedicato al reato omissivo improprio. La succitata distinzione tra *Verhaltensregeln* e *Zurechnung* si riflette nella differenza tra “norma” (*Norm*) e “obbligo” (*Pflicht*), «tra comportamento generale ed astratto contrario ad un norma e comportamento individuale e concreto contrario ad un obbligo». Il secondo elemento (*Pflicht*) descrive le condizioni in presenza delle quali il soggetto avrebbe dovuto e potuto adeguarsi a quanto previsto dalla norma di comportamento, secondo il «Wissen» e «Können» che gli competono; per tanto, può dirsi che «la contrarietà alla norma – *Normwidrigkeit* – è una categoria obiettiva, la contrarietà all'obbligo – *Pflichtwidrigkeit* – è una categoria personale» (J. VOGEL, *Norm und Pflicht*, cit., pp. 41-43). Ora, secondo questo schema, la norma che comanda di evitare un evento («Erfolgsabwendungsgebot») è una “norma propria” («Sondernorm») puramente penalistica, quindi non riconducibile alla struttura di una norma penale in bianco, e non contenente alcun “obbligo di garanzia” («Garantenpflicht») come connotato del tipo – *Tatbestandsmerkmal* – nel senso voluto dalla *Garantenlehre* introdotta da Nagler; questa norma individuebbe soltanto le caratteristiche che «contraddistinguono l'autore». Dinanzi ad un comportamento che contraddice siffatta norma, quindi, siamo sul piano della *Normwidrigkeit*; con la trasgressione dell'obbligo di garanzia si accede invece al piano della *Zurechnung* (di primo livello), e non a caso il comportamento è definibile come «garanten“pflicht”widrig» (J. VOGEL, *Norm und Pflicht*, cit., pp. 129-138). In sintesi, secondo la sistematica di Vogel, «Mentre il *Garantengebot* (astratto) – o *Garantenstellung* – indica la “ragione” – “Grund” – dell'obbligo, devono essere ancora stiluppate i limiti – “Grenzen” – dei *Garantenpflichten* nel singolo caso»; a circoscrivere l'area della *Pflichtwidrigkeit* intervengono svariati strumenti: principio di inesigibilità, rischio consentito, principio di auto responsabilità e principio d'af-

È in questa fase che si realizza il principio di responsabilità personale<sup>302</sup>. Ma è anche in questa fase che la responsabilità penale per omissione, nelle organizzazioni, rischia di concentrarsi e di risolversi nella trasgressione di un obbligo di comportamento, più che sulla causazione di un evento: sul suo baricentro s'imprimono molteplici spinte centrifughe rispetto al disvalore del risultato. Conseguenziale è l'autorevole richiamo alla «esigenza di bandire ogni automatismo repressivo» circa l'attestarsi di una funzione di controllo in una fase

---

fidamento (J. VOGEL, *Norm und Pflicht*, cit., p. 173 ss. Sulla base di analoghe premesse di teoria delle norme, più di recente, T. RUDOLPH, *Das Korrespondenzprinzip*, cit., p. 76, ha affermato che il termine *Garantenstellung* si identifica con la *Pflicht* – l'obbligo secondo la peculiare accezione dettata dalla teoria in esame – e che contentisticamente esso coincide con la nozione di amministrazione dei pericoli generati dal proprio movimento corporeo formulata da Herzberg ed estensibile anche ai reati d'azione). Questa tesi comporta, in primo luogo, un'innovazione nell'ambito dello stesso diritto tedesco, dove, per consuetudine accettata dalla giurisprudenza, si considera la “*Garantenstellung*” non ancora decisiva della punibilità dell'omissione, ma solo indicativa del destinatario del comando di agire: una «*Position des Normadressaten, an den sich das Verhaltensgebot des strafrechtlichen Tatbestands richtet*», secondo BGH, 37, 106, 119 (sulla distinzione tra “*Garantenstellung*”, collocata nel *Tatbestand*, e “*Garantenpflicht*”, relegato nella *Rechtswidrigkeit*, vedi BGH 16, 155 del 29. Mai 1961; in dottrina, H. FÜNFSINN, *Der Aufbau des fahrlässigen Verletzungsdelikts durch Unterlassen im Strafrecht*, Frankfurt am Main-Bern-New York, 1985, p. 96 ss.; S. COELLN, *Das „rechtliche Einsehenmüssen“*, cit., pp. 84-85). Rispetto all'impostazione che si suggerisce nel testo, inoltre, si noti come, nella fase del riscontro della *Normwidrigkeit* (sì come intesa da Vogel), è già in atto un procedimento di concretizzazione: infatti, si valuta la conformità alla norma dell'omissione di un comportamento che sarebbe stato causale per l'impedimento dell'evento da parte del garante (cfr. J. VOGEL, *Norm und Pflicht*, cit., p. 173, e anche pp. 153-154, dove l'Autore argomenta nel senso della estraneità della causalità alla *Zurechnung*, donde, a suo dire, l'errore sistematico della teoria dell'imputazione oggettiva). La contrarietà ad una norma è del resto valutabile attraverso la susunzione della fattispecie concreta in una fattispecie di parte speciale: una caratteristica appurabile in base ad un giudizio obiettivo ed *ex post*, dal quale sono escluse solo le «caratteristiche soggettive del fatto» (J. VOGEL, *Norm und Pflicht*, cit., p. 49); mentre la *Zurechnung* è l'attribuzione all'autore di un comportamento di cui si è già valutata la contrarietà alla norma – come sinonimo di conformità al tipo: *Tatbestandsmäßigkeit* – (J. VOGEL, *Norm und Pflicht*, cit., p. 57 ss.). La *Normwidrigkeit* cui allude Vogel, in breve, non è la pura ricostruzione della norma astratta: è un giudizio che verte sulla fattispecie concreta.

<sup>302</sup> M. DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., pp. 19-20.

lontana rispetto alla verifica dell'illecito commesso dall'esecutivo di una società<sup>303</sup>.

I rischi di dilatazione del rilievo penale dell'omesso controllo sono riassunti di seguito.

## 2. *Imputazione oggettiva*

La premessa è già nota: quando riguarda nessi esistenti tra condotte umane, l'imputazione causale soffre di un limite epistemologico, ch  la previsione di come altri agir  non   suscettiva di classificazione mediante schemi scientifici. Si tratta di una constatazione gravida di complicazioni non appena si valuti l'adempimento di obblighi di organizzazione.

Come osservato, sussiste una posizione di garanzia quando gli obblighi di organizzazione non si limitano al perseguimento di un mero miglioramento dell'efficienza dell'apparato organizzativo; quando, in altri termini, l'apparato organizzativo sia finalizzato all'impedimento di eventi lesivi per determinati beni giuridici. E, in conformit  all'accezione di "potere" in precedenza suggerita, si riscontrano dei poteri che consentono di impedire che un tale "piano organizzativo" fallisca nella sua funzione di tutela. Bisogna tenere scissi, per , i principi di natura prettamente aziendalistica, cui pure attingono tali obblighi e poteri, dai criteri che governano l'imputazione penalistica.

La tendenza della legislazione attuale, infatti, consistente nel conformare l'intelaiatura giuridica dei rapporti interorganici a principi provenienti dall'economia aziendale mediante una loro positivizzazione<sup>304</sup>, non offre alcun parametro strumentalizzabile in se-

---

<sup>303</sup> Scriveva, infatti, C. PEDRAZZI, voce *Societ  commerciali (nuova disciplina penale)*, in *Dig. disc. pen.*, aggiornamento, Torino, 2000, p. 597 (nel riprendere uno spunto di SGUBBI, *Le sanzioni*, cit., p. 314, rispetto alla nuova conformazione dei doveri dei sindaci nel Tuf): «Allungandosi il percorso tra momento del controllo e contingenza operativa, si rende pi  che mai inderogabile un accurato riscontro del collegamento fattuale, sia causale che psicologico (quasi sempre in termini di dolo), tra le comprovate carenze della vigilanza sindacale e i singoli illeciti penali degli amministratori».

<sup>304</sup> Cfr. V. BUONOCORE, *Adeguatezza*, cit., pp. 23-30.



de penalistica. La scienza dell'organizzazione promuove l'adozione di determinate strutture efficienti, ma non è avvezza a illustrare le regioni del loro eventuale mal funzionamento: in altri termini, non fornisce modelli nomologici di spiegazione causale fruibili dall'accertamento penalistico<sup>305</sup>. Sì che l'inaffidabilità di un modello organizzativo si rivela solo successivamente alla sua attuazione, mentre nessun precetto scientifico supporta *ex ante* l'"adeguatezza" e l'"idoneità"<sup>306</sup> di un piano volto ad organizzare processi umani, salvo appurare la ripetizione costante di alcune prassi in un dato ambiente organizzativo che rendano prevedibili determinati comportamenti<sup>307</sup>.

Ne deriva che:

<sup>305</sup> Nel senso che non è in grado di definire le conseguenze di tale inadeguatezza da un punto di vista tecnico giuridico, come osserva acutamente V. BUONOCORE, *Adeguatezza*, cit., p. 10.

<sup>306</sup> Sull'adeguatezza, ancora V. BUONOCORE, *Adeguatezza*, cit., p. 12; sulle insidie nell'imputazione di responsabilità fondata sulla "inidoneità" dei modelli ex d.lgs. 231/2001, C. PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, p. 591. Più recentemente, G. GARUTI, *Profili giuridici del concetto di "adeguatezza" dei modelli organizzativi*, in *Resp. amm. soc. enti*, 3/2007, p. 11 ss., si sofferma, con interessanti riflessioni, anche sulla distinzione tra piani dell'accertamento *ante* o *post factum* e sui caratteri della economicità, adeguatezza, efficienza, idoneità dei modelli; rispetto all'esperienza giurisprudenziale, sinora maturata per lo più in sede cautelare e relativa all'adozione *ex post* di un modello, si veda M.C. MALACARNE, *Il concetto di adeguatezza dei sistemi di controllo interno ex d.lgs. 231/2001 alla luce delle prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2/2007, p. 133 ss. (spesso, i difetti riscontrati dalla giurisprudenza consistono nella mera riproduzione, da parte del modello organizzativo, del dettato legislativo o delle linee guida adottate da associazioni di categoria, sprovviste di concreta funzionalità: cfr., rispettivamente, Trib. Milano, ordinanza 20 settembre 2004, Giud. Secchi, Soc. Ivri e altri, in *Foro it.*, 2005, II, c. 528 ss.; Trib. Bari, Gip, ordinanza 18 aprile 2005, su [www.rivista231.it](http://www.rivista231.it)).

<sup>307</sup> Le difficoltà legate ad un processo di "normazione" degli standard organizzativi sono evidenziate da G. SPLINDER, *Unternehmensorganisationspflichten*, cit., p. 435 ss., a seguito ad una doviziosa analisi delle teorie dell'organizzazione. Il successo di un modello organizzativo, si costata, dipende dal tipo di organizzazione in concreto e da una serie di condizioni di base; quindi raggiunge solo un minimo grado di astrattezza. A differenza delle regole tecniche, le norme organizzative, che sono spiegate alla luce delle scienze sociali, non possono invocare la causalità naturalistica. Ne consegue che non è valutabile la idoneità *ex ante* di un'organizzazione. Ciò si oppone, secondo l'Autore, alla deduzione di obblighi giuridici di organizzazione, salva, ma cautamente, una loro individuazione in processi organizzativi (*Ablauf*) costanti.

a) dal punto di vista dell'obbligo di organizzazione "a monte", ogni carenza – concretizzatasi in un reato, per quel che ci riguarda – rischia di dimostrare *ex post* il non esatto adempimento di questo compito, mentre la modifica di piani organizzativi "in corso d'opera" è destinata a spiegare effetti in un arco di tempo non pronosticabile (che varia al variare della composizione ed estensione dell'organizzazione sui cui si va ad incidere). Invero, sarà possibile ricostruire un nesso di imputazione, solo quando l'adozione di un piano organizzativo interferisca (o avrebbe interferito, nel caso sia stata omessa *ab ovo*) con scelte operative attuali o circoscrivibili in un determinato arco di tempo<sup>308</sup>. Se si considera che l'obbligo organizzativo implica continui riscontri e revisioni, la circostanza non appare del tutto infrequente.

b) Dal punto di vista degli obblighi di organizzazione "intermedi" – di omessa segnalazione di anomalie o *deficit* della struttura –, si può essere indotti a colmare lo iato esistente tra contributo concorsuale omissivo ed evento, basandosi proprio sul fatto che la norma comportamentale sia un segmento di un piano organizzativo complessivamente orientato alla prevenzione. La norma in questione ritaglia, per vero, condotte giudicate *ex ante* idonee alla prevenzione di un reato; ne segue che, verificatosi un illecito, snodatosi in concreto lungo un apparato studiato per prevenirne la realizzazione, ogni singola infrazione procedurale possiede in sé quanto meno la carica di una condotta di innalzamento di un rischio. Se questa qualità – come si è cercato di spiegare – può donare a siffatta condotta il carattere della tipicità in termini di integrazione di una posizione di garanzia (*rectius*: in termini di omesso esercizio di un potere quale elemento tipico di una posizione di garanzia), non si può considerare assorbita in tale riscontro anche la successiva fase dell'imputazione<sup>309</sup>.

<sup>308</sup> Si ripropongono la problematica e la soluzione già incontrate in G. HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, cit., p. 146.

<sup>309</sup> Indicativa, sul piano della responsabilità civile, la nota di M. IRRERA, *Assetti organizzativi*, cit., p. 89: «Occorrerà, peraltro, e ad onor del vero, evitare che si verifichi una sorta di corto circuito e cioè che l'inidoneità degli assetti, accoppiata ad un fatto di danno, comporti automaticamente la responsabilità degli amministratori [...], essendo necessario l'accertamento del nesso causale tra violazione

Diversamente si decreterebbe un'evidente lacerazione dello schema causale, che pure si è invocato come presupposto indispensabile dell'attribuzione della responsabilità penale (con conseguente violazione del principio della responsabilità personale), e si punirebbero condotte disfunzionali rispetto all'organizzazione come tale, non rispetto all'evento-reato<sup>310</sup>. Al contrario, l'imputazione penalistica va impostata sulla base dell'ipotetico itinerario che la condotta omessa avrebbe seguito se il potere – anche solo di informare segnalando un rischio – fosse stato esercitato, valutando le concrete chance di condizionare il verificarsi di un reato – con la formula della probabilità confinante con la certezza – che quella segnalazione avrebbe suscitato seguendo eventuali passaggi istituzionali. La ricostruzione dei singoli passaggi si presenta ardua ma non inesorabilmente condannata all'insuccesso<sup>311</sup>.

### 3. Imputazione soggettiva

Anche qui un *incipit* prevedibile: premesso che ci si muove quasi esclusivamente su un terreno costituito da fattispecie dolose, rispetto alla condotta di omesso controllo sarà piuttosto arduo riscontrare una rappresentazione di quanto posto in essere dal soggetto controllato, proprio per il fatto che è quell'attività di vigilanza, che in ipotesi supponiamo non esercitata, ciò che avrebbe dovuto con-

---

delle regole, inerenti alla corretta amministrazione ed il “fatto” addebitato agli amministratori».

<sup>310</sup> Secondo un generalizzato allinearsi delle categorie penalistiche al criterio dell' “aumento del rischio”, su cui basti qui richiamare M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione “per aumento del rischio”*, cit., p. 45 ss.; con particolare riferimento alla responsabilità degli organi societari, F. CENTONZE, *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi*, cit., pp. 1045-1047.

<sup>311</sup> Di diverso avviso B. SCHÜNEMMANN, *Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität*, cit., p. 45, che propone un criterio basato sull'aumento del rischio; e E. GIMBERNAT ORDEIG, *Unechte Unterlassung und Risikoerhöhung im Unternehmensstrafrecht*, in *FS für Roxin*, cit., p. 651 ss., che suggerisce di attenersi ad un parametro fondato sul superamento del rischio consentito.

durre a tale conoscenza<sup>312</sup>. In tale circostanza, il dolo eventuale – consueto ripiego giurisprudenziale in materia di diritto penale societario e fallimentare, ravvisato in presenza di non meglio definiti «segnali d'allarme»<sup>313</sup> – è da escludere, in quanto, almeno secondo una ricostruzione compatibile con i principi, dovrebbe anch'esso inestarsi su un substrato psicologico reale ed effettivo<sup>314</sup>.

Se però l'atteggiamento giurisprudenziale trovasse conferma al cospetto dei nuovi assetti di *corporate governance*, la tenuta dei principi in materia di dolo rischierebbe di subire adattamenti ancor più traumatici rispetto a quanto osservato con riferimento alla componente oggettiva dell'illecito: la violazione di un obbligo nell'ambito di una procedura finalizzata alla minimizzazione di un rischio diviene di per sé indiziante rispetto alla "accettazione" di quel rischio<sup>315</sup>.

<sup>312</sup> Sull'argomento, S. CANESTRARI, "Rischio d'impresa" e imputazione soggettiva nel diritto penale fallimentare, in *Riv. trim. pen. ec.*, 2003, p. 545 ss., al quale si deve una ricostruzione della tematica alla luce di una revisione teorica del dolo eventuale, dallo stesso Autore da tempo sollecitata.

<sup>313</sup> Cfr., ad esempio, Cass. 22.04.1998, in *Guida dir.*, 33/1998, p. 120 ss.

<sup>314</sup> Cfr. F.M. IACOVIELLO, *Il falso in bilancio nei gruppi di società: come il processo penale modifica il diritto penale*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 3161 ss.; A. CRESPI, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 1146 ss.; C. PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1265 ss.; F. CENTONZE, *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi*, cit., p. 1048 ss. Il tema è ripreso da V. VALENTINI, *Il Giudice civile*, cit., p. 880 ss., dal punto di vista peculiare dei vincoli imposti all'illecito amministrativo dall'archetipo penalistico. Sull'imputazione soggettiva nei reati omissivi, in generale, vedi V. MILITELLO, *La colpevolezza nell'omissione: il dolo e la colpa del fatto omissivo*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 979 ss. Da menzionare, inoltre, la posizione – invero minoritaria – di quanti escludono in radice la compatibilità del reato omissivo improprio con il dolo eventuale: in tal senso, vedi L. EUSEBI, *Appunti sul confine tra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1094 ss. Da tempo, per altro, è discussa l'introduzione di una fattispecie di agevolazione colposa: vedi G. MARINUCCI, M. ROMANO, *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in P. NUVOLONE (a cura di), *Il diritto penale delle società commerciali*, Milano, 1971, in particolare p. 111 ss.; A. CADOPPI, *L'omesso impedimento di reati da parte di amministratori e sindaci di società: spunti del lege ferenda*, in *Ind. pen.*, 1986, p. 496 ss. In generale, sulle fattispecie "di confine" tra dolo e colpa, e sulle possibili soluzioni del *lege ferenda*, si veda F. CURI, "Tertium datur", Milano, 2003, in particolare p. 216 ss.

<sup>315</sup> Ciò, s'intende, nel quadro di una censurabile tendenza allo «svuotamento della componente volitivo naturalistica del dolo», soppiantata da accertamenti di ti-

Vi è però un altro aspetto, inerente alla componente soggettiva dell'illecito, che si connette alla circolazione delle informazioni all'interno dell'organizzazione. In precedenza, s'è fatto cenno alle difficoltà di ricostruire il dolo, nascenti dal fenomeno della suddivisione delle informazioni; si trattava però di un discorso basato sui meccanismi informali di strutturazione dei canali informativi<sup>316</sup>. Va ricordato che tra gli scopi della attuale legislazione in materia societaria rientra per contro l'istituzionalizzazione di flussi informativi: questa circostanza potrebbe spiegare effetti di segno opposto sulla ripartizione delle responsabilità.

Da un certo punto di vista, infatti, potrebbe sostenersi che l'organo destinatario di un'informativa sia da ritenere responsabile solo limitatamente all'oggetto da questa ricoperto. I presunti effetti restrittivi della responsabilità, discendenti da questa lettura, possono essere ridimensionati, tuttavia, alla luce di due considerazioni: in primo luogo, malgrado sia limitata ad alcuni oggetti, l'informazione, essendo periodica e costante, risulta intensificata nel tempo, con la sempre maggiore possibilità di venire a conoscenza di fatti pregiudizievoli su cui si è chiamati ad intervenire, o di circostanze da cui possa emergere il venir meno dell'efficacia del principio di affidamento; in secondo luogo, accade che sovente un organo non sia solo destinatario "passivo" di un'informazione, ma abbia la facoltà di sollecitarne l'integrazione, ove ritenga manchevole o reticente l'informazione ricevuta. Certo, in tale ultimo caso, bisogna respingere l'idea che il dolo possa fondarsi sull'omesso esercizio di tale facoltà – anche questa situazione preclude l'esatta rappresentazione di un illecito *in fieri* –; residua una qualche preoccupazione, però, non appena si pensi alla già ricordata temperie giurisprudenziale in materia di dolo eventuale e omessa vigilanza<sup>317</sup>.

---

po presuntivo fondati su stereotipi relativi a «tipi di rischio»: sul tema, ampiamente, C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto*, cit., p. 285 ss.

<sup>316</sup> Queste osservazioni venivano da Heine, *supra*, § 4, sezione prima di questo cap.

<sup>317</sup> Vedi, però, di recente, la corretta soluzione adottata da Cass. 19.06.2007, n. 23838, in *Cass. pen.* 2008, p. 103 ss., con nota di F. CENTONZE, *La suprema Corte di Cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*.

#### 4. *Una problematica peculiare: il reato realizzato tramite delibera collegiale*

Poiché una posizione di garanzia si incardina sulla persona titolare di un organo, è necessario ricostruire la corona dei poteri in essa ricompresi con riferimento alla possibilità di azione concessa al singolo<sup>318</sup>. Si suole dire che alcuni poteri reattivi, assegnati agli organi societari, spettano al singolo individualmente, altri spettano all'organo come *plenum*. Questo dato, in realtà, presenta una complessa serie di sfaccettature, rilevanti ai fini dell'attribuzione della responsabilità penale personale.

Nel prendere in considerazione, sino a questo momento, l'efficacia causale della condotta omissiva di un organo, si è trascurato il fatto che dietro di essa si cela sovente una delibera adottata in una sede collegiale, normalmente con il metodo della maggioranza, rafforzata a seconda dei casi. L'azione si svolge sempre in uno scenario complesso: non solo si è chiamati ad esercitare le proprie prerogative presso una istanza "terza" (es. impugnando una delibera), ma si è normalmente costretti a passaggi collegiali.

Una risalente ricostruzione riteneva imputabile il fatto commesso «da più persone costituite dalla legge in collegio» a ciascuna di esse, quale conseguenza della semplice appartenenza al collegio, e salvo l'adempimento degli obblighi imposti dalla legge al membro dissenziente. Si tratta di una oramai superata figura, nota come "reato collegiale": un'autonoma figura di reato a "concorso necessario", secondo alcuni<sup>319</sup>. Per contro, risulta oramai acclarato che il voto collegiale rientra in una normale ipotesi di concorso eventuale<sup>320</sup>.

Per la dottrina tedesca, la circostanza che tra il voto in sede collegiale e un evento lesivo s'interponga una delibera complica la ricostruzione di un decorso causale, anche quando tutti i membri di un organo collegiale abbiano espresso un voto favorevole ad una deli-

<sup>318</sup> Cfr. C. PEDRAZZI, *Reati commessi da persone diverse dal fallito*, cit., p. 729.

<sup>319</sup> D. RENDE, *Saggio di una teoria del "reato collegiale"*, in *Pens. giur. pen.*, n. 4, 1943, p. 429 ss.

<sup>320</sup> A. CRESPI, *Reato plurisoggettivo e amministrazione pluripersonale delle società per azioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1957, p. 532.

bera illecita<sup>521</sup>. Ci si pone il problema, infatti, della sussumibilità entro la nozione di causa della singola condotta di voto. Si osserva che, se si ragionasse con lo schema mentale della *conditio sine qua non*, si giungerebbe alla conclusione secondo cui, una volta raggiunta una maggioranza più ampia della metà più uno, ciascun voto potrebbe essere mentalmente eliminato senza eliminare l'evento<sup>522</sup>. Si è proposto, da parte di taluni, di scindere analiticamente l'imputazione in due momenti: un primo in cui si accerti il nesso causale tra una decisione collegiale e l'evento; un secondo in cui si valuti in termini causali l'apporto dato dal singolo alla decisione adottata nel collegio<sup>523</sup>. Le soluzioni circa il superamento della *c.s.q.n.* spaziano poi dal mero inquadramento della condotta di voto nella *Mittäterschaft*, sino ad una revisione del concetto di "causa" o di "imputazione"<sup>524</sup>.

Se si valutano le possibilità di impiego di siffatte analitiche ricostruzioni nel nostro ordinamento, se ne scorge solo una parziale

<sup>521</sup> Sul problema della decisione collegiale come una «Sperr» nella ricostruzione a ritroso dell'imputazione, E. FRANKE, *Kriminologische und strafrechtsdogmatische Aspekte der Kollegialdelinquenz*, in *FS für Blau*, Berlin-New York, 1985, p. 227 ss.

<sup>522</sup> Le ipotesi in grado di creare difficoltà nella ricostruzione del nesso causale sono, in realtà, molteplici. G. JAKOBS, *Strafrechtliche Haftung durch Mitwirkung an Abstimmungen*, in *FS für Miyazawa*, Baden-Baden, 1995, p. 419 ss. annovera le seguenti: 1) un membro vota in modo contrario ad un divieto per primo, o rifiuta per primo il suo voto innanzi ad un obbligo; la maggioranza viene raggiunta comunque dai voti successivi; 2) un membro vota a favore o contro una delibera, quando questa ha già raggiunto la maggioranza richiesta; 3) un membro è assente dalla votazione, ma manifesta la sua approvazione per la decisione successivamente, rivolgendosi a chi deve eseguirla; 4) un membro partecipa alla votazione e vota in senso contrario ad una decisione su un comportamento contrario alla legge; tuttavia la sua presa di posizione, nel collegio, è soccombente. La votazione sarebbe invece stata impedita se egli avesse rifiutato di prendervi parte (per mancanza di un numero legale, ad es.); 5) un membro chiede una delibera legittima, per la quale tuttavia non vi sarà la maggioranza necessaria; 6) i membri decidono di non intraprendere alcuna iniziativa (condotta omissiva).

<sup>523</sup> C. KNAUER, *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht*, München, 2001, p. 86 e letteratura ivi citata.

<sup>524</sup> Impossibile addentrarsi oltre nella questione. Basti segnalare, nel senso della *Mittäterschaft*, J. VOGEL, *Norm und Pflicht*, cit., p. 286; per l'applicazione di un concetto di causa dalla stessa Autrice elaborato, I. PUPPE, *Anmerkung zu BGH 37, 106*, in *JR*, 1992, p. 30 ss. (trattasi di un commento alla decisione del BGH sul già menzionato caso "Lederspray"); per una soluzione alla luce della sua peculiare concezione dell'imputazione, vedi, invece, G. JAKOBS, *Strafrechtliche Haftung*, loc. cit.

utilità ai fini del nostro discorso; finché si considera la condotta tenuta da ciascun membro di un collegio dal punto di vista del nostro modello legale di concorso di persone, la questione filtra nel tema, noto, della disfunzionalità della *c.s.q.n.* nei contesti plurisoggettivi: ed allora non si fa eccessiva fatica ad intravedere in ciascuna dichiarazione di voto un contributo concorsualmente tipico<sup>325</sup>. Autorevolmente, si è affermato che «in regime di collegialità l'amministratore che non condivide una deliberazione a contenuto criminoso deve innanzi tutto non contribuire, neppure indirettamente, alla sua approvazione»<sup>326</sup>.

Quando però dal contributo *attivo* di ciascuno si passi a considerare il contegno *omissivo* di taluno, vanno ricostruiti i contorni del potere impeditivo esercitabile da costui rispetto agli atti del collegio<sup>327</sup>; ed allora sorgono ulteriori complicazioni, perché anche il voto contrario alla delibera potrebbe non essere sufficiente ai fini dell'esonero da una responsabilità omissiva<sup>328</sup>.

Si è tenuti infatti a chiedersi cosa avrebbe dovuto fare il membro di un collegio rispetto ad una deliberazione illecita del collegio,

<sup>325</sup> Cfr. N. PISANI, *Controlli sindacali*, cit., p. 170; R. ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, cit., p. 30 ss. A questa conclusione si perviene, a maggior ragione, da parte di quanti ritengono inoperante il paradigma eziologico nel concorso: per un'esemplificazione di simile inoperatività, condotta proprio alla luce delle delibere collegiali, si veda U. GIULIANI BALESTRINO, *I limiti della compartecipazione criminosa*, Milano, 1988, p. 9 ss. Sulla compatibilità della esecuzione "collegiale" con il modello concorsuale "unitario-causale", C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto*, cit., p. 339, nell'ambito, tuttavia, di una disamina critica dei modelli di imputazione emergenti sul terreno delle organizzazioni complesse.

<sup>326</sup> C. PEDRAZZI, *Reati commessi da persone diverse dal fallito*, cit., p. 732.

<sup>327</sup> Per completezza, va detto che, almeno secondo alcune ricostruzioni, l'alternativa della qualificazione di una condotta, inerente all'attività di un collegio, come attiva o omissiva, non si presenta in termini così nitidi. Il comportamento di un organo deliberante non può essere classificato come "azione" o "omissione" considerando tali il voto di ogni membro; né fa differenza come sia posto il quesito sul quale i membri siano chiamati a decidere (ad es. nessuna differenza c'è tra la questione "vuoi ritirare il prodotto dal mercato" o "vuoi mantenere il prodotto sul mercato"). Decisiva è la determinazione adottata in delibera – ove una delibera sussista – di non attivarsi, il che fa del comportamento del collegio un'omissione (C. KNAUER, *Die Kollegialentscheidung*, cit., p. 201).

<sup>328</sup> Per un'impostazione della tematica, N. PISANI, *Controlli sindacali*, cit., p. 172 ss., le cui conclusioni negano l'esistenza di una posizione di garanzia del "sindaco dissenziente".



sia che la delibera stessa realizzi il reato sia che ne costituisca anello causale intermedio. L'opera ricostruttiva dell'interprete è indirizzata verso gli strumenti che il singolo aveva a disposizione per interpersi con efficacia tra la condotta del collegio e la consumazione del reato, influenzando sul procedimento di formazione di una delibera o sui suoi effetti, anche nel senso di una sua attivazione affinché tali effetti fossero eliminati da una istanza "terza"<sup>329</sup>.

## 5. Sintesi dei risultati

Possiamo riassumere i risultati dell'indagine teorica condotta.

Gli obblighi di controllo sui mercati finanziari sono compatibili con lo schema delineato dall'art. 40 comma 2 c.p., purché si abbia la premura di tenere distinti gli elementi della fattispecie di omissione impropria, vale a dire la "posizione" e l'"imputazione", e si riconduca il "potere" alla prima e (tra le altre cose) la "causalità" alla seconda. Di conseguenza, l'affermazione iniziale va precisata nel senso che la spiccata attitudine della disciplina degli organi di controllo a combinarsi con l'art. 40 cpv. genera "nuove"<sup>330</sup> norme incriminatrici, in altre parole fattispecie tipiche riconducibili al reato omissivo improprio; mentre denota notevoli difficoltà nel supportare la sussunzione delle omissioni concretamente riscontrate nello schema legale astrattamente definito.

È ragionevole supporre che una metodica rispettosa dei principi produrrebbe, il più delle volte, uno stallo nell'applicazione delle fattispecie ottenute tramite il processo di conversione.

Sul piano applicativo, sulla base di tale risultato, non si eviterebbe (quantomeno) un'iscrizione nel registro degli indagati nei

---

<sup>329</sup> Con specifico riferimento agli amministratori, annotava C. PEDRAZZI, *I reati societari in regime di amministrazione collegiale*, cit., pp. 447-448, che «sul piano penale la correlazione tra omettere e impedire non tollera sfasature: nei casi in cui soltanto il collegio ha la possibilità di impedire bisogna provare che il mancato intervento impeditivo sia causalmente imputabile all'inerzia di qualche amministratore, che abbia omesso di segnalare al collegio l'atto pregiudizievole di cui era a conoscenza».

<sup>330</sup> Invero già tipizzate tramite la previsione della clausola di conversione.

confronti dei titolari della funzione di controllo<sup>351</sup>. In un sistema nel quale la fase preliminare al processo fagocita l'intero procedimento – sfruttando al massimo il suo arsenale cautelare –<sup>352</sup>, la soluzione rischia di assumere comunque profili di patologica effettività. Una critica verso tali patologie sistemiche non rientra però nelle ambizioni del presente studio; il quale, piuttosto, si propone un confronto tra risultati ottenuti in sede teorica e disciplina normativa delle singole istanze di controllo.

---

<sup>351</sup> Con riguardo all'organo di controllo interno istituito ai sensi del d.lgs. 231/2001, vedi l'esito prospettato da R. ALAGNA, *L'organismo di vigilanza nel d.lgs. n. 231/2001*, cit., p. 577 e nota 28.

<sup>352</sup> Cfr. A. ALESSANDRI, *Un esercizio di diritto penale simbolico*, cit., p. 938.

## CAPITOLO VI

### I SINGOLI CONTROLLI E LE RISPETTIVE RESPONSABILITÀ

#### 0. Premessa

Distingueremo, di seguito, la ricostruzione delle responsabilità dei singoli controlli in ragione di una suddivisione tra organi interni ed esterni, consci del fatto che tale convenzionale distinzione non si fonda su una sostanziale divergenza di finalità<sup>1</sup>.

La responsabilità penale dei titolari della funzione di controllo endosocietaria non è certo un argomento nuovo: si tratta di aggiornare, alla luce delle premesse teoriche effettuate nelle parti precedenti del lavoro, un campionario di tematiche in ragione di nuovi organi e di inedite funzioni<sup>2</sup>. Il modello di riferimento è la società per azioni, nella quale, ai fini della responsabilità da omesso impedimento di altrui illeciti, e a differenza di altri tipi societari<sup>3</sup>, il controllo del socio non viene in discussione, in quanto finalizzato, alme-

---

<sup>1</sup> In conseguenza di quanto esposto *supra*, nel cap. I.

<sup>2</sup> Cfr. G. MAZZOTTA, A. D'AVIRRO, *Profili penali del controllo nelle società commerciali*, Milano, 2006; AL. ROSSI, *La responsabilità penale dei componenti degli organi di amministrazione e di controllo*, in C.F. GROSSO (a cura di), F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, cit., p. 98 ss. Sui profili civilistici, uno sguardo d'insieme nel volume collettaneo S. AMBROSINI (a cura di), *La responsabilità di amministratori, sindaci e revisori contabili*, Milano, 2007.

<sup>3</sup> Nella s.r.l. riformata, infatti, lo statuto potrebbe riservare ai soci una porzione di funzioni amministrative: nel qual caso potrebbe discutersi di una posizione di garanzia in ragione dell'esercizio di tali funzioni, mentre l'art. 2639 c.c. comporterebbe l'attribuzione della qualifica soggettiva corrispondente a quella descritta dai reati societari.

no nelle situazioni fisiologiche, esclusivamente alla tutela dei propri diritti<sup>4</sup>.

Di una trattazione sui controlli esterni, invece, è stato detto, con apprezzabile ironia, che essa richiederebbe «cenni alla struttura dell'universo»<sup>5</sup>. La manualistica<sup>6</sup> suole restringerne la portata a tre argomenti: revisione contabile, controllo giudiziario, Consob. Premesso che il controllo giudiziario interessa, in questa sede, esclusivamente sotto il profilo della facoltà, esercitabile da talune istanze di controllo, di adire la relativa procedura, l'analisi sarà limitata alla responsabilità delle società di revisione e della Consob.

## SEZIONE PRIMA I CONTROLLI INTERNI

### 1. *La funzione di controllo nel consiglio d'amministrazione*

Della funzione di organizzazione primaria degli amministratori, si è sostanzialmente già parlato<sup>7</sup>. L'omesso esercizio di questa *Organisationspflicht* genera responsabilità, ove vi si dovesse causalmente ricondurre un reato realizzato nell'ambito dell'impresa. Occorre ribadire che si tratta di un obbligo non delegabile, sebbene usualmente assolto tramite il ricorso ad esperti, anche esterni all'azienda<sup>8</sup>.

Concentrando ora l'attenzione sui problemi inerenti alla ripartizione di responsabilità nel CdA, bisogna anzitutto rilevare come recenti evoluzioni ne esaltino la funzione di "supervisione", vale a dire la funzione di controllo che si annida (anche) nell'organo di gestione. La tendenza è percepibile non solo negli istituiti modelli al-

<sup>4</sup> G. PEDRAZZI, *Profili problematici*, cit., p. 129.

<sup>5</sup> G. PRESTI, *Il sistema dei controlli esterni sull'attività sociale*, in *Soc.*, 2005, p. 302.

<sup>6</sup> Ad esempio F. DI SABATO, *Istituzioni di diritto commerciale*, seconda edizione, Milano, 2004, p. 222 ss.; per approfondimenti, R. COSTI, *Il mercato mobiliare*, cit., p. 379 ss.

<sup>7</sup> *Supra*, cap. V, sezione prima, § 5.2.

<sup>8</sup> D. ANDREIS, A. TONANI, E. NIDA, *L'affidamento in outsourcing delle attività di auditing*, in *Resp. amm. soc. enti*, 3/2006, p. 187 ss.

ternativi di gestione e controllo, ma anche rispetto al modello tradizionale<sup>9</sup>. L'attuale disegno del legislatore ambisce alla fissazione di responsabilità in ragione dei ruoli ricoperti nel consiglio, sostituendo un amorfo obbligo di vigilanza con la statuizione di relazioni per quanto possibile predefinite. L'intento è quello di evitare indiscriminate forme di corresponsabilizzazione di tutti i membri del CdA<sup>10</sup>. Anche qui risalta, però, il profilo dinamico dell'organizzazione. La responsabilità civile dell'amministratore, al di là del principio della insindacabilità delle scelte economiche della gestione<sup>11</sup>, si scopre essere responsabilità per violazione di una procedura, connessa alla omissione di cautele, verifiche e informazioni, normalmente richieste prima di assumere un certo tipo di decisione. È il modo in cui sono compiute le scelte, in altri termini, ad essere oggetto di sinda-

<sup>9</sup> Cfr., anche sulla base di argomenti di tipo comparatistico, P. MONTALENTI, *La società quotata*, cit., p. 197; P. MONTALENTI, *La responsabilità degli amministratori nell'impresa globalizzata*, in AA.VV., *Mercati finanziari e sistema dei controlli*, cit., p. 125. Il modello di riferimento più importante è quello nordamericano del *board of directors* e delle funzioni di controllo in esso istituite (cfr. M.A. EISENBERG, *Corporate governance: The Board of Directors and Internal Control*, in *Cardozo Law Rev.*, 1997, p. 257 ss.). Alcune interessanti riflessioni sul concetto di "amministratore", come «l'insieme di tutte le funzioni che possono astrattamente essere svolte dagli amministratori, da quelle di gestione a quelle di controllo, e che in concreto lo sono a seconda dei ruoli effettivamente assunti nei singoli schemi» (ciò viene detto con particolare riferimento al modello c.d. monistico), in G.M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella Governance della società per azioni*, Milano, 2005, p. 25 ss. Evoluzione e tendenze dell'organo gestorio, nell'ambito del vasto dibattito sulla efficienza dei modelli di *corporate governance*, sono oggetto di studio da parte di M. BELCREDI, L. CAPRIO, *Struttura del CdA ed efficienza della "corporate governance"*, in *An. giur. ec.*, 2003, p. 61 ss.

<sup>10</sup> Cfr. F. BONELLI, *Responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 620 ss. ed i luoghi della Relazione al d.lgs. 6/2003 ivi richiamati. Per un inquadramento generale, V. DI CATALDO, *Problemi nuovi in tema di responsabilità di amministratori di società per azioni: dal possibile affievolimento della solidarietà all'incerto destino dell'azione della minoranza*, in *Scritti in onore di V. Buonocore*, cit., vol. III, p. 2395 ss.; sottolinea i "contrappesi" a questa presunta opera di delimitazione dei compiti, in termini di aggravio delle responsabilità, S. PESCATORE, *Spunti sulla novellata gestione dell'impresa nelle società per azioni*, in *Scritti in onore di V. Buonocore*, cit., p. 3424 ss.

<sup>11</sup> Su questo ed altri aspetti generali della responsabilità degli amministratori, ci si limita a richiamare F. BONELLI, *Responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, loc. cit.

cato giudiziale<sup>12</sup>. La ripartizione di compiti tra delegati (o comitati esecutivi)<sup>13</sup> e membri non esecutivi è giudicata, quindi, un'ipotesi "normale"<sup>14</sup> e riceve una disciplina più capillare che in passato<sup>15</sup>.

Vigente l'abrogata normativa, si riteneva esistesse una posizione di garanzia, finalizzata all'impedimento dei reati commessi dagli amministratori, in capo ai membri del consiglio sprovvisti di delega<sup>16</sup>. La norma che fondava tale posizione era l'art. 2392, comma 2 c.c.<sup>17</sup>. Da essa si deduceva un obbligo di vigilanza che s'intendeva strumentale rispetto all'obbligo di impedire eventuali atti pregiudizie-

<sup>12</sup> Cfr. Cass. civ. 23 marzo 2004, n. 5718, in *Soc.*, 2004, p. 1517, con commento di A. FUSI, *Valutazione della responsabilità dell'amministratore*, *ivi*, p. 1519 ss., richiamata anche da G.M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella Governance*, *cit.*, p. 277 ss. Per un inquadramento generale della responsabilità degli amministratori come violazione di norme procedurali, P. MONTALENTI, *L'amministrazione sociale dal testo unico alla riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 422 ss.; F. VASSALLI, *L'art. 2392 novellato e la valutazione della diligenza degli amministratori*, in G. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Milano, 2003, p. 31. Una rassegna giurisprudenziale in materia in V. CALANDRA BUONAURO, A.L. BONAFINI, *Società per azioni: amministrazione e rappresentanza*, in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 25 ss.

<sup>13</sup> La locuzione "comitati" si addice invero ad una serie più ampia di forme di raggruppamento nell'ambito del consiglio: approfonditamente M. STELLA RICHTER, *I comitati interni all'organo amministrativo*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 260 ss.

<sup>14</sup> Vedi la ricostruzione che delle nuove norme offre G. FERRI JR., *L'amministrazione delegata nella riforma*, *cit.*, p. 629.

<sup>15</sup> Sulla quale, vedi P. ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in P. ABBADESSA, G.B. PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*, *cit.*, vol. 2, p. 491 ss.; M. MARULLI, *La delega gestoria tra regole di corporate governance e diritto societario riformato*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 85 ss.

<sup>16</sup> Così la dottrina prevalente: A. CRESPI, *Reato plurisoggettivo e amministrazione pluripersonale della società per azioni*, *cit.*, p. 541; C. PEDRAZZI, *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. soc.*, 1962, p. 220 ss., ora in C. PEDRAZZI, *Diritto penale*, *cit.*, vol. III, p. 606 ss. (in particolare, p. 675 ss.); G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, *cit.*, p. 338 ss.; A. ALESSANDRI, *Impresa*, *cit.*, p. 214 ss.; R. BRICCHETTI, R. TARGETTI, *Bancarotta e reati societari*, Milano, 1995, p. 10 ss.; A. CARMONA, *Premesse a un corso di diritto penale dell'economia*, Padova, 2002, p. 252 e la giurisprudenza *ivi* richiamata. Perplesità, invece, in A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, *cit.*, p. 204; I. LEONCINI, *Obblighi di attivarsi*, *cit.*, p. 161 ss.

<sup>17</sup> Il testo recitava: «In ogni caso gli amministratori sono solidalmente responsabili se non hanno vigilato sul generale andamento della gestione o se, essendo a conoscenza di atti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose».

voli conosciuti, appunto, nell'esercizio della vigilanza<sup>18</sup>. In realtà un unico obbligo, si diceva, «colto in due distinti momenti»<sup>19</sup>. Il dovere di impedire atti pregiudizievoli era considerato chiara enunciazione di un obbligo di impedimento nel senso dell'art. 40 cpv. c.p. Diverso il discorso inerente all'obbligo di vigilare sul generale andamento della gestione, l'inadempimento del quale poteva, a parere della dottrina, generare al massimo una responsabilità a titolo di colpa, quindi impiegabile, nell'ottica penalistica, solo in presenza di illeciti colposi o contravvenzionali. Si riteneva poi che la misura della diligenza imposta agli amministratori, nell'assolvimento di questo dovere di vigilanza, scemasse in presenza di una delega (o di un comitato esecutivo), restringendosi, in tal caso, ad un controllo sul generale andamento della gestione esente da analitici riscontri<sup>20</sup>.

È noto, tuttavia, come la giurisprudenza abbia sopravvalutato l'inadempimento dell'obbligo di vigilanza, ritenendo integrati i presupposti dell'omissione dolosa anche ove fossero stati rilevabili, da parte dei membri del consiglio, dei "segnali d'allarme", alla cui percezione avesse fatto seguito l'inerzia degli amministratori. Siffatta situazione, sempre a parere della giurisprudenza, avrebbe corrisposto all'accettazione del rischio della verifica di eventi lesivi<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> Secondo un'interpretazione non incontrovertita, l'obbligo di vigilanza sussisteva a prescindere dall'esistenza di una delega, mentre la responsabilità per la conoscenza di atti pregiudizievoli sussisteva a prescindere da come tale conoscenza fosse stata conseguita: vedi A. DE NICOLA, *Art. 2392*, in F. GHEZZI (a cura di), *Amministratori*, Milano, 2005, p. 551 e la letteratura ivi citata.

<sup>19</sup> G. GRASSO, *Il reato omissivo*, cit., p. 339.

<sup>20</sup> Cfr. C. PEDRAZZI, *Gestione d'impresa*, cit., pp. 681-682.

<sup>21</sup> «La ferma determinazione a porsi in una situazione idonea a non percepire e valorizzare il significato dell'indicatore d'allarme equivarrebbe a non concretamente attivarsi - percepito il segnale - per evitare il pregiudizio del patrimonio sociale o ridurne le conseguenze in puntuale adempimento degli obblighi previsti dall'art. 2392 c.c.». Così la sentenza di primo grado sul crack del Banco Ambrosiano, citata e duramente criticata, insieme alle sentenze d'appello e Cassazione, da A. CRESPI, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, loc. cit. In senso analogo, si veda Cass. sez. V, 25.03.1997, in *Riv. trim. pen. ec.*, 1997, p. 1370. Per un uso "più accorto" dell'obbligo di vigilanza degli amministratori, si segnala invece la più recente Cass. sez. V, 3.06.2005 (dep. 5.12.2005), in *Riv. trim. pen. ec.*, 2006, p. 255 ss., con nota di V. CARDONE, F. PONTIERI, *Bancarotta fraudolenta e responsabilità dell'amministratore*.

V'è ora da chiedersi se la nuova disciplina del CdA innovi rispetto ai presupposti fondanti una responsabilità degli amministratori non delegati, e se la novella societaria possa esercitare un'influenza sulla prassi giurisprudenziale (fortemente discutibile) che si è da ultimo richiamata<sup>22</sup>.

Caposaldo della responsabilità degli amministratori per omesso impedimento del reato da altri commesso resta l'art. 2392, comma 2 c.c.<sup>23</sup>, che, nella nuova formulazione, mantiene il riferimento alla responsabilità per l'inattività innanzi a "fatti pregiudizievoli" di cui si sia venuti a conoscenza<sup>24</sup>, con le relative conseguenze, anche penali<sup>25</sup>. Scompare però il riferimento testuale all'obbligo di vigilare sull'andamento della gestione, che viene sostituito da un richiamo all'art. 2381, comma 3 c.c.; il quale, a sua volta, sancendo una delle più significative innovazioni rispetto al passato, si sofferma su due profili: il primo relativo alle modalità di esercizio della delega ed alla possibilità che il consiglio si riappropri delle competenze delegate, il secondo relativo alle competenze residue del consiglio in caso di delega<sup>26</sup>. Le prime applicazioni giurisprudenziali hanno confermato

---

<sup>22</sup> Sui riflessi penali della riforma dell'amministrazione, si vedano F. CENTONZE, *La suprema Corte di Cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori*, in *Cass. pen.* 2008, p. 103 ss.; A. LANZI, *La responsabilità penale degli organi sociali di gestione*, in *Dir. prat. soc.*, supplemento N. 2-giugno 2003, p. 16 ss.; D. PULITANÒ, *Amministratori non operativi e omesso impedimento di delitti commessi da altri amministratori*, in *Soc.*, 2008, p. 902 ss.

<sup>23</sup> Questo il testo attuale: «In ogni caso gli amministratori, fermo quanto disposto dal comma terzo dell'articolo 2381, sono solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose».

<sup>24</sup> La dizione "fatti", al posto di "atti" (pregiudizievoli), chiarisce come la responsabilità si estenda anche alle omissioni degli amministratori: in tal senso, F. VASSALLI, *Art. 2392*, in G. NICCOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES (commentario a cura di), *Società di capitali*, Napoli, 2004, vol. II, p. 685.

<sup>25</sup> Cfr. Trib. Napoli, sez. V, 8 aprile 2004 n. 3500, la cui massima è riportata in *Guida dir.* n. 5/2005, p. 65. In dottrina, A. CRESPI, *La pretesa "posizione di garanzia" del revisore contabile*, in *Riv. soc.*, 2006, p. 381, che considera la formula adottata dall'art. 2392 «una esemplare versione privatistica di quello che il capoverso dell'art. 40 del codice penale definisce appunto come obbligo giuridico di impedire l'evento».

<sup>26</sup> AN. ROSSI, *Art. 2392*, in A. MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, vol. I, Padova, 2005, p. 806, sottolinea come il richiamo dell'art. 2392 s'intende effettuato ad entrambi i profili dell'art. 2381 comma 3. Un assetto simi-



la sussistenza della posizione di garanzia, in capo agli amministratori deleganti, che però risulterebbe maggiormente definita e limitata rispetto al passato<sup>27</sup>.

Fondamentale importanza assume una premessa circa i rapporti tra art. 2392, comma 2, e art. 2381, comma 3 c.c., al fine di stabilire se, ai sensi della nuova normativa, persista ed in quale forma si presenti un obbligo di vigilanza. Il terzo comma dell'art. 2381 fa ora menzione di un obbligo di "valutazione" dell'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile<sup>28</sup>, e del "generale andamento della gestione", sulla base, rispettivamente, delle informazioni e della relazione degli organi delegati. Sia l'impiego del termine "valutare" (in luogo di "vigilare") che, soprattutto, il duplice riferimento ad un resoconto dei delegati costituiscono ostacoli all'affermazione di un'esatta continuità normativa tra obbligo di vigilanza previgente ed attuali obblighi degli amministratori non esecutivi.

Secondo una tesi, infatti, la responsabilità del consiglio sarebbe subordinata alla volontà dei delegati di portare a conoscenza del collegio l'esistenza di fatti pregiudizievoli; l'obbligo di vigilanza persisterebbe in questa nuova, limitata accezione, né esisterebbe altro obbligo di attivarsi da parte del collegio al fine di ottenere ulteriori informazioni dai delegati, essendo l'eventualità di pervenire alla conoscenza di fatti pregiudizievoli condizionata dalle scadenze temporali (imposte dagli artt. 2381, comma 5 e, per le quotate, 150 Tuf), ai termini delle quali i delegati sono tenuti a riferire al CdA, e dal contenuto di tali *reports*. Una vigilanza, quella del consiglio, eminentemente "passiva", cui si affiancherebbe una residua forma di vigilanza "attiva", prevista dall'art. 2381 comma 6 (su cui torneremo a breve), spettante, però, all'amministratore come singolo, con un

---

le a quello prefigurato dal codice civile è nel Codice di Autodisciplina delle società quotate, criterio applicativo 1.C.1.

<sup>27</sup> Cass. n. 23838/2007 (caso Bibop-Caripe), in *Cass. pen.* 2008, 103 ss., con nota di F. CENTONZE, *La suprema Corte di Cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori*, cit.; in *Soc.*, 2008, p. 899 ss., con commento di D. PULITANÒ, *Amministratori non operativi*, cit.; sui profili civilistici, che della sentenza costituiscono premessa, R. SACCHI, *Amministratori deleganti e dovere di agire in modo informato*, in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 377 ss.

<sup>28</sup> Aspetto su cui ci si è soffermati al cap. V, sezione prima, § 5.2.

complessivo effetto di “deresponsabilizzazione” degli amministratori non esecutivi<sup>29</sup>.

In realtà, la preoccupazione che la riforma dell’amministrazione delegata sia equivalsa ad una “deresponsabilizzazione” dell’organo delegante deve esser mitigata tramite la lettura integrale dell’art. 2381 c.c., e può addirittura convertirsi in una preoccupazione di segno contrario<sup>30</sup>.

In particolare, nello stabilire che gli amministratori sono tenuti ad “agire in modo informato” e che ciascuno di essi può chiedere informazioni, in consiglio, agli organi delegati, il 6° comma della norma in questione formula un vero e proprio *dovere* di richiedere informazioni, quando ciò sia necessario per agire in modo informato, alla stregua della diligente valutazione dell’amministratore<sup>31</sup>. Tale adempimento può rivelarsi prodromico rispetto all’esercizio del potere di impartire direttive nei confronti degli amministratori esecutivi o di avocare a sé compiti concessi con la delega (evenienze contemplate dal 3° comma dell’art. 2381)<sup>32</sup>. Per cui, dopo la riforma, il dovere di vigilanza si è convertito, da un lato, nel dovere di valu-

---

<sup>29</sup> Per questa ricostruzione, si veda AN. ROSSI, *Art. 2392*, cit., p. 807, il quale, appunto, non manca di evidenziare come vi sia stato, da parte del legislatore, un «eccesso nella deresponsabilizzazione degli amministratori non esecutivi, consentendo loro di sedere in comode poltrone beandosi della placida ignoranza dei (peggiori) fatti di gestione nella quale gli organi delegati scelgano di lasciarli». Nel senso di una restrizione delle responsabilità, pur senza denunciare simili inconvenienti, vedi anche L. PANZANI, *L'azione di responsabilità ed il coinvolgimento del gruppo dopo la riforma*, in *Soc.*, 2002, p. 1477 ss.

<sup>30</sup> G. FERRARINI, *Controlli interni e strutture di governo societario*, in P. ABBADESSA, G.B. PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*, cit., vol. 3, pp. 25-26, ritiene che l’obbligo di adeguatezza, incombenza sugli amministratori privi di delega, non sia meno incisivo di quello di vigilanza previgente: l’amministratore deve “agire in modo informato”, e questa informativa coinvolge anche l’adempimento di obblighi di *compliance*, con una responsabilità in caso di inadempimento.

<sup>31</sup> Cfr. G.M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione*, cit., p. 39 ss., secondo cui la relazione tra amministrazione e informazione «deve essere ascritta alla categoria del dovere, cioè delle situazioni giuridiche di sottoposizione»; si configura, come correlato, una situazione di “potere”, e non di “diritto”, in capo all’amministratore che adotti i mezzi che la legge gli concede per adempiere a questo dovere (es. acquisire informazioni dall’organo delegato).

<sup>32</sup> Così G.E. COLOMBO, *Amministrazione e controllo*, in AA.VV., *Il nuovo ordinamento delle società. Lezioni sulla riforma e modelli statutari*, Milano, 2003, p. 183, e, in senso adesivo, A. DE NICOLA, *Art. 2392*, cit., p. 562.

tare l'andamento della gestione sulla base di quanto esposto nelle relazioni dai delegati; dall'altro lato, nel potere/dovere che ciascun membro è tenuto ad esercitare, nei termini suddetti, innanzi alla necessità di ulteriori informazioni<sup>53</sup>.

Inoltre, si ricorderà come al consiglio spetti la valutazione dell'adeguatezza dell'assetto organizzativo, mentre ai delegati compete la "cura" del medesimo<sup>54</sup>. Malgrado, anche in questo caso, l'art. 2381 comma 3 lasci intendere che in ciò il consiglio debba basarsi sulle informazioni ottenute dai delegati, si noti come, ai sensi della stessa norma, al consiglio stesso compete la determinazione del contenuto, dei limiti e delle modalità d'esercizio della delega, tal che, implicitamente, tocca al consiglio formulare le linee direttive ai sensi delle quali gli organi delegati sono tenuti a soddisfare i loro obblighi informativi, appurando che le procedure all'uopo predisposte

---

<sup>53</sup> Cfr. V. SALAFIA, *Amministratori senza deleghe fra vecchio e nuovo diritto societario*, in *Soc.*, 2006, pp. 290-293. Similmente G.F. CAMPOBASSO, *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, Torino, 2003, pp. 121-122, e P. MONTALENTI, *La responsabilità degli amministratori nell'impresa globalizzata*, cit., p. 132, sottolineano il nesso sistematico tra obbligo di "valutazione" e di "agire in modo informato". Si veda, sul punto, anche l'opinione di G.D. MOSCO, *Art. 2381*, in G. NICCOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali*, cit., pp. 600-601: «l'art. 2381, co. 3 non pone solo obblighi distinti e sequenziali, ma un obbligo che resta complessivo e continuativo di vigilanza sulla gestione». Nei termini di un obbligo di vigilanza come «diritto-dovere di informazione» e «diritto-dovere di istruzione sui singoli atti ogni volta che, in base alla diligenza del mandatario, vi è motivo di ritenere che l'interesse sociale possa venire compromesso», si esprime F. DI SABATO, *Diritto delle società*, seconda ed., Milano, 2005, p. 339. Secondo G. FERRI JR., *L'amministrazione delegata*, cit., p. 633, la riforma avrebbe istaurato un nesso molto più stringente tra responsabilità per i fatti pregiudizievoli conosciuti e obbligo dei deleganti: «la conoscenza dei fatti, alla quale la legge ricollega il dovere di intervento dell'amministratore al fine di impedirne il compimento o di eliminarne o attutirne le eventuali conseguenze dannose, – scrive l'Autore – non è più, come era prima, una mera eventualità, non ricopre più cioè il ruolo di mera fattispecie, ma si configura a sua volta come oggetto di un vero e proprio dovere, quello appunto, di agire in modo informato». Infine, G. FERRARINI, *Controlli interni e strutture di governo societario*, in P. ABBADESSA, G.B. PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*, cit., vol. 3, pp. 25-26, ritiene che l'obbligo di adeguatezza, incombenente sugli amministratori privi di delega, non sia meno incisivo di quello di vigilanza previgente: l'amministratore deve "agire in modo informato", e questa informativa coinvolge anche l'adempimento di obblighi di *compliance*, con una responsabilità in caso di inadempimento.

<sup>54</sup> Cap. V, sezione prima, § 5.2.

risultino “adeguate” e che i delegati le rispettino<sup>55</sup>. Un’informazione insufficiente riattiverebbe, in altri termini, un obbligo organizzativo del consiglio<sup>56</sup>.

Ricostruito in questi termini il “nuovo” obbligo di “supervisione” incombente sugli amministratori, si profila un duplice interrogativo: «a) quale sia il flusso necessario e sufficiente di informazioni che i delegati devono al consiglio; b) quale sia specularmente la soglia sotto la quale, in difetto cioè di informazione, gli amministratori hanno il dovere di chiedere informazioni ulteriori»<sup>57</sup>. La risposta consiste nell’intravedere «una presunzione di affidabilità dell’operato dei delegati», in virtù della quale un obbligo di chiedere informazioni ulteriori sorge solo «qualora particolari circostanze facciano insorgere ragionevoli dubbi nei deleganti»<sup>58</sup>.

Sul versante delle omissioni penalmente rilevanti, sarà pur sempre necessaria, ai fini dell’imputazione dolosa, la rappresentazione di fatti pregiudizievoli<sup>59</sup>, mentre compatibile con il dolo eventuale

<sup>55</sup> L’analisi del dovere di vigilanza alla luce dell’obbligo di adeguata organizzazione si deve a P. MONTALENTI, *La responsabilità degli amministratori nell’impresa*, cit., p. 131 ss. Sul fatto che gli amministratori risponderanno per una non corretta creazione delle strutture informative, vedi anche N. ABRIANI, *Le regole di governance delle società per azioni: introduzione alla nuova disciplina*, in N. ABRIANI, T. ONESTI (a cura di), *La riforma delle società di capitali (aziendalisti e giuristi a confronto)*, Milano, 2004, p. 15; A. TOFFOLETTO, *Amministrazione e controlli*, in N. ABRIANI et al., *Diritto delle società (manuale breve)*, Milano, 2006, pp. 221-222. Una ricostruzione parzialmente difforme in S. AMBROSINI, *L’amministrazione e i controlli nella società per azioni*, in *Giur. comm.*, 2003, I, pp. 312-313, che, pur ritenendo «chiave di volta del sistema» l’obbligo di agire in modo informato, ne pone in luce l’efficacia potenzialmente estensiva della responsabilità rispetto alla sola adeguatezza dell’assetto organizzativo, mentre limita la responsabilità per la valutazione della gestione «essenzialmente ai fatti emergenti dalla relazione degli organi delegati».

<sup>56</sup> Sui possibili profili di responsabilità da organizzazione discendenti da questo aspetto, cfr. G.M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione*, cit., p. 209.

<sup>57</sup> P. MONTALENTI, *La società quotata*, cit., p. 197.

<sup>58</sup> P. MONTALENTI, *La società quotata*, cit., p. 198. Sul punto, anche P. ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina della delega*, cit., pp. 504-505, il quale, rilevata la problematica definizione dell’obbligo di pretendere un’informativa in più rispetto ai flussi ricevuti dai delegati, propone di limitare comunque l’obbligo di informarsi all’atto o attività relativi alle attribuzioni delegate.

<sup>59</sup> La giurisprudenza sembra ora prendere in debita considerazione questo presupposto: cfr. Cass. n. 23838/2007, cit. Un’elegante delucidazione di tale profilo si rinviene in C. PEDRAZZI, *Tramonto del dolo*, cit., p. 1267 ss.

è il dubbio circa la concreta, successiva verifica dell'evento<sup>40</sup>: uno stato psicologico, quest'ultimo, che segue comunque alla rappresentazione. Nella maggior parte dei casi, si potrà fondatamente discutere (così come, alla luce del vecchio sistema, veniva rimarcato in dottrina) esclusivamente di negligenza o imperizia<sup>41</sup>, tenendo presente, per altro, che su questo aspetto incide oggi la premessa effettuata dall'art. 2392, comma 1 c.c., che delimita la responsabilità dei consiglieri di amministrazione in relazione alla "natura dell'incarico" e alle loro "specifiche competenze". La prima locuzione allude alla posizione rivestita dal singolo amministratore nell'ambito del consiglio, in rapporto alle dimensioni della società; la seconda locuzione si riferisce alle cognizioni specifiche di ciascun membro del CdA<sup>42</sup>.

Con particolare riferimento al tema delle specifiche competenze, va detto che il modo con cui esse sono intese nell'interpretazione offertane dalla dottrina commercialistica non coincide con i parametri dell'accertamento della c.d "misura oggettiva" della colpa penale. L'esemplificazione addotta da quella dottrina, infatti, avviene in questi termini: «La qualificazione della diligenza in chiave soggettiva valorizza la cultura, le esperienze e le conoscenze dell'amministratore che è tenuto a porle al servizio della società. Al gestore ingegnere – per intendersi – è richiesto un grado di consapevolezza nella valutazione di un progetto riconducibile alla sua competenza maggiore di quello che deve prestarvi l'amministratore avvocato; viceversa per quel che concerne la decisione relativa al repertorio professionale del legale»<sup>43</sup>. È noto, invece, come, in sede penale, lo standard di diligenza imponibile ad un individuo che si cimenti in

<sup>40</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 304. Sul punto, però, vedi le precisazioni di S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993, p. 49 ss.

<sup>41</sup> E infatti il criterio suggerito dal Montalenti presenta gli stessi connotati del principio di affidamento richiamato in sede di accertamento del delitto colposo.

<sup>42</sup> Così A. DE NICOLA, *Art. 2392*, cit., p. 555 ss. Rispetto alla prima prescrizione, si tenga presente che, nel regolare la distribuzione delle informazioni nel consiglio e l'accesso ad esse da parte dei suoi membri, un compito decisivo è svolto dal presidente, che riveste un autonomo ruolo organizzativo con connessi profili di responsabilità (elementi sui quali si sofferma G.M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione*, cit., p. 97 ss.).

<sup>43</sup> S. PESCATORE, *Spunti sulla novellata gestione*, cit., p. 3420.

una determinata attività si evince dalle regole che orientano l'attività stessa verso la prevenzione di rischi, mentre le caratteristiche soggettive possono trovare collocazione, tutt'al più, nella c.d. "misura soggettiva della colpa"<sup>44</sup>.

Rispetto alla responsabilità per non aver impedito illeciti di cui si è consapevoli, si nota però una differenza, rispetto al passato: se il sistema dovesse funzionare così come supposto dal legislatore, risulterebbero notevolmente incrementate le "occasioni" di pervenire alla conoscenza di "fatti pregiudizievoli" (o comunque di situazioni sospette), non solo grazie al meccanismo allestito dall'art. 2381 c.c., di scambio endoconsiliare di informazioni, ma dall'intreccio di questo con altri strumenti, che ampliano la possibilità di acquisizione di informazioni al di fuori del consiglio. L'organismo di vigilanza previsto dall'art. 6 d.lgs. 231/2001, ad esempio, ha poteri ispettivi che percorrono il modello organizzativo adottato dall'ente, al di là del CdA, al quale è poi tenuto a riferire onde sollecitare eventuali aggiornamenti<sup>45</sup>. Ulteriore veicolo di informazione sono i comitati istituiti ai sensi del Principio 5 del Codice di autodisciplina della Borsa italiana<sup>46</sup>, formati da amministratori, i quali assumono però informazioni al di fuori della sede consiliare e "senza interrogare direttamente i delegati"<sup>47</sup>. Queste strutture, in sostanza, diventano un bacino di costante informazione, in grado di incidere sull'obbligo di agire in modo informato degli amministratori in condizione di attingervi<sup>48</sup>.

Diversi dati, infine, alterano la consueta tempistica dell'informativa dovuta dai delegati. Se questi ultimi sono, di norma, tenuti ad informare il consiglio solo successivamente al compimento delle operazioni<sup>49</sup>, si da ridurre lo spettro del potenziale intervento del

<sup>44</sup> Per tutti, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 510 ss.

<sup>45</sup> Vedi *infra*, § 6.3.

<sup>46</sup> Vedi *Codice di Autodisciplina*, cit., p. 29 ss.

<sup>47</sup> Cfr. A. DE NICOLA, *Art. 2381*, in F. GHEZZI (a cura di), *Amministratori*, cit., p. 125.

<sup>48</sup> Cfr. A. DE NICOLA, *Art. 2392*, in F. GHEZZI (a cura di), *Amministratori*, cit., pp. 563-564.

<sup>49</sup> Cfr. G.M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione*, cit., p. 206 ss., che richiama la Comunicazione Consob 20.02.1997, Raccomandazioni in materia di controlli societari (di cui vedi il punto 1.1.).

collegio, l'informativa inerente alla "prevedibile evoluzione della gestione" (voluta dall'art. 2381 comma 5)<sup>50</sup> e quella relativa alla prevenzione dei reati (imposta dall'art. 6 d.lgs. 231/2001) concedono più di un'apertura su un'informazione riguardante operazioni future, implicanti, presumibilmente, una più ampia possibilità di intervento<sup>51</sup>. È in questo senso che, come detto in precedenza, sembra instaurarsi un regime di relazioni interorganiche di "interdipendenza" e di "sospetto", il cui confine con il superamento del legittimo affidamento appare molto labile<sup>52</sup>.

Venendo al profilo dei poteri reattivi concessi agli amministratori, rileva, innanzi tutto, il permanere di una "competenza concorrente" del consiglio rispetto ai delegati, che può finanche sfociare, come visto, nell'avocazione a sé dei compiti delegati<sup>53</sup>. Questa competenza incombe, nondimeno, sul consiglio, mentre al singolo è dato sollecitare l'organo collegiale in tal senso<sup>54</sup>.

Quanto alle condizioni di esonero da responsabilità del singolo amministratore, si segnala come l'art. 2392, comma 3 c.c. mantenga i requisiti della "immunità da colpa" e degli adempimenti forma-

<sup>50</sup> F. BONELLI, *L'amministrazione delle s.p.a. nella riforma*, in *Giur. comm.*, 2003, I, pp. 705-704, sottolinea la delicatezza di questo tipo di informazione, che, in realtà, non verte su "un fatto certo"; tuttavia, in base alla esegesi testuale del comma 3 dell'art. 2381, lo stesso Scrittore esclude che il collegio sia tenuto a esprimere una "valutazione" sulla prevedibile evoluzione della gestione. Questa limitazione, invero, non affiora in altri commenti: ad es. V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità*, cit., p. 22; A. DE NICOLA, *Art. 2381*, cit., pp. 118-119. V'è da aggiungere, poi, che il comma 3 prevede anche che i delegati esaminino i piani strategici, industriali e finanziari della società "quando elaborati": quest'ultima locuzione, tuttavia, genera opposte interpretazioni sul fatto che i delegati siano obbligati ad elaborare detti piani (in senso negativo, A. DE NICOLA, *Art. 2381*, cit., pp. 119-120; nel senso di un obbligo, G.D. MOSCO, *Art. 2381*, cit., p. 599). Quando i piani siano elaborati, tuttavia, l'"esame" da parte del consiglio si trasforma in un rilevante obbligo programmatico (cfr. F. BONELLI, *L'amministrazione*, cit., p. 706).

<sup>51</sup> Il fenomeno di un possibile maggior coinvolgimento diretto del consiglio, dovuto all'informazione preventiva, con possibile aumento della responsabilità, era già stato esposto da P. MONTALENTI, *Persona giuridica, gruppi di società*, corporate governance, Padova, 1999, p. 194.

<sup>52</sup> Vedi *supra*, cap. V, § 1.

<sup>53</sup> Cfr. M. MARULLI, *La delega gestoria*, cit., p. 103.

<sup>54</sup> V. SALAFIA, *Amministratori senza deleghe*, cit., p. 294. Dal punto di vista penalistico, la questione è già prospettata in questi termini, ad esempio, da A. ALESSANDRI, *Impresa*, cit., p. 217.

li (annotazione del dissenso e informativa al collegio sindacale) già previsti *ante* riforma. Tramite una certa esegesi di questa regola, si era cercato di spiegare quale adempimento fosse richiesto all'amministratore *uti singulus* ai fini dell'esonero dalla responsabilità penale, quando vi fosse stata una deliberazione del CdA<sup>55</sup>. Premesso che gli adempimenti formali risultano del tutto irrelati rispetto alla problematica penalistica, mentre è l'essere "immune da colpa" ad assumere un peso centrale, secondo un'autorevole opinione (risalente al Crespi), impugnare la delibera consiliare costituiva un dovere imposto all'amministratore assente o dissenziente<sup>56</sup>. Altrettanto autorevolmente veniva obiettato (dall'Antolisei): 1. che il codice civile ammette(va) la sola impugnabilità delle delibere consiliari per conflitto di interessi; 2. che, nel caso, si tratta(va) di mera facoltà, e non di obbligo; 3. che, infine, l'azione per l'annullabilità della delibera si sarebbe risolta in una denuncia di reato, atto, come noto, di norma imposto dall'ordinamento solo a determinati soggetti<sup>57</sup>. Per appurare quali fossero i comportamenti imposti agli amministratori dissenzienti, stando a questa seconda dottrina, ci si sarebbe dovuti rimettere, in definitiva, al «prudente apprezzamento del giudice, che dovrà tener conto di tutte le particolari condizioni del caso concreto»<sup>58</sup>.

Senonché, il mutato quadro normativo conduce a ritenere non più attuali i primi due argomenti formulati dall'Antolisei. Gli amministratori assenti o dissenzienti sono legittimati ad impugnare le delibere del CdA, ai sensi del riformato art. 2388, comma 4 c.c., non solo in caso di delibera adottata in conflitto d'interessi<sup>59</sup>, ma anche

<sup>55</sup> Si veda, per un inquadramento della questione, E. MUSCO, *Diritto penale societario*, Milano, 1999, p. 30 ss. Invero, le considerazioni sull'obbligo di impugnativa, sviluppate di seguito nel testo, non avrebbero senso ove si assistesse alla totale inerzia dell'organo amministrativo, senza adozione di alcuna delibera.

<sup>56</sup> A. CRESPI, *Reato plurisoggettivo e amministrazione pluripersonale della società per azioni*, cit., p. 538 ss.

<sup>57</sup> F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari. I-Reati societari, bancari, di lavoro e previdenza*, dodicesima ed. aggiornata da L. CONTI, Milano, 2002, p. 84. Cfr. anche L. CONTI, *I soggetti*, in A. DI AMATO (a cura di), *Trattato di diritto penale dell'impresa*, vol. I, Padova, 1990, p. 257 ss.

<sup>58</sup> Così, ancora, F. ANTOLISEI, *Leggi complementari*, loc. ult. cit.

<sup>59</sup> Per le quali dispone comunque l'art. 2391 c.c.: vedi *infra*, § 5.



in caso di non conformità alla legge e allo statuto<sup>60</sup>. “Possono”, recita la norma: ma è evidente che, nell’ottica della tutela di interessi penalmente rilevanti, si tratta di un potere impeditivo, il cui omesso esercizio, al ricorrere di determinate circostanze di fatto, rientrerà nello schema dell’art. 40 cpv. c.p.

Quanto poi all’ultima obiezione, secondo cui l’imposizione di tale atto equivarrebbe ad un’indebita configurazione di un obbligo di denuncia, va detto che, intanto ha un senso discorrere di potere impeditivo, fintanto che non sia stato consumato un reato. Almeno nella prospettiva dell’art. 40 cpv. c.p., non è imposto un esercizio dell’impugnativa che metta l’autorità giudiziaria al corrente della commissione di un reato, bensì l’attivazione di un procedimento che interrompa irregolarità gestorie suscettive di riversarsi in una fattispecie. L’omesso esercizio dell’impugnativa che interessa gli artt. 40 e 110 c.p. si situa negli interstizi temporali tra realizzazione di fatti pregiudizievoli e consumazione del reato.

## 2. *La responsabilità dei sindaci*

La giurisprudenza assolutamente maggioritaria ha intravisto nelle norme che regolano doveri e responsabilità dei sindaci (in passato, soprattutto gli artt. 2403 e 2407 c.c.) la matrice di una posizione di garanzia rilevante ai fini dell’art. 40 cpv. c.p., con la conseguente responsabilità di questi per i reati commessi dagli amministratori<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> Controverso se legittimati siano anche gli amministratori astenuti: per la tesi affermativa si veda la Circolare n.18/2005 di ASSONIME, *Amministrazione e controllo nel modello tradizionale della società per azioni: il commento di Assonime*, che si legge in *Riv. soc.*, 2005, p. 891 ss., al § 6; *contra*, G.D. MOSCO, *Art. 2388*, in G. NICCOLINI, A. STAGNO D’ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali*, cit., p. 632, sulla base del non trascurabile rilievo, secondo cui la riforma mirerebbe a «sanzionare comportamenti incerti o passivi».

<sup>61</sup> Si veda l’accurata rassegna critica di N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penali*, cit., p. 1 ss. Tra le pronunce più recenti, Trib. Milano, sez. II, 23.03.2004, n. 3028, in *Riv. dott. comm.*, 2005, p. 521 ss., con nota di L. TROYER, *Il concorso dei sindaci nel reato di bancarotta impropria*, *ivi*, p. 524 ss.

Meno uniforme e complessivamente più cauto l'atteggiamento della dottrina. Taluni, pur riconoscendo l'esistenza di un obbligo di impedimento, hanno messo in luce i limiti congeniti alla reazione che si esige dai sindaci, costituzionalmente priva della possibilità di interferire nelle scelte di gestione, e le difficoltà di pervenire alla conoscenza di illeciti commessi dagli amministratori<sup>62</sup>; altri, sulla base di siffatta, predefinita inettitudine impeditiva dei rimedi concessi al controllo sindacale, hanno negato la sussistenza stessa di una posizione di garanzia<sup>63</sup>; sino al punto che proprio la questione della responsabilità omissiva dei sindaci ha stimolato l'opera di complessiva revisione teorica della compartecipazione omissiva<sup>64</sup>. Pressoché unanime è stata però la critica verso l'adozione giurisprudenziale di mal celati meccanismi presuntivi, sia in punto di causalità che di dolo, elementi il cui "accertamento" è stato, invero, ricalcato su uno stile ascrittivo civilistico della responsabilità<sup>65</sup>.

La riforma delle società quotate, prima, e delle società di capitali, poi, hanno determinato un mutamento della funzione esercitata dal collegio dei sindaci<sup>66</sup>, di cui la riflessione penalistica non può non

<sup>62</sup> Cfr. G. PEDRAZZI, *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, cit., p. 683 ss.; G. GRASSO, *Il reato omissivo*, cit., p. 357 ss.; F. STELLA, D. PULITANÒ, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, cit., p. 553 ss.; G. CHIARAVIGLIO, *Concorso del sindaco di società commerciali nel reato dell'amministratore e dolo eventuale*, in *Riv. dott. comm.*, 1992, p. 191 ss.; R. BRICCHETTI, R. TARGETTI, *Bancarotta*, cit., p. 19 ss.; N. MAZZACUVA, *Il falso in bilancio. Profili penali: casi e problemi*, Padova, 1996, p. 14 ss.; A. MELCHIONDA, *La responsabilità penale dei sindaci di società commerciali*, cit., p. 47 ss.; P. ARDIA, *La responsabilità penale dei sindaci*, cit., p. 1253 ss.; A. CARMONA, *Premesse ad un corso*, cit., pp. 263-264.

<sup>63</sup> I. CARACCIOLI, *Profili della responsabilità penale dei componenti dei collegi sindacali delle società fiduciarie*, in *Studi in ricordo di G. Pisapia*, vol. I, Milano, 2000, pp. 587-588; A. FIORELLA, *I principi generali*, cit., p. 48; I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., p. 172 ss.; V. TORRE, *Posizione di garanzia e obblighi di vigilanza*, cit., p. 269 ss.

<sup>64</sup> N. PISANI, *Controlli sindacali*, cit., *passim*.

<sup>65</sup> Sulle difficoltà nella ricostruzione del nesso causale, in particolare, A. MELCHIONDA, *La responsabilità penale dei sindaci*, cit., p. 53 ss. (che sottolinea l'affermarsi, in giurisprudenza, di una "presunzione di causalità", non priva di qualche avallo dottrinale); sulle difficoltà di appurare il dolo, per tutti, G. CHIARAVIGLIO, *Concorso del sindaco*, cit., p. 200 ss.

<sup>66</sup> Sull'attuale disciplina dell'organo, in modo esaustivo, vedi il volume collettaneo R. ALESSI, N. ABRIANI, U. MORERA (a cura di), *Il collegio sindacale: le nuove regole*, cit., *passim*.

tener conto<sup>67</sup>. Mutamento che abbraccia due termini classici della discussione: a) l'area della "vigilanza"<sup>68</sup>; b) i poteri di reazione.

a) Quanto al primo punto, eliminate – in quale misura diremo poi – le attribuzioni in materia di controllo contabile<sup>69</sup>, la vigilanza sindacale verte ora sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione, sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile. Questo il nucleo comune degli art. 2403 c.c. e art. 149 Tuf, su cui poi si innestano alcune differenze delle quali si darà<sup>70</sup>. Il riferimento congiunto all'osservanza della legge e al rispetto dei principi di corretta amministrazione costituisce l'approdo di un'evoluzione interpretativa

<sup>67</sup> Cfr., per alcune prime riflessioni sulla responsabilità penale, P. ALDROVANDI, *La responsabilità penale degli organi di controllo nelle s.p.a.*, in *Dir. prat. soc.*, 22/2003, p. 25 ss.; I. CARACCIOLI, *Nuovi organi di controllo nelle società e responsabilità penal-societaria dei componenti*, in *Il fisco*, 7/2003, p. 2135 ss.; L.D. CERQUA, *Omesso controllo da parte dei sindaci e relative conseguenze penali*, in *Dir. prat. soc.*, 2/2003, p. 27 ss.; G. MAZZOTTA, A. D'AVIRRO, *Profili penali del controllo*, cit., p. 243 ss.; N. MAZZACUVA, *Il falso in bilancio, casi e problemi*, seconda edizione, Padova, 2004, p. 57 ss.; AL. ROSSI, *La responsabilità penale dei componenti degli organi di amministrazione e di controllo*, cit., p. 131 ss. Sui profili penali della responsabilità dei sindaci nelle società quotate, A. MELCHIONDA, *La responsabilità penale dei sindaci*, cit., p. 78 ss.; C. PEDRAZZI, *Società commerciali (nuova disciplina penale)*, cit., p. 596 ss.; N. PISANI, *Controlli sindacali*, cit., p. 260 ss. Da un punto di vista prettamente civilistico, va detto che la riforma delle società ha suscitato nei commentatori, complessivamente, un'impressione di aggravamento delle responsabilità dei sindaci: vedi E. LOFFREDO, *Modifiche, piccole e non, in tema di responsabilità dei sindaci di s.p.a.*, in *Scritti in onore di V. Buonocore*, cit., vol. III, p. 2859 ss. e la letteratura ivi riportata; per un quadro generale retrospettivo sui difetti del controllo sindacale e l'incisività della riforma, si rinvia a G. CASELLI, *Elogio, con riserve, del collegio sindacale*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 251 ss.

<sup>68</sup> Attribuisce all'impiego del termine "vigilanza", in luogo di "controllo", una valenza non puramente formale, ma di significativa precisazione semantica, S. FORTUNATO, *Art. 149 Doveri*, in G. ALPA, F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Commentario al Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, Padova, 1998, vol. II, p. 1378.

<sup>69</sup> Già si è detto della facoltà, per le sole società che non fanno ricorso al capitale di rischio e non sono tenute alla redazione del bilancio consolidato, di continuare ad attribuire ai sindaci tutte le competenze in materia contabile come in passato (art. 2409-bis c.c.). Le società che adottano uno dei due sistemi alternativi di amministrazione e controllo devono, invece, necessariamente affidarsi ad un revisore esterno.

<sup>70</sup> Per un confronto dettagliato tra il testo delle due norme, con gli eventuali problemi di coordinamento, vedi comunque L. BENATTI, *Artt. 2397-2406*, in A. MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, cit., vol. II, p. 891 ss.

già emersa alla luce della precedente versione dell'art. 2403 c.c.<sup>71</sup>. Il controllo sindacale si concentra sulla fase di adozione delle decisioni gestionali, affinché di questa siano vagliati criteri e modalità, in *chiave preventiva* rispetto a possibili disfunzioni e abusi: una «verifica dell'adeguatezza dei processi decisionali», in breve<sup>72</sup>.

Quanto a fondo possa spingersi questa verifica, è questione non risolta nella letteratura specialistica<sup>73</sup>. Secondo la giurisprudenza, il controllo sindacale verte comunque sui criteri economici delle scelte operate dagli amministratori, evitando che queste assumano i profili di operazioni di “mero rischio”<sup>74</sup>. È questo un primo contorno della posizione di garanzia: in questi termini, i sindaci sono garanti del fatto che l'azione amministrativa non intacchi interessi (anche)

---

<sup>71</sup> Secondo l'autorevole opinione di G. CAVALLI, *Il collegio sindacale: luci ed ombre di un sistema controverso*, cit., p. 151.

<sup>72</sup> Così, M. RIGOTTI, *Art. 2403 Doveri del collegio sindacale*, in F. GHEZZI (a cura di), *Collegio sindacale. Controllo contabile*, Milano, 2005, p. 167 ss.; in senso analogo, C. RABITTI BEDOGNI, *Attività e responsabilità degli organi di controllo*, in A. NIGRO (a cura di), *Libertà e responsabilità nel nuovo diritto societario*, Milano, 2006, pp. 312-313; sulla centralità di tale aspetto M. IRRERA, *Collegio sindacale e assetti adeguati*, in R. ALESSI, N. ABRIANI, U. MORERA (a cura di), *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, cit., p. 259 ss.; nella manualistica recente, S. PESCATORE, *Amministrazione e controllo*, in V. BUONOCORE (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2006, p. 297.

<sup>73</sup> Si tratta della *vexata quaestio* se il controllo dei sindaci sia di mera legalità o investa anche il merito, sulla quale, con differenti punti di vista, si rinvia a G. CASSELLI, *Elogio*, cit., p. 260 (secondo cui, con la nuova formula, il legislatore avrebbe posto fine alla disputa); G. CAVALLI, *Artt. 148-154*, cit., p. 1238; S. FORTUNATO, *Art. 149*, cit., p. 1381; P. MONTALENTI, *La società quotata*, cit., p. 258 ss.; F. DI SABATO, *Diritto delle società*, cit., p. 358 ss.

<sup>74</sup> Cfr., già prima dell'adozione del Tuf, Cass. civ. 17.09.1997, n. 9252, in *Soc.*, 1998, p. 1025 ss. (con commento di G. DOMENICHINI, *In tema di doveri e responsabilità dei sindaci*, *ivi*, p. 1031 ss.). In merito alla formula introdotta dal Tuf, si veda il giudizio di C. PEDRAZZI, *Società commerciali (nuova disciplina penale)*, cit., p. 597, secondo cui vi sarebbe stata una “inequivocabile” estensione al merito, «ma sotto il profilo dell'impostazione di metodo, non della convenienza delle singole scelte operative». Si veda anche la premessa alla Norma 2.2. dei *Principi di comportamento* del Collegio sindacale nelle società con azioni quotate nei mercati regolamentati, reperibili su [www.consrag.it](http://www.consrag.it): «I Sindaci devono avere cognizione del procedimento decisionale degli amministratori e non effettuare la verifica della bontà e convenienza dell'operazione»; a questo principio segue un elenco di atti su cui è richiamata l'attenzione dei sindaci (es. operazioni estranee all'oggetto sociale, in conflitto d'interessi o “manifestamente imprudenti o azzardate”).

esterni alla società<sup>75</sup>. Su tale principio può innestarsi una responsabilità penale per fattispecie di tipo colposo<sup>76</sup>, mentre il dolo eventuale, anche qui, come nel caso degli amministratori, presuppone un substrato psicologico effettivo, che non è appagato dall'inadempimento dell'obbligo di riconoscimento di determinati fattori di rischio<sup>77</sup>.

Sul piano obiettivo della fattispecie di omesso impedimento, le attribuzioni inerenti alla vigilanza sull'organizzazione confermano l'ingresso di parametri di natura aziendale nel controllo svolto dai sindaci<sup>78</sup>, con le implicazioni di carattere generale a suo tempo prospettate<sup>79</sup>. Nel caso specifico, si tratta di valutare, alla luce di taluni indici – non ultimi tipo e dimensioni della società sottoposta a vigilanza –, “la razionalità” dell'organizzazione rispetto agli obiettivi che la società si prefigge, e di garantire che la struttura organizzativa sia in grado di rivelare all'esecutivo quando quegli obiettivi siano raggiunti, oppure di rivelare preliminarmente il rischio che i medesimi non siano raggiunti<sup>80</sup>. Una verifica sui processi, quindi, che a sua volta diviene processo, e non più esclusivamente controllo sugli

---

<sup>75</sup> Non appare difficile, in altri termini, intravedere quella «presa di posizione difensiva dell'ordinamento a favore degli interessi implicati nella gestione della società» da taluno da tempo riscontrata in capo ai sindaci (G. GRASSO, *Il reato omissivo*, cit. p. 357). Si tratta, beninteso, di un fattore che ancora non appaga la riflessione penalistica, restando l'area degli interessi oggetto di tutela ancora indeterminata.

<sup>76</sup> In particolar modo la bancarotta semplice (vedi C. PEDRAZZI, *Società commerciali (nuova disciplina penale)*, cit., p. 598).

<sup>77</sup> Cfr. N. MAZZACUVA, *Il falso in bilancio*, ed. 1996, cit., p. 21.

<sup>78</sup> In tal senso, già S. FORTUNATO, *Art. 149*, cit., p. 1382; ora approfonditamente M. IRRERA, *Collegio sindacale e assetti adeguati*, cit., p. 272 ss. Utile la lettura della Norma 2.3. dei Principi di comportamento del Collegio sindacale, cit., dove si rinviene una definizione di “struttura organizzativa”, come «complesso delle direttive e delle procedure stabilite per garantire che il potere decisionale sia assegnato ed effettivamente esercitato ad un appropriato livello di competenza e responsabilità».

<sup>79</sup> Cap. V, sezione terza, § 2. Da aggiungere come, rispetto ai sindaci, questo dato faccia sorgere la richiesta di nuove competenze professionali (A.L. MUSERRA, *I controlli interni delle società per azioni*, cit., pp. 554-555).

<sup>80</sup> Parafrasiamo, sul punto, M. RIGOTTI, *Art. 2403*, cit., p. 181, a cui si rinvia per una più dettagliata esposizione degli indici di adeguatezza. Più sinteticamente, parla di «criterio di congruità rispetto allo scopo» S. FORTUNATO, *Art. 149*, cit., p. 1382.

atti<sup>81</sup>. Con un limite intrinseco nel fatto che la concreta attuazione dell'organizzazione resta nelle prerogative dell'amministrazione<sup>82</sup>.

Nelle società quotate, l'art. 149, comma 1, lett. c) Tuf comprende l'obbligo di vigilare sul sistema di controllo interno, nonché sul sistema amministrativo-contabile e sulla sua affidabilità nel rappresentare correttamente i fatti di gestione; l'art. 2403 c.c. ripete solo il riferimento all'adeguatezza dell'assetto contabile<sup>83</sup>. Riservandoci di tornare in seguito sul sistema di controllo, bisogna ricordare che proprio le norme citate segnalano come il collegio sindacale non sia spogliato di ogni attribuzione in materia di revisione contabile. Permane, in capo al collegio, un obbligo di controllo sulle procedure e sulla loro adeguatezza, che rientra, del resto, nella supervisione generale sul rispetto della legalità e dei principi di corretta amministrazione<sup>84</sup>: un «ruolo di *controllore generale e di garante di ultima*

<sup>81</sup> Un controllo "per processi", come, in modo affine, segnalato da P. MONTALENTI, *La società quotata*, cit., p. 265, e M. RIGOTTI, *Art. 2403*, cit., p. 182; o "di sistema", come indicato dalla dottrina alla vigilia della riforma delle quotate (P. MARCHETTI, *Le raccomandazioni Consob in materia di controlli societari: un contributo alla riforma*, in *Riv. soc.*, 1997, p. 193 ss.), ripetuto in occasione di quella riforma (R. ALESSI, *Il d.lgs. n. 58/1998. La nuova disciplina del collegio sindacale*, in *Soc.*, 1998, p. 552 ss.), ribadito in merito alla riforma codicistica (G. DOMENICHINI, *Art. 2403*, in G. NICCOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali*, cit., vol. II, p. 751, L. BENATTI, *Artt. 2397-2406*, cit., p. 877). Nello stesso tempo, l'attività dei sindaci non può prescindere dal controllo puntuale su alcuni atti particolarmente "rischiosi" (vedi ancora, per tutti, G. DOMENICHINI, *Art. 2403*, cit., pp. 751-752).

<sup>82</sup> S. FORTUNATO, *Art. 149*, loc. ult. cit.

<sup>83</sup> Secondo una certa interpretazione, in realtà, il precetto relativo al sistema di controllo sarebbe estensibile anche alle non quotate, essendo l'istituzione di un sistema di controllo interno un adempimento imposto a tutte le società.

<sup>84</sup> Si vedano, tra gli altri, G. CAVALLI, *Artt. 148-154*, cit., pp. 1237-1238; P. MONTALENTI, *La società quotata*, cit., p. 256 ss.; M. RIGOTTI, *Art. 2403*, cit., p. 199 ss. Si legga anche la Norma 2.4. dei *Principi di comportamento* del Collegio sindacale, cit.: «Una chiara distinzione tra controllo gestionale e controllo amministrativo-contabile è spesso difficile in quanto tutte le operazioni aziendali hanno riflessi contabili e gestionali al tempo stesso». Nelle società non quotate, il residuo controllo contabile dei sindaci può sfociare nelle osservazioni effettuabili nel corso della relazione annuale, relativa all'approvazione del bilancio: cfr. artt. 2429, comma 2 c.c. Tali osservazioni, come è stato notato, non si appuntano più sulla "tenuta della contabilità", bensì sui risultati d'esercizio (G. DOMENICHINI, *Art. 2403*, cit., p. 752; sulla rilevanza penalistica di questo adempimento, P. ALDROVANDI, *La responsabilità penale degli organi di controllo*, loc. cit.).

istanza della efficacia del sistema rappresentativo contabile, nonché di verificatore per sintesi della correttezza legale e tecnica»<sup>85</sup>.

La revisione contabile, come tale, è invece prerogativa esclusiva dei revisori esterni. Con questi ultimi, tuttavia, si instaura una certa sinergia, incentrata soprattutto sullo scambio di informazioni<sup>86</sup>, che può mettere il collegio sindacale al corrente di irregolarità gestorie emergenti dalla contabilità, con conseguenze sul piano della responsabilità penale per omesso impedimento<sup>87</sup>.

Sempre con riferimento alle società quotate, si segnala l'obbligo di vigilare "sulle modalità di concreta attuazione" dei codici di *corporate governance*, ai quali la società abbia dichiarato di attenersi mediante informativa al pubblico, e sull'adeguatezza delle disposizioni impartite alle società controllate ai sensi dell'art. 114, comma 2 Tuf<sup>88</sup>.

Il primo esito percepibile della rimodellata disciplina dei sindaci è una certa sovrapposizione con il ruolo degli amministratori non delegati<sup>89</sup>. L'attività di controllo dei sindaci coinvolge tutti gli adempimenti degli amministratori: dal loro obbligo generale di agi-

<sup>85</sup> P. MONTALENTI, *La società quotata*, cit., p. 258 (corsivo nel testo).

<sup>86</sup> Art. 150, comma 3 Tuf.

<sup>87</sup> Cfr. Trib. Milano n. 3028/2004, cit. In dottrina, P. ALDROVANDI *La responsabilità penale degli organi di controllo*, loc. cit., e, da un punto di vista civilistico, G. DOMENICHINI, *Art. 2403*, cit., p. 753. Diversa l'opinione di N. PISANI, *Controlli sindacali*, cit., p. 278, secondo cui la sottrazione di competenze in materia contabile avrebbe determinato un conseguente arretramento della posizione di garanzia dei sindaci.

<sup>88</sup> Art. 149, comma 1, lett. c-bis) Tuf, introdotta dalla L.262/2005 (che, più esattamente, si riferisce alla vigilanza sulla attuazione «delle regole di governo societario previste dai codici di comportamento redatti da società di gestione di mercati regolamentati o da associazioni di categoria»), e lett. d) (che, nel rinviare all'art. 114 comma 2, fa riferimento all'obbligo, sancito da quest'ultima norma per gli emittenti, di impartire disposizioni alle società controllate sul rispetto dei doveri di comunicazione al pubblico previsti dall'art. 114 medesimo). La prima previsione è da ricondurre all'attività di cui all'art. 124-bis, assistita dalla sanzione amministrativa prevista dall'art. 192-bis Tuf. Sulle modifiche apportate dalla L. 262/2005 e poi dal d.lgs. 303/2006, cfr. S. LOPATRIELLO, *L'organo di controllo delle società quotate*, in *Soc.*, 2006, p. 938; G.D. MOSCO, *Rafforzamento dei controlli interni*, cit., p. 35; D. VATTERMOLI, *Art. 3 d.lgs. n. 303 del 2006*, in A. NIGRO, V. SANTORO, *La tutela del risparmio*, cit., p. 37 ss.

<sup>89</sup> Lo rivela, in senso critico, G.D. MOSCO, *Rafforzamento dei controlli interni*, cit., pp. 39-40. Sul tema, ampiamente, M. RIGOTTI, *Art. 2403*, cit., p. 191 ss. F. DI SABATO, *Diritto delle società*, cit., p. 356, ravvisa «un carico» per i sindaci, addi-

re in modo informato, a quello di “curare” gli assetti organizzativi imposto ai delegati. Ma i sindaci devono controllare anche che gli amministratori non delegati attendano alla loro funzione di supervisione<sup>90</sup>. E del resto essi risultano destinatari della medesima informativa, cui sono tenuti gli organi delegati, prevista dall’art. 2381, comma 5 c.c. e dall’art.150, comma 1 Tuf<sup>91</sup>.

La funzione di controllo dei sindaci, tra l’altro, si nutre anche di canali informativi autonomi, in quanto non filtrati dal CdA, e, là dove attribuiti al singolo, maggiormente efficienti di quelli concessi agli amministratori privi di delega<sup>92</sup>. Il catalogo dei poteri “strumentali” comprende la possibilità, *uti singuli*, di procedere “in qualsiasi momento” ad ispezioni<sup>93</sup>; nonché la possibilità, come collegio, di chiedere notizie sull’andamento di operazioni sociali e di determinati affari agli amministratori; oltre alla facoltà di scambiare informazioni con i sindaci e gli amministratori delle controllate<sup>94</sup>. Ogni informazione è accessibile ai sindaci<sup>95</sup>. Siffatti poteri confermano l’esistenza di un controllo preventivo o concomitante, e non solo successivo (rispetto al compimento degli atti di gestione)<sup>96</sup>, al quale si affianca l’obbligo di assistere alle sedute del CdA e dell’assemblea<sup>97</sup>.

---

rittura, «per certi versi superiore a quello esistente per gli amministratori non delegati».

<sup>90</sup> L. BENATTI, *Artt. 2397-2406*, cit., p. 889.

<sup>91</sup> Cfr. G. DOMENICHINI, *Art. 2403-bis*, in G. NICCOLINI, A. STAGNO D’ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali*, cit., p. 755.

<sup>92</sup> Si ricorderà, invece, che simili poteri spettano agli amministratori solo collegialmente e, di norma, tramite percorsi consiliari, salvo attingere al sistema di controllo interno, come a suo luogo illustrato.

<sup>93</sup> Cfr., in luogo di molti, P. MAGNANI, *Art. 2403-bis*, in F. GHEZZI (a cura di), *Collegio sindacale. Controllo contabile*, cit., p. 217. Va precisato come, tuttavia, la collegialità costituisca la regola nell’azione dei sindaci, sicché la configurazione di un potere individuale di ispezione è un’eccezione nell’attuale panorama legislativo.

<sup>94</sup> Art. 2403-bis c.c. e art. 151 Tuf.

<sup>95</sup> A. TOFFOLETTO, *Amministrazione e controlli*, cit., p. 235.

<sup>96</sup> P. MAGNANI, *Art. 2403-bis*, cit., p. 220. Complessivamente, i poteri “ricognitivi” delineano un quadro “assai più ricco e articolato che in passato”, secondo l’autorevole giudizio del G. DOMENICHINI, *Art. 2403-bis*, cit., p. 755.

<sup>97</sup> Art. 2405 c.c. Si tratta di un obbligo finalizzato ad acquisire informazioni ed, eventualmente, ad intervenire nella discussione anche manifestando il proprio dissenso (M. RIGOTTI, *Art. 2403*, cit., p. 195).



b) Ad un'espansione dell'oggetto del controllo corrisponde un sensibile rafforzamento dei poteri "reattivi"<sup>98</sup>. Poiché non è tutt'ora concessa ai sindaci la facoltà di interferire con la gestione<sup>99</sup>, ponendo direttamente in essere atti che ne sanino eventuali irregolarità, è previsto che la reazione dei sindaci sia mediata: b<sub>1</sub>) o da istanze collocate all'interno dell'organismo societario; b<sub>2</sub>) o da autorità esterne, a seconda dell'interesse che si ravvisi essere in pericolo e della gravità della situazione.

Più che un'alternativa tra esercizio degli uni e degli altri poteri, si profila una gamma progressiva di interventi, in una scala di crescente intensità<sup>100</sup>: in prima istanza i sindaci devono interpellare il CdA, in secondo luogo l'assemblea<sup>101</sup>; nel caso impugnare le rispettive delibere; e infine, ove le precedenti azioni siano inefficaci, denunciare "gravi irregolarità" al Tribunale<sup>102</sup>, o, nelle società quotate, comunicare "irregolarità" alla Consob.

b<sub>1</sub>) Sono quindi da annoverare, in primo luogo, l'informativa verso il CdA e verso l'assemblea. Secondo la disciplina comune, i sindaci possono convocare l'assemblea, previa comunicazione al presidente del CdA, qualora vi siano fatti censurabili di rilevante gravità e vi sia urgente necessità di provvedere: è un potere attribuito al collegio<sup>103</sup>. Nelle società quotate, invece, l'assemblea viene con-

<sup>98</sup> Cfr. S. AMBROSINI, *I poteri del collegio sindacale*, in P. ABBADESSA, G.B. PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*, vol. 3, cit., p. 41 ss.; L. BENATTI, *Artt. 2397-2406*, cit., p. 890; C. RABITTI BEDOGNI, *Attività e responsabilità*, cit., p. 322 ss.; P. MAGNANI, *Art. 2407*, in F. GHEZZI (a cura di), *Collegio sindacale. Controllo contabile*, cit., p. 261.

<sup>99</sup> A. TOFFOLETTO, *Amministrazione e controlli*, cit., p. 211.

<sup>100</sup> Cfr. P. MONTALENTI, *La società quotata*, cit., p. 274 ss.

<sup>101</sup> Mentre la convocazione degli amministratori ha una «funzione di richiamo e di stimolo alla adozione diretta di correttivi del proprio operato», la convocazione dell'assemblea ha un carattere «più conflittuale», perché «presuppone un contrasto aperto con gli amministratori» ed un precedente, infruttuoso ricorso dei sindaci nei loro confronti (in questi termini, P. MONTALENTI, *La società quotata*, cit., pp. 274-275).

<sup>102</sup> Cfr. P. MAGNANI, *Art. 2407*, cit., p. 262.

<sup>103</sup> Art. 2406, comma 2 c.c. Prima della riforma si dubitava che al collegio sindacale spettasse questo potere. La formulazione della norma introdotta dal d.lgs. 6/2003 dà adito ad alcuni dubbi interpretativi, se si considera che si fa riferimento a fatti "gravi" e, per di più, "rilevanti" (vedi G. DOMENICHINI, *Art. 2406*, in G. NICCOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali*, cit., pp. 765-766, che ritiene la formula legislativa essere «frutto di ridondante verbosità»).

vocata da almeno due sindaci, e inoltre ogni membro può convocare il CdA o il comitato esecutivo<sup>104</sup>.

In passato, si è fondatamente dubitato della efficacia persuasiva di simili azioni; anzi, questa funzione referente, retta dall'auspicio che altri organi societari intervenissero, veniva additata come una delle principali deficienze strutturali del controllo interno<sup>105</sup>. Ogni iniziativa, che poteva generarsi dall'assemblea nei confronti degli amministratori, era condizionata dall'essere questi ultimi espressione della maggioranza azionaria (di cui, tra l'altro, era espressione lo stesso collegio dei sindaci), per cui l'attività richiesta ai sindaci si sarebbe verosimilmente infranta contro il muro di una presumibile connivenza tra organi<sup>106</sup>.

Queste argomentazioni devono oggi subire una moderata rettifica alla luce dei mutati assetti di *corporate governance*, nella misura in cui, soprattutto nelle società quotate, questi ultimi accrescono la dialettica degli interessi rappresentati sia nell'esecutivo che in assemblea<sup>107</sup>.

Rispetto al ricorso al CdA, va dato atto che, pur non esistendo una decisa linea di tendenza legislativa dalla quale possa desumersi una preferenza per il modello fondato sugli amministratori di minoranza, la composizione dei consigli di amministrazione beneficia, comunque, della presenza di "indipendenti"<sup>108</sup>, che possono pur sempre incrinare quella sudditanza che il consiglio nutre nei confronti della maggioranza assembleare, così da dotare, in determinati con-

<sup>104</sup> Art. 151, comma 2, Tuf, come modificato dalla L. 262/2005; modifica ritenuta «di grande rilievo» da G.D. MOSCO, *Rafforzamento dei controlli*, cit., p. 35.

<sup>105</sup> Si veda, ad esempio, l'analisi di P. FERRO-LUZZI, *La funzione dei sindaci nel codice civile*, cit., p. 41 ss.

<sup>106</sup> Cfr. C. PEDRAZZI, *Reati commessi da persone diverse dal fallito*, cit., p. 741.

<sup>107</sup> Per una panoramica su questi temi, successiva all'emanazione del Tuf, si rinvia a P. MONTALENTI, *Corporate governance: la tutela delle minoranze nella riforma delle società quotate*, in *Giur. comm.*, 1998, I, p. 329 ss. Lo stesso Autore è tornato di recente sul tema: P. MONTALENTI, *Amministrazione, controllo, minoranze nella legge sul risparmio*, cit., p. 987 ss.

<sup>108</sup> Cfr. G. OLIVIERI, *Amministratori "indipendenti" e "di minoranza" nella legge sulla tutela del risparmio*, cit., p. 27 ss.

testi, di maggiori *chances* di successo lo stimolo proveniente dai sindaci, nell'ottica dell'impedimento di irregolarità gestorie<sup>109</sup>.

Rispetto invece al tema dell'informativa all'assemblea, va detto che persiste una funzione referente del collegio sindacale nei confronti dei soci, e che ai sindaci è concessa la facoltà di proporre all'assemblea le deliberazioni che si ritiene opportune<sup>110</sup>. Tra queste, anche la proposta di revoca degli amministratori e l'azione di responsabilità nei confronti dell'organo di gestione, che possono, nel caso, atteggiarsi a concreto fattore impeditivo di illeciti *in itinere*<sup>111</sup>.

L'azione di responsabilità può essere un esito più facilmente calcolabile dell'attività d'impulso svolta dal collegio presso l'assemblea, essendo deliberata secondo le percentuali previste dalla legge<sup>112</sup>. Da considerare, tuttavia, come questo strumento è a disposizione dello stesso collegio sindacale<sup>113</sup>, ma abbia, in sé, una funzione scarsamente preventiva, giacché fisiologicamente destinato ad inter-

---

<sup>109</sup> Va ricordato che, in ogni caso, una volta informato, il CdA assume la responsabilità derivante dall'art. 2392, comma 3 c.c. (M. RIGOTTI, *Art.2403*, cit., p. 195).

<sup>110</sup> Sulla presenza "attiva" dei sindaci in questa sede, cfr. G. CAVALLI, *Artt. 148-154*, cit., p. 1265; F. CORSI, *Il collegio sindacale*, in F. BONELLI (a cura di), *La riforma delle società quotate*, cit., p. 216; «[...] senza che il potere propositivo possa però estendersi alla materia gestoria in senso stretto», come precisato da P. MONTALENTI, *La società quotata*, cit., p. 275. Per una complessiva rivisitazione dei legami tra sindaci ed organo assembleare, R. ALESSI, *Il rapporto dialettico tra collegio sindacale e soci*, in R. ALESSI, N. ABRIANI, U. MORERA (a cura di), *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, cit., p. 5 ss.

<sup>111</sup> Considerando anche che, ex art. 2393, comma 5 c.c., la sola deliberazione dell'azione comporta la revoca d'ufficio degli amministratori, se presa con il voto favorevole di un quinto del capitale sociale.

<sup>112</sup> Che sono un quinto del capitale sociale, di norma; un quarantesimo del capitale sociale, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, secondo l'art. 2393-bis c.c., modificato dalla L. 262/2005.

<sup>113</sup> Con deliberazione assunta a maggioranza dei due terzi: vedi il comma 3 c.c. dell'art. 2393 c.c., introdotto dalla L.262/2005. Sull'importanza e su alcuni profili disciplinari di questo potere attribuito ai sindaci, R. BENCINI, *I sindaci tra denuncia di gravi irregolarità ed azione di responsabilità*, in R. ALESSI, N. ABRIANI, U. MORERA (a cura di), *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, cit., p. 473 ss., p. 482 ss. Nel corso dell'*iter* parlamentare è stata invece accantonata la norma che rendeva automatica la revoca degli amministratori, qualora il collegio avesse votato l'azione di responsabilità (come ci informa P. ABBADESSA, *Nuove regole di governance nel progetto di legge sulla tutela del risparmio*, in *Dir. banca mer. fin.*, 2005, p. 537).

venire quando si sia verificato un danno: momento che, verosimilmente, soporrà l'avvenuta consumazione di un reato<sup>114</sup>. Ciononostante, la mera eventualità che la minoranza o il collegio sindacale – la cui presidenza, nelle quotate, deve essere affidata ad un sindaco “di minoranza” – possa esperire l'azione di responsabilità, potrebbe, in date situazioni, munire l'operato dell'organo di controllo di una forza dissuasiva, rispetto a determinati comportamenti degli amministratori, sinora inusitata<sup>115</sup>.

Complessivamente, può dirsi che, malgrado le intrinseche difficoltà di accertare decorsi causali (ipotetici) intercorrenti tra condotte poste in essere dai membri degli organi societari, e nonostante, sul piano penale, vada ribadita l'inconciliabilità di espedienti presuntivi con tale accertamento, i nuovi equilibri endosocietari prefigurano trame causali non così scontate come in passato.

b<sub>2</sub>) Sono soprattutto i “nuovi” poteri di attivare istanze collocate al di fuori dell'organismo societario, però, ad assumere rilievo preponderante nella ricostruzione dei possibili profili penali della responsabilità omissiva dei sindaci. Poteri, questi, più “incisivi”, in quanto presuppongono situazioni “più gravi”<sup>116</sup>. Tra le azioni concesse al collegio in questa direzione figurano (oltre all'azione di responsabilità verso gli amministratori): 1) l'impugnativa delle delibere adottate dal CdA (e dall'assemblea); 2) la denuncia al tribunale *ex art.* 2409 comma 7 c.c. e art. 152, comma 2 Tuf; 3) la denuncia alla Consob nelle società quotate, *ex art.* 149, commi 3 e 4 Tuf<sup>117</sup>.

1) Dal momento che l'inerzia innanzi a delibere illegali, ma produttive di effetti, può comportare la futura responsabilità dei sinda-

<sup>114</sup> Non è da escludere, comunque, che l'azione assuma fisionomia preventiva rispetto al verificarsi di un danno ai risparmiatori: sul punto R. BENCINI, *I sindaci tra denuncia di gravi irregolarità ed azione di responsabilità*, cit., p. 483.

<sup>115</sup> Si allude alla medesima forza dissuasiva che, secondo C. PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito*, cit., pp. 734-735, è elemento di valutazione in sede di accertamento della efficacia causale (accertamento concepito come “quaestio facti”) delle omissioni degli amministratori.

<sup>116</sup> Cfr. L. BENATTI, *Artt. 2397-2406*, cit., p. 888. Sul punto anche S. AMBROSIANI, *I poteri del collegio sindacale*, cit., p. 44.

<sup>117</sup> L'art. 52, d.lgs. 385/1993 (Tub) prevede un obbligo analogo di informativa verso la Banca d'Italia, rivolto al collegio sindacale delle Banche, mentre l'art. 70, comma 7 Tub, non consente ai sindaci delle banche l'applicabilità dell'art. 2409 c.c. né dell'art. 152 Tuf.

ci, più che un potere, l'impugnativa costituisce un dovere<sup>118</sup>, il quale, ove l'illecito degli amministratori si articoli attraverso una delibera (sempre che con questa non coincida il momento in cui si consuma del reato), può avere un'innegabile efficacia impeditiva.

2) La denuncia al tribunale, introdotta con il Tuf, che presuppone «un quadro patologico non più dominabile con gli ordinari rimedi endosocietari», ha rappresentato uno dei sintomi più evidenti del rafforzamento della c.d. “fase comminatoria” del controllo sindacale; lungi dall'essere una mera facoltà, costituisce anch'essa un atto doveroso, quando sia l'unico mezzo idoneo ad impedire eventi dannosi<sup>119</sup>. La denuncia deve essere attivata al “fondato sospetto” di “gravi irregolarità”, quindi prima del verificarsi di un danno<sup>120</sup>, ed allegando non necessariamente la prova dell'esistenza delle irregolarità, bensì “indizi obiettivi”<sup>121</sup>. A seguito della riforma delle società, tuttavia, l'impiego di questo strumento risulta limitato agli interessi della società, con una tendenziale privatizzazione dei beni la cui sfera si cerca di preservare dando avvio alla procedura<sup>122</sup>. Il che porta a restringere ai medesimi beni – si pensi a quelli offesi dai reati societari dopo la novella del 2002 – la posizione di garanzia dei sindaci. Nelle società quotate, tuttavia, potrebbe pur sempre leggersi in questo mezzo, anche dopo la sua riforma, un'apertura verso la più ampia tutela del mercato, considerato che la medesima facoltà è attribuita anche alla Consob, ex art. 152 Tuf, nel perseguimento dei propri scopi istituzionali<sup>123</sup>. Ma si tratta di una “apertura” che dovrà trovare il conforto della giurisprudenza.

<sup>118</sup> Cfr. M. RIGOTTI, *Art. 2403*, cit., p. 197.

<sup>119</sup> Cfr. G. CAVALLI, *Artt. 148-154*, cit., p. 1269 ss. (citato nel testo); F. CORSI, *Il collegio sindacale*, cit., p. 216.

<sup>120</sup> Una volta verificatosi il danno, sarà esperibile l'azione di responsabilità, senza necessità della denuncia al tribunale (cfr. G. DOMENICHINI, *Art. 2409*, in G. NICCOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES [a cura di], *Società di capitali*, cit., p. 783).

<sup>121</sup> L. NAZZICONE, *La denuncia al tribunale per gravi irregolarità ex art. 2409 c.c.: le novità della riforma societaria*, in *Soc.*, 2003, p. 1079. Su alcuni profili processuali e sul ruolo dei sindaci al riguardo, R. BENCINI, *I sindaci tra denuncia di gravi irregolarità ed azione di responsabilità*, cit., p. 474 ss.

<sup>122</sup> Cfr. Trib. Napoli, 22.06.2004, in *Giur. comm.*, 2006, II, p. 949 ss.

<sup>123</sup> Dall'attribuzione del potere di denuncia alla Consob, G. DOMENICHINI, *Art. 2409*, cit., p. 782, inferisce il carattere di «norma aperta, suscettibile cioè di utilizzazione anche oltre il limite suddetto, in quanto l'evoluzione del sistema normativo

3) Decisamente nel senso di una garanzia per il mercato inclina l'obbligo, per i sindaci delle società quotate, di comunicare "irregolarità", "senza indugio", alla Consob: comunicazione che presuppone il riscontro di irregolarità affini a quelle su cui è tenuta a vigilare la stessa Commissione<sup>124</sup>, mentre resta dubbio se la norma determini addirittura una funzionalizzazione del collegio agli interessi perseguiti dalla vigilanza pubblica<sup>125</sup>.

I nuovi poteri reattivi dei sindaci, soprattutto la possibilità di avviare procedure pubblicistiche di controllo, collocano il collegio sindacale in una posizione di supremazia rispetto agli stessi amministratori<sup>126</sup>, potendo l'esito delle procedure attivare un'efficacia paralizzante dell'attività di gestione, influente, quindi, sulla fonte di pericolo su cui i sindaci sono chiamati a vigilare. Si tratta, è vero, di poteri "mediati": se però, in ossequio allo schema dogmatico che si è tracciato in precedenza<sup>127</sup>, si considera potere impedi-

---

societario dimostra la finalizzazione dei doveri dei gestori al soddisfacimento anche di interessi diversi da quello sociale (dei soci) e dei creditori sociali» (prima della riforma, nel senso dell'art. 2409 c.c. come "norma aperta", vedi A. PATRONI GRIFFI, *La denuncia al tribunale ex art. 2409 c.c. Gli interessi tutelati*, in *Giur. comm.*, 1999, I, p. 145 ss.). Nel senso di una privatizzazione dell'interesse sotteso alla denuncia, in dottrina, si esprime S. AMBROSINI, *I poteri del collegio sindacale*, cit., pp. 48-49. Sulla irrilevanza penalistica dell'omesso esercizio della denuncia, alla luce degli interessi sottesi all'art. 2409 c.c., N. PISANI, *Controlli sindacali*, cit., p. 217 ss. Si noti come, nel corso dei lavori parlamentari della L. 262/2005, sia caduta la norma, presente nel ddl, che emancipava l'art. 2409 c.c. dal requisito del potenziale pregiudizio (cfr., con giudizi diversi, P. ABBADESSA, *Nuove regole di governance*, cit., pp. 543-544, e G.D. MOSCO, *Rafforzamento dei controlli interni*, cit., p. 36).

<sup>124</sup> Cfr. S. FORTUNATO, *Art. 149*, cit., pp. 1387-1388, il quale evidenzia come non avrebbe senso comunicare alla Consob irregolarità gestorie «che non abbiano alcun interesse per la tutela del mercato finanziario».

<sup>125</sup> La tesi è stata sostenuta per i collegi sindacali delle banche: per R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., p. 398, l'organo di controllo, nelle banche, diviene «un momento importante della vigilanza bancaria»; anche M. SANDULLI, *I sindaci delle banche quali ausiliari di vigilanza, in Impresa e società. Studi dedicati a F. Martorano*, Napoli, 2006, p. 980 ss., si sofferma sulla funzione dei sindaci di sollecitazione delle autorità amministrative di controllo. *Contra*, invece, G. CAVALLI, *Artt. 148-154*, cit., p. 1245; P. MONTALENTI, *La società quotata*, cit., p. 275.

<sup>126</sup> Cfr. G. CASELLI, *Elogio*, cit., p. 263, che, per la precisione, si esprime in termini di «una posizione di forza superiore a quella del presidente del consiglio di amministrazione o dell'amministratore delegato», facendo riferimento anche alla "relativa stabilità" della carica.

<sup>127</sup> Cfr. cap. V, sezione seconda. In senso contrario a quanto sostenuto nel testo, con specifico riferimento all'obbligo di denuncia al tribunale e di comunicare

tivo l'attività che è in grado di costituire causa necessaria, anche se non sufficiente, alla salvezza di un determinato bene, a prescindere dall'assoluta padronanza (*Herrschaft*) dei fattori causali, il dato non è elemento ostativo al rinvenimento di una posizione di garanzia<sup>128</sup>.

A complicare la ricostruzione dell'itinerario eziologico sarà semmai il fatto che tali poteri vengono esercitati collegialmente e che, innanzi all'inattività dell'organo, al singolo non può essere richiesto di più che l'esercizio delle proprie capacità di persuasione e la manifestazione del proprio dissenso, continuando l'ordinamento, del resto, ad ignorare mezzi di impugnazione delle delibere sindacali<sup>129</sup>.

Estremamente problematico, infine, definire il perimetro della garanzia dovuta dai sindaci<sup>130</sup>.

È noto che, tra gli Autori che non hanno negato l'esistenza di una posizione di garanzia dei sindaci, sussistono alcune differenze circa l'ambito in cui circoscrivere quest'ultima. Secondo alcuni, la garanzia includerebbe solo i reati propri commessi dagli amministratori<sup>131</sup>. Per altri, invece, più che il dato formale della qualifica soggettiva, rileva il fatto che il reato promani dall'attività di cui i sindaci detengono il controllo<sup>132</sup>. Questa seconda opinione appare, in linea di principio, preferibile, perché slegata da vincoli formalistici che condurrebbero ad inspiegabili contraddizioni<sup>133</sup>, ma si rivela,

---

irregolarità alla Consob, N. PISANI, *Controlli sindacali*, cit., p. 267 ss.

<sup>128</sup> Si perviene, in sostanza, ad un esito interpretativo conforme a quello autorevolmente tracciato dal C. PEDRAZZI, *Società commerciali (nuova disciplina penale)*, cit., pp. 597-598.

<sup>129</sup> Dove non sussista riscontro eziologico tra la omessa vigilanza sindacale ed il reato commesso dagli amministratori, l'art. 193, comma 3 Tuf prevede comunque l'applicazione di una sanzione amministrativa (cfr. A. MELCHIONDA, *La responsabilità penale*, cit., p. 83).

<sup>130</sup> La questione era dibattuta anche prima della riforma societaria; vi si sofferma A. MELCHIONDA, *La responsabilità penale*, loc. cit. I. CARACCIOLI, *Nuovi organi di controllo*, cit., p. 2137, ritiene che la riforma societaria abbia perso l'occasione per specificare sul rispetto di "quali leggi" i sindaci siano tenuti a vigilare.

<sup>131</sup> F. STELLA, D. PULITANÒ, *La responsabilità penale dei sindaci*, cit., p. 560 ss. Per A. MELCHIONDA, *La responsabilità*, cit., oltre alla qualifica soggettiva, occorre anche la presenza strutturale del danno nella fattispecie da impedire.

<sup>132</sup> FOFFANI, *Reati societari*, cit., p. 404.

<sup>133</sup> Cfr. P. ARDIA, *La responsabilità*, cit., p. 1260. Ad esempio, si dovrebbe considerare il sindaco responsabile per omesso impedimento del reato di abuso di informazioni privilegiate e non per l'omesso impedimento delle manipolazioni di mercato. Eppure, si tratta di tipologie delittuose affini quanto ad oggetto giuridico

al tempo stesso, pregna di numerosi problemi non appena si ponga mente all'estensione operativa subita dalla funzione di controllo interno.

La pluridirezionalità acquisita dalla vigilanza sindacale, che, come visto, si sovrappone a quella dei gestori, e che, almeno in parte, non rinuncia a valutazioni attinenti alla revisione contabile, finisce per offuscare la possibile linea di demarcazione della garanzia prestata dall'organo di controllo suggerita dalla seconda dottrina. Nella misura in cui il collegio sindacale sovrintende al momento organizzativo dell'ente societario, difatti, si ampliano a dismisura i confini dell'area di gestione sottoposta al suo controllo<sup>134</sup>; ed è forse per scongiurare possibili equivoci che l'art. 149 Tuf presenta l'inciso "per gli aspetti di competenza", evitando il rischio che si possa leggere, nell'attribuzione ai sindaci di incombenze organizzative, l'affidamento di compiti (impropri) di controllo sull'apparato tecnico-produttivo aziendale<sup>135</sup>.

Si tenga presente, inoltre, che compito dei gestori è l'adozione di un piano diretto alla prevenzione di reati, e che, secondo la normativa del codice civile e del Tuf, su questa attività i sindaci esercitano il loro ruolo di controllori<sup>136</sup>, benché la disciplina del d.lgs. 231/2001 non li annoveri tra i soggetti posti in "posizione apicale"<sup>137</sup>.

---

protetto, nonché ambedue fondate sul presupposto delle distorsioni generate dalle asimmetrie informative.

<sup>134</sup> La vigilanza dei sindaci «riguarda l'osservanza di tutte le norme e regole, di qualsiasi rango e fonte, cui l'organizzazione e l'attività sociale, nelle sue articolazioni, si deve conformare» (così, G. DOMENICHINI, *Art. 2403*, cit., p. 749).

<sup>135</sup> Così G. CAVALLI, *Art. 148-154*, cit., p. 1242, che pure non manca di evidenziare l'inesattezza del lessico adoperato dal legislatore, e P. MONTALENTI, *La società quotata*, cit., p. 265.

<sup>136</sup> Cfr. le *Linee guida Confindustria*, cit., p. 23.

<sup>137</sup> Si rammenta come l'art. 5, comma 1, lett. a) d.lgs. 231/2001, ultima parte, nel definire gli "apicali", impone la compresenza di funzioni di gestione "e" di controllo (cfr. G. DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti*, cit., p. 105). Approfonditamente, sul ruolo dei sindaci rispetto ai modelli adottati dalla società per prevenire i reati di cui al d.lgs. 231/2001, A. SCAFIDI, S. ANNOVAZZI, *Il ruolo del collegio sindacale nell'ambito dei modelli ex d.lgs. 231/2001 ed i suoi rapporti con l'organismo di vigilanza e controllo (parte 1)*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2/2007, p. 109 ss., e parte 2, in *Resp. amm. soc. enti*, 3/2007, p. 103 ss.



Gli strumenti “comminatori” riposti nelle mani dei sindaci delle quotate, d'altra parte, sono finalizzati alla tutela di interessi pubblicistici (a prescindere dal dibattito sulla “funzionalizzazione” del loro ruolo rispetto agli interessi perseguiti dalle autorità di vigilanza)<sup>138</sup>.

È evidente, anche nelle società non quotate, la possibile interferenza dei rimedi adottabili dai sindaci rispetto ai reati che tutelano la posizione di soci e creditori: ossia i reati fallimentari e quelli societari, spesso imperniati strutturalmente sulla produzione di un evento dannoso, cui si giunge tramite passaggi procedurali previsti dalla disciplina delle società.

Nelle società quotate, dalla garanzia dovuta dai sindaci, non possono essere esclusi illeciti che tutelano l'interesse diffuso facente capo alla categoria dei risparmiatori<sup>139</sup>; illeciti fondati sulla alterazione del corso dei titoli o sull'errata informazione al mercato, come l'*insider trading*, le manipolazioni del mercato, il falso in prospetto; sempre, s'intende, se commessi dagli amministratori nell'esercizio dell'attività di gestione dell'ente<sup>140</sup>. Per un verso, la pianificazione preventiva di questi reati rientra in una fase della gestione soggetta

---

<sup>138</sup> Nel senso che quegli interessi (tutela del mercato o, addirittura, del sistema economico), pur non essendo «criteri direttivi e funzionali» della vigilanza sindacale, «costituiscono limiti all'operare della società», S. FORTUNATO, *Art. 149*, cit., p. 1388.

<sup>139</sup> Un cenno al fatto che il controllo sindacale sia diretto a soddisfare interessi inerenti al “mercato” è in G. DOMENICHINI, *Art. 2403*, cit., p. 749; al “mercato” ed ai “risparmiatori”, in una visione sincretica degli interessi affidati alla cura del collegio sindacale, fa riferimento F. CORSI, *Il collegio sindacale*, cit., p. 221. Nel senso della apertura alla tutela di questi interessi, alla luce della legittimazione alla denuncia al tribunale e della comunicazione all'Autorità di vigilanza, che avrebbero “rotto”, all'indomani del Tuf, il “fronte” costituito dal CdA-collegio sindacale, M. BUSSOLETTI, *Procedimento ex art. 2409 c.c.: nuove legittimazioni nel quadro dei controlli sulle società quotate*, in *Giur. comm.*, 2000, p. 339 ss.

<sup>140</sup> Si pensi al caso in cui il CdA abbia posto in essere una determinata operazione, significativa ai fini della determinazione della direzione strategica della società, e si accinga poi ad informare il pubblico in un modo tale, sostanzialmente, da occultare quella operazione e da disorientare circa il reale atteggiamento verso il mercato (l'esempio è ispirato al caso considerato dalla Delibera Consob n. 15769, del 9.02.2007, di irrogazione di sanzioni amministrative nei confronti della IFIL S.p.A., sulla quale poi ha deciso App. di Torino, 23.01.2008, cit.). Se il collegio sindacale fosse al corrente sia dell'una che dell'altra evenienza, potrebbe rispondere per non aver impedito, con i mezzi di cui dispone, la diffusione di notizie non corrette.

alla loro vigilanza; per altro verso, l'articolazione teleologica assunta dall'organo – in specie la venatura pubblicistica che ne connota i poteri – conferma la creazione di un vincolo funzionale tra il bene “risparmio” e la posizione rivestita dall'organo di controllo.

Non condivisibile, invece, una tesi che indica i sindaci quali garanti per i reati commessi dal revisore<sup>141</sup>: vi si oppone l'art. 2407, comma 2 c.c., che vuole la responsabilità sindacale limitata a quanto realizzato o omesso dagli amministratori. La posizione di garanzia dei sindaci si estende alla tutela del bene costituito dall'indipendenza della revisione contabile, solo nella misura in cui questo sia aggredito dalla condotta degli amministratori, autori, nel caso, della corruzione attiva contemplata dall'art. 174-ter, comma 2 Tuf.

### 3. *I sistemi alternativi di amministrazione e controllo*

#### 3.1. *La responsabilità del consiglio di sorveglianza nel sistema dualistico*

Nel sistema dualistico l'amministrazione della società è affidata al consiglio di gestione; la funzione di controllo è esercitata dal consiglio di sorveglianza. Il consiglio di gestione è nominato e revocato dal consiglio di sorveglianza; quest'ultimo è nominato e revocato dall'assemblea. Il consiglio di gestione è un organo autonomo rispetto al consiglio di sorveglianza, come dimostra il divieto di sedere contemporaneamente nei due organi<sup>142</sup>.

La disciplina del consiglio di gestione non si discosta da quella del CdA nel sistema tradizionale. Va rilevato soltanto che talune materie possono sì essere delegate a singoli membri, ma non è ammessa

---

<sup>141</sup> Tesi patrocinata da G. MAZZOTTA, A. D'AVIRRO, *Profili penali del controllo nelle società commerciali*, cit., p. 346 ss.

<sup>142</sup> In luogo di molti, A. TOFFOLLETO, *Amministrazione e controllo*, cit., p. 241. Sui profili generali del sistema di *governance*, con riferimenti comparatistici, L. SCHIUMA, *Il sistema dualistico. I poteri del consiglio di sorveglianza e del consiglio di gestione*, in P. ABBADESSA, G.B. PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*, cit., vol. 2, p. 685 ss.

la costituzione di un comitato esecutivo<sup>145</sup>. La presenza di organi delegati ripropone poi la medesima ripartizione di funzioni e responsabilità che si presenta in un CdA ordinario, ancorché sia stato osservato come il consiglio di gestione non sia la sede più appropriata per amministratori non esecutivi o anche indipendenti. La presenza di membri tenuti esclusivamente a una funzione di vigilanza in tale sede, in realtà, acuirebbe più che altrove la moltiplicazione di posizioni similari di controllo, data, nei termini che ci si accinge ad illustrare, la scontata vocazione dell'organo di controllo, in questo sistema, ad intervenire incisivamente sulla gestione<sup>144</sup>.

Il consiglio di sorveglianza, infatti, associa taluni compiti normalmente attribuiti all'assemblea a funzioni proprie dell'organo di controllo<sup>145</sup>. Basti ricordare il potere di nomina e di revoca e le decisioni in materia di compenso dei membri del consiglio di gestione, la decisione circa l'azione di responsabilità nei loro confronti, l'approvazione del bilancio d'esercizio e del bilancio consolidato. Queste attribuzioni, sottratte all'assemblea dei soci (o concorrenti con questa), non rendono il consiglio di sorveglianza un organo propriamente "di gestione" (né un "ibrido" tra controllore e gestore)<sup>146</sup>. Ad esse, tuttavia, si sommano quei poteri di reazione che, si è visto, può attualmente vantare il collegio sindacale: ne risulta una possibilità molto ampia di intervenire sull'operato dei consiglieri di gestione, di

<sup>145</sup> F. GHEZZI, *Art. 2409-novies*, in F. GHEZZI (a cura di), *Sistemi alternativi di amministrazione e controllo*, Milano, 2005, p. 52 ss.

<sup>144</sup> Cfr. F. GHEZZI, *Art. 2409-novies*, cit., p. 56 ss. Per approfondimenti, con riferimento alla prassi statutaria sviluppatasi nei primi anni di vita dell'istituto, si rinvia a F. GHEZZI, *Consiglieri di sorveglianza "esecutivi" e componenti del consiglio di gestione "non esecutivi": eterogenesi dei fini?*, in *An giur. ec.*, 2007, p. 321 ss.

<sup>145</sup> G.E. COLOMBO, *Amministrazione e controllo*, cit., p. 190.

<sup>146</sup> È l'opinione di F. BONELLI, *L'amministrazione delle spa nella riforma*, cit., p. 701, che, in proposito, parla anche di «competenze composite». Di diverso avviso S. FORTUNATO, *I controlli nella riforma del diritto societario*, cit., p. 877, che definisce il consiglio di sorveglianza «una sorta di ircocervo a mezzo fra le regole dell'organo di controllo e dell'organo gestorio». Appare in ogni caso dubbio, sulla base di tali premesse, che il consiglio di sorveglianza possa rientrare tra quei soggetti "in posizione apicale", la commissione di reati da parte dei quali comporta la responsabilità amministrativa dell'ente ex art. 5 d.lgs. 231/2001; salvo, forse, le ipotesi nelle quali la commissione del reato attecchisca proprio in quelle funzioni "para-gestorie" che l'organo mutua dall'assemblea.

estremo interesse nell'ottica dell'omesso impedimento dei reati da questi realizzati<sup>147</sup>.

Va premesso, innanzi tutto, come l'ambito assoggettato alla vigilanza del consiglio di sorveglianza coincida con quello del collegio sindacale<sup>148</sup>; ed in termini simili viene ascritta la responsabilità dei suoi componenti per i fatti e le omissioni dei componenti del consiglio di gestione (art. 2409-terdecies c.c.)<sup>149</sup>. Lo statuto può estendere questo compito sino a comprendervi una deliberazione in ordine alle operazioni strategiche e ai piani industriali e finanziari predisposti dal consiglio di gestione, “ferma in ogni caso la responsabilità di questo per gli atti compiuti”<sup>150</sup>.

<sup>147</sup> Evidenzia i profili di marcata originalità rispetto al collegio sindacale B. LIBONATI, *Noterelle a margine dei nuovi sistemi di amministrazione della società per azioni*, cit., p. 293. Rispetto al collegio sindacale, non si è mancato di denunciare la relativa instabilità dell'organo di controllo, revocabile dall'assemblea in ogni tempo, con il solo presidio di una maggioranza rafforzata (si veda, ad esempio, F. FORTUNATO, *I controlli nella riforma del diritto societario*, cit., p. 876). Non sembra, tuttavia, che la circostanza possa assumere un peso rilevante nella negazione di un obbligo di garanzia in capo al consiglio di sorveglianza.

<sup>148</sup> Cfr. S. FORTUNATO, *I controlli nella riforma del diritto societario*, cit., p. 878.

<sup>149</sup> La norma, al comma 1, lett. c), richiama l'art. 2403 c.c.; al comma 3, afferma essere i componenti del consiglio di sorveglianza “responsabili solidalmente con i componenti del consiglio di gestione per i fatti e le omissioni di questi quando il danno non si sarebbe prodotto se avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica”, riproponendo lo schema dell'art. 2407, comma 2 c.c. (fatto salvo l'irrelevante omesso richiamo al parametro della “professionalità”: vedi E. SANTI, *Art. 2409-terdecies*, in A. MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, cit., vol. II, pp. 1171-1172). Per quanto riguarda gli obblighi del consiglio di sorveglianza delle società quotate, provvede il comma 4-bis dell'art. 149 Tuf.

<sup>150</sup> Art. 2409-terdecies, comma 1, lett. f). L'inciso finale non si intende nel senso di escludere la responsabilità del consiglio di sorveglianza, bensì di ritenere entrambi gli organi responsabili, “anche” (e non “solo”) il consiglio di gestione. La deliberazione del consiglio di sorveglianza sui piani potrebbe, però, al massimo soffermarsi sulla “coerenza” di questi rispetto alla continuità aziendale ed alla conformità con l'oggetto sociale, senza investire il merito (cfr. C. RABITTI BEDOGNI, *Attività e responsabilità*, cit., p. 337 ss.). Sul contenuto effettivo di questo potere deliberativo, si rinvia a P.P. FERRARO, *Consiglio di sorveglianza e alta gestione nell'amministrazione delle società per azioni*, in *Dir. fall. soc. comm.*, 2006, p. 371 ss., che vi intravede una competenza non più ampia di quella “autorizzatoria” (cfr. anche G.D. MOSCO, *Rafforzamento dei controlli interni*, cit., p. 42, che, paventando una commistione tra gestione e controllo, suggerisce una lettura della norma come competenza alla “mera approvazione” sulle operazioni strategiche). Per una trattazione della intricata problematica si rinvia comunque a P. MONTALENTI, *Il sistema dualisti-*

Nelle società non quotate, l'obbligo di vigilanza non è assistito da un'adeguata dote di poteri di informazione e di ispezione: l'art. 2409-*quaterdecies* giudica applicabili al consiglio di sorveglianza solo il secondo e terzo comma dell'art. 2403-*bis*, cioè la previsione sui poteri collegiali di richiedere e scambiare informazioni con i consiglieri di gestione; risultano per contro esclusi gli atti di ispezione e controllo che i sindaci possono eseguire anche individualmente ed "in qualsiasi momento". Diverso il discorso per il consiglio di sorveglianza delle società quotate, ai cui membri, anche individualmente, l'art. 151-*bis*, commi 1 e 4, attribuisce il potere di chiedere informazioni ai consiglieri di gestione, e, collegialmente (o anche, previa delega, ad un membro), il potere di procedere ad atti di ispezione e di scambiare informazioni con gli organi di controllo delle società controllate. In ogni caso, anche nelle società quotate, il consiglio di sorveglianza è estromesso dal flusso di informazioni del quale l'art. 2381, comma 5 c.c. rende destinatario il collegio sindacale<sup>151</sup>, ed al tempo stesso ha solo la facoltà, e non l'obbligo, di assistere alle sedute del consiglio di gestione<sup>152</sup>.

Ne consegue, quantomeno nelle società non quotate, un complessivo affievolimento dei doveri conoscitivi, che, se potrà difficilmente comportare esoneri da responsabilità civile per essersi astenuti dall'esercitare i pur ridotti poteri informativi e di "assistenza" di altri organi<sup>153</sup>, avrà il prevedibile effetto, sul piano penale, di rendere ancor più difficoltosa l'imputazione a titolo di dolo eventuale degli illeciti commessi dai consiglieri di gestione<sup>154</sup>. Ma il "rischio penale"

---

*co: il consiglio di sorveglianza tra funzioni di controllo e funzioni di alta amministrazione*, in *An. giur. ec.*, 2007, p. 275 ss.

<sup>151</sup> L'art. 2381, comma 5, infatti, viene richiamato solo dall'art. 2409-*novies*, comma 1, che dispone esclusivamente sul funzionamento del consiglio di gestione.

<sup>152</sup> Cfr. l'art. 2409-*terdecies*, ultimo comma («regola insufficiente ed improvida»), a giudizio di G.E. COLOMBO, *Amministrazione e controllo*, cit., p. 196).

<sup>153</sup> Cfr. M.C. BREIDA, *Art. 2409-terdecies*, in G. COTTINO *et al.* (commentario diretto da), *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004, p. 1193; A. GUACCERO, *Art. 2409/VII-XV*, in G. NICCOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali*, cit., p. 896 s. (lo stesso Autore giudica attuabili dal consiglio di sorveglianza i poteri ispettivi dei sindaci, tramite l'art. 223-*septies*, comma 2, disp. att. c.c.).

<sup>154</sup> N. PISANI, *Controlli sindacali*, cit., p. 246.

cui sottostà il consiglio di sorveglianza è egualmente elevato, se si considerano i poteri di reazione<sup>155</sup>.

Il consiglio di sorveglianza deve riferire all'assemblea sull'attività svolta e sui fatti censurabili rilevati, con cadenza almeno annuale; questa informativa ha uno scopo non allineato alla logica sottintesa all'analogia attività del collegio sindacale: l'informativa, nel sistema dualistico, non persegue una funzione di impulso nei confronti dell'assemblea, rispetto ad eventuali determinazioni che questa voglia adottare nei confronti dei consiglieri di gestione, ma ragguaglia l'assemblea medesima sulle determinazioni che l'organo di controllo potrebbe autonomamente adottare, o abbia già adottato<sup>156</sup>. Questo compito, in sostanza, non soddisfa alcuna esigenza repressiva di irregolarità gestorie<sup>157</sup>.

L'adempimento dell'obbligo di garanzia percorre ben altre strade. Come il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza può esercitare la denuncia al tribunale e, nelle società quotate, comunicare alla Consob eventuali irregolarità: ma la caratteristica del sistema è il potere di revoca dei componenti del consiglio di gestione, che rappresenta l'azione più immediata ed efficace al fine di impedire il compimento di fatti censurabili<sup>158</sup>; al punto che ci si è chiesti se gli

<sup>155</sup> «[...] decisamente numerosi e tali da garantire un'efficace reazione dell'organo di controllo ad eventuali irregolarità riscontrate nello svolgimento del proprio incarico» (P. MAGNANI, *Artt. 2409 -duodecies - 2409-terdecies*, in F. GHEZZI (a cura di), *Sistemi alternativi di amministrazione e controllo*, cit., p. 175).

<sup>156</sup> Cfr. P. MAGNANI, *Artt. 2409-duodecies-2409-terdecies*, cit., p. 179.

<sup>157</sup> L'informativa successiva dovrebbe essere finalizzata a consentire all'assemblea l'adozione di eventuali determinazioni nei confronti dello stesso organo di sorveglianza, come spiega M.C. BREIDA, *Art. 2409-terdecies*, cit., pp. 1188-1189, la quale, tuttavia, non tace il difetto intrinseco del sistema, che rende il consiglio ad un tempo referente e oggetto di valutazione. Un'informativa preventiva, invece, può essere tutt'al più finalizzata ad evitare il rischio che i soci esercitino l'azione di responsabilità nei confronti dei consiglieri di sorveglianza, per aver essi adottato una misura, rivolta ai consiglieri di gestione, che esponga la società ad iniziative risarcitorie azionate da questi ultimi (questo rischio è fatto presente da S. FORTUNATO, *I controlli nella riforma*, cit., p. 880).

<sup>158</sup> Secondo autorevole dottrina il consiglio di gestione sarebbe con ciò «gerarchicamente dipendente dal consiglio di sorveglianza» (B. LIBONATI, *Noterelle a margine dei nuovi sistemi di amministrazione della società per azioni*, cit., p. 289). V. CALANDRA BUONAURO, *I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 555, non manca però di evidenziare

altri poteri siano davvero utili ed abbiano un autonomo spazio di sopravvivenza<sup>159</sup>.

Sarà in definitiva l'omesso esercizio della revoca a dare corpo alla responsabilità penale dei membri del consiglio di sorveglianza per l'omesso impedimento dei reati commessi dai consiglieri di gestione<sup>160</sup>. Potere di revoca che, tra l'altro, implicherebbe, almeno secondo alcuni, un necessario sconfinamento della vigilanza nel "merito" della gestione<sup>161</sup>.

Ma non è tutto. In una certa misura, i membri del consiglio di sorveglianza possono incidere individualmente sul funzionamento dell'organo: in via generale, ciascun componente ha la legittimazione ad impugnare le delibere adottate (per via del rinvio all'art. 2388 c.c., effettuato dall'art. 2409-*quaterdecies* c.c.); nelle quotate, ciascun componente può sollecitare la riunione del consiglio di sorveglianza, rivolgendosi al presidente, e, di norma, "la riunione deve essere convocata senza ritardo" (salvo la procedura *ex art.* 151-*bis*, comma 2 Tuf). A differenza di quanto accade ai sindaci, quindi, può essere con minori difficoltà preso in considerazione il contegno omissivo di ciascun membro, onde appurarne la concreta efficacia causale<sup>162</sup>, nella prospettiva della responsabilità penale personale.

---

come la revoca possa esporre lo stesso organo di controllo ad una responsabilità per *culpa in eligendo*.

<sup>159</sup> A. TOFFOLETTO, *Amministrazione e controllo*, cit., p. 105, ad esempio, giudica di «non particolare rilevanza» il potere *ex art.* 2409 c.c.; S. FORTUNATO, *I controlli nella riforma*, cit., p. 880, evidenzia il probabile "imbarazzo" con cui i sorveglianti dovrebbero attivare la denuncia verso quei gestori che essi stessi hanno nominato.

<sup>160</sup> F. GIUNTA, *Controllo e controllori*, cit., p. 610.

<sup>161</sup> In questo senso, G.E. COLOMBO, *Amministrazione e controllo*, loc. ult. cit., a detta del quale sarebbe giocoforza ammissibile una revoca per il mancato conseguimento del risultato economico sperato. "Più cauto" il giudizio di S. FORTUNATO, *I controlli nella riforma*, cit., pp. 882-883, che, tuttavia, non esclude una certa prosimità di questo tipo di controllo al merito.

<sup>162</sup> Sebbene le modalità con cui il consiglio di sorveglianza delibera non siano determinate con sufficiente precisione dal legislatore: l'art. 2409-*quaterdecies*, comma 1 c.c., fa rinvio sia alle regole di funzionamento del CdA che del collegio sindacale, dando luogo ad un non chiarissimo accostamento di criteri (cfr. S. FORTUNATO, *I controlli nella riforma*, cit., p. 877).

### 3.2. *La responsabilità del comitato per il controllo sulla gestione nel sistema monistico*

Il sistema di amministrazione e controllo “monistico” si basa sulla creazione di un comitato per il controllo sulla gestione interno al consiglio di amministrazione<sup>163</sup>. Il comitato per il controllo deve essere composto da amministratori “non esecutivi”, ossia privi di deleghe o comunque di compiti gestori, ed “indipendenti”<sup>164</sup>, ossia in possesso dei requisiti di indipendenza che la legge stabilisce per i sindaci e che lo statuto può ulteriormente ampliare<sup>165</sup>. Questo sistema, in sintesi, confida nel fatto che l’indipendenza della funzione di controllo possa essere assicurata da tali requisiti soggettivi, piuttosto che dalla creazione di un organo esterno al CdA; sollevando, da un lato, lo scetticismo di alcuni osservatori, che vedono questa supposta indipendenza minata in radice dall’essere i membri del comitato di controllo nominati, revocati e sostituiti dallo stesso consiglio di amministrazione, ovvero, paradossalmente, dall’organo controllato<sup>166</sup>; dall’altro, l’ammirazione di chi ritiene maggiormente efficace un controllo esercitato “dall’interno” del CdA<sup>167</sup>.

Quanto alla ripartizione di funzioni, il consiglio di amministrazione conserva le tradizionali competenze di gestione e vigilanza, con le consuete articolazioni; il comitato per il controllo sulla gestione vede attribuirsi un dovere di vigilanza limitato alla “adeguatezza della struttura organizzativa della società, del sistema di con-

<sup>163</sup> Sui lineamenti generali del sistema monistico, con elementi comparatistici, C. MOSCA, *I principi di funzionamento del sistema monistico. I poteri del comitato di controllo*, in P. ABBADESSA, G.B. PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*, cit., vol. 2, p. 735 ss.

<sup>164</sup> Simile lettura in F. GHEZZI, M. RIGOTTI, *Art. 2409-octiesdecies*, in F. GHEZZI (a cura di), *Sistemi alternativi di amministrazione e controllo*, cit., p. 262.

<sup>165</sup> Art. 2409-octiesdecies, comma 2 c.c.

<sup>166</sup> Simili perplessità, ad esempio, in G.E. COLOMBO, *Amministrazione e controllo*, cit., p. 200; V. CALANDRA BUONAURA, *I modelli di amministrazione e controllo*, cit., p. 558. Ritiene tale atteggiamento frutto, sostanzialmente, di una impreparazione culturale al modello nordamericano di amministrazione e controllo, di cui si propone di spiegare le radici, A. LORENZONI, *Il comitato per il controllo sulla gestione nel sistema monistico: alcune riflessioni comparatistiche*, in *Giur. comm.*, I, 2006, p. 66 ss.

<sup>167</sup> B. LIBONATI, *Noterelle a margine dei nuovi sistemi di amministrazione*, cit., p. 301; A. LORENZONI, *Il comitato per il controllo*, loc. cit.



trollo interno e del sistema amministrativo e contabile, nonché sulla sua idoneità a rappresentare correttamente i fatti di gestione” – così l’art. 2409-*octiesdecies*, comma 5, lett. b) c.c. –, senza alcun cenno all’osservanza della legge e dei principi di corretta amministrazione, che figurano nell’art. 2403 c.c., e che, rispetto ai doveri dei sindaci, rappresentano la categoria di genere di cui il controllo strutturale sull’organizzazione è una specie<sup>168</sup>.

In sede di primo commento, non si è mancato di rilevare un ingiustificato depauperamento della funzione di vigilanza, privata del suo asse portante, costituito dal riferimento al controllo di legalità e sul rispetto dei suddetti principi<sup>169</sup>. L’impostazione legislativa è parsa tanto più incoerente, se paragonata ad una supposta migliore capacità del comitato, e di monitorare la gestione (dato che i membri siedono nel CdA), e di opporsi tempestivamente e con mezzi efficaci ai prevedibili sviluppi illeciti (tramite una serie di poteri di cui si dirà); così come incoerente è apparso il consequenziale restringimento dell’obbligo penalistico di garanzia<sup>170</sup>.

A ben vedere, la posizione del comitato per il controllo sulla gestione non è tale da subire effettive restrizioni, sia sul piano degli obblighi che delle responsabilità, se solo si considera la disciplina complessiva dell’istituto ed il lavoro esegetico sorto finora su di essa.

Una prima questione investe la reale o solo apparente alterità organica tra CdA e comitato di controllo<sup>171</sup>. Se si propendesse per la prima opzione, se davvero il legislatore avesse istituito un organo

<sup>168</sup> Così, V. SALAFIA, *Il sistema monistico nell’amministrazione e controllo della s.p.a.*, in *Soc.*, 2006, p. 1465.

<sup>169</sup> Cfr. G.E. COLOMBO, *Amministrazione e controllo*, cit., p. 201; S. FORTUNATO, *I “controlli” nella riforma*, cit., p. 889. Scrive V. SALAFIA, *Il sistema monistico*, cit., p. 1264: «Se la lettura dell’art. 2409-*octiesdecies* dovesse esaurire la disciplina del comitato di controllo nel sistema monistico, si dovrebbe dire che il sistema, in cui esso è compreso, non è affatto un sistema alternativo, nel quale, come negli altri, le funzioni dell’amministrazione e del “controllo” sono assicurate, ma un sistema che si caratterizza per la mancanza di un controllo sulla gestione». I problemi derivanti da una lettura “riduttiva” dell’istituto sono evidenziati anche da F. SALINAS, *Art. 2409-*octiesdecies**, in G. COTTINO *et alt.* (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, cit., p. 1236.

<sup>170</sup> N. PISANI, *Controlli sindacali*, cit., p. 252 ss.

<sup>171</sup> Nel senso della duplicità di organi nel sistema monistico si è espresso S. AMBROSINI, *L’amministrazione e i controlli*, cit., p. 329.

“diverso” dal CdA – benché composto da “amministratori” –, sarebbe legittimo isolarne la funzione in quell’area circoscritta dall’art. 2409-*octiesdecies*, comma 5. Questa funzione, nell’assetto corporativo dell’ente, si ridurrebbe essenzialmente a quella di mero canale istituzionale per le informazioni di tipo contabile e per quelle provenienti dal sistema di controllo interno, dirette al CdA, sulle quali il comitato “vigila”. Ma l’immagine di due organi distinti, esercenti funzioni distinte, e, quindi, con responsabilità distinte, non persuade. In realtà, sia esso un organo autonomo o un’articolazione del CdA, il comitato riceve una propria autonomia funzionale dalla legge<sup>172</sup>.

Non va dimenticato che i membri del comitato non dismettono le vesti di amministratori; che, di conseguenza, essi conservano i doveri che incombono su questa carica, e, partecipando alle decisioni del CdA, esprimono il proprio voto, pur essendo loro interdetto l’esercizio della gestione<sup>173</sup>. Per la precisione, essi sono amministratori non esecutivi, per cui la loro funzione ripete gli attributi della vigilanza svolta dai membri del CdA privi di deleghe, “approfondendone” questioni «caratterizzate da un particolare tecnicismo e dal notevole impegno richiesto per svolgerle»<sup>174</sup>. L’istituzione del comitato è, quindi, pur sempre finalizzata al soddisfacimento del dovere

<sup>172</sup> B. LIBONATI, *Noterelle a margine dei nuovi sistemi di amministrazione*, cit., pp. 298-299, evidenzia come, nel sistema monistico, il comitato di controllo non è organo delegato, sì che ne è assicurata l’indipendenza e una “separatezza” di funzioni rispetto ai gestori “assoluta”; l’Autore richiama anche l’attenzione sull’utilizzo del verbo “vigilare”, anziché “controllare”: il termine «enfattizza l’intervento preventivo e continuativo», ed inoltre sottolinea «il compito affidato al comitato di controllo, e soprattutto il rigore delle sue modalità di attuazione» (*ibidem*, p. 299). Sul punto, si vedano anche le indicazioni di A. MORELLO, *Il comitato per il controllo sulla gestione tra dipendenza strutturale ed autonomia funzionale*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, p. 739 ss.

<sup>173</sup> Cfr. V. SALAFIA, *Il sistema monistico*, cit., p. 1465, che evidenzia come ai membri del comitato spetti la funzione, ad un tempo, deliberativa e di valutazione della corrispondenza delle decisioni ai principi di corretta amministrazione. In senso analogo, vedi anche F. GHEZZI, *Art. 2409-septiesdecies*, in F. GHEZZI (a cura di), *Sistemi alternativi di amministrazione e controllo*, cit., p. 242 ss., cui si rinvia anche per l’esposizione della tesi contraria. L’unitarietà dell’organo è sostenuta anche da D. BUONOMO, *Amministrazione e controlli interni*, in *Scritti in onore di V. Buonocore*, cit., vol. III, p. 2003 ss.

<sup>174</sup> F. GHEZZI, M. RIGOTTI, *Art.2409-octiesdecies*, cit., p. 285.

di agire in modo informato, che riguarda ciascun consigliere d'amministrazione, e tende ad agevolare quella valutazione (sugli assetti organizzativi, sull'andamento della gestione, sulle operazioni strategiche e sui piani) che costituisce obbligo del consiglio<sup>175</sup>.

Sebbene sia un'articolazione dell'organo amministrativo, inoltre, il comitato non può accontentarsi delle informazioni ottenute in consiglio: partecipa della sua specifica funzione il rinvenimento altrove delle informazioni, poiché esso è abilitato a chiedere agli esecutivi informazioni ulteriori rispetto a quelle trasmesse al consiglio, ad interpellare altri soggetti appartenenti alla struttura aziendale e ad esaminare documenti<sup>176</sup>.

Può essere così spiegato l'omesso integrale richiamo all'art. 2403 c.c., evidentemente sostituito dall'obbligo di vigilanza sulla legalità dell'amministrazione sancito dall'art. 2392 c.c.<sup>177</sup>; e può essere parzialmente spiegata l'omessa enunciazione di poteri informativi modellati sull'art. 2403-bis, comma 2, in base al fatto che all'amministratore, come tale, spetta l'obbligo di agire in modo informato<sup>178</sup>, con i suoi limiti, rispetto ai corrispettivi poteri dei sindaci<sup>179</sup>, ma an-

<sup>175</sup> F. GHEZZI, M. RIGOTTI, *Art. 2409-octiesdecies*, cit., pp. 285-286.

<sup>176</sup> Così, quasi alla lettera, ancora F. GHEZZI, M. RIGOTTI, *Art. 2409-octiesdecies*, cit., p. 295.

<sup>177</sup> Cfr. A. TOFFOLETTO, *Amministrazione e controllo*, cit., p. 247, a giudizio del quale, se la disciplina avesse espressamente previsto l'obbligo di vigilanza per il comitato, «si sarebbe probabilmente trattato di un'inutile duplicazione che avrebbe per di più fatto venire il dubbio che gli altri amministratori non vi fossero tenuti». Similmente D. BUONOMO, *Amministrazione e controlli interni*, cit., p. 2013; A. LORENZONI, *Il comitato per il controllo*, cit., p. 92 ss.; A. MORELLO, *Il comitato per il controllo*, cit., pp. 785-786. A giudizio di V. CALANDRA BUONAURA, *I modelli di amministrazione e controllo*, cit., p. 547, l'omesso richiamo alla vigilanza sulla legalità ed i principi di corretta amministrazione sarebbe colmabile tramite l'art. 223-septies delle disposizioni attuative. Secondo F. DI SABATO, *Diritto delle società*, cit., p. 371, non viene richiamato un dovere di vigilanza perché i componenti del comitato «sono anche amministratori e, quindi, più che "vigilare" su questi aspetti sono positivamente tenuti a rispettarli!». Sensibilmente diversa la posizione di A. GUACCERO, *Artt. 2409-XVI-XIX*, in G. NICCOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali*, cit., p. 921, che ritiene esser venuto meno, nel modello monistico, il controllo sulla legalità, e riconosce l'esistenza soltanto di un controllo sull'andamento della gestione, spettante ai membri del comitato interno in quanto amministratori.

<sup>178</sup> V. SALAFIA, *Il sistema monistico*, cit., p. 1467.

<sup>179</sup> Vedi però B. LIBONATI, *Noterelle a margine dei nuovi sistemi di amministrazione*, cit., p. 302 ss., secondo cui la questione dell'omesso richiamo ai poteri

che con le significative aperture verso canali informativi ulteriori rispetto all'informazione endoconsiliare di cui s'è discusso; mentre, per le società non quotate, risulta colmabile solo in via statutaria l'omessa attribuzione di poteri ispettivi del tipo previsto dal 1° comma dell'art. 2403-*bis*<sup>180</sup>.

Dunque, non solo non si assiste ad alcun consistente impoverimento della posizione di controllo – la quale, se paragonata a quella ricoperta dagli amministratori, si arricchisce di un connotato peculiare, usualmente facente capo ai sindaci –, ma, sul piano dei poteri “reattivi”, va tenuta in conto, ai fini della ricostruzione delle responsabilità dell'organo di controllo, la singolare combinazione di attribuzioni amministrative con poteri sindacali<sup>181</sup>. Cosicché, oltre alla normale azione di sollecitazione del CdA, di cui è parte<sup>182</sup>, il comitato per il controllo sulla gestione sarà tenuto ad esercitare taluni poteri indirizzati all'“esterno”: in particolare, la denuncia di cui all'art. 2409 c.c.<sup>183</sup> e la comunicazione di irregolarità alla Consob.

Tutto ciò lascia prevedere un sensibile aggravio della responsabilità dei membri del comitato: difficilmente costoro potranno sottrarsi al rimprovero per non aver esercitato tali poteri (o per non essersi singolarmente attivati perché il comitato li esercitasse), non solo riguardo alla vigilanza, per così dire “tecnica”, descritta dall'art.

---

sindacali di ispezione e verifica va risolta, partendo dalla premessa che quei poteri spettano anche all'amministratore.

<sup>180</sup> Per le società quotate dispone invece l'art. 151-*ter* Tuf.

<sup>181</sup> C. RABITTI BEDOGNI, *Attività e responsabilità*, cit., p. 342. Sulla base dell'attribuzione di poteri propri del collegio sindacale nel sistema tradizionale, V. SALAFIA, *Il sistema monistico*, cit., p. 1463 ss., propone una ricostruzione, tendente ad ampliare la portata dei doveri e delle responsabilità del comitato per il controllo sulla gestione, in parte diversa da quella recepita nel testo. L'Autore, infatti, prende le mosse dalle funzioni attribuite al comitato di controllo (in particolare, quelle esercitate innanzi alla denuncia dei soci ex art. 2408 ed innanzi alle irregolarità gestorie che danno luogo all'attivazione del procedimento ex art. 2409 c.c.), per dedurre la corrispondenza con la funzione di controllo sindacale, le cui finalità sono fissate dall'art. 2403 c.c. Considera i poteri del comitato adeguati allo svolgimento dei compiti di vigilanza C. MOSCA, *I principi di funzionamento*, cit., p. 753 ss., la quale esprime un giudizio complessivamente positivo sul sistema di amministrazione e controllo monistico (*ibidem*, p. 762).

<sup>182</sup> CdA che, nelle società quotate, può essere convocato dal comitato, così come l'assemblea: cfr. A. LORENZONI, *Il comitato per il controllo*, cit., p. 91 ss.

<sup>183</sup> Con l'effetto, invero singolare, di poter causare la propria revoca: D. BUONOMO, *Amministrazione e controlli*, cit., pp. 2007-2008.

2409-*octiesdecies*, lett. b), ma con riferimento a qualunque irregolarità riscontrata in occasione della propria attività di vigilanza condotta in qualità di amministratori non esecutivi<sup>184</sup>.

Nei rapporti con gli altri membri non esecutivi del CdA, si profila, infine, un singolare incrocio di funzioni e responsabilità<sup>185</sup>. Se, in conformità alle già svolte considerazioni, è ipotizzabile la responsabilità omissiva del comitato per quanto omesso o realizzato dagli altri amministratori non esecutivi estranei al comitato (*rectius*: per quanto costoro contribuiscono ad omettere o realizzare in ambito consigliare), dall'inerzia dei primi nascono diverse conseguenze anche per questi ultimi. Ci si può chiedere, in altri termini, come sia da valutare l'inerzia degli (altri) amministratori non delegati conseguente all'inefficacia dei controlli attuati dal comitato, inefficacia che può essersi tradotta anche in un'informativa fuorviante.

Una risposta può essere così articolata. Rispetto agli illeciti realizzati dalle sue appendici esecutive, permane una posizione di garanzia dell'intero consiglio, racchiusa nell'obbligo di impedire fatti pregiudizievoli di cui si sia a conoscenza "in ogni caso"; se l'omesso intervento del consiglio è stato determinato dall'inefficienza del comitato di controllo interno, vale un esonero per i membri non esecutivi nei limiti della "presunzione di affidamento" che si genera tra le articolazioni consiliari<sup>186</sup>, a prescindere dalla possibilità tecnica di inquadrare i rapporti tra comitato per il controllo sulla gestione e *plenum* consiliare entro lo schema della delega<sup>187</sup>; il limite di operatività di tale affidamento è costituito dal ragionevole dubbio sulla inesattezza delle prestazioni – informazione o consulenza – di cui il comitato è debitore nei confronti del CdA, con i consueti problemi di confine tra inadempimento colposo ed ingresso di uno stato psicologico assimilabile al dolo eventuale.

<sup>184</sup> Cfr. F. GHEZZI, M. RIGOTTI, *Art. 2409-octiesdecies*, cit., pp. 319-320.

<sup>185</sup> Il ruolo dei consiglieri non delegati è visto come "incongruenza" del sistema da S. FORTUNATO, *I "controlli" nella riforma*, cit., p. 890.

<sup>186</sup> F. GHEZZI, M. RIGOTTI, *Art. 2409-octiesdecies*, cit., p. 321.

<sup>187</sup> Sostiene che si possa parlare di delega, sebbene imposta dalle legge, A. MORELLO, *Il comitato per il controllo*, cit., p. 782.

#### 4. *Precisazioni in tema di amministrazione e controllo nel gruppo di società*

Ai nostri fini, si può affermare, in modo assai schematico, che la problematica dei gruppi tocca il tema dell'accertamento della responsabilità penale in due luoghi<sup>188</sup>: quello relativo alla estensione delle responsabilità verso gli amministratori della società controllante per omesso impedimento dei fatti realizzati dagli organi di una società controllata, e quello, per lo più gravitante attorno al tema del conflitto di interessi, della responsabilità degli organi sociali delle società del gruppo per le operazioni realizzate a vantaggio di altra società.

Nelle due ipotesi la presa in considerazione dell'unitarietà del gruppo, sia pure a livello solo economico, produce conseguenze opposte, giocando, rispettivamente, in favore di un'estensione delle responsabilità, nel momento in cui vengono individuati centri di imputazione al di fuori della società cui è da ricondursi l'illecito verificatosi<sup>189</sup>; in favore di una restrizione delle responsabilità, quando determinate operazioni appaiano non censurabili alla luce del perseguimento di una politica di gruppo<sup>190</sup>. In questa sede ci si soffermerà

<sup>188</sup> Molto più vasto, è chiaro, ed inesplorabile in questa sede, è il campo delle connessioni tra gruppi e diritto penale: per una introduzione vedi V. MILITELLO, *Attività del gruppo e comportamenti illeciti: il gruppo come fattore criminogeno*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 1998, p. 367 ss. Più di recente si veda la monografia di E. SCAROINA, *Il problema del gruppo di imprese*, Milano-Roma, 2006. Di estrema attualità anche il tema dell'utilizzo della struttura di gruppo come espediente per depauperare il patrimonio sociale di alcune società a vantaggio di altre e come mezzo per eludere i controlli esterni (con la collocazione di società controllanti all'estero): vedi M. MIOLA, *Società quotate, controlli esterni e gruppi di società*, in C. AMATUCCI (a cura di), *I controlli esterni nelle società quotate*, Milano, 2005, p. 177 ss.

<sup>189</sup> C. PEDRAZZI, *Dal diritto penale delle società al diritto penale dei gruppi: un difficile percorso*, già in *Aa.Vv.*, *I gruppi di società*, vol. III, Milano, 1996, p. 1775 ss., ora in C. PEDRAZZI, *Diritto penale*, cit., vol. III, p. 815 ss., in particolare, p. 831 ss.

<sup>190</sup> Nel senso che la "politica di gruppo" dovrebbe fungere da «limite delle fattispecie di reato», secondo la locuzione impiegata da C. PEDRAZZI, *Gruppo di imprese e responsabilità penali*, già in *Disciplina giuridica del gruppo d'impresa*, Milano, 1982, ora in C. PEDRAZZI, *Diritto penale*, cit., vol. III, p. 741 ss. Almeno in teoria. Nelle sue pratiche applicazioni, il principio dell'unitarietà del gruppo è stato sistematicamente ignorato dalla giurisprudenza, come testimonia l'esperienza in tema di bancarotta infragruppo (vedi F. SGUBBI, *Gruppo societario e responsabilità delle*

solo sul primo aspetto, che si presenta oggi arricchito dai possibili nessi con la responsabilità delle persone giuridiche.

In realtà, non esistendo nel d.lgs. 231/2001 alcuna previsione sui gruppi, deve escludersi che sorga un obbligo di adozione da parte della *holding* di un modello organizzativo che estenda la propria efficacia preventiva nei confronti di altre società<sup>191</sup>. Nondimeno, l'interprete potrebbe essere indotto a colmare la lacuna, veicolando la responsabilità amministrativa da una società, nel cui interesse risulti essere stato commesso un reato, ad altra società, nella quale si ravvisi l'esistenza di posizioni di garanzia tenute ad impedire quanto verificatosi nella prima<sup>192</sup>.

---

*persone giuridiche ai sensi del D.lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2006, p. 7 ss.). L'esimente di cui al comma 3° dell'art. 2634 c.c., in materia di infedeltà patrimoniale, così come la clausola di esonero da responsabilità per danni di cui all'art. 2497, comma 1 c.c. stentano a far breccia nel settore dei reati fallimentari (vedi Cass. 18.11.2004, Giammarino, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3781 ss., con nota di V. NAPOLEONI, *Geometrie parallele e bagliori corruschi del diritto penale dei gruppi (banca rotta infragruppo, infedeltà patrimoniale e "vantaggi compensativi")*, *ivi*, p. 3787 ss.).

<sup>191</sup> Lo chiarisce un parere del Consiglio di Stato, sez. III, del 11.01.2005, al punto 1: «Poiché la responsabilità amministrativa è correlata all'inidoneità dei sistemi di organizzazione e vigilanza adottati dalla specifica società i cui vertici o dipendenti hanno commesso il reato, e, quindi, a presupposti oggettivi riferibili ad una particolare realtà aziendale, deve escludersi che, nel caso di reati commessi nell'ambito di una delle società appartenenti ad un gruppo societario, le relative sanzioni o misure cautelari siano genericamente estendibili a tutte le società appartenenti al gruppo. Va, inoltre, osservato che l'esistenza di aggregazioni societarie, come riconosciuto anche dalla giurisprudenza penale, non determina di per sé un mutamento delle posizioni di garanzia - che competono solo in capo ai singoli amministratori di ciascuna società che lo compone -, dovendosi escludere che dal mero collegamento societario derivi, in capo agli amministratori di una società del gruppo, l'obbligo di impedire la commissione di reati nell'ambito di un'altra società del medesimo (Corte d'Appello di Roma, 28 marzo 1995). La responsabilità di altre società rientranti nel gruppo potrà, quindi, ipotizzarsi solo quando sia dimostrato che i rispettivi soggetti in posizione apicale o i rispettivi dipendenti hanno contribuito alla commissione del reato in concorso con quelli della capogruppo, e sempre che la singola società non possa produrre la prova liberatoria prevista dal citato primo comma dell'articolo 6 del d.lg. n. 231/2001». In argomento, si veda E. AMODIO, *Rischio penale di impresa e responsabilità degli enti nei gruppi multinazionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1287 ss.

<sup>192</sup> È il pericolo ravvisato da F. SGUBBI, *Gruppo societario e responsabilità delle persone giuridiche*, loc. cit. In realtà, come segnalato dallo stesso Autore, accanto a questo strumento, ne esistono altri adatti alla espansione della responsabilità degli enti nell'ambito del gruppo: la figura dell'amministratore di fatto e lo

Di fondamentale importanza è stabilire se davvero l'ordinamento appresti una tutela così energica ai beni posti in pericolo dalla gestione societaria, da coinvolgere soggetti esterni alla singola compagine: soggetti, beninteso, cui non possa essere imputata alcuna forma di compartecipazione attiva rispetto al reato commesso dagli esponenti della controllata.

In passato, la responsabilità degli amministratori della *holding* è stata riconosciuta da certa giurisprudenza, con riferimento all'ipotesi del falso in bilancio consolidato<sup>193</sup>. A prescindere da questa specifica ipotesi<sup>194</sup>, diverso è stato l'atteggiamento della dottrina che ha affrontato la questione prima della riforma delle società di capitali. Malgrado talune sfumature, sembra di poterne ricostruire taluni approdi nei seguenti termini.

La società controllante esercita la propria influenza tramite la detenzione di una partecipazione: essa è in una posizione non dissimile da quella dei soci; posizione, di conseguenza, su cui non è incardinabile alcun obbligo di garanzia<sup>195</sup>. Nessun obbligo di vigilanza nasceva, allora, per gli amministratori della controllante rispetto ai reati commessi dalla controllata: non ve n'era traccia nelle norme che regolavano la funzione amministrativa<sup>196</sup>; non era un corollario della scarna disciplina del controllo societario<sup>197</sup>. Si ammettevano,

---

stesso interesse/vantaggio di gruppo che, ignorato come strumento limitativo della responsabilità delle persone fisiche, viene oggi riscoperto dalla giurisprudenza come espediente per estendere la responsabilità degli enti (cfr. Trib. Milano, ordinanza del 20.09.2004, in *Guida dir.*, 47/2004, 69 ss.). Sul tema, vedi anche A. ASTROLOGO, *Concorso di persone e responsabilità della persona giuridica*, in *Ind. pen.*, 2005, p. 1030 ss.

<sup>193</sup> Cfr. Cass., sez. V, 19.10.2000, n. 191, Mattioli, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2494 ss., che afferma una posizione di garanzia dell'amministratore della capogruppo in merito alle falsità dei dati, trasmessi dalle controllate, emerse in sede di consolidamento.

<sup>194</sup> Su cui, A. CALAMANTI, *La responsabilità penale degli amministratori di società controllante per falsità "indiretta" del bilancio consolidato*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 2000, p. 554 ss., e, più di recente, R.G. MARUOTTI, *Il falso in bilancio consolidato ed il "passo del gambero"*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 2004, p. 393 ss., in particolare p. 435 ss.

<sup>195</sup> C. PEDRAZZI, *Dal diritto penale delle società al diritto penale dei gruppi*, cit., p. 832.

<sup>196</sup> A. CARMONA, *Premesse ad un corso*, cit., p. 255 ss.

<sup>197</sup> Cfr. F.M. IACOVIELLO, *Il falso in bilancio nei gruppi di società*, cit., p. 3160.



al limite, obblighi di impedimento nascenti dall'esercizio contingente della "direzione unitaria", come effetto della ingerenza nella gestione aliena<sup>198</sup>.

Fondamentalmente l'impostazione non muta alla luce della disciplina sulla "direzione" ed il "coordinamento" di società di cui agli artt. 2497 ss. c.c. Queste disposizioni, invero, non hanno introdotto una nozione giuridica di gruppo; hanno modellato una fattispecie riconducibile al fenomeno economico di fondo: la responsabilità da direzione e coordinamento<sup>199</sup>. Tale responsabilità, imputabile agli amministratori della controllante, non ruota attorno alla istituzione di un (gravoso) obbligo di vigilanza sull'attività del gruppo; piuttosto sorge da una "attività": l'esercizio della direzione e coordinamento<sup>200</sup>, in ipotesi contraria ai «principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale», e produttiva di un danno per i soci ed i creditori delle controllate. Una responsabilità, in pratica, che discende dal non avere individuato, «per ciascuna operazione, l'equilibrio tra gli interessi delle controllate e della capogruppo, sì da far convergere gli interessi di tutte le società coinvolte nell'operazione»<sup>201</sup>.

<sup>198</sup> C. PEDRAZZI, *Dal diritto penale delle società*, cit., p. 834; A. ALESSANDRI, *Parte generale*, cit., p. 94 ss. F.M. IACOVIELLO, *Il falso in bilancio nei gruppi*, loc. ult. cit., giudicava questa residua forma di responsabilità, sul piano interpretativo, un «risultato modesto».

<sup>199</sup> Sul tema, P. ABBADESSA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti per una riflessione*, in *Banca e borsa*, I, 2008, p. 279 ss.; G. GIORGIANNI, *La responsabilità nei gruppi*, in A. NIGRO (a cura di), *Libertà e responsabilità nel nuovo diritto societario*, cit., p. 107 ss.; P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 317 ss.; A. VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in P. ABBADESSA, G.B. PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*, cit., vol. 3, p. 833 ss.

<sup>200</sup> Ove per attività di direzione s'intende «l'esercizio di una pluralità sistematica e costante di atti di indirizzo idonei ad incidere sulle decisioni gestorie dell'impresa, cioè sulle scelte strategiche ed operative di carattere finanziario, industriale, commerciale che attengono alla conduzione degli affari sociali»; mentre «l'attività di coordinamento consiste nel realizzare un sistema di sinergia tra diverse società del gruppo nel quadro di una politica strategica complessiva, estesa all'"insieme" di società» (P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento*, cit., p. 321).

<sup>201</sup> C. RUGGIERO, *Responsabilità da direzione e coordinamento del "socio tiranno" per insolvenza della società del gruppo*, in *Soc.*, 2005, p. 567.

La riforma non offre precise indicazioni sulla natura, contrattuale o extracontrattuale, della prevista responsabilità<sup>202</sup>. Solo nel primo caso essa potrebbe aver generato obblighi di organizzazione dell'attività di gruppo, sino a delineare una responsabilità da omesso esercizio della direzione<sup>203</sup>. Nel secondo caso, invece, come sostenuto da autorevole dottrina, alla responsabilità per un "fatto", corrisponderebbe un "potere di fatto", esclusivamente fondato, in altri termini, su ciò che una *holding* come "socio" può fare: ossia esercitare la propria influenza sulla società partecipata, la cui gestione soggiace allo schermo della rigida separazione tra amministrazione e assemblea<sup>204</sup>.

Il contrasto interpretativo, qualunque sia la corretta soluzione civilistica, assume un certo rilievo per quella penalistica, dato il diverso peso che il diritto penale attribuisce al principio di legalità. Che la responsabilità, nella fattispecie in analisi, nasca da un "fatto"

---

<sup>202</sup> Cfr. G. GIORGIANNI, *La responsabilità*, cit., p. 119 ss. Nel senso della responsabilità extracontrattuale si esprime la Relazione al d.lgs. 6/2003. Salvo che si sia al cospetto di un "contratto di dominio" (sulla cui accezione e problematica ammissibilità, vedi comunque R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma societaria*, in *Soc.*, 2004, p. 540).

<sup>203</sup> Cfr. R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Scritti in onore di V. Buonocore*, cit., vol. III, p. 3724 ss.

<sup>204</sup> F. GALGANO, *Il nuovo diritto delle società*, Padova, 2003, p. 185 ss.; F. GALGANO, *Il regolamento di gruppo nei gruppi bancari*, in *Banca e borsa*, 2005, I, p. 86 ss. Viceversa, tra gli autori che sostengono la natura contrattuale della neo introdotta responsabilità, si è parlato di fissazione, da parte del 2497 c.c., di «determinati doveri di comportamento in capo al soggetto che esercita l'attività di direzione e coordinamento», di un «potere di gestione delle società che si trovino in stato di soggezione a quell'attività» ed infine, in sostanza, di un dovere da parte degli amministratori delle controllate di adempiere le direttive di gruppo entro il limite della loro legittimità (G. SCOGNAMIGLIO, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, in G. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Milano, 2003, p. 189 ss.); o di un «assai ingrato [...] ruolo riservato agli amministratori della società di vertice», poiché «qualunque irregolarità che venga riscontrata nella gestione delle singole entità del gruppo potrebbe essere ad essi imputata, al limite anche per l'assunta violazione del dovere di vigilanza che in una visione rigidamente totalizzante del fenomeno, potrebbe ritenersi ricompreso nella funzione tipica della "direzione unitaria"» (A. PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 774).

pare trovare riscontro nei testi<sup>205</sup>: sì che assenza di obblighi giuridici di vigilanza sull'operato della controllata, da un lato, e le incertezze, quantomeno, circa l'esistenza di poteri giuridici di intervento nei confronti degli amministratori delle medesime (incertezze accentuate dalla tesi della responsabilità extracontrattuale), dall'altro, rendono notevolmente impervia la strada verso l'art. 40 cpv. c.p.

L'unica suggestione recepibile dal sistema penale sarebbe una responsabilità omissiva da ingerenza: categoria, da noi, dogmaticamente negletta<sup>206</sup>, e, in questo caso, per di più calata in un contesto di base estremamente instabile, poiché affetto dal dubbio esegetico sul limite di liceità della direzione unitaria<sup>207</sup>.

È vero, però, che ad un profilo di "Schutzrecht", cioè di tutela di talune categorie da un danno derivante dall'attività della capogruppo, negli artt. 2497 ss. c.c. è connesso un profilo di "Organisationsrecht", ossia una regolamentazione su taluni momenti organizzativi di quella attività che è eventuale fonte di danno<sup>208</sup>. Regolamentazione che, in materia di *governance*, si manifesta in modo frammentario, in una serie di norme che, per lo più, vertono sui rapporti infor-

---

<sup>205</sup> Come ammette lo stesso R. SACCHI, *Sulla responsabilità*, loc. ult. cit., che pure è sostenitore della tesi contrattuale. Dalla lettura dell'art. 2497, segnala in tono critico G. GUIZZI, *La responsabilità della controllante per non corretto esercizio del potere di direzione e coordinamento*, in G. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, cit., p. 211, si ricava come «l'esercizio del potere di direzione è assunto come mero fatto, risultando estranea al legislatore della riforma qualsiasi preoccupazione di una preventiva qualificazione della stessa come lecita e/o doverosa».

<sup>206</sup> Cfr. *supra*, cap. III, § 8.

<sup>207</sup> Critiche alla formula adottata dall'art. 2497 c.c., per la sua vaghezza, giungono da diversi autori: vedi R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma*, cit., p. 539 ss.; R. SACCHI, *Sulla responsabilità*, cit., p. 3715 ss. La giudica, invece, «sufficientemente esplicita» A. JORIO, *Profili della responsabilità della società capogruppo*, in S. AMBROSINI (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, vol. II, Torino, 2005, p. 60. Critiche alla teoria dell'ingerenza, applicata al gruppo di società, giungono anche da N. PISANI, *Controlli sindacali*, cit., p. 324 ss.

<sup>208</sup> Utilizza siffatti concetti U. TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppi di imprese*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 61 ss.; evidenzia momenti di "Konzernorganisationsrecht" anche A. VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento*, cit., *passim*. Si pensi, in particolare, alla disciplina della pubblicità dell'attività di direzione e coordinamento ed all'obbligo di motivazione delle decisioni influenzate dalla capogruppo.

mativi<sup>209</sup>. Si tratta di un profilo secondario nell'economia della nuova disciplina<sup>210</sup>. Non è concesso desumerne alcun obbligo generale di organizzazione. Semmai la trama informativa che innerva le relazioni infragruppo aggrava la vigilanza di cui gli organi sono debitori nei confronti delle rispettive società, senza imporre loro di impedire quanto avviene in altri enti, bensì in modo tale da obbligare tali organi a prendere in considerazione ciò che in essi accade, al fine di evitare, tra l'altro, che nella società cui appartengono si realizzino quelle condotte da cui deriva la responsabilità prevista dall'art. 2497 c.c.<sup>211</sup>.

Una responsabilità omissiva degli amministratori della *holding*, infine, non può ergersi nemmeno sulla costruzione dell'"amministratore di fatto". È vero che, secondo recenti impostazioni<sup>212</sup>, è questa la qualifica confacente ai vertici di quelle organizzazioni di gruppo le cui singole parti appaiano essere altrettante unità decentralizzate di un'unica impresa; ma è altrettanto evidente, sul piano penale, l'attrito con il principio di legalità che l'individuazione di garanti "di fatto" genererebbe<sup>213</sup>.

<sup>209</sup> Cfr. gli artt. 2381 comma 5 c.c. e 150 Tuf sulla relazione dei delegati al CdA, che comprende anche operazioni effettuate dalle società controllate, e l'art. 2403-bis c.c., che munisce il collegio sindacale del potere di chiedere informazioni "anche con riferimento a società controllate", nonché di scambiare informazioni con l'organo di controllo di queste ultime. Un commento in A. NIUTTA, *La nuova disciplina delle società controllate: aspetti normativi dell'organizzazione del gruppo di società*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 780 ss., e in ASSONIME, Circolare n. 44/2006, *Direzione e coordinamento di società. Profili di organizzazione e responsabilità del fenomeno del gruppo*, in *Riv. soc.*, 2006, p. 1097 ss.

<sup>210</sup> Cfr. F. SGUBBI, *Gruppo*, cit., p. 9.

<sup>211</sup> Cfr. G. CAVALLI, *Artt. 148-154*, cit., p. 1243, il quale, commentando l'art. 149 nella parte in cui prevede l'obbligo di vigilare sulle informazioni ai sensi dell'art. 114, comma 2 Tuf, scrive: «È da ammettere, naturalmente che nel caso di inerzia degli amministratori delle controllate e di quelli della capogruppo, i sindaci possano, e, anzi, debbano attivarsi presso questi ultimi affinché siano adottate le opportune iniziative "sanzionatorie" [...]. Riterrei di escludere, invece, che la norma conferisca al collegio della controllante una qualche indiretta ingerenza sulle società controllate, la cui gestione resta assoggettata alla vigilanza degli organi o dei soggetti preposti in ciascuna di esse». Indicazioni in tal senso si rinvenivano anche nello studio di U. TOMBARI, *Il controllo sindacale sugli amministratori in una società per azioni dominante e dipendente*, in *Riv. soc.*, 1997, p. 945 ss.

<sup>212</sup> Cfr. N. ABRIANI, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, Milano, 1998, p. 90 ss.

<sup>213</sup> A. ALESSANDRI, *Parte generale*, cit., p. 67.

## 5. Cenni sulla disciplina preventiva del conflitto di interessi

La disciplina del conflitto d'interessi presenta tratti di specificità, rispetto al tema delle responsabilità degli organi societari, tant'è che si è adoperata la significativa espressione di «governance del conflitto d'interessi»<sup>214</sup>.

Un primo elemento di “specificità” si evince dall'art. 2391 c.c. La norma prevede un'apposita procedura, che arretra il proprio spettro preventivo rispetto alla comunicazione, da parte dell'amministratore, di un interesse *tout court*, non necessariamente di un interesse in conflitto con quello della società; ed è una “prevenzione” che, come è stato scritto, meglio si adatta alla tutela del mercato finanziario<sup>215</sup>. Salvo l'ipotesi dell'amministratore delegato, non sono previsti obblighi d'astensione: l'eventuale adozione di una delibera passa attraverso un procedimento consiliare, il cui esito è un'adeguata motivazione sulla convenienza dell'operazione<sup>216</sup>. È quindi prevista la possibilità di impugnare la delibera consiliare, da parte di amministratori e sindaci, in presenza di peculiari requisiti (rispetto all'ordinaria impugnazione delle delibere del CdA): la violazione della procedura indicata nei primi due commi dell'art. 2391<sup>217</sup>, o l'adozione della decisione con il voto determinante dell'“amministratore interessato”, e sempre che la decisione possa comportare un danno per la società. L'omessa impugnativa può comportare, ad esempio, la responsabili-

<sup>214</sup> M. RESCIGNO, *Interessi, conflitto d'interessi e tutela del risparmio: una disciplina in evoluzione*, in *An. giur. ec.*, 2006, p. 102.

<sup>215</sup> Anche se, di per sé, non è sufficiente ad eliminarne le asimmetrie, secondo P. MENTI, *Conflitto di interessi e mercato finanziario*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 948 ss.

<sup>216</sup> Ne segue, come osservato da G. MINERVINI, *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 152, che «la disciplina precedente era volta principalmente a incidere sul problema del conflitto di interessi come patologia nella gestione della società, mentre quella ora introdotta risponde piuttosto all'esigenza di stimolare in generale una governance improntata alla massima trasparenza dei processi decisionali». Anche in questa fattispecie, dunque, si afferma una “procedimentalizzazione” dei meccanismi decisionali.

<sup>217</sup> Ossia delibera assunta senza previa informativa o senza motivazione: cfr. G. GUIZZI, *Art. 2391*, in G. NICCOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali*, cit., p. 675 ss., il quale estende l'invalidità della delibera sino alla motivazione “non adeguata”.

tà omissiva dei sindaci per il delitto di cui all'art. 2634 c.c., qualora si verificasse un danno<sup>218</sup>.

Nella successiva previsione, all'art. 2391-*bis* c.c.<sup>219</sup>, si tiene conto di un fenomeno attiguo: le operazioni con parti correlate, la cui fattispecie non coincide con quella di "conflitto di interessi": le parti correlate, infatti, corrispondono a quei soggetti che si trovano «in una relazione che possa implicare un pericolo di conflitto con l'interesse sociale»<sup>220</sup>. Che i due fenomeni si sovrappongano, nondimeno, è un'evenienza frequente<sup>221</sup>. A tal proposito, la norma citata prevede un obbligo di organizzazione da parte degli amministratori, avente ad oggetto la predisposizione di "regole che assicurino la trasparenza e la correttezza sostanziale e procedurale" delle operazioni con parti correlate<sup>222</sup>; la Consob è tenuta a dettare "principi generali" in materia<sup>223</sup>; "l'organo di controllo" della società vigilerà sull'osservanza di dette regole.

Sebbene si tratti di una disciplina normativa *in fieri*, va rilevato come potrà incidere sulla posizione di garanzia dell'organo di controllo, specificandone la portata in relazione ad un settore partico-

<sup>218</sup> Lo rileva, sebbene in termini dubitativi, E. AMATI, *Infedeltà patrimoniale*, in AL. ROSSI (a cura di), *Reati societari*, cit., p. 433. *Contra* N. PISANI, *Controlli sindacali*, cit., p. 226 ss.

<sup>219</sup> Introdotto dal d.lgs. 310/2004.

<sup>220</sup> A. TOFFOLETTO, *Amministrazione e controllo*, cit., p. 225; l'Autore riprende la nozione prevista dalla Comunicazione Consob n. 2064231 del 30.09.2002, la quale comprende una serie di soggetti legati ad un rapporto di partecipazione con la società, oppure organico (amministratori, direttori ecc.). Sul punto si veda A. ASTROLOGO, *Reciproca cointeressenza, compartecipazioni incrociate e d.lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. soc. enti*, 4/2007, p. 85 ss., sia per una delimitazione della nozione di partecipazioni correlate rispetto a quella di gruppo, che per gli aspetti connessi alla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche.

<sup>221</sup> Cfr. G. MINERVINI, *Gli interessi degli amministratori*, cit., p. 165.

<sup>222</sup> Si noti come il Codice di Autodisciplina delle società quotate, Principio 9, già detti talune indicazioni in materia; il commento, a p. 40, esemplifica alcune delle tecniche attuabili: «la riserva alla competenza del consiglio dell'approvazione delle operazioni di maggiore rilievo, la previsione di un parere preventivo del comitato per il controllo interno, l'affidamento delle trattative ad uno o più amministratori indipendenti (o comunque privi di legami con la parte correlata), il ricorso ad esperti indipendenti (eventualmente selezionati da amministratori indipendenti)». L'art. 71-*bis* Regolamento emittenti prevede invece una informativa al mercato successiva alla conclusione dell'operazione.

<sup>223</sup> Cfr. Consob, Documento di consultazione 9 aprile 2008.

larmente esposto al rischio di condotte illecite, in particolare quelle integrate dagli effetti perturbatori sul mercato prodotti da una non corretta informazione circa le operazioni con parti correlate<sup>224</sup>.

Alcuni cenni merita poi la disciplina dei conflitti di interessi riguardante gli intermediari. La disposizione chiave in tal senso è l'art. 21, comma 1-*bis*, lett. a) e b)<sup>225</sup>, introdotto con l'attuazione della direttiva 2004/39/CE (c.d. MiFID). L'obiettivo generale perseguito dal legislatore è quello di prevenire il conflitto d'interessi, conaturato alla natura dell'intermediario, individuando "ipotesi tipiche" di operazioni in conflitto<sup>226</sup>, secondo il paradigma consolidato, nel diritto interno e in quello comunitario, della "gestione" e non del "divieto" delle attività in conflitto<sup>227</sup>. Non è il caso di addentrarsi in dettagli, essendo sufficiente osservare che, anche in tal caso, l'area della garanzia dovuta dagli organi di controllo possa subire ulteriori specificazioni. Sul punto va rilevato come, se la rinuncia a punire le società con gli strumenti offerti dal d.lgs. 231/2001 in materia di infedeltà patrimoniale – anche con riferimento alla gestione di patrimoni altrui – appare in sé censurabile<sup>228</sup>, la procedimentalizzazione del conflitto di interessi, che l'adozione di quegli strumenti comporterebbe (per via della adozione dei modelli organizzativi) avviene at-

<sup>224</sup> Con riferimento alle manipolazioni di mercato, dunque: vedi G.P. ACCINNI, *La confluenza dei processi in materia di operazioni tra parti correlate nel modello organizzativo*, in *Resp. amm. soc. enti*, 3/2008, p. 35 ss.

<sup>225</sup> Che prevedono l'obbligo, per l'intermediario, a) «di adottare ogni misura ragionevole per identificare i conflitti di interesse che potrebbero insorgere con il cliente o fra clienti», e di gestire i conflitti «anche adottando idonee misure organizzative, in modo da evitare che incidano negativamente sugli interessi dei clienti»; b) di informare «chiaramente i clienti, prima di agire per loro conto, della natura generale e/o delle fonti dei conflitti di interesse quando le misure adottate ai sensi della lettera a) non sono sufficienti per assicurare, con ragionevole certezza, che il rischio di nuocere agli interessi dei clienti sia evitato».

<sup>226</sup> Per una esposizione della tematica si rinvia a M. RESCIGNO, *Interessi, conflitto di interessi e tutela del risparmio*, cit., p. 99 ss.; P. MENTI, *Conflitto di interessi e mercato finanziario*, cit., *passim*.

<sup>227</sup> R. LENER, *Il conflitto di interessi nelle gestioni di patrimoni, individuali e collettive*, in *Banca e borsa*, I, 2007, p. 431 ss.

<sup>228</sup> Come efficacemente dimostra M. BELLACOSA, *Reati di infedeltà nella gestione di impresa e responsabilità dell'ente societario*, in *Resp. amm. soc. enti*, 3/2006, p. 33 ss.

traverso altre, molteplici strade, che ben potranno intersecarsi con la responsabilità individuale degli apparati interni di controllo.

## 6. *I sistemi di controllo interno*

La prassi aziendale definisce il sistema di controllo interno come «un processo, costituito da attività ed elementi strutturali, rivolto essenzialmente alla limitazione ove possibile o, più spesso, soltanto alla riduzione, dei numerosi e differenti rischi ai quali è esposta la gestione aziendale»<sup>229</sup>. Assumere ad oggetto tale ampia nozione, ai fini di un'indagine rivolta ad identificare le posizioni di garanzia nelle società di capitali, appare impossibile; tanto più che in essa nozione si assimilano obiettivi di mera efficacia ed efficienza, di attendibilità delle informazioni, di rispetto delle leggi<sup>230</sup>, e vi vengono coinvolti tutti gli organi societari<sup>231</sup>.

Piuttosto, nei paragrafi successivi si terrà conto di quegli strumenti di controllo interno che l'ordinamento mutua dalla prassi aziendale e tende ad istituzionalizzare tramite normazione primaria e secondaria e con l'apporto decisivo dell'autoregolamentazione<sup>232</sup>. Si tratta di pratiche provenienti, per lo più, dagli Stati Uniti: in primo luogo, un "sistema di controllo interno" cui si riferisce il Tuf in materia di emittenti, ispirato soprattutto ai principi stabiliti nel *Coso Report*<sup>233</sup>; in secondo luogo, il sistema di "controllo di conformità" istituito dalle banche e dagli intermediari finanziari, denominato anche "compliance"<sup>234</sup>; quindi, l'istituzione di un organismo di vigi-

<sup>229</sup> F. BAVA, *L'audit del sistema di controllo interno*, cit., p. 6.

<sup>230</sup> F. BAVA, *L'audit del sistema di controllo interno*, cit., p. 7.

<sup>231</sup> F. BAVA, *L'audit del sistema di controllo interno*, cit., p. 153 ss.

<sup>232</sup> Una sintesi su questi sviluppi in AIIA (Associazione Italiana Internal Auditors), Corporate Governance Paper. *Approccio integrato al sistema di controllo interno ai fini di un'efficace ed efficiente governo dell'impresa*, in *Riv. dott. comm.*, 2008, p. 595 ss.

<sup>233</sup> È il rapporto "Internal Control: Integrated Framework", noto come "Coso Report" dal nome del *Committee of Sponsoring Organisations* (COSO), che, nel 1992, lo pubblicò a seguito di uno studio sui controlli interni: sul tema, G. FERRARINI, *Controlli interni*, cit., p. 103.

<sup>234</sup> In argomento, N. PISANI, *Controlli societari e responsabilità da reato*, cit., p. 110 ss.



lanza, di cui al d.lgs. 231/2001, il cui archetipo è (almeno in parte) costituito dal *compliance officer* statunitense<sup>255</sup>; infine, la creazione di una struttura responsabile della certificazione dei documenti contabili e dell'allestimento di procedure a ciò finalizzate, la cui palese fonte ispiratrice è nel *Sarbanes-Oxley Act*<sup>256</sup>.

La caratteristica comune di tali meccanismi di controllo è di essere svincolati da linee gerarchiche: il che accresce la loro indipendenza, ma crea non poche questioni interpretative inerenti alla soluzione più idonea per inserirli nell'organizzazione societaria e all'accavallamento con altre, analoghe funzioni.

### 6.1. *Il sistema di controllo interno nel d.lgs. 58/1998 e nel Codice di autodisciplina*

In una prima accezione, il sistema di controllo interno è la funzione cui, con riferimento agli emittenti, alludono in modo lapidario gli artt. 149, comma 1 lett. c), e 150 Tuf, commi 4 e 5<sup>257</sup>. Maggiori indicazioni, sul punto, provengono dal Codice di autodisciplina delle società quotate, che ci fornisce la seguente definizione: «Il sistema di controllo interno è l'insieme delle regole, delle procedure e delle strutture organizzative volte a consentire, attraverso un adegua-

<sup>255</sup> Cfr. le puntualizzazioni di F. COLONNA, *I rapporti tra compliance officer e organismo di vigilanza*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2008, p. 115 ss.

<sup>256</sup> Cfr. M. IRRERA, *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari nella legge sul risparmio e nel decreto correttivo*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 484 ss.

<sup>257</sup> Le norme citate (cui va aggiunto l'art. 2409-octiesdecies, lett. b), c.c.) fanno riferimento, rispettivamente, al "sistema di controllo interno" ed ai "preposti". In argomento, P. AGOSTONI, *Note sul controllo interno degli emittenti quotati nel diritto e nella pratica*, in *Soc.*, 1999, p. 1420 ss.; P. AGOSTONI, *Ancora sul controllo interno e sul codice di autodisciplina*, in *Soc.*, 2000, p. 221; F. MARCIANDI, *La funzione di controllo interno nelle società*, in *Soc.*, 2000, p. 827 ss.; P. MONTALENTI, *Corporate governance, consiglio di amministrazione, sistemi di controllo interno: spunti per una riflessione*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 803 ss.; G. FERRARINI, *Controlli interni, governo societario e responsabilità*, cit., p. 108 ss. Utili indicazioni provengono anche dalla *Guida operativa sulla vigilanza del sistema di controllo interno*, a cura del Gruppo ristretto per l'aggiornamento dei "Principi di comportamento del Collegio Sindacale nelle società di capitali con azioni quotate nei mercati regolamentati", su [www.consrag.it](http://www.consrag.it).

to processo di identificazione, misurazione, gestione e monitoraggio dei principali rischi, una conduzione dell'impresa sana, corretta e coerente con gli obiettivi prefissati»<sup>238</sup>. L'autodisciplina prevede, inoltre, la creazione di un'articolazione nel CdA: un comitato per il controllo interno – o *audit committee* –, composto da amministratori non esecutivi, per la maggior parte indipendenti<sup>239</sup>, che ha lo scopo di supportare dal punto di vista istruttorio l'attività dell'organo amministrativo<sup>240</sup>.

Si delineano quindi i principali attori del sistema: gli amministratori delegati – in particolare, un amministratore esecutivo “incaricato di sovrintendere alla funzionalità del sistema di controllo interno” – che hanno l'obbligo di progettare, gestire e monitorare il sistema, nominandone i preposti; l'*audit committee*, con funzioni di valutazione, eminentemente incentrate sulla applicazione dei principi contabili e sulla efficienza del sistema di controllo interno<sup>241</sup>; dei

---

<sup>238</sup> Principio 8.P.1. Secondo P. MONTALENTI, “*Corporate governance*”, *consiglio di amministrazione*, cit., p. 828 (che, sul punto, riporta un'opinione di Costi), la nozione di sistema di controllo adottata dal Codice di autodisciplina è più ampia di quella tenuta presente dal legislatore.

<sup>239</sup> Interamente da indipendenti nelle società controllate da società quotate. È appena il caso di notare come si tratti di un organismo diverso dal comitato di controllo sulla gestione del sistema monistico, pur essendo evidente come l'autodisciplina può aver ispirato e anticipato quanto sancito dalla legge di riforma delle società di capitali.

<sup>240</sup> Con particolare riferimento alle valutazioni e decisioni relative al sistema di controllo interno, alla approvazione dei bilanci e delle relazioni semestrali ed ai rapporti tra l'emittente ed il revisore esterno (Principio 8.P.4).

<sup>241</sup> Questo il testo del Criterio 8.C.3.: «Il comitato per il controllo interno, oltre ad assistere il consiglio di amministrazione nell'espletamento dei compiti indicati nel criterio 8.C.1: valuta, unitamente al dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari ed ai revisori, il corretto utilizzo dei principi contabili e, nel caso di gruppi, la loro omogeneità ai fini della redazione del bilancio consolidato; su richiesta dell'amministratore esecutivo all'uopo incaricato esprime pareri su specifici aspetti inerenti alla identificazione dei principali rischi aziendali nonché alla progettazione, realizzazione e gestione del sistema di controllo interno; esamina il piano di lavoro preparato dai preposti al controllo interno nonché le relazioni periodiche da essi predisposte; valuta le proposte formulate dalle società di revisione per ottenere l'affidamento del relativo incarico, nonché il piano di lavoro predisposto per la revisione e i risultati esposti nella relazione e nella eventuale lettera di suggerimenti; vigila sull'efficacia del processo di revisione contabile; svolge gli ulteriori compiti che gli vengono attribuiti dal consiglio di amministrazione; riferisce al consiglio, almeno semestralmente, in occasione dell'approvazione del bilancio e

preposti, gerarchicamente indipendenti, tenuti essenzialmente a verificare la funzionalità del sistema di controllo<sup>242</sup>.

Gli obblighi organizzativi relativi al sistema di controllo interno ripropongono *prima facie* lo schema di ripartizione funzionale tra amministratore delegato, consiglio e collegio sindacale, a suo luogo discusso<sup>243</sup>. Ma l'autodisciplina imprime un'accelerazione verso la sovrapposizione di funzioni, dovuta alla creazione di un organismo intermedio; sovrapposizione non disconosciuta dagli stessi redattori del Codice di autodisciplina<sup>244</sup>.

---

della relazione semestrale, sull'attività svolta nonché sull'adeguatezza del sistema di controllo interno».

<sup>242</sup> Si vedano i Criteri 8.C.6, 8.C.7., 8.C.8 (quest'ultimo fa riferimento alla possibilità di attribuire la funzione di *internal audit*, nel suo complesso, a soggetti esterni all'azienda), secondo cui, in sintesi, i preposti hanno accesso a tutte le informazioni utili per lo svolgimento del loro incarico e dispongono di mezzi adeguati; riferiscono all'*audit committee* ed al collegio sindacale, «in particolare, sulle modalità con cui viene condotta la gestione dei rischi» ed esprimendo una «valutazione sull'idoneità del sistema di controllo interno a conseguire un accettabile profilo di rischio complessivo». Il preposto al controllo interno «si identifica, di regola» con il responsabile della funzione di *internal audit*.

<sup>243</sup> Secondo il *Codice di Autodisciplina*, cit., il CdA mantiene un ruolo strategico, definendo le “linee di indirizzo” del sistema, individuando un amministratore esecutivo che ne sovrintende al funzionamento, valutandone annualmente l'adeguatezza, descrivendo il sistema nella relazione annuale sulla *governance*, ed infine conservando un potere di nomina e revoca dei preposti (cfr. Criterio 8.C.1). L'amministratore esecutivo, tra le altre, dà esecuzione alle direttive del consiglio, realizzando e gestendo il sistema, e propone la nomina e la revoca al CdA (Criterio 8.C.5). Questo assetto delle competenze in seno al CdA è un profilo di novità dell'edizione 2006 del Codice di Autodisciplina, come segnala, G. CATALANO, *Organismo di vigilanza e dinamica dei controlli interni: le novità del codice di autodisciplina alla luce della recente normativa e dell'esperienza statunitense*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2007, p. 24 ss. La “delicatezza” del compito di ricostruzione delle responsabilità era già sottolineata, in dottrina, da P. MONTALENTI, “*Corporate governance*”, *consiglio di amministrazione*, cit., pp. 831-832.

<sup>244</sup> Tendenzialmente, la valutazione del comitato interno al CdA dovrebbe precedere quella dei sindaci, che, a detta del *Codice di Autodisciplina* cit., Commento, p. 38 è di norma “ex post”. Ma sempre il *Codice di Autodisciplina* loc. ult. cit. afferma: «Il Comitato è consapevole che, al di là della diversa funzione ricoperta, il comitato per il controllo interno svolge attività il cui ambito oggettivo è in parte coincidente con le aree sottoposte alla vigilanza del collegio sindacale. Ritiene, peraltro, opportuno che il consiglio di amministrazione benefici di un adeguato supporto istruttorio in tali materie e che questo possa essere proficuamente svolto dal comitato per il controllo interno. In tale contesto, si raccomanda agli emittenti di coordinare l'attività del comitato in questione con quella del collegio sindacale. Nell'ambito di tale coordinamento, gli emittenti potranno prevedere che alcune

L'*audit committee* ha solo "funzioni consultive e propositive" rispetto al CdA<sup>245</sup>: ad esso non si intende "delegato", in senso tecnico, l'obbligo di vigilanza che incombe sugli amministratori<sup>246</sup>. Stando a questa lettura, dunque, l'adozione del modello delineato dal Codice di autodisciplina non determina nessuna alterazione della tavola delle posizioni di garanzia, né sul piano oggettivo né su quello soggettivo, dato che non si è al cospetto di funzioni collegiali delegate ad alcuni consiglieri e di una conseguente attenuazione del dovere di vigilanza<sup>247</sup>. Ciò nonostante, la presenza di tale struttura può ingenerare nel resto del CdA un affidamento sulla correttezza dell'informativa recepita, con efficacia sul piano dell'elemento soggettivo, allorquando dalle informazioni provenienti dall'*audit committee* non sia emersa alcuna fondata incertezza circa la loro correttezza<sup>248</sup>.

Maggiori perplessità, almeno da un punto di vista penalistico, emergono in relazione al rapporto tra *audit committee* e collegio sindacale: in quanto parte del sistema di controllo, il primo è oggetto di controllo del secondo; d'altro canto, però, esso è organo di ausilio per il collegio, con il quale instaura un rapporto di "cooperazione"<sup>249</sup>. È impossibile accertare dove la garanzia di vigilanza sulla struttura organizzativa, dovuta dai sindaci, si arresti e possa eventualmente profilarsi un affidamento nei *reports* del sistema di controllo: proprio perché, come in un circolo, l'informazione errata che provenga da questi ultimi potrebbe essere il frutto di un'errata vigilanza.

---

funzioni previste dal presente articolo – in particolare quelle indicate alle lettere c), d) ed e) del criterio 8.C.3 – siano svolte dal collegio sindacale [...]».

<sup>245</sup> Così ancora il *Commento*, loc. ult. cit.

<sup>246</sup> Cfr. P. MONTALENTI, *Corporate governance, consiglio di amministrazione*, cit., p. 830.

<sup>247</sup> La questione era posta, in termini problematici, da C. PEDRAZZI, *Corporate governance e posizioni di garanzia: nuove prospettive?*, in *Scritti giuridici per G. Rossi*, tomo II, cit., p. 1371 ss.

<sup>248</sup> È un principio sostenuto da P. MONTALENTI, "Corporate governance", *consiglio di amministrazione*, cit., pp. 830-831, anche sulla base di argomenti comparatistici.

<sup>249</sup> P. MONTALENTI, "Corporate governance", *consiglio di amministrazione*, cit., p. 832.

Sul ruolo dei preposti, infine, la legge si esprime in termini molto vaghi<sup>250</sup>. Il Codice di autodisciplina, dal canto suo, delinea una funzione incentrata principalmente sul controllo – anche qui – di “adeguatezza” dell’organizzazione<sup>251</sup>. Un’altra fonte secondaria specifica la funzione di questo *auditing* “interno”, caratterizzandola come una «revisione interna» sul «rispetto delle procedure di controllo»; ma avverte anche che essa può svolgere «un’attività qualitativamente molto diversa, che la porta a pronunciarsi, secondo la previsione degli *standard* di *Internal Auditing*, sulla aderenza a politiche, piani, procedure, leggi e regolamenti», e su svariati altri aspetti<sup>252</sup>.

È piuttosto evidente come nel modello tracciato dall’autoregolamentazione risaltino le caratteristiche – più volte sottolineate nel corso della presente ricerca – del controllo come “procedura” e le difficoltà di delimitare le singole competenze, in ragione della estrema frammentazione dei ruoli: tale per cui si è chiamati, nello stesso tempo, ad essere partecipi della funzione di controllo e sottoposti ad essa; soggetto ed oggetto di valutazione. Inoltre, il sistema di controllo interno, come tale, non vanta alcun potere di attivare procedure esterne alla società: semmai potrà porre il collegio sindacale in condizione di disporre in tal senso.

L’insieme di questi dati induce alla massima cautela circa la ripartizione di eventuali obblighi di garanzia.

Non si possono ignorare, in verità, casi in cui «l’adeguatezza della struttura è stata esclusa dalle verifiche effettuate e prognosti-

---

<sup>250</sup> Il comma 3° dell’art. 150 Tuf, difatti, si limita a disporre che “coloro che sono preposti al controllo interno riferiscono anche al collegio sindacale di propria iniziativa o su richiesta anche di uno solo dei sindaci”. È stato detto, di conseguenza, che «La legge non precisa che cosa e come i preposti debbano riferire al collegio e si esprime, per il vero, in termini connotati da estrema vaghezza» (G. CAVALLI, *Artt. 148-154*, cit., p. 1254).

<sup>251</sup> Vedi Criterio 8.C.6, lett. a), *Codice di Autodisciplina*, cit.

<sup>252</sup> Cfr. punto 1.2. Cap II della *Guida operativa* cit. Il principio da ultimo citato, inoltre, ripresenta lo stesso circolo inestricabile di competenze di controllo tra collegio sindacale, direzione ed *auditing*: «Il Collegio sindacale – si legge – dovrà inoltre valutare l’efficacia di questa funzione (*l’internal auditing*, n.d.a) allo scopo di regolare di conseguenza la propria attività di vigilanza e per formulare raccomandazioni da indirizzare al vertice esecutivo volte a rafforzare l’attività di monitoraggio del sistema di controllo interno». *L’audit* interno è metro, per così dire, della valutazione, e ad un tempo oggetto di quanto, tramite la vigilanza, è possibile migliorare.

che rispetto a futuri reati (sufficientemente connotati nel tipo)», oppure nei quali i responsabili della funzione di *auditing* siano a conoscenza di «specifici eventi disfunzionali, che tuttavia non hanno indotto ad iniziative di informazione e di stimolo nei confronti dell'organo operativo»<sup>253</sup>. Qui, a prescindere dalle difficoltà di accertamento, l'informativa tempestiva verso gli organi tenuti ad agire potrebbe sortire un effetto impeditivo.

I membri dell'*audit committee*, sebbene privi di mansioni operative e relegati in un ruolo di ingranaggio interorganico – che ne limita la funzione alla supervisione di un apparato –, conservano, in quanto amministratori, i poteri (e doveri) di sollecitazione del CdA e di impugnativa delle delibere; poteri rilevanti a seconda dello scenario contingente; entro siffatti limiti risponderanno per l'omesso impedimento di illeciti “avvistati” nella loro attività.

Per le ulteriori articolazioni del sistema di controllo (*internal auditing* ed altri preposti), le controindicazioni, rispetto alla individuazione di obblighi di impedimento, si fanno invece più spesse. Che l'omessa informativa nei confronti dei sindaci partecipi della più ampia funzione di garanzia di questi ultimi – cioè miri alla protezione degli stessi interessi cui è preordinata la vigilanza sindacale –, così da costituire un anello di una tutela approntata tramite l'istituzione di più garanti, è una soluzione cui si giunge, da un punto di vista privatistico, solo in via interpretativa<sup>254</sup>. Stando ai testi, la funzione resta teleologicamente in bilico tra valutazione di efficienza sistemica ed autentico controllo sulla legalità, di guisa tale che la base su cui fondare un obbligo giuridico di impedimento, rilevante anche in sede penale, appare piuttosto fragile. Sotto l'aspetto del principio di legalità, malgrado formalmente rivesta la dignità di una fonte di produzione di obblighi di impedimento, l'autodisciplina non si dimostra in grado di sopperire alla mancata enunciazione legale del

<sup>253</sup> Vedi A. ALESSANDRI, *Corporate governance nelle società quotate*, cit., p. 544, che, pur pronunciandosi decisamente a sfavore dell'applicabilità dell'art. 40, comma 2 c.p., relativamente all'*internal auditing*, ammette possa esserci un obbligo di impedimento limitatamente a queste ipotesi.

<sup>254</sup> Cfr. G. CAVALLI, *Artt. 148-154*, cit., pp. 1254-1255, che fa discendere l'obbligo di segnalare una «anomalia», «purché connotata di qualche rilevanza», dall'essere il controllo sindacale asservito al rispetto della legalità e non solo finalizzato ad una valutazione di adeguatezza della struttura organizzativa.

vincolo funzionale sotteso ad una *Garantenstellung*: piuttosto sembra che una tendenziale indeterminatezza degli obblighi prevalga su una (latente) attitudine ad impedire attribuibile all'appendice organizzativa che ci occupa.

## 6.2. Il sistema di controllo interno e la funzione di conformità nelle banche e negli intermediari finanziari

La fisionomia dei controlli interni presenta delle peculiarità degne di nota in caso di banche e di intermediari finanziari, a causa della specificità dei rischi connessi alle rispettive attività<sup>255</sup>. Le forme e le metodologie di controllo già implementate presso le banche<sup>256</sup>, del resto, hanno costituito un modello per l'evoluzione dei controlli nelle società<sup>257</sup>. La loro organizzazione interna subisce, inoltre, una più marcata influenza da parte delle autorità di vigilanza<sup>258</sup>.

La disciplina del sistema di controllo interno degli intermediari, che oggi riceve il dovuto risalto anche nel diritto comunitario<sup>259</sup>, si presenta oltremodo magmatica, ed un tentativo di fornirne un quadro onnicomprensivo – quantomeno in questa sede – apparirebbe

<sup>255</sup> Cfr. A.M. TARANTOLA, *La funzione di "compliance" nei sistemi di governo e controllo delle imprese bancarie e finanziarie*, Roma, 4.10.2007, [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it).

<sup>256</sup> Per una sintesi, A.M. TARANTOLA, *Il sistema dei controlli interni nella governance bancaria*, Roma, 6 giugno 2008, disponibile su [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it).

<sup>257</sup> Cfr. F. D'ANGELO, *Il collegio sindacale nelle banche*, in R. ALESSI, N. ABRIANI, U. MORERA (a cura di), *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, cit., p. 558 ss.

<sup>258</sup> Diffusamente, A. COLOMBO, *Giurisdizione, autorità di vigilanza e responsabilità amministrativa ex delicto degli intermediari finanziari*, cit., *passim*, che, proprio sulla base di tale stringente rapporto, giudica inadeguata la soluzione legislativa di affidare al giudice penale la decisione sulla responsabilità amministrativa ex d.lgs. 231/2001 degli enti-intermediari – il che, come noto, suppone l'accertamento di una "colpa d'organizzazione" – invece che all'autorità di amministrativa che vigila sulla loro organizzazione.

<sup>259</sup> Si veda, in particolare, la direttiva 2006/73/CE, capo II; l'art. 5, comma 1° lett.c), tra gli adempimenti organizzativi, prevede che gli Stati membri debbano «istituire, applicare e mantenere idonei meccanismi di controllo interno concepiti per garantire il rispetto delle decisioni e delle procedure a tutti i livelli dell'impresa di investimento».

velleitario. Alcuni recenti sviluppi meritano però di essere considerati.

Oltre che alle norme del d.lgs. 385/1993 in materia di *governance* – soprattutto sul collegio sindacale<sup>260</sup> – gli assetti organizzativi delle banche sono soggetti alle disposizioni di vigilanza della Banca d'Italia<sup>261</sup>, che definiscono il sistema dei controlli interni come l'insieme delle regole e delle procedure e delle strutture organizzative che mirano ad assicurare il rispetto delle strategie aziendali e il conseguimento delle finalità di efficacia ed efficienza dei processi aziendali, la salvaguardia del valore e delle attività, la protezione dalle perdite, l'affidabilità delle informazioni, la conformità delle operazioni alla legge, alla normativa di vigilanza nonché con le politiche, i piani, i regolamenti e le procedure interne<sup>262</sup>. Il sistema di controllo nelle banche è così articolato: controlli in linea, controlli sulla gestione dei rischi, revisione interna<sup>263</sup>.

Inoltre, dando attuazione alle indicazioni del Comitato di Basilea, la Banca d'Italia ha di recente definito il “rischio di non conformità alle norme”, come «rischio di incorrere in sanzioni giudiziarie o amministrative, perdite finanziarie rilevanti o danni di reputazione in conseguenza di violazioni di norme imperative (di legge o di regolamenti) ovvero di autoregolamentazione (es. statuti, codici di condotta, codici di autodisciplina)»<sup>264</sup>. Di conseguenza, si promuove l'istituzione di un “responsabile della funzione di conformità alle norme”, che è parte del sistema dei controlli interni, con il compito, tra l'altro, di proporre cambiamenti organizzativi, di predispor-

---

<sup>260</sup> Particolare significato assume l'art. 52 Tub. Cfr. D. ALBAMONTE *et al.*, *La vigilanza sulle banche*, in E. GALANTI (a cura di), *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, Padova, 2008, p. 496, per un quadro esaustivo sul tema. Sull'adeguatezza organizzativa e sui profili di specificità del controllo interno nelle banche, vedi, inoltre, R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., p. 599 ss.

<sup>261</sup> *Ex art.* 53, lett. d Tub.

<sup>262</sup> Banca d'Italia, *Istruzioni di Vigilanza per le banche* (aggiornamento 10.04.2007), Titolo IV, Capitolo 11, Sezione 2 ([www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it)).

<sup>263</sup> Banca d'Italia, *Istruzioni di Vigilanza per le banche*, loc. cit.

<sup>264</sup> Banca d'Italia, *Disposizioni di Vigilanza, La funzione di conformità (compliance)*, documento n. 688606 del 10.07.2007, § 2, su [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it).



re flussi informativi, di verificare l'efficacia degli adeguamenti organizzativi<sup>265</sup>.

In attuazione dell'art. 6, comma 2-*bis* del d.lgs. 58/1998, un'analoga funzione viene prevista, per le imprese che svolgono servizi di investimento, nel recente Regolamento in materia di organizzazione e procedure degli intermediari che prestano servizi di investimento o di gestione collettiva del risparmio, adottato dalla Banca d'Italia e dalla Consob congiuntamente<sup>266</sup>. Sono previste, quali, "funzioni aziendali di controllo", la funzione di conformità alle norme, di gestione del rischio e di revisione interna<sup>267</sup>; in particolare la funzione di conformità, in attuazione dell'art. 6 della direttiva 2006/73/CE, si riferisce al rischio di mancata osservanza degli obblighi di cui alla direttiva 2004/39/CE – c.d. MiFID – da parte dell'impresa e attribuisce la responsabilità di controllare e valutare regolarmente l'adeguatezza e l'efficacia delle procedure adottate al fine di garantire l'adempimento degli obblighi di correttezza e trasparenza nella prestazione<sup>268</sup>.

Non è il caso di indugiare sulle differenze – pure esistenti – tra le definizioni di "funzione di conformità" riportate<sup>269</sup>. Preme solo evidenziare alcuni aspetti, in base ai quali, ancora una volta, la disciplina di banche e intermediari si attegga ad avanguardia di sviluppi potenzialmente estensibili in altri settori: a) il termine *compliance*, o "funzione di conformità", assume contorni peculiari: il rischio "lega-

<sup>265</sup> Banca d'Italia, Disposizioni di Vigilanza, *La funzione di conformità (compliance)*, cit., §§ 4-5.

<sup>266</sup> Banca d'Italia/Consob, *Regolamento in materia di organizzazione e procedure degli intermediari che prestano servizi di investimento o di gestione collettiva del risparmio*, provvedimento del 29.10.2007, [www.consob.it](http://www.consob.it).

<sup>267</sup> Banca d'Italia/Consob, *Regolamento in materia di organizzazione e procedure degli intermediari*, cit., artt. 12-14.

<sup>268</sup> Banca d'Italia/Consob, *Regolamento in materia di organizzazione e procedure degli intermediari*, cit., art. 16.

<sup>269</sup> In argomento, si veda A. ALBERICI, *Dalle disposizioni per la tutela del risparmio alla funzione della compliance*, in P. BILANCIA, G.C.M. RIVOLTA (a cura di), *Tutela del risparmio, authorities, governo societario*, Milano, 2008, p. 193 ss.; G. BOCCUZZI, *La funzione di compliance: il presidio dei rischi aziendali e l'evoluzione della normativa di Basilea 2 e Mifid*, in *Bancaria*, 2/2008, p. 33 ss.; G. CAROSIO, *La funzione di compliance tra Basilea II e MiFID*, Roma, 21.09.2007, su [www.banca-ditalia.it](http://www.banca-ditalia.it); G. FALCONE, *La "compliance" nell'attività bancaria e nei servizi di investimento*, in *Dir. banca merc. finanz.*, 2008, p. 220 ss.

le” – ossia il rischio di inosservanza delle regole insito nel significato del termine “compliance” – abbraccia anche l’autoregolamentazione, ed è esplicitamente associato ai rischi “reputazionale” e d’impresa; b) la funzione di conformità, che deve essere tenuta distinta rispetto ad altre funzioni di controllo (*audit*)<sup>270</sup>, appare difficilmente distinguibile rispetto alla funzione di controllo di cui al d.lgs. 231/2001, con cui pure deve integrarsi<sup>271</sup>; c) se l’istituzione di una funzione di *compliance* è avvertita come un corpo estraneo nella planimetria societaria, negli intermediari è quest’ultima – intesa come disciplina degli organi societari, ovvero *governance* in senso stretto – a divenire parte integrante dell’organizzazione aziendale<sup>272</sup>; la regolamentazione secondaria (ri)definisce, del resto, le funzioni degli organi societari in ragione della loro collocazione aziendale<sup>273</sup>; ed il ruolo del collegio sindacale (o di altro organo di controllo), in particolare, è assai più prossimo al sistema di controllo interno di quanto lo sia in altre società<sup>274</sup>.

<sup>270</sup> A. ALBERICI, *Dalle disposizioni per la tutela del risparmio alla funzione della compliance*, cit., pp. 203-204; G. BOCCUZZI, *La funzione di compliance*, cit., p. 38.

<sup>271</sup> Cfr. A. ALBERICI, *Dalle disposizioni per la tutela del risparmio alla funzione della compliance*, cit., pp. 204-205; N. PISANI, *Controlli societari e responsabilità da reato*, cit., p. 111; D. ALBAMONTE *et al.*, *La vigilanza sulle banche*, cit., pp. 515-516, che colgono la differente operatività tra *compliance programs* ex d.lgs. 231/2001 e *compliance* bancaria nell’essere la prima rivolta all’obiettivo più specifico di prevenire i reati; sul punto, inoltre, F. COLONNA, *I rapporti tra “compliance officer” e organismo di vigilanza*, loc. cit. Con riferimento ai sistemi di controllo interno già operanti negli intermediari, vedi quanto osserva A. COLOMBO, *Giurisprudenza, autorità di vigilanza e responsabilità amministrativa*, cit., p. 63 ss.

<sup>272</sup> Una «crescente enfasi sul ruolo degli organi di amministrazione, gestione e controllo (governance alta)» è segnalata da G. BOCCUZZI, *La funzione di compliance*, cit., p. 35.

<sup>273</sup> Cfr. le definizioni contenute in Banca d’Italia/Consob, *Regolamento in materia di organizzazione e procedure degli intermediari*, cit., art. 2, comma 1°, lettere k) l) m) n) o) p). Vedi anche Banca d’Italia, *Disposizioni di Vigilanza, La funzione di conformità (compliance)*, cit., § 3.

<sup>274</sup> Del collegio sindacale delle banche, è stato detto che assume «agli occhi della Vigilanza una funzione che trascina dal controllo sui controlli alla co-gestione dei controlli» (F. D’ANGELO, *Il collegio sindacale nelle banche*, cit., p. 568). Quanto agli intermediari (nel caso SIM), vedi A. COLAVOLPE, *Sim: la responsabilità dei sindaci per omissione di controllo*, in *Soc.*, 2007, pp. 56-57; F. PARMEGGIANI, *I doveri dei sindaci nelle società di intermediazione mobiliare*, in *Giur. comm.*, 2007, II, pp.

Non è agevole ricostruire con esattezza i contorni delle eventuali posizioni di garanzia emergenti dall'istituzione di tali funzioni, tanto più che le soluzioni organizzative possono variare in virtù del riconoscimento del c.d. "principio di proporzionalità"<sup>275</sup>, che concede agli enti tenuti ad adottarle una certa autonomia di scelta a seconda delle situazioni<sup>276</sup>. È certo, però, che in questa materia si avverte un innalzamento considerevole del rischio penale per i titolari di tali funzioni rispetto a quanto in generale riscontrato. Se il fulcro degli "abusi di mercato" è il superamento di una soglia di "rischio consentito"<sup>277</sup>, non v'è dubbio che la natura dell'attività esercitata da tali soggetti collettivi immette i loro intranei in posizione privilegiata per attentare all'integrità del mercato; l'intermediario interiorizza finanche un "mercato"<sup>278</sup>. Ne consegue una tendenziale attitudine delle omissioni realizzate dai controlli interni – che si sostanzieranno, essenzialmente, nell'omessa attivazione di circuiti informativi – a realizzare omissioni penalmente rilevanti nell'ottica dell'art. 40 cpv. c.p.

### 6.3. *L'organismo di vigilanza di cui al d.lgs. 231/2001*

I modelli di organizzazione adottati dagli enti "di non piccole dimensioni", ai sensi del d.lgs. 231/2001, devono prevedere l'istituzione di un organismo di vigilanza sui modelli (di seguito, anche OdV). I doveri dell'OdV si articolano nell'obbligo di vigilare sul funzionamento e l'osservanza del modello, di curarne l'aggiornamento, di ricevere informazioni periodiche da parte dei soggetti in esso coinvolti. A tal fine, l'organismo gode di "autonomi poteri di iniziativa e di controllo" e di requisiti che si suole riassumere in

---

1216-1217. Ora vedi Banca d'Italia/Consob, *Regolamento in materia di organizzazione e procedure degli intermediari*, cit., art. 10.

<sup>275</sup> Quale limite all'azione regolamentare dell'autorità di vigilanza, sancito dall'art. 23 L. 262/2005.

<sup>276</sup> G. Bocuzzi, *La funzione di compliance*, cit., p. 35.

<sup>277</sup> *Supra*, cap. II, sezione seconda, §§ 4.4.-5.

<sup>278</sup> Cfr. cap. I, sezione prima, § 2.

autonomia, indipendenza, professionalità e continuità d'azione<sup>279</sup>. L'omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'OdV determina la responsabilità dell'ente<sup>280</sup>.

Una responsabilità penale diretta dell'OdV è stata introdotta solo con il c.d. "decreto antiriciclaggio" del 2007<sup>281</sup>. Oltre ad un generale dovere di vigilanza sulle disposizioni del decreto in questione, l'OdV<sup>282</sup> è tenuto ad una serie di "comunicazioni", aventi ad oggetto alcune infrazioni della normativa antiriciclaggio, dirette tanto nei confronti di organi interni dell'ente di cui l'OdV è parte quanto verso le amministrazioni tenute a vigilare (autorità di vigilanza di settore, Ministro dell'economia e Unità di informazione finanziaria)<sup>283</sup>: l'omissione di tale comunicazione è punita sotto forma di fattispecie delittuosa<sup>284</sup>. Secondo i primi commenti, la disciplina introdotta nel 2007 avrebbe comportato un mutamento nella funzione dell'OdV, tale da appannare la distinzione tra sorveglianza sul modello organizzativo e vigilanza sul rispetto della legge; il mutamento, per ora limitato alla sola normativa in materia di riciclag-

<sup>279</sup> Cfr. art. 6, d.lgs. 231/2001. Sui profili generali di disciplina dell'organismo, R. ALAGNA, *L'organismo di vigilanza nel d.lgs. n. 231/2001*, cit., pp. 573-574; A. DE VIVO, L. MARTINO, *L'organismo di vigilanza*, in F.M. D'ANDREA, A. DE VIVO, L. MARTINO (a cura di), *I modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001. La responsabilità amministrativa delle imprese*, Milano, 2006, p. 173 ss.; M. LA ROSA, *Teoria e prassi del controllo "interno" ed "esterno" sull'illecito dell'ente collettivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1297 ss. Per una significativa applicazione giurisprudenziale, G.i.p. Trib. Napoli, ordinanza 26.06.2007, in particolare § 5.2, in [www.rivista231.it](http://www.rivista231.it).

<sup>280</sup> Ritiene invece che la disposizione contenente tale precetto – art. 6, lett. d – debba essere letta solo come un incentivo alla istituzione dell'organismo, ed all'affidamento a questo di idonei poteri (il che rientra nel più vasto obbligo di organizzazione dell'ente), mentre dalla omessa vigilanza non deriverebbe nessuna sanzione, che nel caso sarebbe imputata a titolo di responsabilità oggettiva, G. Cocco, *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, pp. 104-105.

<sup>281</sup> D.lgs. 231/2007, che attua la direttiva 2005/60/CE.

<sup>282</sup> Insieme al collegio sindacale, o al consiglio di sorveglianza, o al comitato di controllo di gestione e a "tutti i soggetti incaricati del controllo di gestione comunque denominati" (cfr. art. 52 d.lgs. 231/2007).

<sup>283</sup> Nel dettaglio, cfr. art. 52 d.lgs. 231/2007.

<sup>284</sup> Art. 55, comma 5° d.lgs. 231/2007. Per un commento sulla disciplina in questione T.E. ROMOLOTTI, *Prove d'ingegneria genetica sull'organismo di vigilanza: il nuovo ruolo previsto dalla normativa antiriciclaggio*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2008, p. 87 ss.

gio, renderebbe «meno remota» l'ipotesi di una posizione di garanzia in capo all'OdV<sup>285</sup>.

Sebbene la novità del 2007 non sia da sottovalutare, riteniamo che la distinzione tra controllo limitato al funzionamento del modello organizzativo, come tale inespressivo rispetto all'istituzione di una posizione di garanzia, e obbligo di vigilanza sull'osservanza della legge, foriero di un – inesistente, secondo la maggior parte della dottrina – obbligo di garanzia, appare *di per sé evanescente*, se solo si consideri la tendenziale strumentalizzazione dell'organizzazione societaria come apparato disciplinare finalizzato alla prevenzione della criminalità<sup>286</sup>, unitamente alla connotazione assunta dagli obblighi organizzativi per effetto della procedimentalizzazione subita dalla struttura delle società, e all'accezione di potere impeditivo suggerita in altra parte del presente lavoro<sup>287</sup>.

Se si condivide il presupposto che il modello organizzativo intende preservare beni giuridici offendibili da una persona giuridica, e se si individua nell'OdV il «fulcro del modello»<sup>288</sup>, si riconoscerà che l'obbligo di vigilanza esplicito dall'organo in questione è originariamente funzionale alla tutela di interessi esterni all'impresa societaria<sup>289</sup>. A differenza che per il sistema di controllo interno previsto dal Tuf e dal Codice di autodisciplina, quindi, in questo caso il dato legislativo conforta la tesi di una posizione di garanzia, nascente proprio dall'art. 6 d.lgs. 231<sup>290</sup>: un vincolo funzionale, tra l'orga-

<sup>285</sup> T.E. ROMOLOTTI, *Prove d'ingegneria genetica sull'organismo di vigilanza*, cit., p. 90.

<sup>286</sup> Si rinvia, sul punto, alle riflessioni svolte *supra*, cap. I, sezione seconda.

<sup>287</sup> Cap. V, sezioni prima e seconda, *passim*.

<sup>288</sup> L'espressione ricorre in F. LEDDA, P. GHINI, *Organismo di vigilanza: nomi e aspetti teorici e pratici*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2008, p. 215.

<sup>289</sup> Lo riconosce anche P. SFAMENI, *Responsabilità da reato degli enti e nuovo diritto azionario*, cit., p. 180, che però è decisamente scettico sulle possibilità di applicare l'art. 40 comma 2° c.p.

<sup>290</sup> La dottrina maggioritaria esclude la configurazione di una posizione di garanzia in capo all'OdV: vedi, di recente, M. LA ROSA, *Teoria e prassi del controllo*, cit., p. 1310 ss.; A. MEREU, *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi e i criteri di attribuzione della responsabilità tra teoria e prassi*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 95 ss. e la dottrina ivi richiamata. In favore di tale opzione ermeneutica, evidentemente, pesa anche la volontà di non disincentivare l'istituzione dell'organismo *de quo*, facendo carico agli amministratori di reperire persone disposte a sacrificarsi nella funzione di vigilanti (cfr. MEREU, *La responsabilità*, cit. p. 96). L'opinione di S. PA-

no di controllo e quei beni alla cui integrità attentano i soggetti sottoposti alla sua vigilanza (gli “apicali”, almeno secondo la legge)<sup>291</sup>, nel violare le regole sulla *compliance*, “nell’interesse o a vantaggio” dell’ente; elementi che, al tempo stesso, delimitano il perimetro della eventuale responsabilità del controllore<sup>292</sup>.

Bisogna nondimeno appurare quali siano i poteri concessi all’organismo. Si possono ben immaginare una serie di poteri ispettivi<sup>293</sup>; non facilmente delineabili, invece, i poteri “reattivi”, essenziali per una valutazione dell’omessa vigilanza alla stregua dell’art. 40 cpv. c.p.<sup>294</sup>.

La questione è in parte connessa con quella del problematico inserimento dell’OdV nell’impianto organizzativo societario. È sta-

---

NAGIA, *Rilievi critici sulla responsabilità punitiva degli enti*, cit., p. 165, il quale, dopo aver escluso una posizione di garanzia in capo ai membri dell’OdV, ne ammette la responsabilità «a titolo di concorso se dolosamente siano rimasti inerti dinanzi a fatti delittuosi commessi in violazione dei modelli organizzativi settoriali, agevolando con l’inerzia, la commissione dei reati realizzati nell’interesse o a vantaggio dell’ente», appare contraddittoria alla luce di quanto esposto *supra*, cap. IV, § 3.2. Esclude invece che possa essere la normativa interna dell’ente – il modello adottato in base dal d.lgs. 231 – a dare vita ad obblighi di garanzia. F. GIUNTA, *Controllo e controllori*, cit., p. 611. Non esclude la configurabilità di un obbligo di garanzia, invece, R. ALAGNA, *L’organismo di vigilanza nel d.lgs. n. 231/2001*, cit., pp. 575-576. Per una precisa e sintetica ricostruzione dei termini della questione, si veda, inoltre, P. IELO, *Responsabilità delle persone giuridiche*, in F. PALAZZO, C.E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, cit., pp. 2319-2320.

<sup>291</sup> Non supportata dai testi, al contrario, la soluzione suggerita dalla *Linee guida Confindustria*, cit., punto III, 1 (ma anche da parte della dottrina: vedi P. SFAMENI, *Responsabilità da reato degli enti e nuovo diritto azionario*, cit., p. 177 ss.) che estendono la vigilanza anche ai reati commessi dai “subordinati” (art. 7 d.lgs. 231/2001). La critica alla tendenza a concepire in modo unitario i modelli, quale unitario meccanismo di imputazione della responsabilità nei confronti dell’ente, è autorevolmente rappresentata da E. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2005, pp. 327-328.

<sup>292</sup> Responsabilità, inoltre, ristretta, s’intende, ai “reati presupposto” previsti dal decreto 231/2001.

<sup>293</sup> L’organismo non è solo al centro di un flusso costante di informazioni, che gli provengono anche tramite la delazione dei dipendenti, ma dovrebbe avere accesso ai documenti aziendali (cfr. *Linee guida Confindustria*, cit., p. 27) ed eseguire “interviste”, secondo le tecniche dall’*internal auditing*, nei confronti degli attori del *compliance*.

<sup>294</sup> Sui dubbi posti dalla scarsa disciplina legislativa dell’istituto, si veda, tra gli altri, AL. ROSSI, *Responsabilità “penale-amministrativa” delle persone giuridiche (profili sostanziali)*, in AL. ROSSI (a cura di), *Reati societari*, cit., p. 533.

to chiarito che la creazione dell'organismo non comporta modifiche statutarie; che la relativa nomina spetta al CdA, e non all'assemblea; e che l'organismo è interno all'ente, anche se può essere composto da soggetti esterni alla società<sup>295</sup>. Nelle prime applicazioni, la struttura ripete alcuni dei suoi caratteri dalla funzione di *internal auditing*, soprattutto per quanto concerne collocazione organizzativa – avulsa dalla dipendenza gerarchica da altri organi – e necessità di indipendenza. Ne mutua anche talune metodologie di lavoro, la scansione delle attività e le tecniche di valutazione<sup>296</sup>. Ma offre alcuni non trascurabili elementi distintivi<sup>297</sup>. Anche nei modelli organizzativi che identificano la funzione di vigilanza *ex art.* 6 d.lgs. 231 con l'*auditing* interno, viene sottolineata l'esigenza di assicurare a questo apparato una maggiore dote di poteri ed una continuità d'azione sconosciuta a forme di controllo invalse nella prassi aziendale<sup>298</sup>.

Va premesso che l'art. 6 citato affida all'iniziativa degli operatori l'esatta composizione dell'organismo<sup>299</sup>; ne deriva la possibilità che esso sia composto da soggetti già muniti di una qualifica societaria (es. prevedendo la presenza di un amministratore non esecutivo

<sup>295</sup> Trib. Roma, 4.04.2003, ufficio del Gip, ordinanza 4.04.2003, in *Guida dir.*, 31/2003, p. 66 ss. Diversamente, nella letteratura più recente, F. DI GIROLAMO, *I Compliance Programs: un tema di governo societario da svolgere a cura dell'assemblea?*, in *Riv. soc.*, 2008, p. 958 ss.

<sup>296</sup> Cfr., per una disamina dettagliata, D. ANDREIS, A. TONANI, *Il procedimento di audit e l'adattamento delle tecniche a quanto previsto dal d.lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2/2006, p. 195 ss.

<sup>297</sup> In tal senso, ancora Trib. Roma, 4.04.2003, cit.

<sup>298</sup> C. MANCINI, *Responsabilità amministrativa degli enti: l'esperienza dell'Associazione Bancaria italiana*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2007, p. 177. Sulla "continuità d'azione", vedi anche F. LEDDA, P. GHINI, *Organismo di vigilanza*, cit., p. 214. Per uno sguardo critico sulle soluzioni tecniche sinora elaborate, S. BARTOLOMUCCI, *Rilevanza del modello societario e dell'assetto di "corporate governance" nella configurazione dell'organismo di vigilanza. Una riflessione critica*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2/2007, p. 25 ss. Che il rapporto tra sistemi di controllo interno e OdV ai fini dell'effetto esimente per l'ente non sia stato ancora chiarito è fatto presente anche da N. PISANI, *Controlli societari e responsabilità da reato*, cit., p. 102.

<sup>299</sup> Sulla conformazione dell'OdV, si vedano, tra gli altri, A. FRIGNANI, P. GROSSO, *L'organismo di controllo, sua composizione e problematiche*, in C. MONESI (a cura di), *I modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001. Etica d'impresa e punibilità degli enti*, Milano, 2005, p. 381 ss.; D. GALLETI, *I modelli organizzativi nel d.lgs. n. 231 del 2001*, cit., p. 132 ss.; P. SFAMENI, *La responsabilità delle persone giuridiche*, cit., p. 88 ss.

o di un sindaco)<sup>500</sup>, i quali, di conseguenza, svolgeranno la funzione di vigilanza sul modello organizzativo avvalendosi anche delle prerogative connesse alla loro qualifica “originaria”.

Rispetto alla scelta di includere uno o più membri non esecutivi del CdA nell’OdV, si è obiettato che gli amministratori, sebbene non esecutivi, siano titolari di una posizione di garanzia che li rende virtuali autori di illeciti, quindi soggetti controllati dall’OdV, non sufficientemente indipendenti per farne parte<sup>501</sup>. Rovesciando il ragionamento, si può affermare che, intanto i consiglieri indipendenti sono titolari di una posizione di garanzia, in quanto destinatari di obblighi e di poteri qualificati: dunque, in linea di principio, si tratta di soggetti idonei a ricoprire il ruolo di membri dell’OdV, i quali contribuiscono in modo incisivo all’effettività della sua azione, ad esempio, in quanto tenuti a sollecitare l’organo di appartenenza con i poteri connessi alla carica ricoperta. Non incontra controindicazioni neppure l’attribuzione della funzione al comitato di controllo sulla gestione di cui al sistema monistico<sup>502</sup>: anche in tal caso, si avrà un’assimilazione delle funzioni – a suo luogo esplorate – del comitato a quelle specifiche previste dal decreto 231, con l’effetto di ampliare l’area della garanzia già pertinente al comitato. Nel caso si decida di comporre l’OdV con persone che già rivestono cariche so-

<sup>500</sup> M. LA ROSA, *Teoria e prassi del controllo*, cit., p. 1306. Cfr. il caso descritto da E. CHITI, M. MARIELLA, *Il modello di organizzazione, gestione e controllo del gruppo Lottomatica*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2007, p. 186. Da escludere, in ogni caso, l’ipotesi di incardinare la funzione di controllo ex d.lgs. 231 interamente sui sindaci e sul consiglio di sorveglianza. Sugli aspetti civilistici vedi comunque P. SFAMENI, *Responsabilità da reato degli enti e nuovo diritto azionario*, cit., p. 197 ss. Sulle differenze strutturali tra collegio sindacale e OdV, A. SCAFIDI, S. ANNOVAZZI, *Il ruolo del collegio sindacale nell’ambito dei modelli ex d.lgs. 231/2001*, cit., parte 2, p. 106 ss.

<sup>501</sup> N. PISANI, *I requisiti di autonomia ed indipendenza dell’organismo di vigilanza istituito ai sensi del d.lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2008, p. 155 ss.

<sup>502</sup> Cfr. *Linee guida Confindustria*, cit., p. 29. Giudica invece “poco funzionale” tale assimilazione D. GALLETI, *I modelli*, cit., p. 134, che però, evidentemente, muove da una interpretazione “restrittiva” dell’organismo di controllo nel modello monistico (come rivela, del resto, il riferimento congiunto al comitato previsto dal Codice di Autodisciplina delle società quotate).



cietarie, bisognerà comunque prevedere dei meccanismi che garantiscano l'indipendenza dell'organo<sup>303</sup>.

In tutti questi casi, come detto, il membro dell'OdV si avvarrà anche dei poteri connessi alla carica di amministratore o di membro di un organo di controllo. Ma l'"autonomia" dei poteri, pretesa dall'art. 6, segnala l'esistenza di facoltà specifiche, promananti direttamente dalla norma in questione, sebbene bisognosa di integrazione da parte del modello organizzativo in concreto adottato. Questi poteri, afferma la legge, sono di "iniziativa", e sono correlati ad una vigilanza vertente su due aspetti: i) funzionamento e osservanza del modello; ii) suo aggiornamento<sup>304</sup>.

Cominciamo dal secondo aspetto, poiché esso attinge al rapporto tra amministratori e controllore ed al precario equilibrio tra le loro rispettive competenze, ovvero la "cura" degli assetti organizzativi – che il codice civile impone agli organi esecutivi della società – e la "cura" dell'aggiornamento del modello – che il decreto 231 affida all'OdV. Il potere d'iniziativa si risolve in una proposta di aggiornamento del modello preventivo, nel caso si riscontrino anomalie di un certo rilievo, per gravità o frequenza<sup>305</sup>. È vero che qui l'organismo informa senza intervenire direttamente, ma si tratta di un'informazione qualificata: essa è (attesa come) un segmento di un piano preventivo, e perciò decodifica disfunzioni prodromiche alla realizzazione di reati; la sua omissione è definita *ex ante* come innalzamento di un rischio di offesa ad un bene giuridico; può, *ex post*, rivelarsene causa. Ove non ravvisi la necessità di modifiche al modello, l'organismo interviene direttamente sui comportamenti dei soggetti in-

---

<sup>303</sup> La presenza di soggetti "esterni" garantisce una maggiore indipendenza, anche se, ove tutti i membri fossero interni alla società, potrebbero individuarsi contrappesi operativi tali da garantire un sufficiente livello di autonomia, come la possibilità di revoca dell'incarico da parte dell'intero CdA con parere del collegio sindacale (su tali profili si sofferma G. BURATTI, *D.Lgs. 231/2001 e organismo di vigilanza: le principali problematiche. Il caso FINTECNA*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2006, p. 239 ss.).

<sup>304</sup> Che si tratti di compiti distinguibili, emerge anche dalla prassi: vedi M. BANANNI, M. GEROLDI, *Il modello H3G di organizzazione, gestione e controllo*, in *Resp. amm. soc. enti*, 3/2006, p. 224; G. BURATTI, *D.lgs. 231/2001*, cit., p. 241.

<sup>305</sup> Cfr. U. LECIS, *L'organismo di vigilanza e l'aggiornamento del modello organizzativo*, in *Resp. amm. soc. enti*, 4/2006, p. 37 ss.

teressati<sup>306</sup>, perché sia assicurata la *compliance*. Stante la naturale vocazione dei modelli di cui al decreto 231 ad identificare e formalizzare procedure mediante le quali sono adottate le decisioni, ciò significa che l'organismo può intercettare una sequenza fondamentale nello sviluppo di vicende illecite, rallentarne il corso, e, se il modello adottato gliene conferisce il potere, irrogare sanzioni o promuovere il relativo procedimento<sup>307</sup>. Cosicché, ai fini dell'esclusione di un suo coinvolgimento a titolo di concorso omissivo, non appare risolutiva la circostanza, in sé incontestabile, secondo cui l'OdV è sprovvisto di mansioni operative<sup>308</sup>; circostanza fisiologica, del resto, ma dalla quale è dato inferire, come usuale in materia di controlli interni, esclusivamente l'esigenza di autonomia della funzione e di indipendenza del relativo giudizio.

Un'ultima considerazione riguarda il tema dei gruppi<sup>309</sup>. Dovendosi escludere un obbligo di attuare un piano preventivo a livello di gruppo – obbligo che spetterebbe alla *holding* – deve conseguentemente escludersi che esista un OdV tenuto a vigilare su quanto accade nell'ambito del gruppo – anch'esso collocato all'interno della

<sup>306</sup> Segnala la possibilità di percorrere “due strade alternative”, cioè intervenire “sulle regole”, allertando i vertici, o intervenire “sulle persone”, U. LECIS, *L'organismo di vigilanza e l'aggiornamento*, cit., p. 39.

<sup>307</sup> È appena il caso di notare che le sanzioni devono intervenire in caso di violazione del modello, anche prima che ciò si traduca nella realizzazione di un reato: vedi C. MANCINI, *Responsabilità amministrativa*, cit., p. 178. Attribuisce direttamente all'OdV la facoltà di irrogare sanzioni disciplinari C.E. PALIERO, *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 848. Riconosce che all'OdV compete il potere di irrogare sanzioni F. GIUNTA, *Controllo e controllori*, cit., pp. 610-611, ma esclude che possa trattarsi di poteri “impeditivi”. P. SFAMENI, *La responsabilità delle persone giuridiche*, cit., p. 91, esclude che l'organismo goda, di regola, di poteri impeditivi, ma ritiene che l'autonomia organizzativa degli amministratori possa “delegare” all'organismo «poteri decisionali e di intervento più incisivi»: si tratterebbe di una “facoltà”, non di un “dovere”; anche se lo stesso Autore afferma possa profilarsi la “necessità” di siffatta “delega”. Anche in tal caso, tuttavia, sempre secondo questo Autore, si rivelerebbe problematico l'impiego dell'art. 40, comma 2 c.p. (vedi anche P. SFAMENI, *Responsabilità da reato degli enti e nuovo diritto azionario*, cit., pp. 186-187).

<sup>308</sup> Attribuisce significato ostativo a tale circostanza, tra gli altri, A. ALESSANDRI, *I soggetti*, in A. ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, cit., p. 40 ss.

<sup>309</sup> In argomento, D. GALLETTI, *I modelli organizzativi*, cit., p. 140 ss.; U. LECIS, *L'organismo di vigilanza nei gruppi di società*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2/2006, p. 45 ss.

*holding* –, nei confronti del quale, magari, gli OdV presenti in ogni singola società operino come unità decentrate o finanche “delegate”. Un raccordo funzionale tra singole componenti, nella dimensione del monitoraggio sul rischio che si verifichino illeciti nell’ambito del gruppo, può sì imporsi, ma sempre nell’ottica del controllo su quanto accade in ogni singolo ente, all’interno del quale, soltanto, l’organismo di controllo è chiamato ad intervenire ed a rispondere di eventuali omissioni<sup>310</sup>.

#### 6.4. *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari*

La L. 262/2005 ha introdotto l’art. 154-*bis* Tuf, che istituisce una nuova posizione di controllo: quella del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili, o “dirigente contabile”, come ad esso ci si è riferiti con più comoda espressione<sup>311</sup>, con l’intento di estendere «la responsabilità per la corretta redazione dei documenti contabili alla tecnostruttura societaria che provvede alla loro effettiva formazione»<sup>312</sup>. L’istituto ha poi subito numerose modifiche grazie al d.lgs. 303/2006<sup>313</sup> e al d.lgs. 195/2007<sup>314</sup>.

L’istituzione di questa “tecnostruttura” è obbligatoria, nelle società quotate<sup>315</sup>, ma non viene indicato l’organo competente per la

<sup>310</sup> Questa soluzione, in altre parole, si impone come logico corollario delle osservazioni di cui *supra*, § 4.

<sup>311</sup> Vedi ASSONIME, Circolare, n. 12/2006, in *Riv. soc.*, 2006, p. 504. ASSONIME, Circolare n. 74/2007, *I doveri informativi del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 1457 ss., definisce la figura in questione “Dirigente Preposto”.

<sup>312</sup> R. COSTI, *Il mercato mobiliare*, cit., p. 359.

<sup>313</sup> Si vedano A. COLOMBO, *Ruolo e responsabilità del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari dopo il d.lgs. n. 303 del 2006*, in *Contr. imp.*, 2007, p. 1322 ss.; M. IRRERA, *Il dirigente preposto*, cit., p. 484 ss.

<sup>314</sup> Sul tema ASSONIME, Circolare n. 74/2007, cit., *passim.*; L. ANTONETTO, *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari*, in *Riv. dir. imp.*, 2007, p. 492 ss.; P. MANES, *Prime considerazioni sulla responsabilità del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari*, in *Contr. imp.*, 2008, p. 1119 ss.

<sup>315</sup> Per la precisione «degli emittenti quotati aventi l’Italia quale Stato membro d’origine» (così l’art. 154-*bis* Tuf novellato dal d.lgs. 195/2007). Sul punto,

nomina; di norma essa spetterà al CdA<sup>316</sup>, anche se non è esclusa una nomina assembleare<sup>317</sup>, mentre non è ammessa la nomina da parte dell'organo di controllo<sup>318</sup>, che però esprime un parere. Controverso se la posizione occupata dal dirigente costituisca un inedito nell'organigramma aziendale o possa coincidere con quella del direttore generale<sup>319</sup>; altrettanto discutibile se si possa parlare di istituzione di un nuovo "organo"<sup>320</sup>.

Le funzioni del dirigente contabile si articolano in obblighi di attestazione e obblighi di organizzazione<sup>321</sup>.

Quanto ai compiti di attestazione, nella disciplina originaria, il dirigente figurava quale coautore, insieme al direttore generale, di una dichiarazione scritta che attestasse la "corrispondenza al vero" degli atti e comunicazioni, previste dalla legge o diffuse al mercato, contenenti informazioni sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società. La repentina modifica legislativa ha eliminato il riferimento al direttore generale, ed ha ristretto l'oggetto della dichiarazione alla comunicazione al mercato "relativa all'informativa contabile anche infrannuale" della società; ma soprattutto l'attestazione della "corrispondenza al vero" è stata sostituita dalla formula meno rigida della "corrispondenza alle risultanze documentali,

---

ampiamente, L. ANTONETTO, *Il dirigente preposto*, cit., p. 492 ss. La limitazione alle sole società con azioni quotate era sorretta con argomentazioni convincenti già da AL. ROSSI, *La responsabilità del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili e il sistema sanzionatorio*, in *Resp. amm. soc. enti*, 4/2006, p. 10 ss.

<sup>316</sup> È l'opzione più diffusa in sede di prima applicazione dell'art. 154-bis Tuf: cfr. ABI, Circolare n. 13 del 27 aprile 2007, in *Dir. banca merc. finanz.*, 2008, pt. II, p. 9.

<sup>317</sup> Ne dubita M. IRRERA, *Il dirigente preposto*, cit., p. 488.

<sup>318</sup> ASSONIME, Circolare, n°12/2006, cit., p. 504; A. ZOPPINI, *La nuova disciplina del "dirigente preposto" introdotta dalla legge sulla tutela del risparmio*, cit., pp. 58-59.

<sup>319</sup> Nel primo senso è orientata ASSONIME, Circolare n° 12/2006, cit., pp. 504-505; mentre la coincidenza dei ruoli non è esclusa da R. COSTI, *Il mercato mobiliare*, cit., pp. 376-377 (in questo caso, afferma per altro l'Autore, l'art. 154-bis «perderebbe di qualunque autonomo rilievo»).

<sup>320</sup> In senso contrario AL. ROSSI, *La responsabilità del dirigente preposto alla redazione*, cit., p. 6; di "organo" parlano invece D. FICO, *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari: competenze e responsabilità*, in *Soc.*, 2006, p. 822; M. IRRERA, *Il dirigente preposto*, cit., p. 487. Sul punto vedi anche ABI, Circolare n. 13, cit., p. 8.

<sup>321</sup> R. COSTI, *Il mercato mobiliare*, cit., p. 378.

ai libri e alle scritture contabili” (così il comma 2° dell’art. 154-*bis* riformato)<sup>322</sup>. Il dirigente contabile resta inoltre coautore, insieme agli amministratori delegati, di una relazione da allegare al bilancio, che attesti la corrispondenza di questo alle scritture contabili e l’effettiva applicazione delle procedure organizzative predisposte dal dirigente stesso (art. 154-*bis*, comma 5°)<sup>323</sup>.

Quanto ai compiti di organizzazione<sup>324</sup>, il dirigente predispone adeguate procedure amministrative e contabili, finalizzate alla “formazione del bilancio d’esercizio e del consolidato, e di ogni altra comunicazione di carattere finanziario (art. 154-*bis*, comma 3°). La competenza esclusiva degli amministratori in merito alla redazione del bilancio non è messa in discussione, posto che tale materia non può essere delegata nemmeno in seno al CdA<sup>325</sup>. Con la norma in commento il legislatore ha semplicemente “istituzionalizzato” ciò che da tempo accade nelle società (almeno in quelle di certe dimensioni), e che corrisponde alla fase preliminare della redazione del bilancio da parte degli amministratori<sup>326</sup>.

L’attività svolta dal dirigente contabile, tuttavia, non si esaurisce in una comunicazione verso il CdA, ma ha una rilevanza anche “esterna”, ossia diretta a garantire il pubblico<sup>327</sup>, testimoniata dalla responsabilità di cui sono destinatari i titolari di tale ufficio<sup>328</sup>. È prevista l’applicabilità delle regole sulla responsabilità degli amministratori, come accade, del resto, per i direttori generali grazie all’art. 2396 c.c.<sup>329</sup>. Al tempo stesso, pur non avendo il nostro legislatore

<sup>322</sup> Si soffermano su questa modifica ASSONIME, Circolare n. 74/2007, cit., pp. 1462-1463; M. IRRERA, *Il dirigente preposto*, cit., pp. 493-494.

<sup>323</sup> Tale secondo tipo di attestazione riceve una disciplina analitica per effetto del d.lgs. 195/2007: cfr. i commi 5 e 5-*bis* dell’art. 154-*bis* Tuf. Sul punto si rinvia a C. SOTTORIVA, *La nuova informativa regolamentata “continua” per le società quotate*, in *Soc.*, 2008, p. 533 ss.

<sup>324</sup> Competenze “operazionali”, le definisce P. MONTALENTI, *Amministrazione, controllo e minoranze nella legge sul risparmio*, cit., p. 985.

<sup>325</sup> Cfr. art. 2381, comma 4 c.c.

<sup>326</sup> L. DE ANGELIS, *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari*, in *Soc.*, 2006, p. 401 ss.

<sup>327</sup> L. ANTONETTO, *Il dirigente preposto*, cit., pp. 490-491.

<sup>328</sup> COSÌ AL. ROSSI, *La responsabilità del dirigente*, cit., pp. 9-10.

<sup>329</sup> AL. ROSSI, *La responsabilità del dirigente*, cit., pp. 13-14.

re creato fattispecie *ad hoc* a presidio della funzione<sup>530</sup>, il dirigente contabile è soggetto attivo di alcuni reati societari: le false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622 c.c.), l'infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità (art. 2635 c.c.), l'ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza (art. 2638 c.c.)<sup>531</sup>.

Ai fini della presente ricerca è essenziale approfondire l'obbligo consistente nel predisporre procedure amministrative e contabili, le quali si estendono non solo al bilancio ma ad ogni altra comunicazione finanziaria. Secondo i primi commenti, alla luce della disciplina introdotta nel 2005, si sarebbe profilata una posizione di garanzia a tutela della «veridicità delle comunicazioni societarie aventi ad oggetto dati economici, patrimoniali e finanziari», strumentalizzabile nell'ambito del concorso omissivo con gli amministratori<sup>532</sup>. Il punto, però, è degno di una qualche riflessione, anche a seguito dell'intervento legislativo del 2006.

In primo luogo, va considerata l'attuale formulazione del 2° comma dell'art. 154-*bis* Tuf. Il rischio di incorrere in sanzioni penali, per l'omesso impedimento di un reato perpetrato dall'organo amministrativo, sarebbe emerso, alla luce dell'originaria formulazione della norma, ogni qual volta il reato fosse stato commesso tramite la diffusione di "informazioni idonee ad incidere sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società". Questa ampia nozione abbracciava in pratica tutte le notizie in grado di influenza-

<sup>530</sup> A differenza di quanto effettuato dal legislatore americano nel SOX: vedi *supra*, cap. II, sezione seconda, § 2.

<sup>531</sup> Ai quali va aggiunta la modifica dell'art. 622, comma 2 c.p. Una dettagliata analisi in D. MICHELETTI, *Responsabilità penale del dirigente contabile*, in F. GIUNTA, D. MICHELETTI (a cura di), *La disciplina penale del risparmio*, cit., p. 22 ss.; AL. ROSSI, *La responsabilità del dirigente*, cit., p. 15 ss.; G. SCHIAVANO, *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari: profili penalistici*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 2008, p. 171 ss. Per un difetto di coordinazione dei testi legislativi, la realizzazione di questi reati da parte del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili non comporta la responsabilità amministrativa dell'ente (lo rileva AL. ROSSI, *La responsabilità*, cit., p. 23; *contra* D. MICHELETTI, *Responsabilità penale del dirigente*, cit., p. 26). Si è posta, inoltre, la questione dell'estensione della responsabilità penale, introdotta dalla L. 262/2005, al dirigente contabile operante nelle società non quotate, nelle quali la nomina è facoltativa (approfonditamente, sul punto, D. MICHELETTI, *Responsabilità penale del dirigente*, cit., p. 16 ss.).

<sup>532</sup> AL. ROSSI, *La responsabilità del dirigente*, cit., p. 16; S. SEMINARA, *Nuovi illeciti penali e amministrativi nella legge sulla tutela del risparmio*, cit., p. 551.

re il mercato<sup>353</sup>, di modo tale che la posizione di garanzia dei dirigenti contabili avrebbe compreso, ad esempio, l'omesso impedimento dell'aggiotaggio informativo messo in atto dagli amministratori, ogni volta in cui, nella propria sfera di attività, il dirigente fosse venuto a conoscenza della falsità e della idoneità ad incidere sul prezzo dei titoli della notizia, eppure avesse omesso di rilevarlo nella sua attività.

Oggi, come visto, l'area della garanzia dovuta dal dirigente è significativamente più ristretta: l'attestazione è limitata agli "atti e comunicazioni della società diffusi al mercato, e relativi all'informativa contabile anche infrannuale della stessa società". La portata effettiva di tale dizione è oggetto di controversia interpretativa<sup>354</sup>, ma di tale informativa, ricordiamo, è valutata la corrispondenza alle scritture contabili ed alle risultanze documentali, e non la "verità"<sup>355</sup>. Si tratta di un giudizio che «esclude sia un'assoluta e capillare garanzia di veridicità sostanziale, sia una mera verifica estrinseca e formalistica, ma riposa sull'affidabilità della catena di trasmissione dell'informativa contabile, garantita dall'adeguatezza e dall'effettiva applicazione delle procedure amministrative e contabili [...], salvo sintomi patologici tali da esigere particolari approfondimenti analitici e, in caso di riscontro di errori o falsità, congrua correzione delle stesse procedure»<sup>356</sup>.

Simile potere/dovere di correggere le procedure non è però facilmente inquadrabile nell'ambito di quel complesso fenomeno di generalizzata procedimentalizzazione delle attività subita dalla disciplina delle società. Il dirigente contabile è chiamato ad operare su un segmento piuttosto affollato da controlli, interessato dalla sorve-

<sup>353</sup> Cfr. ASSONIME, Circolare, n. 12/2006, pp. 505-506.

<sup>354</sup> La norma in commento richiama gli "atti" previsti dalla sezione V, Titolo II, Capo II del Regolamento Emittenti ("informazione periodica") e le "comunicazioni" – in ragione della *price sensitivity* di alcuni dati contabili – previste dall'art. 66 Regolamento Emittenti: si rinvia ad ASSONIME, Circolare n. 74/2007, p. 1463 ss., per un'esatta definizione e per un commento all'interpretazione estensiva offerta sul punto da Consob (nel Documento 4 maggio 2007, sull'esito delle consultazioni, in [www.consob.it](http://www.consob.it)).

<sup>355</sup> Critico su questa limitazione A. COLOMBO, *Ruolo e responsabilità del dirigente*, cit., p. 1331 ss.

<sup>356</sup> L. ANTONETTO, *Il dirigente preposto*, cit., p. 525.

gianza di amministratori, sindaci e revisori, e sul quale, inoltre, si snoda il sistema di controllo introdotto dal d.lgs. 231/2001<sup>337</sup>. Ci interessa, in modo particolare, focalizzare il suo rapporto con gli amministratori.

Delimitare le competenze del dirigente rispetto a quelle riservate agli amministratori delegati, i quali “curano” gli assetti organizzativi, non è compito scevro da difficoltà, e sembra che, per quanto non si trovi in posizione a essi subordinata, il dirigente sia costretto a cedere alle decisioni assunte da questi ultimi, in caso di contrasti<sup>338</sup>. Per altro verso, sull’attività del dirigente si dispiega, in più direzioni, la “vigilanza” del CdA<sup>339</sup>.

La legge non specifica i poteri del dirigente contabile; essa prescrive che gli siano conferiti “adeguati poteri e mezzi” per l’esercizio dei compiti attribuiti, e che sull’“adeguatezza” di tale conferimento vigili, appunto, il CdA (art. 154-*bis*, comma 4°)<sup>340</sup>. S’intende che i “poteri” devono collocare il dirigente in una posizione non subordi-

<sup>337</sup> Cfr. S. FORTUNATO, *Il dirigente preposto ai documenti contabili nel sistema dei controlli societari*, in *Soc.*, 2008, p. 401 ss.; sul punto vedi già i rilievi di ASSONIME, Circolare, n. 12/2006, cit., pp. 506-507. A. COLOMBO, *Ruolo e responsabilità del dirigente*, cit., p. 1343, si sofferma sulla possibile sovrapposizione di responsabilità con l’OdV, che, ai sensi dell’art. 6 d.lgs. 231/2001, è tenuto a vigilare sulle modalità di gestione delle risorse finanziarie. Un giudizio positivo su questo ingorgo di controlli è espresso, invece, da M. INNOCENTI, *Collegio sindacale e dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari*, cit., p. 355 ss.

<sup>338</sup> Cfr. M. IRRERA, *Il dirigente preposto*, cit., p. 495 ss.; prima del d.lgs. 303/2006, già P. ABBADESSA, *Nuove regole di governance*, cit., p. 545.

<sup>339</sup> L’art. 154-*bis* Tuf parla di “vigilanza”, ma sarebbe più appropriato parlare di “valutazione”, rispettando il lessico dell’art. 2381 c.c. (vedi M. IRRERA, *Il dirigente preposto*, cit., p. 499; diversa l’opinione di M. INNOCENTI, *Collegio sindacale e dirigente preposto*, cit., p. 362).

<sup>340</sup> È stato notato, nei primi commenti, che la decisione di affidare all’autonomia statutaria l’individuazione esatta dei poteri e della loro adeguatezza si distacca dal principio, secondo cui la qualifica penalistica discende dall’investitura formale o dall’esercizio continuativo di poteri tipici ad essa inerenti (ex art. 2639 c.c.), per avvicinarsi di più ad una forma di delega di funzioni, consentendo al dirigente preposto di invocare «una causa di non punibilità», ove fosse privo dei necessari poteri operativi. In tal senso si era espresso S. SEMINARA, *Nuovi illeciti*, cit., p. 551, secondo il quale, «questa ambiguità fa emergere il sospetto che l’istituzione del dirigente finanziario risponda ad un’operazione carica di effetti simbolici, mirata soprattutto a ingenerare l’apparenza di un ulteriore e robusto rafforzamento delle garanzie di veridicità del bilancio». Probabilmente, l’inciso relativo alla responsabilità degli amministratori per l’adeguatezza dei poteri conferiti al dirigente mira proprio a superare questa critica.



nata all'amministrazione, bensì di "autonomia" ed "indipendenza", nell'ottica di una funzione «parallela alla gestione»<sup>341</sup>. L'espressione "mezzi", invece, allude all'attribuzione di «risorse sotto forma anche di personale, di programmi informatici, di spazi e quant'altro» idonei ai compiti affidati<sup>342</sup>. Non vi sono riferimenti testuali a poteri "reattivi" nei confronti dell'operato degli amministratori, del tipo di quelli assegnati ai sindaci, per intendersi. Piuttosto, i poteri in questione si intendono finalizzati ad allestire procedure organizzative, le quali, a loro volta, interponendosi tra l'attività amministrativa e gli illeciti che da questa risultino, possiedono, almeno virtualmente, i connotati di un'azione impeditiva nel senso dell'art. 40 cpv. c.p. Tuttavia, la vigilanza "sul rispetto effettivo delle procedure amministrative e contabili" è affidata dall'art. 154-bis, comma 4°, al CdA, in maniera coerente, del resto, con gli obblighi di "valutazione" organizzativa spettanti a quest'organo<sup>343</sup>.

Ricapitolando. Il dirigente contabile è sì dotato di poteri organizzativi, ma questi: a) concorrono con quelli degli amministratori delegati (tenuti a "curare" gli assetti organizzativi) e, nel caso, cedono innanzi alle decisioni assunte da costoro; b) sottostanno alla vigilanza sulla struttura organizzativa affidata al CdA, oltre che alla vigilanza affidata ai sindaci; ed il CdA è responsabile dell'effettivo rispetto delle procedure. Rispetto all'idea di organizzazione societaria finalizzata (anche) alla garanzia di beni penalmente protetti, si è dinanzi ad una funzione non del tutto lineare. Il controllo sul rispetto delle procedure organizzative è incardinato, per legge, nel CdA<sup>344</sup>; i poteri organizzativi concessi al dirigente possono fungere da stimolo, nei confronti di altri organi, finalizzato alla correzione di procedure, ma, dalla complessa architettura istituzionale che si crea con il

<sup>341</sup> Così D. FICO, *Il dirigente preposto alla redazione*, cit., p. 822; sul punto anche M. IRRERA, *Il dirigente preposto*, cit., p. 492; AL. ROSSI, *La responsabilità del dirigente*, cit., p. 9; S. SEMINARA, *Nuovi illeciti*, cit., p. 551. ASSONIME, Circolare n. 12/2006, cit., p. 507, dal canto suo, giudica il compito del dirigente contabile «più di tipo gestionale che di controllo».

<sup>342</sup> M. IRRERA, *Il dirigente preposto*, cit., p. 492.

<sup>343</sup> M. IRRERA, *Il dirigente preposto*, cit., pp. 498-499.

<sup>344</sup> Non risolutivo il comma 6° dell'art. 154-bis Tuf, che equipara la responsabilità del dirigente a quella prevista per gli amministratori, ma – e qui il nodo ermeneutico non è sciolto – "in relazione ai compiti loro – cioè ai dirigenti – spettanti".

CdA (nelle sue articolazioni) e con il collegio sindacale<sup>345</sup>, traspare un'immagine del dirigente preposto più come soggetto vigilato che vigilante<sup>346</sup>. Il che ci consente di concludere che l'esercizio dei poteri del dirigente non è un'eventualità che l'ordinamento *si attende* quale azione finalizzata all'impedimento di un altrui reato *ex art. 40 cpv. c.p.*, secondo la ricostruzione proposta nelle pagine precedenti.

Queste ragioni comportano l'esclusione di una posizione di garanzia per omesso impedimento dei reati commessi dagli amministratori<sup>347</sup>.

Ciò non significa che il dirigente contabile non corra un rischio elevato di commettere illeciti. Solo che questo rischio, più che nella funzione di organizzazione, alberga nella funzione di attestazione. Irregolarità contabili o gestionali celate in questo compito cruciale sono suscettive di venire in rilievo, il più delle volte, come condotta attiva di compartecipazione, oltre che come condotta autonoma integrante le fattispecie nelle quali il dirigente figura quale possibile soggetto attivo<sup>348</sup>. Il timore che la normativa in commento abbia istituito un comodo "capro espiatorio" è più che fondato<sup>349</sup>.

---

<sup>345</sup> Ampiamente descritta da M. INNOCENTI, *Collegio sindacale e dirigente preposto*, cit., p. 363 ss.

<sup>346</sup> Cfr. P. MANES, *Prime considerazioni sulla responsabilità del dirigente preposto*, cit., pp. 1133-1134.

<sup>347</sup> Identica conclusione ricorre in D. MICHELETTI, *Responsabilità penale del dirigente*, cit., p. 23. Rileva, invece, l'esistenza di una posizione di garanzia G. SCHIAVANO, *Il dirigente preposto*, cit., p. 179 ss.

<sup>348</sup> Non si intravede, in tali ipotesi, la necessità di ricorrere ad una ricostruzione in termini di compartecipazione omissiva, come invece fa G. SCHIAVANO, *Il dirigente preposto*, loc. ult. cit.

<sup>349</sup> Cfr. L. STORTONI, *Il dirigente preposto ai documenti contabili societari: utile garante o capro espiatorio?*, in *D&G online*, 29.06.2006, Si tenga anche presente che, come rilevato da I. CARACCIOLI, *Il nuovo diritto penale societario*, in I. CARACCIOLI (a cura di), *"Governance" e responsabilità penale*, Milano, 2006, p. 19, gli inquirenti potrebbero considerare i dirigenti contabili «interlocutori privilegiati per farsi raccontare le "segrete cose" della società».

SEZIONE SECONDA  
I CONTROLLI ESTERNI

1. *La responsabilità omissiva dei revisori*

1.1. *I compiti*

La revisione contabile delle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, cioè società quotate e società con azioni diffuse tra il pubblico in misura rilevante, come noto, è affidata ad una società di revisione soggetta alla disciplina del Tuf. I responsabili della revisione vedono attualmente la loro funzione assediata da un folto insieme di divieti penali (falsità nelle relazioni, corruzione, illeciti rapporti patrimoniali con la società assoggettata a revisione, compensi illegali)<sup>350</sup> e, nello stesso tempo, investita da imputazioni per omesso impedimento degli illeciti commessi dagli amministratori della società che ha conferito l'incarico<sup>351</sup>. Si concentrerà l'attenzione su questo secondo aspetto, in linea con l'indirizzo assunto dalla presente indagine.

Necessaria, a tal fine, una sommaria esposizione della disciplina extrapenale cui sono assoggettati i revisori.

Le funzioni della società di revisione consistono, essenzialmente, nel controllo contabile e nel giudizio sui bilanci<sup>352</sup>. In ordine al primo aspetto, i revisori devono verificare la regolare tenuta della contabilità sociale e la corretta rilevazione dei fatti di gestione nelle scritture contabili, con un'attività continuativa ("nel corso dell'esercizio"), acquisendo quelle competenze in precedenza assegnate al controllo sindacale dall'art. 2403 c.c. (cfr. art. 155, comma 1, lett. a,

<sup>350</sup> Una panoramica in S. SEMINARA, *Nuovi illeciti*, cit., p. 559 ss. Sul moto di riforma che ha interessato i revisori, a partire dall'ordinamento statunitense, a seguito del ruolo da essi ricoperto negli scandali finanziari, vedi M. LA ROSA, *Black-out nei controlli: stato dell'arte e prospettive di riforma in tema di revisione contabile*, in *Giur. comm.*, I, 2005, p. 183 ss.; S. FORTUNATO, *Fallimento del mercato e revisione contabile*, in P. ABBADESSA, G.B. PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*, cit., vol. 3, p. 83 ss.; G. PRESTI, *La responsabilità del revisore*, in AA.VV., *La nuova legge di tutela del risparmio*, Milano, 2007, p. 187 ss.

<sup>351</sup> Cfr. A. CRESPI, *La pretesa "posizione di garanzia" del revisore contabile*, cit., p. 373 ss.

<sup>352</sup> F. DI SABATO, *Diritto delle società*, cit., p. 382.

Tuf). Inoltre devono verificare la corrispondenza del bilancio d'esercizio e del bilancio consolidato alle risultanze delle scritture contabili e degli accertamenti eseguiti, e la loro conformità alle norme che li disciplinano (art. 155, comma 1 lett. b). Il giudizio sul bilancio si atteggia a "atto conclusivo" di queste attività<sup>353</sup>. Esso deve essere depositato, nelle modalità previste dall'art. 156 Tuf, e con gli effetti previsti dall'art. 157, nella sede della società, perché i soci ne prendano visione prima dell'assemblea<sup>354</sup>.

I revisori svolgono la loro attività in due fasi, attraverso l'impiego di tecniche campionarie: la fase "di *interim*", di pianificazione presso la società revisionata delle procedure da seguire, e la "fase finale", in prossimità dell'approvazione del bilancio, in cui i dati contabili vengono sottoposti al revisore<sup>355</sup>. L'esercizio di tali funzioni si avvale di alcuni mezzi informativi: i revisori possono chiedere agli amministratori della società assoggettata a revisione documenti e notizie utili alla revisione, con la possibilità di procedere ad accertamenti, ispezioni e controlli; la Consob ed il collegio sindacale devono essere informati "senza indugio" ove fossero riscontrati fatti ritenuti censurabili (art. 155, comma 2 Tuf): rilevano quindi sia l'omissione che la mancata tempestività di questa comunicazione<sup>356</sup>.

Descrivere un quadro nitido delle responsabilità emergenti dalla violazione di tali incombenze è un compito niente affatto agevole.

In virtù del vigente art. 164, comma 1° Tuf, come modificato dal d.lgs. 37/2004, i revisori rispondono *ex art.* 2407 c.c.: il rinvio all'intero art. 2407 estende ad essi non solo la regola sulla responsabilità dei sindaci (comma 1), ma anche la responsabilità solidale con gli amministratori (comma 2). I testi non accennano al controllo sulla legalità dell'amministrazione; tanto meno è dato dedurre dal

<sup>353</sup> F. DI SABATO, *Diritto delle società*, cit., p. 382.

<sup>354</sup> Residuano poi, tra i compiti dei revisori, i pareri sul prezzo di emissione delle azioni in caso di operazioni straordinarie: vedi P. MONTALENTI, *La società quotata*, cit., pp. 304-305.

<sup>355</sup> C. DI NANNI, *Competenze e responsabilità della società di revisione*, in C. AMATUCCI (a cura di), *I controlli esterni nelle società quotate*, Milano, 2005, p. 157.

<sup>356</sup> M. DAMIANI, *I nuovi sistemi di controllo contabile e le relative responsabilità*, in A. NIGRO (a cura di), *Libertà e responsabilità nel nuovo diritto societario*, Milano, 2006, p. 394.

sistema che al revisore spetti l'obbligo di controllo sulla gestione. Lo spirito del sistema muove esattamente in direzione antitetica, mirando ad isolare la revisione contabile da possibili connivenze o pericoli di "cattura" da parte dell'organo di gestione<sup>557</sup>, e concentrando sui sindaci il controllo sulla gestione<sup>558</sup>. Del resto, ogni ingerenza gestoria, quale prestazione di un ufficio non dovuto, potrebbe costituire indice di una sottostante vicenda corruttiva<sup>559</sup>.

Ma la regola della solidarietà con gli amministratori, in chiara contraddizione con il ruolo proprio della revisione (come sottolineato in toni di veemente critica da illustre dottrina), rischia di alterare i connotati di quest'ultima, dirottandone le prerogative verso una impropria vigilanza sulle attività degli amministratori, *ex art.* 2407 comma 2° c.c.; il che trasformerebbe il revisore (addirittura) in un "amministratore di fatto"<sup>560</sup>.

## 1.2. *L'insussistenza di un obbligo giuridico di impedire*

Alla luce di tali premesse, nella prospettiva dell'omesso impedimento dei reati commessi dagli amministratori della società che conferisce l'incarico, è da valutare, in primo luogo, l'omessa informati-

<sup>557</sup> In tal senso inclinano i poteri riconosciuti alla Consob in materia di vigilanza sulle società di revisione, nonché in fase di nomina e revoca dell'incarico, e le regole sull'indipendenza e la rotazione degli incarichi dei revisori (profili su cui si soffermano S. FORTUNATO, *Fallimento del mercato e revisione contabile*, cit., p. 92 ss.; A.A. RINALDI, *I mutamenti nella normativa sulla revisione contabile nella riforma sul risparmio (II parte)*, in *Soc.*, 2006, p. 1469 ss.; inoltre, per un'analitica esposizione dei servizi che la società di revisione non è abilitata a prestare, si rinvia a A. MANTOVANI, *Revisione contabile delle società quotate e "servizi proibiti" alla luce della riforma sul risparmio e delle recenti modifiche al Regolamento emittenti*, in *Dir. banca merc. finanz.*, 2007, p. 505 ss.

<sup>558</sup> Sul punto, C. DI NANNI, *Competenze e responsabilità della società di revisione*, cit., p. 148, il quale sottolinea come il revisore non sia chiamato ad intervenire alle adunanze del CdA e del comitato esecutivo.

<sup>559</sup> Sulle peculiarità dell'accetamento della corruzione dei revisori, qualche cenno *supra*, cap. II, sezione seconda, § 3.1.

<sup>560</sup> È il «folle obiettivo» del legislatore, come afferma, senza mezzi termini, A. CRESPI, *La pretesa posizione di garanzia*, cit., p. 383, che aggiunge: «Una "riforma", insomma, della quale il meglio che si possa dire è di essere a tal punto demenziale da trovare addirittura in sé stessa le ragioni della propria inapplicabilità». Sui profili civilistici dell'innovazione, M. DAMIANI, *I nuovi sistemi di controllo*, cit., p. 392 ss.

va di eventuali irregolarità nei confronti della Consob e dei sindaci. Sul punto, si sono manifestate in dottrina opinioni diverse.

Secondo una prima impostazione, che fa leva, sostanzialmente, sull'analogia dei compiti spettanti ai revisori rispetto a quelli attribuiti ai sindaci (sia prima che dopo il d.lgs. 58/1998, che per primo ha operato nel senso di una chiara distinzione delle rispettive prerogative), i responsabili della revisione risponderebbero, sempre e solo nei limiti dell'«espletamento dei compiti assegnati dalla legge ai revisori», qualora non ottemperassero all'obbligo di informare i suddetti organi e autorità su fatti illeciti in itinere, la segnalazione dei quali ne «avrebbe con elevata probabilità scongiurato la compiuta realizzazione»<sup>361</sup>.

Alla luce di una diversa ricostruzione, si è invece esclusa ogni forma di compartecipazione omissiva degli organi della revisione, sulla base, in primo luogo, di rilievi inerenti alla inefficacia in concreto della comunicazione, dal punto di vista cronologico, ad impedire un reato; in secondo luogo, considerando il ruolo rivestito dai titolari della funzione di revisione ed il tipo di poteri ad essi affidati; infine, sottolineando la “genericità” dell'obbligo. Dal primo punto di vista, si è osservato come l'informativa dei revisori avrebbe necessariamente ad oggetto «un fatto già accaduto», e sarebbe quindi sprovvista di qualunque forza impeditiva. Dall'ottica visuale del ruolo, non si è mancato di rilevare come la posizione dei revisori assuma una collocazione prettamente strumentale (o anche “ancillare”) rispetto alla funzione di cui sono titolari gli organi destinatari della segnalazione. Si è infine argomentato nel senso di un difetto di “specificità” dell'obbligo giuridico dei revisori, sulla base di una distinzione, in generale, tra un “generico” «dovere giuridico di compiere un'azione il cui compimento può efficacemente scongiurare la commissione di un delitto», e uno “specifico” «dovere giuridico di impe-

---

<sup>361</sup> M. ROMANO, *Problemi penali della certificazione del bilancio*, in *Giur. comm.*, 1996, I, p. 703; e, vigente il Tuf, ancora M. ROMANO, *Sulla recente normativa penale (e sviluppi nelle proposte dello “Schema Mirone”) in tema di società di revisione contabile*, in *Giur. comm.*, 2000, I, p. 863.

dire il delitto», rilevante ai fini della compartecipazione omissiva, e non estraibile dall'assetto regolativo della revisione contabile<sup>362</sup>.

Si lascia preferire un'interpretazione che escluda la responsabilità omissiva dei revisori. Con talune puntualizzazioni.

Alcuni degli argomenti invocati a sfavore della sussistenza di una *Garantenstellung* immetterebbero nuovamente il nostro discorso nel tema, che ci siamo lasciati alle spalle, della entità del potere rilevante ai fini dell'art. 40 cpv. c.p. Sulla base dei risultati conseguiti in sede di indagine teorica<sup>363</sup>, il fatto che i revisori ricoprano una ruolo strumentale, rispetto all'intervento cui sono chiamate le istanze da loro interpellate, non esclude di per sé l'esistenza di una posizione di garanzia, essendo concepibile, in ipotesi, una tutela apprestata agli interessi protetti nel mercato finanziario<sup>364</sup> tramite un sistema integrato di garanti, ad alcuni dei quali sia assegnato il potere di sollecitare l'intervento di altri; potere la cui omissione, in presenza di determinate circostanze fattuali, potrebbe palesare una reale attitudine impeditiva di futuri illeciti (come del resto sostiene la suesposta tesi affermativa di un obbligo di garanzia dei revisori). Nel caso della revisione contabile, tuttavia, non è possibile accedere a questo schema; e la ragione risiede nell'inidoneità della normativa sulla revisione a circoscrivere un obbligo giuridico di impedimento.

È noto come la dottrina riscontri non poche difficoltà nel delineare il contenuto dei doveri imposti ai revisori<sup>365</sup>. Viene riconosciuto,

---

<sup>362</sup> A. CRESPI, *La pretesa "posizione di garanzia"*, cit., p. 374, che riprende le osservazioni di N. PISANI, *Controlli sindacali*, cit., p. 309 ss., (compiute alla luce della vecchia formulazione dell'art. 164 Tuf, che richiamava solo il 1° comma dell'art. 2407 c.c.).

<sup>363</sup> Soprattutto cap. V, sezione seconda.

<sup>364</sup> In tale ottica la revisione contabile assume senz'altro i tratti di una «funzione di interesse pubblico» (S. FORTUNATO, *Fallimento del mercato e revisione contabile*, cit., p. 89 ss.). Superata, comunque – e l'introduzione di specifiche fattispecie di corruzione ne è solo la conferma – la questione dell'eventuale natura pubblicistica degli organi di amministrazione delle società di revisione: nel senso del carattere privatistico delle rispettive funzioni già N. MAZZACUVA, *L'attività di revisione contabile e di certificazione dei bilanci: profili penali*, in *Giur. comm.*, 1987, p. 529 ss.

<sup>365</sup> Nel definire gli obblighi del revisore, già F. BONELLI, *Responsabilità della società di revisione nella certificazione obbligatoria e volontaria dei bilanci*, in *Riv. soc.*, 1979, p. 987, rilevava come, rispetto all'obbligo di controllare la regolarità della contabilità, «esistono margini così ampi da rendere del tutto incerto il

innanzi tutto, che esiste un divario tra ciò che il pubblico si attende dalla revisione contabile, e ciò che essa realmente è e può offrire (c.d. *expectation gap*)<sup>366</sup>. E, premesso che in materia di revisione viene richiamata la norma sulla diligenza dei sindaci (art. 2407 comma 1 c.c.) ma non l'obbligo di vigilare sulla legalità dell'amministrazione (art. 2403 c.c.), diviene in effetti questione dibattuta, se i revisori abbiano l'obbligo di scoprire frodi o altre irregolarità commesse dall'amministrazione. Benché si ammetta che il revisore non debba fidarsi ciecamente del *management* e del sistema di controllo interno, ma debba operare con "mente indagatrice", prevalente risulta la tesi secondo cui egli "non assicura la scoperta di frodi, sottrazioni o altre irregolarità", che possono trovarsi occultate nella contabilità della società. La giurisprudenza americana ha invocato, in proposito, la formula dello "scetticismo professionale": il revisore non presume la disonestà di una gestione, né la sua "indiscussa onestà"; egli procede nella consapevolezza che possono esserci errori ed adotta procedure finalizzate a rilevarli<sup>367</sup>.

---

concreto contenuto dell'obbligo». A tal proposito, molto interessanti le pagine dedicate alla revisione contabile da M. POWER, *La società dei controlli*, cit., p. 36 ss., il quale si sofferma su una sostanziale imperscrutabilità dei fini della revisione: «c'è una sostanziale oscurità, nascosta tra le sue varie routine e procedure, che avvolge ciò che la revisione produce», afferma l'Autore (*ibidem*, p. 39); e ancora: «Dal momento che non è possibile sapere cosa la revisione contabile realmente produce, è importante fidarsi del fatto che i professionisti faranno del loro meglio. E se non si conoscono gli scopi e i risultati della revisione, non si capisce nemmeno se possa fallire» (*ibidem*, p. 43).

<sup>366</sup> G. BIANCHI, *Amministrazione e controllo nelle nuove società di capitali: metodi alternativi di gestione dopo la riforma del diritto societario*, Milano, seconda ed., 2006, p. 354. Si veda anche il punto 3 del documento redatto dalla Commissione paritetica per i principi di revisione, *Obiettivi e principi generali della revisione contabile del bilancio*, documento n. 200, del novembre 2006, p. 3, disponibile su [www.consrag.it](http://www.consrag.it): «Sebbene il giudizio del revisore incida sulla valutazione dell'attendibilità del bilancio, tale giudizio non rappresenta una garanzia del futuro funzionamento dell'impresa né che la stessa sia stata amministrata in modo efficace ed efficiente».

<sup>367</sup> Su questi profili, si veda G.M. BUTA, *La responsabilità nella revisione obbligatoria delle s.p.a.*, Torino, 2005, p. 65 ss. e la giurisprudenza riportata dall'Autrice in nota 132. Alla regola dello "scetticismo professionale" fanno riferimento anche il punto 6 degli *Obiettivi e principi generali della revisione contabile del bilancio*, loc. cit. e vari passaggi del documento n. 240, redatto dalla medesima Commissione, intitolato *La responsabilità del revisore nel considerare le frodi nel corso della revisione contabile del bilancio*, ed. ottobre 2006, su [www.cndc.it](http://www.cndc.it).



Si ritiene allora che l'obbligo dei revisori verta sulla necessaria predisposizione di misure volte a smascherare eventuali frodi; senza che, nell'adempimento di siffatto obbligo, essi possano fare affidamento sul sistema di controllo interno, del quale sono tenuti a valutare l'affidabilità, ma sempre tenendo presente che ai revisori non spetta alcuna funzione di vigilanza sul medesimo. Inoltre, esiste sufficiente concordia sul fatto che, anche innanzi ad una rilevazione che lasci sorgere sospetti, pur essendo il revisore obbligato ad un approfondimento dei controlli, egli non sia chiamato a svolgere un ruolo di "polizia", ed a rispondere per non aver accertato fatti che era impossibile accertare con l'impiego della diligenza professionale richiesta<sup>568</sup>.

Insomma: l'obbligazione dei revisori, che si presenta come obbligazione di mezzi<sup>569</sup>, prende forma esclusivamente dai criteri utilizzati per colmare il contenuto della legge, criteri dettati, in massima parte, dai Principi di revisione emanati dai Consigli Nazionali dei dottori commercialisti<sup>570</sup>. Ed a questo punto, ci si imbatte in un ulteriore fattore di incertezza, poiché, secondo l'interpretazione corrente, tali principi si atteggiano ad indici di valutazione permeati da una certa elasticità: attenersi non esonera necessariamente da responsabilità; infrangerli non comporta necessariamente un addebito, in quanto non è esclusa l'osservanza di metodi alternativi<sup>571</sup>.

Questi sviluppi interpretativi, che possono al limite appagare i criteri di attribuzione della responsabilità civile<sup>572</sup>, sembrano non ri-

---

<sup>568</sup> I principi su *La responsabilità del revisore nel considerare le frodi*, cit., p. 17, fanno riferimento a "rischi di errori significativi dovuti a frodi", che richiedono una "valutazione" da parte del revisore in base al proprio "giudizio professionale".

<sup>569</sup> G.M. BUTA, *La responsabilità*, cit., p. 69 ss.; M. DAMIANI, *I nuovi sistemi*, cit., p. 394.

<sup>570</sup> Tali principi, in realtà, sono stabiliti dalla Consob, sentito il parere del Consiglio (art. 162, comma 2, lett.a, Tuf, come riformulato dalla L. 262/2005).

<sup>571</sup> Cfr. G.M. BUTA, *La responsabilità*, cit., p. 62 ss.; M. DAMIANI, *I nuovi sistemi*, cit., p. 395 ss.

<sup>572</sup> Probabilmente neppure questi: «Se si dovesse redigere una voce enciclopedica sulla responsabilità della società di revisione, molteplici, e tutti problematici, sarebbero i profili da trattare» (così G. PRESTI, *La responsabilità del revisore*, cit., p. 190). Per un quadro giurisprudenziale aggiornato si rinvia a G. ALPA, "Deterrence" e responsabilità: il caso delle società di revisione, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 2245 ss. In argomento, inoltre, si veda lo studio approfondito di P. GIUDICI, *La responsabilità civile nel diritto dei mercati finanziari*, cit., p. 349 ss.

uscire a garantire, dal punto di vista penalistico, un coefficiente minimo di tassatività della condotta imposta ai destinatari di questa normativa; tassatività che pure deve caratterizzare l'obbligo inteso nel senso dell'art. 40 cpv. c.p.<sup>373</sup>. È certo, infatti, che i revisori devono attivare canali comunicativi verso altri soggetti (Consob e sindaci), ma resta indeterminata la premessa: gli interessi cui sarebbe funzionale l'ipotetica garanzia dei revisori non sono definibili nemmeno sulla base di un generico richiamo ad un controllo di legalità; l'oggetto su cui cade il controllo dei revisori non è esattamente l'organizzazione degli assetti contabili, sulla quale, si ricorderà, vigilano i sindaci; la circostanza in presenza della quale si è chiamati ad effettuare la comunicazione ad altri organi – che presuppone l'esistenza di un parametro alla stregua del quale i revisori riconoscono i “fatti censurabili” – è sagomata da null'altro che da vaghi criteri di competenza professionale<sup>374</sup>.

In questo senso v'è quanto basta per mettere in discussione la determinatezza del comportamento che si esige dai revisori – e con essa la “specificità” dell'obbligo –, prima ancora che di tale comportamento sia esaminata la scarsa attitudine impeditiva.

Si è inoltre prospettata l'ipotesi che obblighi di impedimento si annidino nella stessa attività di giudizio sui bilanci, per altro già penalisticamente presidiata dagli artt. 2624 c.c. e 174-*bis* Tuf. Lungo tale binario interpretativo la responsabilità dei revisori verrebbe condotta sino a comprendere l'omesso impedimento delle false comunicazioni sociali commesse dagli organi della società assoggettata a revisione; e finanche degli episodi di bancarotta che si innestino sul tronco di tali falsità<sup>375</sup>. Ma anche questa ipotesi è da respingere:

<sup>373</sup> Cfr. cap. III, § 8.

<sup>374</sup> I “fatti censurabili” non sono limitati, è vero, a quelli riguardanti la correttezza della contabilità, ma comprendono «anche quelli attinenti alla gestione, di cui il revisore acquisisca conoscenza in occasione dei suoi riscontri contabili»; fatti di cui, tuttavia (questo preme evidenziare), si «possa, in base alle proprie competenze, giudicare la non correttezza» (così G.E. COLOMBO, *Art. 155*, in G.F. CAMPOBASSO [a cura di], *Testo unico della finanza*, cit., p. 1292). Questo richiamo alla valutazione “secondo competenza” ci riconduce alla questione della indeterminazione dell'obbligo.

<sup>375</sup> È l'ipotesi criticata dal A. CRESPI, *La pretesa “posizione di garanzia”*, nei luoghi cit. *supra*.

al di là delle denunciate difficoltà di appurare un nesso causale tra omissioni nella relazione redatta dai revisori ed eventi dannosi successivamente prodottisi<sup>376</sup>, risulta tranciante il rilievo che, ad assecondare tale ricostruzione, si incorrerebbe nel divieto di attribuire ad un soggetto due volte lo stesso fatto, tenendo presente che la medesima condotta (falsità nelle relazioni), non solo è già punita autonomamente come condotta tipica, ma subisce anche una pena più grave rispetto alle false comunicazioni sociali (pena, per altro, non vincolata al superamento delle soglie di punibilità)<sup>377</sup>, di modo tale che possa dirsi aver già assorbito il disvalore di quest'ultima fattispecie<sup>378</sup>.

Un'ultima considerazione investe la posizione della società di revisione incaricata della revisione della società capogruppo, che, come vuole il comma 1-*bis* dell'art. 165 Tuf (introdotto dalla L. 262/2005)<sup>379</sup>, "è interamente responsabile per la revisione del bilancio consolidato del gruppo", e può, nei confronti delle società incaricate della revisione delle società controllate, "a tal fine" richiedere documenti suppletivi ed eseguire accertamenti, ispezioni e controlli; in tale occasione, ove riscontri "fatti censurabili", ne dà avviso alla

<sup>376</sup> Su cui N. PISANI, *Controlli sindacali*, cit., p. 301 ss.

<sup>377</sup> La "paradossale" circostanza venne già stigmatizzata in sede di primo commento alla riforma penal-societaria, rispetto all'art. 2624 c.c., da S. SEMINARA, *False comunicazioni sociali, falso in prospetto e nella revisione contabile e ostacolo alle funzioni di vigilanza*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 686.

<sup>378</sup> Cfr. A. CRESPI, *La pretesa "posizione di garanzia"*, cit., p. 375.

<sup>379</sup> Sul problema sotteso all'informazione contabile di gruppo e sulla difficoltà, prima della legge citata nel testo, di leggere nel diritto positivo la facoltà, per i revisori principali, di avvalersi dei dati contabili provenienti dai revisori delle controllate (con conseguenze sul piano delle rispettive responsabilità), si veda M. MIOLA, *Società quotate, controlli esterni*, cit., p. 95 ss.; per un commento sulla nuova formulazione dell'art. 165 Tuf, A.A: RINALDI, *I mutamenti nella normativa sulla revisione contabile*, cit., p. 1474 ss., che avverte l'«aprirsi di uno scenario di responsabilità sempre più vasto per il revisore principale, ancorché l'infedeltà dei dati del consolidato derivi da errato esercizio dell'attività di revisione espletata da altro revisore della o delle controllate». Sulla revisione di gruppo interviene anche la direttiva 2006/43/CE, la quale definisce il "revisore di gruppo" come «il revisore legale, i revisori legali o l'impresa o le imprese di revisione contabile incaricati della revisione legale dei conti consolidati» (art. 2, n. 6).

Consob ed agli organi di controllo della società capogruppo e della società interessata<sup>380</sup>.

In effetti, qui potrebbe discutersi di una posizione di garanzia dei revisori della capogruppo, non già rispetto agli illeciti realizzati dagli amministratori delle società del gruppo, tanto meno rispetto all'ipotesi di falsità del bilancio consolidato realizzato dalla *holding*, bensì nei confronti delle irregolarità, suscettibili di riversarsi nel bilancio consolidato, poste in essere dagli altri revisori nell'ambito del gruppo. Si tratterebbe di un profilo di responsabilità concettualmente autonomo, sia rispetto alla responsabilità nei gruppi<sup>381</sup>, sia rispetto alla (insussistente, per quanto visto, sul piano penalistico) responsabilità da omesso controllo nei confronti degli organi della società revisionata. Tuttavia, si noti come la norma non scolpisca alcun obbligo di vigilanza della società di revisione della *holding* rispetto all'attività degli altri revisori: piuttosto, se la prima consapevolmente avalla eventuali falsità trasmesse dai secondi, si rende soggetto attivo di una ipotesi (commissiva) di falso nella relazione al consolidato<sup>382</sup>.

## 2. *Profili di responsabilità penale della Consob per omesso impedimento dei reati commessi dai soggetti vigilati*

### 2.1. *L'enfasi sulla "funzione tutoria" della Consob e la questione (trascurata) della responsabilità*

Più volte, nel corso della presente ricerca, si è fatto riferimento alla regolamentazione secondaria emanata dalla Consob, cercando di evidenziarne gli effetti sul piano interpretativo e applicativo delle fattispecie ed il *vulnus* che ne deriva per il principio di legalità in materia penale. Questa rilevante potestà regolamentare dell'au-

<sup>380</sup> Un commento in S. FORTUNATO, *Fallimento del mercato e revisione contabile*, cit., pp. 102-103.

<sup>381</sup> È appena il caso di notare che parliamo di revisione nei gruppi, non di un gruppo di società di revisione.

<sup>382</sup> La "piena responsabilità per la relazione di revisione" del "revisore di gruppo" è sancita dal 15° considerando della Direttiva 2006/43/CE.

torità di vigilanza sui mercati<sup>385</sup> è coerente con la speranza riposta dallo “Stato regolatore” nelle autorità indipendenti<sup>384</sup>: a prescindere da insormontabili questioni definitorie e difficoltà classificatorie, la loro istituzione è giudicata indispensabile, per un verso, a causa della tecnicità di alcuni settori, per altro verso, in conseguenza della liberalizzazione dei settori medesimi – come il mercato finanziario –, che rende la rappresentanza politica metodo non più affidabile di composizione degli interessi<sup>385</sup>. Dalla rappresentatività politica si passa, dunque, a quella degli esperti; da un diritto creato dai legislatori, a «un diritto di giuristi e di amministratori»<sup>386</sup>. La «mitologia dei garanti»<sup>387</sup> coinvolge anche il diritto penale: malgrado non si sappia bene definirle – anche e soprattutto in termini penalistici – le autorità «sono le nuove Maestà cui è reso il dovuto tributo penalistico»<sup>388</sup>.

In uno scenario simile, la Consob presenta tali caratteristiche da apparire un caso peculiare, anche rispetto alle altre autorità indipendenti. La fiducia accordata al suo “sapere esperto” nella definizione

---

<sup>385</sup> Sulle peculiarità della regolazione ad opera della attività normativa delle autorità indipendenti, F. MERUSI, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006, p. 43 ss.; sugli specifici poteri della Consob, in sintesi, si invia a E. GALANTI, *Il sistema delle fonti*, in E. GALANTI (a cura di), *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, cit., p. 153 ss.

<sup>384</sup> In argomento, nella vastissima letteratura, F. MERUSI, M. PASSARO, voce *Autorità indipendenti*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento VI, Milano, 2002, p. 143 ss.; E. PICCOZZA, *Diritto dell'economia: disciplina pubblica*, Padova, 2005, p. 209 ss.

<sup>385</sup> Sulle ragioni che presiedono all'istituzione delle autorità indipendenti, M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, Roma-Bari, 2007, p. 5 ss.

<sup>386</sup> S. CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, p. 221. Giudica il fenomeno della proliferazione delle autorità un risvolto del “declino della sovranità” A. SUPLOT, “*Homo juridicus*”, cit., p. 186 ss.

<sup>387</sup> L'espressione è mutuata da M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, cit., p. 21.

<sup>388</sup> S. RIONDATO, S. ZANCANI, *Le autorità amministrative indipendenti nelle reti penali e punitivo amministrative*, in P. CAVALIERI, G. DALLE VEDOVE, P. DURET (a cura di), *Autorità indipendenti e Agenzie. Una ricerca giuridica interdisciplinare*, Padova, 2003, p. 137 (come rilevano gli Autori citati, la difficoltà di pervenire ad una definizione di “autorità indipendenti” è testimoniata dall'ampiezza interpretativa cui si presta l'art. 2638 c.c.).

dei rischi intollerabili per il mercato<sup>389</sup> le conferisce un potere spendibile in diverse sedi.

Non sono rari i casi di riscontrata inefficienza delle autorità indipendenti, tali da comportarne la soppressione o una complessiva modifica dell'assetto disciplinare<sup>390</sup>. Nemmeno la Consob è stata immune da simili "fallimenti", ma le sue prerogative sono apparse storicamente in costante crescita<sup>391</sup>; o piuttosto, come è stato rilevato, è dato rinvenire l'avvicinarsi di "diverse", e sempre più efficienti e autorevoli, Consob<sup>392</sup>. Nel 1994, si scriveva: «Se si analizza il tipo di poteri di cui dispone la Consob, si nota che essa può esercitare quasi tutti quelli dello Stato moderno»<sup>393</sup>. Oggi, quei poteri sono cresciuti a dismisura; laddove, per contro, i provvedimenti legislativi adottati sulla scia degli scandali finanziari hanno sottratto talune prerogative all'autorità maggiormente esposta dal punto di vista mediatico: la Banca d'Italia<sup>394</sup>.

Nel 2005 – «l'anno speciale» della Consob –<sup>395</sup> la polifunzionalità dell'*authority* aumenta esacerbatamente: rispetto alla materia degli illeciti amministrativi derivanti dagli abusi di mercato, la Com-

<sup>389</sup> Sul potere di definire i rischi incalcolabili nella società del rischio globale, e sulle conseguenze politiche dell'allocatione di questo potere, si veda U. BECK, *Weltrisikogesellschaft*, cit., p. 64 ss.

<sup>390</sup> Si veda la recente indagine, ricca di dati empirici, curata da A. LA SPINA, S. CAVATORTO, *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2008.

<sup>391</sup> Cfr. A. LA SPINA, S. CAVATORTO, *Le autorità indipendenti*, cit., p. 91 ss. La crescita dei poteri della Consob, come si evince dai dati riportati dagli Autori citati, si traduce in un effettivo incremento del numero dei procedimenti avviati nei confronti dei soggetti vigilati, corrisposto dall'incremento del numero delle sanzioni applicate, e, per contro, da riscaldate *chance* di successo dei ricorsi giurisdizionali proposti contro i provvedimenti emessi dalla Consob.

<sup>392</sup> Cfr. F. CAPRIGLIONE, G. MONTEDORO, voce *Società e borsa (CONSOB)*, in *Enc. dir.*, aggiornamento, VI, Milano, 2002, p. 1022 ss.

<sup>393</sup> S. CASSESE, *La Commissione Nazionale per la Società e la Borsa – Consob e i poteri indipendenti*, in *Riv. soc.*, 1994, p. 418.

<sup>394</sup> Cfr. S. AMBROSINO, *Funzioni e poteri della Consob "nouvelle"*, in *Banca e borsa*, 2008, I, pp. 140-141; sulle modifiche relative alla Banca d'Italia, vedi, inoltre, G. MINERVINI, *La Banca d'Italia, oggi*, in *Banca e borsa*, 2006, I, p. 619 ss.; per un quadro generale sulle autorità amministrative operanti nel sistema creditizio e finanziario, O. CAPOLINO, *Le autorità*, in E. GALANTI (a cura di), *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, cit., p. 167 ss.

<sup>395</sup> L. CARDIA, *Il ruolo della Consob nel nuovo assetto legislativo: attività di vigilanza e attività di prevenzione*, 29 marzo 2006, reperibile sul sito della Commissione, [www.consob.it](http://www.consob.it).

missione ottiene facoltà assimilabili a quelle esercitate dalla polizia giudiziaria<sup>396</sup>; indaga e giudica nel procedimento amministrativo, e, rispetto alle corrispettive fattispecie penali, oltre a collaborare con l'autorità giudiziaria<sup>397</sup>, esercita i diritti e le facoltà attribuiti agli enti rappresentativi degli interessi lesi dal reato e può costituirsi parte civile per la tutela dei "danni cagionati dal reato all'interesse del mercato"<sup>398</sup>, arrecando per altro, nel processo penale, un apporto conoscitivo qualificato, data l'intrinseca difficoltà tecnica delle questioni, sintetizzato in una relazione che «ha la struttura di una sentenza di condanna»<sup>399</sup>.

La Commissione, in definitiva, assomma in sé un potere "legislativo", "inquirente", "giudicante"<sup>400</sup>, nel procedimento amministrativo, e, come se non bastasse, può ottenere la liquidazione di «un danno indeterminato, e pure indeterminabile»<sup>401</sup> nella prassi correlato ad una "frustrazione dei fini istituzionali" perseguiti attraverso la vi-

<sup>396</sup> Così S. AMBROSINO, *Le funzioni*, cit., p. 178; si veda, in particolare, l'art. 187-*octies*. Per un commento puntuale sulla disposizione, L. BRESCIANI, *Art. 9 co. 2 lett. a*, in *Leg. pen.*, 2006, p. 118 ss.; per un inquadramento sul ruolo assunto dalla Consob a seguito dell'attuazione della direttiva sugli abusi di mercato vedi, inoltre, D. FONDAROLI, *La Consob e gli abusi di mercato*, in F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A.F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario*, cit., p. 157 ss.; R. RORDORF, *Ruolo della Consob nella nuova disciplina del market abuse*, in *Soc.*, 2005, p. 813 ss.

<sup>397</sup> Art. 187-*decies* Tuf. In argomento, A.F. TRIPODI, *Rapporto tra procedimenti e ruolo della Consob*, in F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A.F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario*, cit., p. 175 ss. Il tema della rilevanza delle indagini compiute dall'autorità di vigilanza è discusso anche in altri ordinamenti: con riguardo alla BaFin (*Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*) tedesca, si veda A.M. SZESNY, *Finanzmarktaufsicht und Strafprozess*, Hamburg, 2008, 30 ss.

<sup>398</sup> Art. 187-*undecies*, comma 2 Tuf.

<sup>399</sup> Ampiamente, sul punto, G. LUNGHINI, *L'aggiotaggio (uso e consumo) e il ruolo della Consob*, in *Riv. soc.*, 2007, 483 ss., e p. 488.

<sup>400</sup> F. SGUBBI, *Presentazione*, in G. INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, cit., p. VII.

<sup>401</sup> A. CRESPI, *Le argomentazioni "en forme de poire" e i nuovi itinerari della pecunia doloris*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 1361.

gilanza –<sup>402</sup>, nel processo penale imbastito sulla base delle ricerche che essa stessa ha condotto<sup>403</sup>.

La dialettica “indipendenza-responsabilità”, che risulta quale problematico corollario della forma di legittimazione del potere di cui è investita un’ autorità indipendente<sup>404</sup>, nel caso della Consob, risulta dunque, a prima vista, sbilanciata a sfavore della responsabilità<sup>405</sup>. Tuttavia, la veste di “ente tutorio dell’ integrità del mercato”<sup>406</sup> non può oscurare la questione dell’ eventuale coinvolgimento negli illeciti sulla cui realizzazione la Commissione abbia difettosamente vigilato<sup>407</sup>: in primo luogo, sotto il profilo della responsabilità amministrativa dei commissari per il danno all’ immagine che le loro omissioni abbiano arrecato all’ ente di appartenenza, che è una fattispecie da sempre trascurata, anche nei recenti scandali<sup>408</sup>; in secondo luogo, sotto il profilo della responsabilità civile dell’ autorità per il danno causato dall’ omesso o inadeguato controllo, fattispecie di cui invece, prima degli scandali, la giurisprudenza ha tenuto conto, in

<sup>402</sup> Si veda la giurisprudenza analizzata da A. CRESPI, *Le argomentazioni “en forme de poire”*, cit., p. 1361 ss.; G. LUNGHINI, *L’ aggio (uso e consumo) e il ruolo della Consob*, cit., p. 495 ss. L’ art.187-undecies (severamente criticato dai due Autori da ultimo citati) non cessa di stimolare la fantasia esegetica delle corti: sul punto, si veda anche Trib. Milano, n. 5805 del 14.05.2008, secondo cui alla Consob, «quale ente rappresentativo del mercato e tutorio della sua integrità», spetterebbe il risarcimento di «un danno non patrimoniale che altrimenti non avrebbe un legittimo percettore, attesa l’ immaterialità del concetto di mercato».

<sup>403</sup> G. LUNGHINI, *L’ aggio (uso e consumo) e il ruolo della Consob*, cit., p. 498.

<sup>404</sup> Il tema è, in realtà, assai più vasto, e coincide con il problema della *accountability* delle autorità indipendenti: solo per un’ introduzione, vedi M. FRANZONI, *La responsabilità civile delle Authorities per omissione di vigilanza*, in F. GALGANO, G. VISINTINI (a cura di), *Mercato finanziario e tutela del risparmio*, Padova, 2006, p. 267 ss.

<sup>405</sup> Cfr. D. FONDAROLI, *Antiche e nuove questioni in materia di costituzione di parte civile*, cit., p. 444 ss.

<sup>406</sup> L’ espressione ricorre in Trib. Milano, n. 5805 del 14.05.2008, cit.

<sup>407</sup> S. MAZZANTINI, *Le Authorities tra indipendenza e responsabilità: la costituzione di parte civile della Consob nel processo “Parmalat”*, in *Foro amm. CdS*, 2005, p. 1302 ss.

<sup>408</sup> Sul punto si sofferma, con interessanti riflessioni, supportate dal riferimento alla giurisprudenza contabile, S. MAZZANTINI, *Le Authorities tra indipendenza e responsabilità*, cit., p. 1305 ss.



una nota sentenza della Cassazione del 2001<sup>409</sup>, e in merito alla quale l'art. 24, comma 6-bis L. 262/2005 ha avuto la premura di sancire una limitazione per i fatti commessi con dolo o colpa grave<sup>410</sup>.

È il caso di valutare, tuttavia, se l'equilibrio "indipendenza-responsabilità" della Consob non possa essere bilanciato alla luce di un profilo peculiare di responsabilità penale, basato non sull'applicazione dello statuto penale della p.a. nei confronti dei suoi organi e dipendenti in quanto pubblici ufficiali<sup>411</sup>, bensì sull'omesso impedimento, da parte di costoro, di reati che attentano al corretto funzionamento del mercato e agli interessi dei risparmiatori<sup>412</sup>.

<sup>409</sup> Cass. Civ. 3.03.2001, n. 3132 – sez. I, in *Banca e borsa*, 2002, II, p. 10 ss., con nota di A. PERRONE, *Falsità del prospetto e responsabilità civile della Consob*, *ivi*, p. 19 ss. Si tenga presente che la sentenza giudica alla luce della normativa previgente al Tuf: per un generale inquadramento del tema, ci si limita a richiamare M. FRANZONI, *La responsabilità civile delle Authorities per omissione di vigilanza*, cit., p. 268 ss.; F. VELLA, *La responsabilità civile delle autorità di vigilanza sui mercati finanziari: alla ricerca di un equilibrio tra "immunità" e tutela degli investitori*, in *An. giur. ec.*, 2002, p. 295 ss. L'orientamento intrapreso da Cass. n. 3132/2001 appare innovativo rispetto al passato: si veda, infatti, rispetto ad una vicenda piuttosto eclatante, Trib. Milano, 9.01.1986, in *Giur. comm.*, 1986, II, p. 427, con nota adesiva di M. CERA, *Insolvenza del Banco Ambrosiano e responsabilità degli organi pubblici di vigilanza*; per una ricostruzione degli orientamenti seguiti alla sentenza del 2001, vedi invece R. D'AMBROSIO, *La responsabilità delle autorità di vigilanza: disciplina nazionale e analisi comparata*, in E. GALANTI (a cura di), *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, cit., p. 249 ss.

<sup>410</sup> Sulla norma, introdotta dal d.lgs. 303/2006, G. CARRIERO, *La responsabilità civile delle autorità di vigilanza (in difesa del comma 6 bis dell'art. 24 della legge sulla tutela del risparmio)*, in *Foro it.*, 2008, V, c. 221 ss.; R. D'AMBROSIO, *La responsabilità delle autorità di vigilanza*, cit., p. 261 ss.

<sup>411</sup> Per altro le peculiarità della materia suggeriscono, rispetto alla denuncia dei reati, previi passaggi interni (cfr. art. 4, comma 11 Tuf). Sui problemi connessi all'attribuzione della qualifica ai membri di un'*authority*, R. ALAGNA, *Note sul concetto penalistico di conflitto d'interessi*, cit., p. 760 ss. Sulla distinzione tra responsabilità per omessa denuncia e sussistenza di una posizione di garanzia, nel quadro di una complessiva analisi sulla responsabilità del pubblico ufficiale per i reati commessi dai suoi subordinati nell'ambito di una pubblica autorità, nel diritto tedesco, vedi B. GRUNST, *Strafrechtlich relevante Pflicht von Amtsträgern außerhalb der Strafverfolgungsorgane zur Anzeige bzw. Verhinderung von Straftaten innerhalb der Behörde?*, in *StV*, 2005, p. 453 ss.

<sup>412</sup> Non constano precedenti in giurisprudenza. In dottrina il tema è affacciato da D. FONDAROLI, *La Consob e gli abusi di mercato*, cit., p. 162. Più in generale, sul possibile concorso omissivo di un'autorità di vigilanza, vedi R. ALAGNA, *Note sul concetto penalistico di conflitto d'interessi*, cit., p. 765 ss.; rispetto a una possibile posizione di garanzia della Banca d'Italia, N. PISANI, *Controlli sindacali*, cit., p. 412

## 2.2. Gli elementi della posizione di garanzia: a) la vigilanza e le sue finalità

Ricostruire con esattezza le prerogative della Consob si tradurrebbe, pressappoco, in un commento dell'intero testo unico sulla finanza<sup>413</sup>. Ci si sofferma solo su alcuni profili rilevanti ai fini della ricostruzione di una posizione di garanzia in capo ai responsabili della vigilanza.

Il termine "vigilanza", come per le altre autorità indipendenti, fa qui riferimento a «una nuova funzione che rifugge dalla sistematica adozione di provvedimenti autorizzativi o conformativi (caratteristici dell'intervento pubblico in economia) ma che non risulta per questo meno ampia e penetrante»<sup>414</sup>. Nel caso della Consob siffatta funzione si articola in una vigilanza regolamentare, informativa, ispettiva<sup>415</sup>; coinvolge il mercato, gli intermediari, gli emittenti e, con un'enfasi rinvigorita dalla legge sul risparmio, le società di revisione<sup>416</sup>; comprende, infine, una tipologia di poteri suddivisa in

---

ss.; con riferimento alla responsabilità nel settore della produzione, un incremento dell'utilizzo dell'art. 40, comma 2 c.p. verso i "garanti pubblici" è già sostenuto da F. BRICOLA, *Responsabilità penale per il tipo e per il modo di produzione*, già in *La responsabilità dell'impresa per i danni all'ambiente e ai consumatori*, Milano, 1978, p. 75 ss., ora in F. BRICOLA, *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo II, Milano 1997, in particolare, p. 1239 ss.

<sup>413</sup> Le riforme subite dalla Consob di recente sono contenute nelle leggi di attuazione della direttiva sugli abusi di mercato (L. 62/2005), nella L. 262/2005 sulla tutela del risparmio (e successivo decreto correttivo n. 303/2006) e, infine, nel recepimento delle direttive sul prospetto (d.lgs. 51/2007), sui mercati (d.lgs. 164/2007) e sulle offerte pubbliche di acquisto (d.lgs. 229/2007). Per una ricostruzione, si segnala S. AMBROSINO, *Le funzioni della "nuova" Consob*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *La nuova legge sul risparmio*, Padova, 2006, p. 169 ss.; S. AMBROSINO, *Funzioni e poteri della Consob*, cit., p. 137 ss.; O. CAPALINO, *Le autorità*, cit., p. 227 ss.

<sup>414</sup> Così M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, cit., p. 161, nel definire la "vigilanza" come caratteristica comune delle autorità indipendenti.

<sup>415</sup> S. AMBROSINO, *Le funzioni della "nuova" Consob*, cit., p. 174. Altri parla di «poteri regolamentari, autorizzativi, informativi, ispettivi, sanzionatori» (O. CAPALINO, *Le autorità*, cit., p. 231).

<sup>416</sup> G. FERRARINI, P. GIUDICI, *La legge sul risparmio*, cit., p. 628.

«potestà normative» e «potestà amministrative», e tra queste ultime «autorizzazioni» e «provvedimenti afflittivi»<sup>417</sup>.

Gli obiettivi della vigilanza sugli intermediari sono ora individuati nella salvaguardia della fiducia nel sistema finanziario, nella tutela degli investitori, nella stabilità, nel buon funzionamento e nella competitività del sistema finanziario, nell'osservanza delle disposizioni in materia finanziaria (art. 5 Tuf). Il riferimento alla tutela degli investitori affiora anche nelle disposizioni relative alla vigilanza sui mercati (art. 74 Tuf) e sugli emittenti (art. 91 Tuf).

La disposizione sulla responsabilità dei membri degli organi e dei dipendenti della Consob, introdotta con il d.lgs. 303/2006, ha fissato il già citato limite del dolo e della colpa grave con riferimento all'esercizio delle "funzioni di controllo": il che lascerebbe supporre l'esistenza di una serie di attività non rientranti in questa funzione di controllo, bensì in altri compiti spettanti alla Commissione, per i quali le restrizioni previste dalla norma in questione non valgono<sup>418</sup>. In ogni caso, anche se si effettua questa selezione, ne risulta un'area molto vasta ma teleologicamente delimitabile rispetto ad una generica tutela dell'interesse al corretto svolgimento di funzioni pubbliche<sup>419</sup>, e ricostruibile in termini di vincolo funzionale della Consob – suoi organi e dipendenti – verso un interesse facente capo (anche) agli investitori<sup>420</sup>. Su tale vincolo è possibile impiantare – oltre che

---

<sup>417</sup> F. CAPRIGLIONE, G. MONTEDORO, *Società e borsa (CONSOB)*, cit., p. 1042, dai quali riprendiamo la terminologia impiegata nel testo.

<sup>418</sup> Cfr. R. D'AMBROSIO, *La responsabilità delle autorità di vigilanza*, cit., p. 264.

<sup>419</sup> Su tale aspetto, quale profilo problematico della ricostruzione di una posizione di garanzia rispetto ai titolari di pubblici uffici, B. GRUNST, *Strafrechtlich relevante Pflicht von Amtsträgern*, cit., p. 456 ss.; per un'indagine approfondita sugli obblighi di garanzia incombenti sulla pubblica amministrazione, nel diritto tedesco, vedi C. SANGESSTEDT, *Garantenstellung und Garantspflicht von Amtsträgern*, cit., p. 463 ss.; sull'argomento, alla luce del concetto di *institutionelle Zuständigkeit* introdotto da Jakobs, vedi anche H. HÜWELS, *Fehlerhafter Gesetzesvollzug und strafrechtliche Zurechnung*, Berlin, 1986, p. 121 ss.

<sup>420</sup> Cfr. R. COSTI, *Il mercato mobiliare*, cit., p. 394. Sulla riconducibilità dell'interesse in questione all'art. 47 Cost. e sul rapporto della funzione esplicita dalla Consob rispetto all'art. 41 Cost., E. GALANTI, *Il sistema delle fonti*, in E. GALANTI (a cura di), *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, cit., p. 122 ss.

una tutela risarcitoria degli investitori<sup>421</sup> – una posizione di garanzia penalisticamente rilevante.

### 2.3. b) (segue) I poteri connessi

Il ruolo della Consob non si esaurisce certo nell'accertare infrazioni già commesse e nel sanzionarle<sup>422</sup>. La fase in cui potrebbero risiedere omissioni penalmente rilevanti, in quanto causali di illeciti commessi dai soggetti vigilati, coincide con un'attività "preventiva", vale a dire con una rilevazione *ex ante* di situazioni di rischio, percepibili soprattutto tramite il flusso di informazioni che giunge costantemente all'autorità e tramite le metodologie di accertamento da questa messe appunto<sup>423</sup>.

Si consideri, in primo luogo, la vigilanza informativa disciplinata dagli artt. 114 e 115 Tuf. In proposito, la Consob vanta gli stessi penetranti poteri inquisitori di cui dispone nella sua attività investigativa sui fenomeni di *market abuse* già verificatisi<sup>424</sup>; inoltre, la nor-

---

<sup>421</sup> Cfr. G. SCOGNAMIGLIO, *La responsabilità civile della Consob*, in F. GALGANO, G. VISINTINI (a cura di), *Mercato finanziario e tutela del risparmio*, cit., p. 296 (non rileva, in questa sede, stabilire quale forma assuma la posizione soggettiva degli investitori: se si atteggi ad interesse legittimo, come Cass. 2.02.2001, n. 3132, cit. suppone, o se si verta in un caso di lesione della libertà contrattuale o di lesione di un diritto soggettivo ad orientarsi nelle scelte d'investimento: per le diverse opinioni in campo, vedi, ancora, G. SCOGNAMIGLIO, *La responsabilità civile*, cit., p. 297 ss.). Un esonero completo di responsabilità degli organi di vigilanza contrasterebbe con le direttive comunitarie in materia di mercato mobiliare, nelle quali sono previste forme di tutela dirette degli investitori (vedi R. D'AMBROSIO, *La responsabilità delle autorità di vigilanza*, cit., p. 297). Non altrettanto può dirsi della tutela dei depositanti, a seguito di una sentenza della CGCE, del 12.10.2004 (causa C-222/02) sul diritto tedesco, la cui tutela non gode della copertura del diritto comunitario (ancora R. D'AMBROSIO, *La responsabilità delle autorità di vigilanza*, cit., p. 295 ss.).

<sup>422</sup> Sul potere sanzionatorio della Consob, in raffronto con la disciplina delle altre autorità indipendenti, R. TITOMANLIO, *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria*, Milano, 2007, p. 89 ss.

<sup>423</sup> L'attività preventiva è rivendicata tra le priorità del lavoro della Consob dallo stesso Presidente (vedi L. CARDIA, *Il ruolo della Consob*, cit., p. 5 ss.).

<sup>424</sup> Infatti, l'art. 115, comma 1, lett. c-bis richiama (integralmente) i poteri previsti dall'art. 187-octies (lo evidenzia R. RORDORF, *Ruolo e poteri della Consob*, cit., p. 816).

mativa amplia le possibilità di intervento della Consob oltre l'abuso di mercato, sino ad interessare l'intera materia dell'informazione societaria<sup>425</sup>. Nella sua azione di prevenzione dei fenomeni agiotativi, poi, la Consob ha sviluppato elaborate tecnologie di controllo, basate su una preliminare *detection* di "anomalie di mercato", tramite l'utilizzo di un *software*, o tramite segnalazioni di soggetti a ciò tenuti, o attraverso gli esposti degli interessati (tra cui gli stessi investitori)<sup>426</sup>.

Un notevole interesse rivestono quelle norme in cui l'autorità di vigilanza figura come anello terminale della serie dei controlli sul mercato, interpellata da sindaci e revisori<sup>427</sup>, nonché la norma sulle "operazioni sospette", ai sensi della quale la Consob riceve le segnalazioni da parte dei soggetti abilitati, agenti di cambio e società di gestione del mercato riguardo a "operazioni che, in base a ragionevoli motivi, possono ritenersi configurare una violazione" della disciplina in materia di abusi di mercato<sup>428</sup>.

La Consob può anche intervenire nella vita delle società con invadenti iniziative, ad esempio impugnando le delibere di approvazione del bilancio o promuovendo la denuncia al tribunale per irregolarità commesse dai sindaci<sup>429</sup>. Da ricordare, inoltre, che le sono assegnati poteri interdittivi nell'ambito di determinati procedimenti, come la sollecitazione all'investimento o l'offerta pubblica di acquisto o di scambio, che possono essere sospese o vietate da parte dell'autorità di vigilanza<sup>430</sup>: proprio il caso del danno subito dagli investitori per l'omessa rilevazione delle falsità presenti in un prospet-

<sup>425</sup> S. SEMINARA, *Disposizioni comuni agli illeciti di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato*, cit., pp. 14-15.

<sup>426</sup> Cfr. G. LUNGHINI, *L'agiotaggio (uso e consumo) e il ruolo della Consob*, loc. cit.

<sup>427</sup> Si ricorderà dei doveri di informare la Consob da parte dei sindaci di cui all'art. 149, comma 3 e dei revisori, ex art. 155, comma 2.

<sup>428</sup> Art. 187-*nonies* Tuf. Sul punto, ampiamente, D. FONDAROLI, *La Consob e gli abusi di mercato*, cit., p. 167 ss.

<sup>429</sup> Artt. 157, comma 2, e 152, comma 2. Sui poteri di impugnativa, in particolare, si veda C. CARNEVALE, *Sui poteri di impugnativa delle Autorità di vigilanza*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 787 ss.

<sup>430</sup> Art. 99 (e art. 101 sugli annunci pubblicitari relativi alla sollecitazione) e art. 102, comma 6, Tuf.

to, nell'ipotesi di sollecitazione all'investimento, era a fondamento della sentenza del 2001 di condanna della Consob in sede civile<sup>431</sup>.

Rafforzata, infine, la vigilanza sulle società di revisione<sup>432</sup>. La Consob interviene nel momento della iscrizione all'albo speciale, nel corso dello svolgimento della loro attività, vigilando sull'idoneità tecnica e sull'indipendenza del revisore, con poteri ispettivi, e la possibilità di sanzionare le "gravi irregolarità" accertate, intimando alla società soggetta a revisione di non avvalersi per non più di due anni di quel responsabile della revisione, o revocando l'incarico, o vietando di assumere nuovi incarichi per non più di tre anni, e finanche disponendo la cancellazione dall'albo nei casi più gravi (artt. 162-163 Tuf). Ma la Commissione recupera anche le sue prerogative nei confronti del rapporto privatistico tra società e revisore, esercitando la propria vigilanza sull'incarico e sulla revoca dell'incarico alla società di revisione (art. 159 Tuf).

Tutte le facoltà cui si è accennato possono assumere rilievo nell'ottica dell'impedimento dei reati commessi dai soggetti vigilati: si pensi, oltre agli abusi di mercato, alla possibilità di interferire nella realizzazione del falso in prospetto e delle false comunicazioni sociali. Trova conferma, dunque, la validità dell'assunto secondo cui organi e dipendenti dell'autorità di vigilanza possono essere chiamati a rispondere per omesso impedimento dei reati commessi dai soggetti vigilati a danno degli investitori.

Inoltre, data la particolare incisività dei poteri di cui la Consob dispone, l'effetto sortito dal loro esercizio sarà di regola assai prossimo a scongiurare la verifica dell'evento, sì che sarà tendenzialmente più agevole riscontrare quei requisiti che si è altrove raggruppati nella "imputazione obiettiva"<sup>433</sup>.

Semmai, la compresenza di una pluralità di *gatekeepers* privati, che si interpongono tra Consob e i soggetti vigilati, solleva la que-

<sup>431</sup> In tale occasione, tra l'altro, si è escluso che la totale omissione dell'organismo pubblico di controllo rientri nell'esercizio della sua discrezionalità, e si è sostenuto che il ruolo dell'organismo medesimo non equivale a quello di "un ufficio deposito atti": cfr. Cass. 3.03.2001, n. 3132, cit., p. 16.

<sup>432</sup> Sui principi cui si ispirano le riforme in materia, S. AMBROSINO, *Funzioni e poteri della Consob*, cit., pp. 152-153; S. LUCHENA, *I controlli della Consob e la revisione contabile obbligatoria*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, p. 1061 ss.

<sup>433</sup> Cap. V, sezione terza, § 2.

stione della possibilità da parte dell'autorità pubblica di riporre un legittimo affidamento nella correttezza della funzione espletata dai controllori privati<sup>434</sup>. In proposito, una dottrina civilistica parte da una nozione di vigilanza come «prestazione di attesa», non un «*face-re* continuativo», bensì un obbligo di attivarsi in presenza di «indici di anomalia, ed in particolare di esposti o segnalazioni circa la sussistenza di situazioni anomale o patologiche»; la medesima dottrina, poi, congiunge a questa nozione un insieme di «poteri, rispetto ai quali non è previsto alcun ruolo specifico concomitante di eventuali *gatekeepers* privati»<sup>435</sup>.

La conclusione, da trasporre anche in sede penale, è che, qualora alla Consob giungano anomalie di mercato o sintomi di irregolarità nella sorveglianza di talune procedure inerenti al collocamento dei titoli presso il pubblico o all'offerta dei titoli, la Commissione ben difficilmente potrà andare esente da responsabilità invocando i difetti dell'attività dei controllori privati. Fermo restando, nello stesso tempo, che, in capo ai responsabili della vigilanza, andrà pur sempre dimostrato il dolo, quanto meno in forma eventuale.

### 3. Sintesi dei risultati

Proponiamo un breve riepilogo dei risultati dell'indagine operativa.

Il rischio di incorrere in responsabilità penale da omesso impedimento di reati diviene consistente, a seguito delle riforme dal 2003 in poi, per gli organi di controllo quali i sindaci, il consiglio di sorveglianza, il comitato interno sulla gestione, ai quali, oltre al dovere di vigilare sugli apparati organizzativi, spetta anche il potere, sotto varia forma, di intervenire affinché la struttura organizzativa dell'ente societario subisca cambiamenti. Che l'intervento di tali organi, in alcuni casi, sia “mediato” dal coinvolgimento di istituzioni interne o

---

<sup>434</sup> Tale questione si è posta in sede civilistica, con riferimento alla procedura di appello al pubblico risparmio: vedi P. MONTALENTI, *Responsabilità civile e mercato finanziario: organo di controllo e false informazioni da prospetto*, in *An. giur. ec.*, 2002, p. 255 ss.

<sup>435</sup> G. SCOGNAMIGLIO, *La responsabilità civile*, cit., p. 300 ss.

esterne all'ente non è d'ostacolo – come evidenziato in altri luoghi della ricerca –<sup>436</sup> alla configurazione di una posizione di garanzia nei loro confronti.

Sui sistemi di controllo interno, invece, è da operare una distinzione. Strutture di *internal auditing* come quelle previste dal Tuf e dal Codice di autodisciplina sono finalizzate esclusivamente ad un miglioramento dell'organizzazione, non mirano alla tutela di interessi ulteriori rispetto a tale scopo. L'organismo di controllo introdotto con la disciplina della responsabilità amministrativa degli enti, per contro, è orientato proprio alla tutela di interessi nei confronti dei quali l'organizzazione societaria costituisce un pericolo, e, appunto, è tenuto a vigilare sull'evenienza che l'organizzazione – o meglio, la “disorganizzazione” – superi una certa soglia di rischio per tali interessi. Come visto, siffatta distinzione tra miglioramento efficientistico dell'organizzazione e finalità preventiva di un rischio reato – che si è indicata come profilo problematico della fenomenologia dei controlli già nella parte iniziale della ricerca –<sup>437</sup> diviene sfumata quando si discorre di controlli interni negli intermediari finanziari e bancari.

Non si generano posizioni di garanzia dalla disciplina del gruppo di società. Sebbene il gruppo sia il fulgido esempio dell'organizzazione come “sistema” e della struttura “a rete” assunta delle imprese, per il diritto – e soprattutto per il diritto penale – i confini di questo sistema non sono tracciati con sufficiente chiarezza<sup>438</sup>.

Difficile, inoltre, rinvenire obblighi giuridici di impedimento inerenti all'attività di controllo e revisione contabile, sia in riferimento al dirigente contabile – struttura interna alle società – sia alle società di revisione. Ciò si deve, in parte, al fatto che sia i compiti del dirigente sia la revisione contabile si svolgono ad una certa “distanza organizzativa” rispetto alla gestione, a salvaguardia delle prerogative di quest'ultima come dell'indipendenza del revisore; in parte, ad una certa difficoltà di ricostruire con esattezza gli scopi e gli effetti

<sup>436</sup> Soprattutto cap. V, sezione seconda.

<sup>437</sup> Si veda il cap. I, in particolare la sezione seconda.

<sup>438</sup> Si rinvia alle considerazioni espresse nel cap. V, sezione prima, § 3.1.



(e di conseguenza anche le ragioni del suo fallimento e gli effetti da esso indotti) della revisione contabile<sup>439</sup>.

Infine, si è riconosciuta una posizione di garanzia in capo ai responsabili della funzione di vigilanza di cui la Consob è titolare. Il che, per vero, non ha richiesto eccessivi sforzi interpretativi. Una possibile chiave di lettura per la (almeno sinora) sostanziale “immunità” della Commissione è nella particolare autorevolezza ricoperta dal suo “sapere esperto” e nella fiducia istituzionale che tale potere ispira<sup>440</sup>. Uno scrutinio della vigilanza dall’angolo visuale delle omissioni che cagionano, non impedendoli, reati che compromettono la fiducia nel mercato avrebbe probabilmente l’effetto di rovesciare il simulacro, e di screditare quella scienza che – al prezzo, si è visto, di alcuni principi – la Commissione impone nella statuizione delle condotte vietate così come in sede d’accertamento delle responsabilità degli operatori economici.

---

<sup>439</sup> Si rinvia alla letteratura riportata nel § 1.2. della presente sezione, in specie al lavoro di M. POWER ivi citato.

<sup>440</sup> Oltre al § 2.1. della presente sezione, si veda il § 5 del cap. I, sezione prima (i profili “politici” della definizione del rischio ed il ruolo dei “saperi esperti” sono analizzati nell’opera ivi citata di U. BECK).



## BIBLIOGRAFIA

ABBADESSA P., *Nuove regole di governance nel progetto di legge sulla tutela del risparmio*, in *Dir. banca merc. finanz.*, 2005, p. 535 ss.

ABBADESSA P., *Profili topici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in ABBADESSA P., PORTALE G.B. (diretto da), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum G.F. Campobasso*, vol. 2, Torino, 2007, p. 491 ss.

ABBADESSA P., *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti per una riflessione*, in *Banca e borsa*, 2008, I, p. 279 ss.

ABRIANI N., *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, Milano, 1998.

ABRIANI N., *Dal caso Parmalat alle nuove regole a tutela del risparmio*, in *Soc.*, 2004, p. 269 ss.

ABRIANI N., *Le regole di governance delle società per azioni: introduzione alla nuova disciplina*, in ABRIANI N., ONESTI T. (a cura di), *La riforma delle società di capitali (aziendalisti e giuristi a confronto)*, Milano, 2004, p. 3 ss.

ACCINNI G.P., *La “nuova” disciplina dell’informazione privilegiata*, in *Resp. amm. soc. enti*, n. 4, 2006, p. 45 ss.

ACCINNI G.P., *Opa obbligatoria e condotta “artificiosa” nel reato di agiotaggio c.d. “manipolativo”*, in *Riv. soc.*, 2006, p. 56 ss.

ACCINNI G.P., *La confluenza dei processi in materia di operazioni tra parti correlate nel modello organizzativo*, in *Resp. amm. soc. enti*, n. 3, 2008, p. 27 ss.

ACQUAROLI R., FOFFANI L. (a cura di), *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, Milano, 2003.

AGNINO F., *La sfuggente individuazione del delitto di agiotaggio*, in *Corr. merito*, 2007, p. 924 ss.

AGOSTONI P., *Note sul controllo interno degli emittenti quotati nel diritto e nella pratica*, in *Soc.*, 1999, p. 1420 ss.

AGOSTONI P., *Ancora sul controllo interno e sul codice di autodisciplina*, in *Soc.*, 2000, p. 221 ss.

AKERLOF G.A., *The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in *Quarterly Journal of Economics*, volume 84, n. 3, 1970, p. 488 ss.

ALAGNA R., *Sul reato omissivo improprio: spunti problematici e sistematici*, in *Foro it.*, 2001, II, c. 222 ss.

ALAGNA R., *Note sul concetto penalistico di conflitto d'interessi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 743 ss.

ALAGNA R., *Tipicità e riformulazione del reato*, Bologna, 2007.

ALAGNA R., *L'organismo di vigilanza nel d.lgs. n. 231/2001: funzione e responsabilità*, in *Ius17@unibo.it*, n. 2, 2008, p. 571 ss.

ALBAMONTE D., BASSO R., CAPONE D., MARANGONI M., *La vigilanza sulle banche*, in GALANTI E. (a cura di), *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, Padova, 2008, p. 486 ss.

ALBERICI A., *Dalle disposizioni per la tutela del risparmio alla funzione della compliance*, in BILANCIA P., RIVOLTA G.C.M. (a cura di), *Tutela del risparmio, authorities, governo societario*, Milano, 2008, p. 193 ss.

ALDROVANDI P., *La responsabilità penale degli organi di controllo nelle s.p.a.*, in *Dir. prat. soc.*, n. 22, 2003, p. 25 ss.

ALDROVANDI P., *I "modelli organizzativi e di gestione" nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: aspetti problematici dell'"ingerenza penalistica" nel "governo" delle società*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 2007, p. 445 ss.

ALEO S., *Causalità, complessità e funzione penale. Per un'analisi funzionalistica dei problemi della responsabilità penale*, Milano, 2003.

ALESSANDRI A., voce *Impresa (responsabilità penali)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VI, Torino, 1991, p. 193 ss.

ALESSANDRI A., *Offerta di investimenti finanziari e tutela penale del risparmiatore*, in AA.VV., *Mercato finanziario e disciplina penale*, Milano, 1993, p. 201 ss.

ALESSANDRI A., *Parte generale*, in PEDRAZZI C., ALESSANDRI A., FOFFANI L., SEMINARA S., SPAGNOLO G., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, seconda ed., Bologna, 2000, p. 1 ss.

ALESSANDRI A., *"Corporate governance" nelle società quotate: riflessi penalistici e nuovi reati societari*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 521 ss.

ALESSANDRI A., *I soggetti*, in ALESSANDRI A. (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, p. 37 ss.

ALESSANDRI A., *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 2002, p. 33 ss.

ALESSANDRI A., *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 534 ss.

ALESSANDRI A., *Un esercizio di diritto penale simbolico: la c.d. tutela penale del risparmio*, in *Scritti per F. Stella*, vol. II, Napoli, 2007, p. 925 ss.

ALESSI R., *Il d.lgs. n. 58/1998. La nuova disciplina del collegio sindacale*, in *Soc.*, 1998, p. 552 ss.

ALESSI R., *Il rapporto dialettico tra collegio sindacale e soci*, in ALESSI R., ABRIANI N., MORERA U. (a cura di), *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, Milano, 2007, p. 5 ss.

ALEXANDER T., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für die Wahrung der Verkehrssicherungspflichten in Unternehmen*, Herbolzheim, 2005.

ALLES S., DATAR M., *How Do You Stop The Books from Being Cooking? A Management Control Perspective on Financial Accounting Standard Setting and the Section 404 Requirement of the Sarbanes/Oxley Act*, 2004, [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com).

ALPA G., *"Deterrence" e responsabilità: il caso delle società di revisione*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 2245 ss.

ALPA G., *L'azione collettiva risarcitoria. Alcune osservazioni di diritto sostanziale*, in *Corr. merito*, 2008, p. 765 ss.

ALWART H., *Modernes Wirtschaftsstrafrecht als Projekt*, in *FS für Otto*, Köln-Berlin-München, 2007, p. 3 ss.

AMADEI D., *L'azione di classe italiana per la tutela dei diritti individuali omogenei*, in *Giur. merito*, 2008, p. 940 ss.

AMATI E., *Infedeltà patrimoniale*, in ROSSI AL. (a cura di), *Reati societari*, Torino, 2005, p. 430 ss.

AMATI E., *La disciplina della manipolazione del mercato tra reato ed illecito amministrativo. Primi problemi applicativi*, in *Giur. comm.*, 2006, II, p. 991 ss.

AMBOS K., *Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate*, in *GA*, 1998, p. 226 ss.

AMBROSINI S., *L'amministrazione e i controlli nella società per azioni*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 308 ss.

AMBROSINI S., *I poteri del collegio sindacale*, in ABBADESSA P., PORTALE G.B. (diretto da), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G.F. Campobasso*, vol. 3, Torino, 2007, p. 29 ss.

AMBROSINI S. (a cura di), *La responsabilità di amministratori, sindaci e revisori contabili*, Milano, 2007.

AMBROSINO S., *Le funzioni della “nuova” Consob*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *La nuova legge sul risparmio*, Padova, 2006, p. 169 ss.

AMBROSINO S., *Funzioni e poteri della Consob “nouvelle”*, in *Banca e borsa*, 2008, I, p. 137 ss.

AMODIO E., *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 320 ss.

AMODIO E., *Rischio penale di impresa e responsabilità degli enti nei gruppi multinazionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1287 ss.

ANDREIS D., TONANI A., *Il procedimento di audit e l’adattamento delle tecniche a quanto previsto dal d.lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. soc. enti*, n. 2, 2006, p. 195 ss.

ANDREIS D., TONANI A., NIDA E., *L’affidamento in outsourcing delle attività di auditing*, in *Resp. amm. soc. enti*, n. 3, 2006, p. 187 ss.

ANDROULAKIS N.K., *Studien zur Problematik der Unterlassungsdelikte*, München, 1963.

ANGIONI F., *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, seconda ed., Milano, 1994.

ANNUNZIATA F., *La disciplina del mercato mobiliare*, terza ed., Torino, 2008.

ANTOLISEI F., *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova, 1934.

ANTOLISEI F., *L’obbligo di impedire l’evento*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1936, p. 121 ss.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari. I-Reati societari, bancari, di lavoro e previdenza*, dodicesima ed., aggiornata da CONTI L., Milano, 2002.

ANTONETTO L., *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari*, in *Riv. dir. impr.*, 2007, p. 486 ss.

ANTONIOLI M., *Poteri amministrativi e mercati finanziari*, in *Dir. ec.*, 2008, p. 97 ss.

ARDIA P., *La responsabilità penale dei sindaci di società di capitali per l’omesso impedimento dei reati degli amministratori*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 1253 ss.

ARLT M., *Der strafrechtliche Anlegerschutz vor Kursmanipulation*, Frankfurt am Main, 2004.

AROSSA F., *Gli scomodi confini dell’azione collettiva risarcitoria all’italiana: diseconomie del suo ambito di applicazione*, in *An. giur. ec.*, 2008, p. 27 ss.

ARZT G., *Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt (1. Teil)*, in *JA*, 1980, p. 553 ss.

ASSMANN H.-D., *Rechtsanwendungsprobleme des Insiderrechts*, in *AG*, n. 2, 1997, p. 50 ss.

ASSMANN H.-D., *Insiderüberwachung*, in ASSMANN H.-D., SCHNEIDER U.H. (a cura di), *Wertpapierhandelsgesetz. Kommentar*, quarta ed., Köln, 2006, p. 308 ss.

ASTROLOGO A., *Concorso di persone e responsabilità della persona giuridica*, in *Ind. pen.*, 2005, p. 1003 ss.

ASTROLOGO A., *La nozione di reato commesso ex art. 3 Legge 146/2006 e i riflessi sul d.lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. soc. enti*, n. 3, 2006, p. 111 ss.

ASTROLOGO A., *Reciproca cointeressenza, partecipazioni incrociate e d.lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. soc. enti*, n. 4, 2007, p. 85 ss.

ASTROLOGO A., *I modelli di organizzazione e di gestione. Alcune riflessioni sull'art. 30 del d.lgs. 81/2008*, in FONDAROLI D. (a cura di), *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, Padova, 2008, p. 57 ss.

AYRES I., BRAITHWAITE J., *Responsive Regulation. Transcending the Deregulation Debate*, Oxford, 1995.

BACHMANN G., PRÜFER G., *Korruptionprävention und Corporate Governance*, in *ZRP*, 2005, p. 110 ss.

BACIGALUPO E., *Delitos improprios de omisión*, ristampa, Madrid, 2006.

BAGLIONI M., GRASSO GIA., *Nuovo Codice di autodisciplina delle società quotate*, in *Soc.*, 2006, p. 1061 ss.

BALLARINI S., *Le modifiche della legge comunitaria 2004 al Tuf (D.Lgs. 58/98). Le misure di compliance finalizzate alla prevenzione della responsabilità dell'ente*, in *Resp. amm. soc. enti*, n. 1, 2006, p. 115 ss.

BANANNI M., GEROLDI M., *Il modello H3G di organizzazione, gestione e controllo*, in *Resp. amm. soc. enti*, n. 3, 2006, p. 219 ss.

BARTOLI R., *Il falso per omissione e il falso c.d. implicito tra legalità ed esigenze di tutela*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 521 ss.

BARTOLOMUCCI S., *Rilevanza del modello societario e dell'assetto di corporate governance nella configurazione dell'organismo di vigilanza. Una riflessione critica*, in *Resp. amm. soc. enti*, n. 2, 2007, p. 23 ss.

BARTOLOMUCCI S., *Modelli organizzativi obbligatori ed autovalidanti: evoluzione eteronoma del D.Lgs. n. 231/2001*, in *Soc.*, 2008, p. 407 ss.

BARTULLI A., ROMANO M., *Sulla disciplina penale dell'insider trading*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 660 ss.

BÄRWINKEL R., *Zur Struktur der Garantieverhältnisse bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin, 1968.

BASCELLI M., *Possibile ruolo dei “whistleblowing schemes” nel contesto della “corporate” e del “control governance”*. Profili di compatibilità con l'ordinamento italiano e, in particolare, con la disciplina in materia di protezione dei dati personali, in *Resp. amm. soc. enti*, n. 1, 2008, p. 125 ss.

BASTIA P., *Teoria dell'agenzia e strumenti di informazione e controllo*, Bologna, 1992.

BASTIA P., *Implicazioni organizzative e gestionali della responsabilità amministrativa delle aziende*, in PALAZZO F. (a cura di), *“Societas puniri potest”*. La responsabilità da reato degli enti collettivi, Padova, 2003, p. 35 ss.

BASTIA P., *Criteri di progettazione dei modelli organizzativi*, in *Resp. amm. soc. enti*, n. 2, 2008, p. 203 ss.

BAUMAN Z., *La società dell'incertezza*, Bologna, 1999.

BAUMAN Z., *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2002.

BAVA F., *L'audit del sistema di controllo interno*, Milano, 2003.

BECK U., *Weltrisikogesellschaft. Auf der Suche nach der verlorenen Sicherheit*, Frankfurt am Main, 2007.

BECKER G., *Crime and Punishment: An Economic Approach*, in *Journ. of Political Economy*, Vol. 76, No. 2, 1968, p. 169 ss.

BELCREDI M., *Amministratori indipendenti, amministratori di minoranza, e dintorni*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 853 ss.

BELCREDI M., CAPRIO L., *Struttura del CdA ed efficienza della “corporate governance”*, in *An. giur. ec.*, 2003, p. 61 ss.

BELFIORE E.R., *Brevi note sul problema della scusabilità dell’“ignoranza legis”*, in *Foro it.*, 1995, II, c. 154 ss.

BELLACOSA M., *Reati di infedeltà nella gestione di impresa e responsabilità dell'ente societario*, in *Resp. amm. soc. enti*, n. 3, 2006, p. 33 ss.

BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e sanzioni penali*, Milano, 2006.

BELLI F., *Finanza etica: una riflessione*, in *Dir. banca merc. finanz.*, 2007, p. 3 ss.

BELLINA M., *Sicurezza: se il lavoratore non collabora*, in *Dir. prat. lav.*, 2008, p. 661 ss.

BENATTI L., *Artt. 2397-2406*, in MAFFEI ALBERTI A. (a cura di), *Il nuovo diritto delle società. Commento sistematico al D. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 aggiornato al D. lgs. 28 dicembre 2004, n. 310*, vol. II, Padova, 2005, p. 873 ss.



BENCINI R., *I sindaci tra denuncia di gravi irregolarità ed azione di responsabilità*, in ALESSI R., ABRIANI N., MORERA U. (a cura di), *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, Milano, p. 482 ss.

BERGER U., BERNHARD-MEHLICH I., *Die Verhaltenswissenschaftliche Entscheidungstheorie*, in KIESER A., EBERS M. (a cura di), *Organisations-theorien*, sesta ed., Stuttgart, 2006, p. 169 ss.

BERLE A., MEANS G.C., *Società per azioni e proprietà privata*, Torino, 1966.

BERNASCONI A., BEGHÈ E., *Sistema disciplinare per soggetti apicali, apparato sanzionatorio e stock options: profili problematici*, in *Resp. amm. soc. enti*, n. 2, 2007, p. 43 ss.

BERNASCONI P., *Introdotta anche in Svizzera la responsabilità penale dell'impresa*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 4043 ss.

BERTI G., MARZONA N., voce *Controlli amministrativi*, in *Enc. dir.*, vol. di aggiornamento III, Milano, 1999, p. 457 ss.

BIANCHI G., *Amministrazione e controllo nelle nuove società di capitali: metodi alternativi di gestione dopo la riforma del diritto societario*, seconda ed., Milano, 2006.

BIANCHI G., voce *Risk management*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, vol. di aggiornamento n. 3, Torino, 2007, p. 743 ss.

BIANCHI G., voce *Risparmiatore (tutela del)*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, vol. di aggiornamento n. 3, Torino, 2007, p. 756 ss.

BISORI L., *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e nella giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1342 ss.

BOBBIO N., voce *Sanzione*, in *Nov. dig. it.*, vol. XVI, Torino, 1969, p. 530 ss.

BOBBIO N., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007.

BOCCUZZI G., *La funzione di compliance: il presidio dei rischi aziendali e l'evoluzione della normativa di Basile 2 e Mifid*, in *Bancaria*, n. 2, 2008, p. 33 ss.

BONAZZI G., *Come studiare le organizzazioni*, Bologna, 2002.

BONAZZI G., *Storia del pensiero organizzativo*, tredicesima ed., Milano, 2002.

BONELLI F., *Responsabilità delle società di revisione nella certificazione obbligatoria e volontaria dei bilanci*, in *Riv. soc.*, 1979, p. 968 ss.

BONELLI F., *Ruolo degli azionisti-investitori e del consiglio di amministrazione della controllante*, in PREDIERI A. (a cura di), *Controlli societari e governo dell'impresa*, Torino, 1999, p. 31 ss.

BONELLI F., *L'amministrazione delle s.p.a. nella riforma*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 700 ss.

BONELLI F., *Responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 620 ss.

BONINI S., *La repressione delle turbative del mercato: aggio comune, aggio societario, aggio bancario, aggio su strumenti finanziari*, in MEYER A., STORTONI L. (coordinato da), *Diritto penale della banca, del mercato mobiliare e finanziario*, Torino, 2002, p. 213 ss.

BORTOLOTTI D., voce *Disciplina (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, vol. XI, Roma, 1989.

BOSCH N., *Organisationsverschulden in Unternehmen*, Baden-Baden, 2002.

BOTTKE W., *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, Heidelberg, 1992.

BOTTKE W., *Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata*, Berlin, 1994.

BOTTKE W., *Responsabilidad por la no evitacion de hechos punibles de subordinados en la empresa economica*, in MIR PUIG S., LUZÓN PEÑA D.M. (a cura di), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, 1996, p. 129 ss.

BOTTKE W., *Pflichtwidrigkeit: das Täterschaftskriterium unechter Unterlassungsdelikte?*, in *FS für Rudolphi*, Neuwied, 2004, p. 18 ss.

BOTTKE W., *Herrschaftsprinzip vs. Gestaltungsherrschaft? – Zur Anwendung der §§ 12, 25,1 auf mittelbare Unterlassungstäter –*, in HEFENDEHL R. (a cura di), *Empirische und dogmatische Fundamente kriminalpolitischer Impetus*, Köln-Berlin-München, 2005, p. 191 ss.

BRAITHWAITE J., *Enforced Self-Regulation: A New Strategy for Corporate Crime Control*, in *Michigan Law Rev.*, Vol. 80, No. 7, 1982, p. 1466 ss.

BRAITHWAITE J., *Regulation, Crime, Freedom*, Burlington, 2000.

BRAMMSEN J., *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten*, Berlin, 1986.

BREIDA M.C., *Art. 2409-terdecies, Competenza del consiglio di sorveglianza*, in COTTINO G. et al. (diretto da), *Il nuovo diritto societario. Commentario*, Bologna, 2004, p. 1172 ss.

BRESCIANI L., *Art. 9 co. 2 lett. a*, in *Leg. pen.*, 2006, p. 122 ss.

BRICCHETTI R., TARGETTI R., *Bancarotta e reati societari*, Milano, 1995.

BRICKEY K.F., *Enron's Legacy*, in *Buffalo Criminal Law Rev.*, No. 8, 2004/2005, p. 221 ss.

BRICOLA F., *Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, p. 951 ss.

BRICOLA F., *Responsabilità penale per il tipo e per il modo di produzione*, già in *La responsabilità dell'impresa per i danni all'ambiente e ai consumatori*, Milano, 1978, p. 75 ss., ora anche in BRICOLA F., *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo 2, Milano, 1997, p. 1231 ss.

BRICOLA F., *Lo statuto penale dell'impresa: profili costituzionali*, in DI AMATO A. (a cura di), *Trattato di diritto penale dell'impresa*, vol. I, 1990, p. 117 ss.

BRICOLA F., *Profili penali della disciplina del mercato finanziario*, in COSTI R. (a cura di), *Il diritto del mercato finanziario alla fine degli anni '80*, Milano, 1990, p. 102 ss.

BRICOLA F., *Il diritto penale del mercato finanziario*, in AA.VV., *Mercato finanziario e disciplina penale*, Milano, 1993, p. 27 ss.

BRODOZ A., *Mächtige Kommunikation in Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme*, in P. IMBUSCH (a cura di), *Macht und Herrschaft. Sozialwissenschaftliche Konzeptionen und Theorien*, Opladen, 1998, p. 184 ss.

BRODSKY D.M., KRAMER D.J., *A Critique of the Misappropriation Theory*, in *Cardozo Law Rev.*, 1998, p. 41 ss.

BUONOCORE V., *Etica degli affari e impresa etica*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 181 ss.

BUONOCORE V., *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 5 ss.

BUONOCORE V., *Contratto e mercato*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 379, ss.

BUONOCORE V., *Problemi di diritto commerciale europeo*, in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 5 ss.

BUONOMO D., *Amministrazione e controlli interni*, in *Scritti in onore di V. Buonocore*, vol. III, Milano, 2005, p. 1999 ss.

BURATTI G., *D.Lgs. 231/2001 e organismo di vigilanza: le principali problematiche. Il caso FINTECNA*, in *Resp. amm. soc. enti*, n. 1, 2006, p. 239 ss.

BUSSMANN K-D., *Business Ethics und Wirtschaftsstrafrecht. Zu einer Kriminologie des Managements*, in *MSchrKrim*, 2003, p. 89 ss.

BUSSMANN K-D., *Internationale Studie zur Wirtschaftskriminalität*, in *NStZ*, 2006, p. 203 ss.

BUSSMANN K.-D., *The Control Paradox and the Impact of Business Ethics: A Comparison of US and German Companies*, in *MSchrKrim*, 2007, p. 260 ss.

BUSSMANN K., MATSCHKE S., *Der Einfluss nationalen Rechts auf Kontroll- und Präventionsmaßnahmen von Unternehmen*, in *wistra*, 2008, p. 88 ss.

BUSSOLETTI M., *Procedimento ex art. 2409 c.c.: nuove legittimazioni nel quadro dei controlli sulle società quotate*, in *Giur. comm.*, 2000, II, p. 339 ss.

BUSSON E., *Responsabilità “commissiva” dei sindaci per il delitto di false comunicazioni sociali?*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 1208 ss.

BUTA G.M., *La responsabilità nella revisione obbligatoria delle s.p.a.*, Torino, 2005.

CACCAMO V., *Art. 9 co. 2 lett. a*, in *Leg. pen.*, 2006, p. 83 ss.

CACCHI PESSANI S., *“Corporate governance”, sistema dei controlli e intermediari reputazionali negli Stati Uniti d’America dopo il caso Enron*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 746 ss.

CADOPPI A., *L’omesso impedimento di reati da parte di amministratori e sindaci di società: spunti del lege ferenda*, in *Ind. pen.*, 1986, p. 496 ss.

CADOPPI A., *Il reato omissivo proprio*, Padova, 1988.

CAFAGGI F., *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in *Pol. dir.*, 2001, p. 543 ss.

CALAMANTI A., *La responsabilità penale degli amministratori di società controllante per falsità “indiretta” del bilancio consolidato*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 2000, p. 554 ss.

CALANDRA BUONAURA V., *I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 535 ss.

CALANDRA BUONAURA V., BONAFINI A.L., *Società per azioni: amministrazione e rappresentanza*, in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 5 ss.

CAMPOBASSO G.F., *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, Torino, 2003.

CAMPOMORI F., TOTH F., *L’amministrazione a rete: retorica o realtà? L’esperienza delle agenzie ambientali*, in *Stato e merc.*, 2007, p. 107 ss.

CANESTRARI S., *“Rischio d’impresa” e imputazione soggettiva nel diritto penale fallimentare*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 2003, p. 545 ss.

CANESTRARI S., CORNACCHIA L., DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2008.

CAPOLINO O., *Le autorità*, in GALANTI E. (a cura di), *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, Padova, 2008, p. 167 ss.

CAPRIGLIONE F., *Evoluzione normativa ed individuazione delle problematiche giuridiche dell'ordinamento finanziario*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Diritto delle banche, degli intermediari finanziari e dei mercati*, Bari, 2003, p. 33 ss.

CAPRIGLIONE F., *Crisi di sistema ed innovazione normativa: prime riflessioni sulla nuova legge sul risparmio (L. N. 262 del 2005)*, in *Banca e borsa*, 2006, I, p. 125 ss.

CAPRIGLIONE F., *Intermediari finanziari, investimenti, mercati. Il recepimento della MiFID. Profili sistematici*, Padova, 2008.

CAPRIGLIONE F., MONTEDORO G., voce *Società e borsa (CONSOB)*, in *Enc. dir.*, vol. di aggiornamento VI, Milano, 2002, p. 1022 ss.

CARABELLI U., *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in *Giorn. dir. lav. relaz. ind.*, 2004, p. 1 ss.

CARACCIOLI I., *Profili della responsabilità penale dei componenti dei collegi sindacali delle società fiduciarie*, in *Studi in ricordo di G. Pisapia*, vol. I, Milano, 2000, p. 578 ss.

CARACCIOLI I., *Nuovi organi di controllo nelle società e responsabilità penal-societaria dei componenti*, in *Il fisco*, n. 7, 2003, p. 2135 ss.

CARACCIOLI I., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, seconda ed., Padova, 2005.

CARACCIOLI I., *Il nuovo diritto penale societario*, in CARACCIOLI I. (a cura di), *"Governance" e responsabilità penale*, Milano, 2006, p. 3 ss.

CARDARELLI M.C., *Art. 14 m)*, in NIGRO A., SANTORO V. (a cura di), *La tutela del risparmio. Commentario della Legge 28 dicembre 2005, n. 262 e del d.lgs. 29 dicembre 2006, n. 303*, Torino, 2007, p. 253 ss.

CARDARELLO C., *Il potere disciplinare nel rapporto di lavoro*, supplemento al numero 25/2003 di *Diritto e giustizia*, Milano, 2003.

CARDIA L., *Il ruolo della Consob nel nuovo assetto legislativo: attività di vigilanza e attività di prevenzione*, 29 marzo 2006, su [www.consob.it](http://www.consob.it).

CARDONE V., PONTIERI F., *Bancarotta fraudolenta e responsabilità dell'amministratore*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 2006, p. 255 ss.

CARIELLO V., *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 1229 ss.

CARIELLO V., *La disciplina "per derivazione" del sistema di amministrazione e controllo dualistico (disposizioni di richiamo e di rinvio nel nuovo diritto delle società per azioni non quotate)*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 36 ss.

CARIELLO V., *I conflitti "interorganici" e "intraorganici" nelle società per azioni (prime considerazioni)*, in ABBADESSA P., PORTALE G.B. (diretto da), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum G.F. Campobasso*, Torino, 2007, p. 769 ss.

CARINCI M.T., *Il "bossing" fra inadempimento dell'obbligo di sicurezza, divieti di discriminazione e abuso di potere*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, p. 133 ss.

CARMIGNANI S., *Art. 14 g)-l)*, in NIGRO A., SANTORO V. (a cura di), *La tutela del risparmio. Commentario della Legge 28 dicembre 2005, n. 262 e del d.lgs. 29 dicembre 2006, n. 303*, Torino, 2007, p. 244 ss.

CARMONA A., *Premesse a un corso di diritto penale dell'economia*, Padova, 2002.

CARNÀ A.R., *I modelli organizzativi nella prospettiva economico-aziendale*, in *Resp. amm. soc. enti.*, n. 3, 2007, p. 189 ss.

CARNELUTTI F., *Illiceità penale della omissione*, in *Annali dir. proc. pen.*, 1933, p. 1 ss.

CARNEVALE C., *Sui poteri di impugnativa delle Autorità di vigilanza*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 787 ss.

CAROSIO G., *La funzione di compliance tra Basilea II e MiFID*, su [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it), 2007.

CARRIERO G., *La responsabilità civile delle autorità di vigilanza (in difesa del comma 6 bis dell'art. 24 della legge sulla tutela del risparmio)*, in *Foro it.*, 2008, V, c. 221 ss.

CASELLI G., *Elogio, con riserve, del collegio sindacale*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 251 ss.

CASSANI C., *L'insider trading tra indeterminatezza ed eccesso di delega*, in *Giur. comm.*, 2005, II, p. 107 ss.

CASSANI U., *Infraction sociale, responsabilité individuelle: de la tête, des organes et des petites mains*, in BERTHOUD F. (a cura di), *Droit pénal des affaires: La responsabilité pénale du fait d'autrui*, Lausanne, 2002, p. 43 ss.

CASSESE S., *La Commissione Nazionale per la Società e la Borsa – Consob e i poteri indipendenti*, in *Riv. soc.*, 1994, p. 412 ss.

CASSESE S., *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in CASSESE S., FRANCHINI C. (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, p. 217 ss.

CASSESE S., *La nuova costituzione economica*, Bari, 2000.

CASSESE S., *Vigilanza del mercato finanziario o vigilanza sulle autorità di controllo del mercato finanziario?* in *Bancaria*, n. 7-8, 2004, p. 53 ss.

CASTALDO A., *Il reato di nocumento al risparmio: prime riflessioni critiche*, in *Studi in onore di V. Buonocore*, vol. I, Milano, 2005, p. 49 ss.

CASTELLS M., *La nascita della società in rete*, Milano, 2002.

CASTRONUOVO D., *Responsabilità da prodotto e struttura del fatto colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 301 ss.

CATALANO G., *Organismo di vigilanza e dinamica dei controlli interni: le novità del codice di autodisciplina alla luce della recente normativa e dell'esperienza statunitense*, in *Resp. amm. soc. enti*, n. 1, 2007, p. 17 ss.

CAVALLI G., *Il controllo interno societario e gli interessi protetti*, in *Soc.*, 1998, p. 888 ss.

CAVALLI G., *Artt. 148-154*, in CAMPOBASSO G.F. (diretto da), *Testo unico della finanza. Commentario*, vol. II, *Emittenti*, Torino, 2002, p. 1233 ss.

CAVALLI G., *Il collegio sindacale: luci e ombre di un sistema controverso*, in AA.VV., *Mercati finanziari e sistema dei controlli*, Milano, 2005, p. 141 ss.

CAVALLO B., *Dissesti finanziari e sistema istituzionale: il ruolo delle autorità di controllo*, in GALGANO F., VISINTINI G. (a cura di), *Mercato finanziario e tutela del risparmio*, Padova, 2006, p. 13 ss.

CAVAZZUTI F., *La trasparenza dei mercati finanziari*, in *Banca imp. soc.*, 2004, p. 419 ss.

CENTONZE F., *Ripartizione di attribuzioni aventi rilevanza penalistica e organizzazione aziendale. Un nuovo orientamento della giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 364 ss.

CENTONZE F., *La normalità nei disastri tecnologici*, Milano, 2004.

CENTONZE F., *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi. I limiti dell'intervento penalistico e le indicazioni del sistema statunitense*, in *Scritti per F. Stella*, vol. II, Napoli, 2007, p. 981 ss.

CENTONZE F., *La suprema Corte di Cassazione e la responsabilità omisiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 109 ss.

CERA M., *Insolvenza del Banco Ambrosiano e responsabilità degli organi pubblici di vigilanza*, in *Giur. comm.*, 1986, II, p. 427 ss.

CERA M., *I controlli nelle società di capitali "chiuse" fra modelli legali ed evoluzione della realtà*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 354 ss.

CERQUA L.D., *Omesso controllo da parte dei sindaci e relative conseguenze penali*, in *Dir. prat. soc.*, n. 2, 2003, p. 27 ss.

CERQUA L.D., commento a Trib. Milano, 16.03.2006, in *Dir. prat. soc.*, n. 18, 2006, p. 69 ss.

CHEFFINS B.R., *Il diritto societario e la separazione di proprietà e controllo*, in *Banca imp. soc.*, 2001, p. 181 ss.

CHEN J.-H., *Das Garantensonderdelikt. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Unterlassungsdelikte und der Sonderdelikte*, Berlin, 2006.

CHIARAVIGLIO G., *Concorso del sindaco di società commerciali nel reato dell'amministratore e dolo eventuale*, in *Riv. dott. comm.*, 1992, p. 191 ss.

CHIARAVIGLIO G., *Nuova legge sul "market abuse" e adeguamento dei modelli organizzativi: spunti di una riflessione*, in *Riv. dott. comm.*, 2006, p. 153 ss.

CHITI E., MARIELLA M., *Il modello di organizzazione, gestione e controllo del gruppo Lottomatica*, in *Resp. amm. soc. enti*, n. 1, 2007, p. 183 ss.

COASE R.H., *The Nature of the Firm*, in *Economica*, New Series, Vol. 4, No. 16, 1937, p. 386 ss.

COCCO G., *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 90 ss.

COCCO G., *Beni giuridici funzionali versus bene giuridico personalistico*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, tomo I, Milano, 2006, p. 167 ss.

COCO P., *L'imputazione del contributo concorsuale atipico*, Napoli, 2008.

COELLN S. von, *Das „rechtliche Einstehenmüssen“ beim unechten Unterlassungsdelikt. Die Emanzipation der Garantenstellung von einzelnen Fallgruppen*, Berlin, 2008.

COFFEE JR. J.C., *Paradigms Lost: The Blurring of Criminal and Civil Law Models – And What Can Be Done About It*, in *Yale Law Journ.*, Vol. 101, No. 8, 1992, p. 1875 ss.

COFFEE JR. J.C., *Corporate Criminal Liability: An Introduction and Comparative Survey*, in ESER A., HEINE G., HUBER B. (a cura di), *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities*, Freiburg im Br., 1999, p. 9 ss.

COFFEE JR. J.C., *Understanding Enron: It's About the Gatekeepers, Stupid*, Columbia Law School, Working Paper No. 206, 2002, [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com).

COGLIANESE C., LAZER D., *Management-Based Regulation: Prescribing Private Management to Achieve Public Goals*, in *Law & Society Rev.*, Vol. 37, No. 4, 2003, p. 691 ss.

COHEN D.T., *Old Rule, New Theory: Revising the Personal Benefit Requirement for Tipper/Tippee Liability under the Misappropriation Theory of Insider Trading*, in *Boston College Law Rev.*, Vol. 47, 2006, p. 547 ss.



COLANGELO G., *C'era una volta in America. Gli insegnamenti presunti e i fallimenti reali dell'affare Enron*, in *Merc. conc. reg.*, 2002, p. 455 ss.

COLAVOLPE A., *Sim: la responsabilità dei sindaci per omissione di controllo*, in *Soc.*, 2007, p. 53 ss.

COLEMAN J.W., *The Criminal Elite. The Sociology of White Collar Crime*, New York, 1985.

COLOMBO A., *Ruolo e responsabilità del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari dopo il d.lgs. n. 305 del 2006*, in *Contr. imp.*, 2007, p. 1322 ss.

COLOMBO A., *Giurisdizione, autorità di vigilanza e responsabilità amministrativa ex delicto degli intermediari finanziari*, in *Banca imp. soc.*, 2007, p. 59 ss.

COLOMBO G.E., *Art. 155*, in CAMPOBASSO G.F. (diretto da), *Testo unico della finanza. Commentario*, volume II, Torino, 2002, p. 1285 ss.

COLOMBO G.E., *Amministrazione e controllo*, in AA.VV., *Il nuovo ordinamento delle società. Lezioni sulla riforma e modelli statutari*, Milano, 2003, p. 175 ss.

COLONNA F., *I rapporti tra "compliance officer" e organismo di vigilanza*, in *Resp. amm. soc. enti*, n. 1, 2008, p. 115 ss.

CONSORTE F., *OGM: tutela del consumatore e profili penali*, in *Ind. pen.*, 2004, p. 551 ss.

CONTE G., *La disciplina dell'attività di impresa tra diritto, etica ed economia*, in ALPA G. (a cura di), *La responsabilità sociale dell'impresa*, Roma-Bari, 2008, p. 3 ss.

CONTI L., *I soggetti*, in DI AMATO A. (a cura di), *Trattato di diritto penale dell'impresa*, vol. I, Padova, 1990, p. 155 ss.

CORAPI D., *I sistemi di amministrazione e controllo nella riforma delle società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, p. 195 ss.

CORNACCHIA L., *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004.

CORNACCHIA L., *Fahrlässige Mitverantwortung*, in *FS für Jakobs*, Köln-Berlin-München, 2007, p. 53 ss.

CORSI F., *Il collegio sindacale*, in BONELLI F. (a cura di), *La riforma delle società quotate*, Milano, 1998, p. 211 ss.

COSSU M., *Società aperte e interesse sociale. Considerazioni introduttive*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 55 ss.

COSTANTINO F.S., *L'attuazione della direttiva Mifid in Italia: note minime sulla trasparenza e sulla correttezza dei comportamenti delle imprese di investimento nella normativa secondaria*, in *Foro it.*, 2008, V, c. 57 ss.

- COSTI R., *Mercato finanziario e attività bancaria*, in *Banca e borsa*, 1989, I, p. 321 ss.
- COSTI R., *Informazione e contratto nel mercato finanziario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, p. 719 ss.
- COSTI R., *Il governo delle società quotate: tra ordinamento dei mercati e diritto delle società*, in *Dir. comm. int.*, 1998, p. 65 ss.
- COSTI R., *Tutela degli interessi e mercato finanziario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 769 ss.
- COSTI R., *L'assetto della vigilanza sul mercato finanziario nei progetti di riforma*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 1042 ss.
- COSTI R., *La direttiva 2004/39/CE (c.d. MIFID) e l'ordinamento italiano*, in LAMANDINI M., MOTTI C. (a cura di), *Scambi di merci e derivati su commodities. Quali prospettive?*, Milano, 2006, p. 19 ss.
- COSTI R., *La responsabilità sociale dell'impresa e il diritto azionario italiano*, in *La responsabilità dell'impresa, per i primi trent'anni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2006, p. 83 ss.
- COSTI R., *La nuova disciplina dei mercati e dei servizi finanziari*, in *La nuova legge di tutela del risparmio*, Milano, 2007, p. 107 ss.
- COSTI R., *L'ordinamento bancario*, quarta ed., Bologna, 2007.
- COSTI R., *Il mercato mobiliare*, quinta ed., Torino, 2008.
- COX J.D., HILLMAN R.W., LANGEVOORT D.C., *Securities regulation: Cases and Material*, quinta ed., New York, 2006.
- CRAMER P., *Rechtspflicht des Aufsichtsrats zur Verhinderung unternehmensbezogener strafbarer Handlungen und Ordnungswidrigkeiten*, in *FS für Stree und Wessels*, Heidelberg, 1993, p. 563 ss.
- CRAMER P., HEINE G., *Vorbem. §§ 25 ff.*, in SCHÖNKE A., SCHRÖDER H., *StGB. Kommentar*, ventisettesima ed., München, 2006, p. 482 ss.
- CRAMER P., PERRON W., § 264 a, in SCHÖNKE A., SCHRÖDER H., *StGB. Kommentar*, München, ventisettesima ed., München, 2006, p. 2277 ss.
- CRESPI A., *Reato plurisoggettivo e amministrazione pluripersonale delle società per azioni*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1957, p. 518 ss.
- CRESPI A., *Insider trading e frode sul mercato dei valori mobiliari*, in *Riv. soc.*, 1991, p. 1673 ss., ora anche in CRESPI A., *Studi di diritto penale societario*, Milano, 2004, p. 450 ss.
- CRESPI A., *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1146 ss.
- CRESPI A., *La pretesa "posizione di garanzia" del revisore contabile*, in *Riv. soc.*, 2006, p. 373 ss.
- CRESPI A., *Le argomentazioni "en forme de poire" e i nuovi itinerari della pecunia doloris*, in *Riv. soc.*, 2007, 1359 ss.

CROALL H., *Combating Financial Crime: Regulatory Versus Crime Control Approaches*, in *Journal of Financial Crime*, No. 11, 2003, p. 45 ss.

CROSETTI A., voce *Controlli amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IV, Torino, 1989, p. 67 ss.

CUNNINGHAM L.A., *The Appeal and Limits of Internal Controls to Fight Fraud, Terrorism, Other Ills*, in *Boston College Law*, Research paper n.18, 2003, [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com).

CURI F., "Tertium datur". Dal "common law" al "civil law": per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato, Milano, 2005.

D'AMBROSIO R., *La responsabilità delle autorità di vigilanza: disciplina nazionale e analisi comparata*, in GALANTI E. (a cura di), *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, Padova, 2008, p. 249 ss.

D'AMICO M., CATALANO S., *Tutela del risparmio e principi costituzionali*, in *Dir. ec.*, 2008, p. 33 ss.

D'AMORE A., *Formazione, informazione e addestramento*, in *ISL-Igiene e sicurezza sul lavoro*, 2008, p. 272 ss.

D'ANGELO F., *I sindaci delle società bancarie nel quadro dei controlli interni*, Milano, 2000.

D'ANGELO F., *Il collegio sindacale nelle banche*, in ALESSI R., ABRIANI N., MORERA U. (a cura di), *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, Milano, 2007, p. 558 ss.

D'ORIA G., *Discarica abusiva e omesso impedimento del reato altrui*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007, p. 105 ss.

DAHL R., voce *Power*, in *International Encyclopedia of the Social Sciences*, vol. 12, New York, 1968, p. 405 ss.

DAMIANI M., *I nuovi sistemi di controllo contabile e le relative responsabilità*, in NIGRO A. (a cura di), *Libertà e responsabilità nel nuovo diritto societario*, Milano, 2006, p. 375 ss.

DE ANGELIS L., *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari*, in *Soc.*, 2006, p. 401 ss.

DE FLAMMINEIS S., *Omesso impedimento delle violenze sessuali in famiglia: esigenze dogmatiche e di politica criminale*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3234 ss.

DE FRANCESCO G., *Il concorso di persone nel reato*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. 2, Torino, 2001, p. 328 ss.

DE MAGLIE C., *Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell'impresa. Crisi e innovazione nel diritto penale statunitense*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 88 ss.

DE MAGLIE C., *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002.

DE MINICO G., *Esiste ancora l'interesse alla difesa del risparmio?*, in *Pol. dir.*, 2002, p. 165 ss.

DE NICOLA A., Art. 2381, *Presidente, comitato esecutivo e amministratori delegati*, in GHEZZI F. (a cura di), *Amministratori, artt. 2380-2396 c.c.*, Milano, 2005, p. 99 ss.

DE NICOLA A., Art. 2392, *Responsabilità verso la società*, in GHEZZI F. (a cura di), *Amministratori, artt. 2380-2396 c.c.*, Milano, 2005, p. 545 ss.

DE SIMONE G., *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la "parte generale" e la "parte speciale" del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, in GARUTI G. (a cura di), *Responsabilità amministrativa degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, p. 57 ss.

DE SIMONE G., *La responsabilità da reato degli enti nel sistema sanzionatorio italiano: alcuni aspetti problematici*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, p. 657 ss.

DE SOUSA MENDES P., MIRANDA A.J., *Kausalität als heuristisches Kriterium – dargestellt am Beispiel von Kursmanipulation am Finanzmarkt*, in *FS für Philipps*, Berlin, 2005, p. 329 ss.

DE VERO G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008.

DE VIVO A., MARTINO L., *L'organismo di vigilanza*, in D'ANDREA F.M., DE VIVO A., MARTINO L. (a cura di), *I modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001. La responsabilità amministrativa delle imprese*, Milano, 2006, p. 173 ss.

DEAN F., *La tipicità nella teoria generale dell'illecito penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 133 ss.

DEL PUNTA R., *Responsabilità sociale d'impresa e diritto del lavoro*, in *Studi in onore di M. Persiani*, Padova, 2005, p. 117 ss.

DELL'UTRI M., *Potere e democrazia nei gruppi privati*, Napoli, 2000.

DELMAS-MARTY M., GIUDICELLI-DELAGE G., *Droit pénal des affaires*, quarta ed., Paris, 2000.

DELOGU T., *La "partecipazione negativa al reato" secondo il nuovo codice*, in *Annali dir. proc. pen.*, 1935, p. 927 ss.

DEMOTT D., *Organizational Incentives to Care about the Law*, in *Law & Contemporary Problems*, 1997, II, p. 39 ss.

DEMURO G.P., *Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 845 ss.

DENOZZA F., *La nozione di informazione privilegiata tra "Shareholder Value" e "Socially Responsible Investing"*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 585 ss.

DENOZZA F., *La trasparenza garantita nei mercati finanziari: "prolegomeni" ad un'analisi costi/benefici*, in *Banca imp. soc.*, 2007, p. 179 ss.

DENOZZA F., *I conflitti di interesse nei mercati finanziari e il risparmiatore "imprenditore di se stesso"*, relazione presentata al Convegno di *Giur. Comm.* "I servizi del mercato finanziario. In ricordo di Gerardo Santini", Bologna, 24.10.2008, citata dal dattiloscritto.

DI CATALDO V., *Problemi nuovi in tema di responsabilità di amministratori di società per azioni: dal possibile affievolimento della solidarietà all'incerto destino dell'azione della minoranza*, in *Scritti in onore di V. Buonocore*, vol. III, Milano, 2005, p. 2395 ss.

DI GIROLAMO F., *I Compliance Programs: un tema di governo societario da svolgere a cura dell'assemblea?*, in *Riv. soc.*, 2008, p. 958 ss.

DI GIANDOMENICO M.E., *Management etico. Principi e fondamenti*, Milano, 2007.

DI GIOVINE O., *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 634 ss.

DI MARTINO A., *Il nesso causale attivato da condotte omissive tra probabilità, certezza e accertamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 58 ss.

DI NANNI C., *I controlli sulle società per azioni nell'ordinamento italiano*, in *Dir. giur.*, 2002, p. 1 ss.

DI NANNI C., *Competenze e responsabilità della società di revisione*, in AMATUCCI C. (a cura di), *I controlli esterni nelle società quotate*, Milano, 2005, p. 143 ss.

DI SABATO F., *Istituzioni di diritto commerciale*, seconda ed., Milano, 2004.

DI SABATO F., *Diritto delle società*, seconda ed. Milano, 2005.

DINGELDEY T., *Insider-Handel und Strafrecht*, Köln, 1983.

DÖHL V., KRATZER N., MOLDASCHL M., SAUER D., *Auflösung des Unternehmens? Die Entgrenzung von Kapital und Arbeit*, in BECK U., BONSS W. (a cura di), *Die Modernisierung der Moderne*, Frankfurt am Main, 2001, p. 219 ss.

DOMENICHINI G., *In tema di doveri e responsabilità dei sindaci*, in *Soc.*, 1998, p. 1031 ss.

DOMENICHINI G., *Artt. 2397-2409*, in NICCOLINI G., STAGNO D'ALCONTRÉS A. (a cura di), *Società di capitali*, vol. II, Napoli, 2004, p. 723 ss.

DONALDSON T., PRESTON L.E., *The Stakeholder Theory of the Corporation: Concepts, Evidence, and Implications*, in *The Academy of Management Rev.*, Vol. 20, No. 1, 1995, p. 65 ss.

DONINI M., *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 175 ss.

DONINI M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991.

DONINI M., *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996.

DONINI M., *Dolo e prevenzione generale nei reati economici*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 1999, p. 1 ss.

DONINI M., *La causalità omissiva e l'imputazione "per aumento del rischio". Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 32 ss.

DONINI M., voce *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIV, Torino, 1999, p. 221 ss.

DONINI M., *Il concorso di persone nel Progetto Grosso*, in DE MAGLIE C., SEMINARA S. (a cura di), *La riforma del codice penale: la parte generale*, Padova, 2002, p. 139 ss.

DONINI M., *Un nuovo Medioevo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione del diritto penale economico*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1808 ss.

DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004.

DONINI M., *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006.

DORE R., *La finanziarizzazione dell'economia globale*, in *Stato merc.*, 2008, p. 374 ss.

DOUKLIAS S., *Der börsenorientierte Anlegerschutz und seine strafrechtliche Absicherung*, München, 2007.

EASTERBROOK F.H., FISCHER D.R., *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge-London, 1991.

EBNER G., *Il reato omissivo improprio, la compartecipazione omissiva e la connivenza non punibile*, in *Cass. pen.*, p. 2246 ss.

EISENBERG M.A., *Corporate Governance: The Board of Directors and Internal Control*, in *Cardozo Law Rev.*, 1997, p. 237 ss.

EISENBERG M.A., *Corporate Law and Social Norms*, in *Columbia Law Rev.*, 1999, p. 1253 ss.

ELLIOTT R.K., WILLINGHAM J.J., *Management Fraud: Detection and Deterrence*, New York, 1980.

ENGISCH K., *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen, 1931.

ESPOSITO E., *Meccanismi divinatori nei mercati finanziari*, in *Rassegna it. di sociologia*, n. 1, 2005, p. 95 ss.

EUSEBI L., *Appunti sul confine tra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1053 ss.

FALCONE G., *La "compliance" nell'attività bancaria e nei servizi di investimento*, in *Dir. banca merc. finanz.*, 2008, p. 220 ss.

FAMA E.F., *Efficient Capital Markets: A Review of Theory and Empirical Work*, in *Journ. of Finance*, 25, 1970, p. 383 ss.

FAMA E.F., JENSEN M.C., *Agency Problems and Residual Claims*, in *Journ. of Law & Economics*, vol. XXVI, 1983, p. 327 ss.

FANELLI G., *L'aggiotaggio tra informazione e mercato*, in *Riv. pen.*, 2005, p. 107 ss.

FERRAJOLI L., *"Principia iuris". Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, *Teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007.

FERRARESE M.R., *Della corporate governance, ovvero dell'imperfezione del diritto societario*, in *Scritti giuridici per G. Rossi*, tomo I, Milano, 2002, p. 387 ss.

FERRARESE M.R., *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002.

FERRARINI G., *La nuova disciplina europea dell'abuso di mercato*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 47 ss.

FERRARINI G., *Controlli interni, governo societario e responsabilità. Esperienze statunitense ed italiana a confronto*, in AA.VV., *Mercati finanziari e sistema dei controlli*, Milano, 2005, p. 101 ss.

FERRARINI G., *Controlli interni e strutture di governo societario*, in ABADESSA P., PORTALE G.B. (diretto da), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G.F. Campobasso*, vol. 3, Torino, 2007, 5 ss.

FERRARINI G., GIUDICI P., *I revisori e la teoria dei gatekeepers*, in AA.VV., *Nuove prospettive della tutela del risparmio*, Milano, 2005, p. 115 ss.

FERRARINI P., GIUDICI P., *La legge sul risparmio, ovvero un pot-purri della corporate governance*, in *Riv. soc.*, 2006, p. 573 ss.

FERRARO P.P., *Consiglio di sorveglianza e alta gestione nell'amministrazione delle società per azioni*, in *Dir. fall. soc. comm.*, 2006, p. 371 ss.

FERRAROTTI F., *Il potere*, Roma, 2004.

FERRI G., *I controlli interni nelle società per azioni*, in AA.VV., *Controlli interni ed esterni delle società per azioni*, Milano, 1972, p. 13 ss.

FERRI JR. G., *L'amministrazione delegata nella riforma*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, p. 625 ss.

FERRO-LUZZI P., *La funzione dei sindaci nel codice civile, nella legge bancaria e nel T.U. delle leggi sulle casse di risparmio e sui monti di pietà di prima categoria*, in *Banca e borsa*, 1985, p. 38 ss.

FERRO-LUZZI P., *L'esercizio di impresa tra amministrazione controllo*, in *An. giur. ec.*, 2007, p. 231 ss.

FERRO-LUZZI P., *Indipendente... da chi; da cosa?*, in *Riv. soc.*, 2008, p. 204 ss.

FEUERSTEIN B.S., *Wirtschaftskriminalität bekämpfen. Unternehmerische Handlungspflichten und- optionen*, Marburg, 2007.

FIANDACA G., *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979.

FIANDACA G., *Reati omissivi e responsabilità penale per omissione*, in *Arch. pen.*, 1983, p. 3 ss.

FIANDACA G., *Il "bene giuridico" come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in STILE A.M. (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, 1985, p. 5 ss.

FIANDACA G., *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 945 ss.

FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, quinta ed., Bologna, 2007.

FICO D., *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari: competenze e responsabilità*, in *Soc.*, 2006, p. 821 ss.

FILI V., *Sulla sanzionabilità disciplinare dell'omessa denuncia a fini prevenzionali*, in *Lav. giur.*, 2008, p. 35 ss.

FIMMANÒ F., *I gap di informazione e controllo nei crac Cirio e Parmalat e le prospettive di riforma*, in *Soc.*, 2004, p. 400 ss.

IORELLA A., *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1985.

IORELLA A., *I principi generali del diritto penale dell'impresa*, in CONTI L. (a cura di), *Il diritto penale dell'impresa*, Padova, 2001, p. 3 ss.

FISCHEL D.R., ROSS D.J., *Should the Law Prohibit "Manipulation" in Financial Markets?*, in *Harvard Law Rev.*, 1991, p. 503 ss.

FISCHER D., *Corporate Governance und der Sarbanes-Oxley Act aus strafrechtlicher Sicht*, Bern, 2008.

FLICK G.M., *Problemi attuali e profili costituzionali del diritto penale di impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 433 ss.

FLICK G.M., *Insider trading: problemi sostanziali*, in AA.VV., *Mercato finanziario e disciplina penale*, Milano, 1993, p. 81 ss.

FLICK G.M., *Problemi e prospettive del diritto penale dell'impresa alle soglie del nuovo secolo: il nodo dei beni protetti*, in *Scritti giuridici per G. Rossi*, tomo II, Milano, 2002, p. 1303 ss.

FLICK G.M., *Economia ed etica nell'Europa della globalizzazione*, in *Riv. guardia finanz.*, supplemento al n. 4/2003, p. 144 ss.



FOFFANI L., *La nuova disciplina penale dell'“insider trading” e delle frodi nel mercato mobiliare*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 1991, p. 911 ss.

FOFFANI L., *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa*, Milano, 1997.

FOFFANI L., *Reati societari*, in PEDRAZZI C., ALESSANDRI A., FOFFANI F., SEMINARA S., SPAGNOLO G., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, seconda ed., Bologna, 2000, p. 214 ss.

FOFFANI L., *Le infedeltà*, in ALESSANDRI A. (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, p. 345 ss.

FOFFANI L., *Borsa*, in PALAZZO F., PALIERO C.E. (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, seconda ed., Padova, 2007, p. 681 ss.

FOFFANI L., *Tra patrimonio ed economia: la riforma dei reati d'impresa*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 2007, p. 751 ss.

FOFFANI L., *Die Untreue im rechtsvergleichenden Überblick*, in *FS für Tiedemann*, Köln-München, 2008, p. 767 ss.

FOFFANI L., NIETO MARTÍN A., *Corporate Governance y administración desleal. Casos y problemas de derecho comparado europeo*, in *Revista penal*, Enero 2006, p. 110 ss.

FOLADORE C., *Il caso UNIPOL e la nuova disciplina dell'insider trading*, *Corr. merito*, 2007, p. 770 ss.

FONDAROLI D., *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999.

FONDAROLI D., *Aggiotaggio mediante altri artifici: disvalore del fatto e disvalore del contesto*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 2003, p. 747 ss.

FONDAROLI D., *Introduzione ai delitti di “infedeltà”*, in ROSSI AL. (a cura di), *Reati societari*, Torino, 2005, p. 391 ss.

FONDAROLI D., *La responsabilità dell'ente*, ID., *La Consob e gli abusi di mercato*, in SGUBBI F., FONDAROLI D., TRIPODI A.F., *Diritto penale del mercato finanziario*, Padova, 2008, p. 147 ss.

FONDAROLI D., *Antiche e nuove questioni in materia di costituzione di parte civile: legittimazione della Commissione nazionale per la società e la borsa e (in)ammissibilità della costituzione del danneggiato nei confronti dell'ente responsabile ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001*, in *Ius17@unibo. it*, n. 2, 2008, p. 441 ss.

FORNASARI G., *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale*, Milano, 1994.

FORSTER M., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB*, Bern, 2006.

FORTI G., *Sulla definizione della colpa nel Progetto di riforma del codice penale*, in DE MAGLIE C., SEMINARA S. (a cura di), *La riforma del codice penale*, Milano, 2002, p. 67 ss.

FORTI G., *La corruzione tra privati nell'orbita della disciplina della corruzione pubblica: un contributo di tematizzazione*, in *Riv. it. dir. preoc. pen.*, 2003, p. 1115 ss.

FORTUNATO S., *Art. 149, Doveri*, in ALPA G., CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Commentario al Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, vol. III, Padova, 1998, p. 1373 ss.

FORTUNATO S., *I controlli amministrativi sulle società*, in *Riv. soc.*, 1998, p. 409 ss.

FORTUNATO S., *I "controlli" nella riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 863 ss.

FORTUNATO S., *I "fallimenti" nel sistema dei controlli sui mercati finanziari (a margine del d.d.l. sulla tutela del risparmio)*, in *Soc.*, 2004, p. 929 ss.

FORTUNATO S., *Amministrazione e controllo sull'attività d'impresa*, in DI RAIMO R. (a cura di), *Interesse e poteri di controllo nei rapporti di diritto civile*, Napoli, 2006, p. 197 ss.

FORTUNATO S., *Fallimento del mercato e revisione contabile*, in ABBADESSA P., PORTALE G.B. (diretto da), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G.F. Campobasso*, vol. 3, Torino, 2007, p. 83 ss.

FORTUNATO S., *Il dirigente preposto ai documenti contabili nel sistema dei controlli societari*, in *Soc.*, 2008, p. 401 ss.

FORTUNATO ST., *Modelli di controllo interno rispetto al rischio di "market abuse"*, in *Riv. dott. comm.*, 2005, p. 1173 ss.

FORTUNATO ST. *et al.* (a cura di), *L'Enterprise Risk Management, dal governo dei controlli alla sostenibilità dei rischi*, supplemento al n. 3/2006 della *Riv. dott. comm.*

FOSCHINI M., *Il diritto del mercato finanziario*, Milano, 2008.

FOUCAULT M., *Microfisica del potere. Interventi politici*, terza ed., Torino, 1978.

FOUCAULT M., *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, 1993.

FOUCAULT M., *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, Milano, 2005.

FRANKE E., *Kriminologische und strafrechtsdogmatische Aspekte der Kollegialdelinquenz*, in *FS für Blau*, Berlin-New York, 1985, p. 227 ss.

FRANZONI M., *La responsabilità civile delle Authorities per omissione di vigilanza*, in GALGANO F., VISINTINI G. (a cura di), *Mercato finanziario e tutela del risparmio*, Padova, 2006, p. 267 ss.

FREUND G., *Erfolgsdelikt und Unterlassen: zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1992.

FREUND G., *Tatbestandsverwirklichungen durch Tun und Unterlassen*, in *FS für Herzberg*, Tübingen, 2008, p. 225 ss.

FRIGNANI A., GROSSO P., *L'organismo di controllo, sua composizione e problematiche*, in MONESI C. (a cura di), *I modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001. Etica d'impresa e punibilità degli enti*, Milano, 2005, p. 381 ss.

FRISCH W., *Vorsatz und Risiko*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1983.

FRISCH W., *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges*, Heidelberg, 1988.

FRISCH W., *Problemas fundamentales de le responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa*, in MIR PUIG S., LUNÓZ PEÑA D.M. (a cura di), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, 1996, p. 99 ss.

FROSINI V., voce *Potere. Teoria generale*, in *Nov. dig. it.*, vol. XIII, Torino, 1966, p. 440 ss.

FÜNFSSINN H., *Der Aufbau des fahrlässigen Verletzungsdelikts durch Unterlassen im Strafrecht*, Frankfurt am Main-Bern-New York, 1985.

FURGIUELE L., *La responsabilità da controllo*, in ALESSI R., ABRIANI N., MORERA U. (a cura di), *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, Milano, 2007, p. 423 ss.

FÜRSICH T., *Probleme des strafbaren Insiderhandels nach Inkrafttreten des Anlegerschutzverbesserungsgesetzes*, Berlin, 2007.

FUSI A., *Valutazione della responsabilità dell'amministratore*, in *Soc.*, 2004, p. 1519 ss.

GALANTI E., *Il sistema delle fonti*, in GALANTI E. (a cura di), *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, Padova, 2008, p. 119 ss.

GALGANO F., *Criminalità economica: il punto di vista del civilista*, in *Riv. soc.*, 1980, p. 425 ss.

GALGANO F., *Art. 41*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario alla Costituzione, Rapporti economici*, Tomo II, Art. 41-44, Bologna-Roma, 1982, p. 1 ss.

GALGANO F., *Il nuovo diritto delle società*, Padova, 2003.

GALGANO F., *Il regolamento di gruppo nei gruppi bancari*, in *Banca e borsa*, 2005, I, p. 86 ss.

- GALGANO F., *Conglomerato e globalizzazione*, in *Contr. imp.*, 2006, p. 73 ss.
- GALIMBERTI F., *Economia e pazzia. Crisi finanziarie di ieri e di oggi*, Roma-Bari, 2002.
- GALLAS W., *Anmerkung* (BGH, Urteil v. 23.4.1952), in *JZ*, 1952, p. 369 ss.
- GALLAS W., *Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung*, in *JZ*, 1960, p. 686 ss.
- GALLAS W., *Studien zum Unterlassungsdelikt*, Heidelberg, 1989.
- GALLETTI D., *I modelli organizzativi nel d.lgs. n. 231 del 2001: le implicazioni per la corporate governance*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 126 ss.
- GALLI C., *“Autorità” e “Natura”. Per una storia dei concetti filosofico-politici*, Bologna, 1988.
- GALLI S., *“Insider Trading”: l’inizio di una giurisprudenza statunitense?*, in *Giur. comm.*, 1997, II, p. 226 ss.
- GALLI S., *“Insider trading”: l’accoglimento da parte della Supreme Court federale statunitense della misappropriation theory. Alcune conseguenti riflessioni sulla condotta di “trading” vietata, come definita nel cosiddetto “Testo Unico Draghi”*, in *Giur. comm.*, 1998, II, p. 712 ss.
- GALLINO L., *L’impresa irresponsabile*, Torino, 2005.
- GALLO M., *Appunti di diritto penale*, vol. II, *Il Reato. Parte I, La fattispecie oggettiva*, Torino, 2007.
- GARGANI A., *Dal “corpus delicti” al “Tatbestand”. Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997.
- GARGANI A., *“Ubi culpa, ibi omissio”. La successione di garanti in attività inosservanti*, in *Ind. pen.*, 2000, p. 581 ss.
- GARGANI A., *Imputazione di reato agli enti collettivi e responsabilità penale dell’intraneo: due piani irrelati?*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 1065 ss.
- GARGANI A., *Art. 9 co. 2 lett. a*, in *Leg. pen.*, 2006, p. 98 ss.
- GARLATTI A., *D.lgs. 231/01 e riflessi giuslavoristici*, in *D&L – Riv. crit. di dir. lav.*, 2006, p. 341 ss.
- GARUTI G., *Profili giuridici del concetto di “adeguatezza” dei modelli organizzativi*, in *Resp. amm. soc. enti*, n. 3, 2007, p. 11 ss.
- GEERDS D., *Wirtschaftsstrafrecht und Vermögensschutz*, Lübeck, 1990.
- GEIGER R., *Organisationsmängel als Anknüpfungspunkt im Unternehmensstrafrecht: aufgezeigt am Beispiel der Geldwäschereibekämpfung im Private Banking einer Bank-AG*, Zürich-St.Gallen, 2006.

GENNARO V., *Il modello di organizzazione, gestione e controllo e le esigenze di "compliance" integrata*, in *Resp. amm. soc. enti*, n. 4, 2007, p. 189 ss.

GHEZZI F., *Art. 2409-novies*, in GHEZZI F. (a cura di), *Sistemi alternativi di amministrazione e controllo*, Milano, 2005, p. 43 ss.

GHEZZI F., *Art. 2409-septiesdecies*, in GHEZZI F. (a cura di), *Sistemi alternativi di amministrazione e controllo*, Milano, 2005, p. 219 ss.

GHEZZI F., *Consiglieri di sorveglianza "esecutivi" e componenti del consiglio di gestione "non esecutivi": eterogenesi dei fini?*, in *An. giur. ec.*, 2007, p. 321 ss.

GHEZZI F., RIGOTTI M., *Art. 2409-octiesdecies*, in GHEZZI F. (a cura di), *Sistemi alternativi di amministrazione e controllo*, Milano, 2005, p. 247 ss.

GIANNINI M.S., *Controllo: nozione e problemi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974, p. 1263 ss.

GIAVAZZI F., *Il fantasma delle regole*, in *Il Corriere della Sera*, 9 ottobre 2008.

GIAVAZZI S., *Insider trading: la prima condanna civile*, in *Soc.*, 2005, p. 116 ss.

GIDDENS A., *Risk and Responsibility*, in *The Modern Law Rev.*, Vol. 62, No. 1, 1999, p. 1 ss.

GILOTTA S., *Manipolazione del mercato: considerazioni su dinamica del fatto e danni civili da reato*, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 1304 ss.

GIMBERNAT ORDEIG E., *Handlung, Unterlassung und Verhalten*, in *GS für Armin Kaufmann*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, p. 159 ss.

GIMBERNAT ORDEIG E., *Das unechte Unterlassungsdelikt*, in *ZStW*, 1999, p. 307 ss.

GIMBERNAT ORDEIG E., *Unechte Unterlassung und Risikoerhöhung im Unternehmensstrafrecht*, in *FS für Roxin*, Berlin-New York, 2001, p. 651 ss.

GIORGIANI G., *La responsabilità nei gruppi*, in NIGRO A. (a cura di), *Libertà e responsabilità nel nuovo diritto societario*, Milano, 2006, p. 107 ss.

GIUDICI P., *La responsabilità civile nel diritto dei mercati finanziari*, Milano, 2008.

GIULIANI BALESTRINO U., *I limiti della compartecipazione criminosa*, Milano, 1988.

GIUNTA F., *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 2006, p. 597 ss.

GIUNTA F., *La nuova fattispecie di falso in prospetto*, in GIUNTA F., MICHELETTI D. (a cura di), *La disciplina penale del risparmio*, Milano, 2008, p. 87 ss.

GIUNTA F., MICHELETTI D. (a cura di), *La disciplina penale del risparmio*, Milano, 2008.

GOBBO F., RAMETTA P.V., *Etica, mercato e regolazione*, in ALPA G. (a cura di), *La responsabilità sociale dell'impresa*, Roma-Bari, 2008, p. 203 ss.

GÖHLER E., *Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Betriebsinhabers für die in seinem Betrieb begangenen Zuwiderhandlungen*, in *FS für Dreher*, Berlin-New York, 1977, p. 611 ss.

GOLDONI D., *Aggiotaggio su strumenti finanziari: interesse tutelato dalla norma, soggetti passivi e soggetti danneggiati dal reato*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 2006, p. 275 ss.

GOLDSTEIN A.S., *White-Collar Crime and Civil Sanctions*, in *Yale Law Journ.*, Vol. 101, No. 8, 1992, p. 1895 ss.

GOLZIO L., MONTEFUSCO A., *Modelli di organizzazione e gestione*, in TIRABOSCHI M. (a cura di), *Il T.U. della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. Commentario al decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81*, Milano, 2008, p. 391 ss.

GÓMEZ-JARA DÍEZ C., *La culpabilidad penal de la empresa*, Barcelona, 2005.

GÓMEZ-JARA DÍEZ C., *El modelo constructivista de autoresponsabilidad penal empresarial*, in GÓMEZ-JARA DÍEZ C. (a cura di), *Modelos de autoresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, Navarra, 2006, p. 93 ss.

GORDON J.N., *What Enron Means for the Management and Control of the Modern Business Corporation: Some Initial Reflections*, in *University of Chicago Law Rev.*, Vol. 69, No. 3, 2002, p. 1233 ss.

GORMAN C.M., *Are Chinese Walls the Best Solution to the Problems of Insider Trading and Conflicts of Interest in Broker-Dealers?*, in *Fordham Journ. of Corporate & Financial Law*, 2004, p. 475 ss.

GÖSSEL K.H., *Zur Lehre vom Unterlassungsdelikt*, in *ZStW*, 1984, p. 321 ss.

GRANDI M., *Riflessioni sul dovere d'obbedienza nel rapporto di lavoro subordinato*, in *Studi in onore di M. Persiani*, Padova, 2005, p. 673 ss.

GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1985.

GRASSO G., *Art. 110*, in ROMANO M., GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, terza ed., Milano, 2005, p. 148 ss.

GRECO L., *Das subjektive an der objektiven Zurechnung: Zum „Problem“ des Sonderwissens*, in *ZStW*, 2005, p. 519 ss.

- GRISPIGNI F., *L'omissione nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1934, p. 16 ss.
- GROSSI P., *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, 2002, V, c. 151 ss.
- GROSSMAN S.J., STIGLITZ J.E., *On the Impossibility of Informationally Efficient Markets*, in *American Economic Rev.*, Vol. 79, No. 3, 1980, p. 393 ss.
- GRÜNEWALD A., *Zivilrechtlich begründete Grantenpflichten im Strafrecht?*, Berlin, 2001.
- GRUNST B., *Strafrechtlich relevante Pflicht von Amtsträgern außerhalb der Strafverfolgungsorgane zur Anzeige bzw. Verhinderung von Straftaten innerhalb der Behörde?*, in *StV*, 2005, p. 453 ss.
- GRÜNWALD G., *Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte*, in *ZStW*, 1958, p. 412 ss.
- GRÜNWALD G., *Die Beteiligung durch Unterlassen*, in *GA*, 1959, p. 110 ss.
- GUACCERO A., *Artt. 2409-XVI-XIX*, in NICCOLINI G., STAGNO D'ALCONTRES A. (a cura di), *Società di capitali*, vol. II, Napoli, 2004, p. 909 ss.
- GUACCERO A., *Artt. 2409/VII-XV*, in NICCOLINI G., STAGNO D'ALCONTRES A. (a cura di), *Società di capitali*, vol. II, Napoli, 2004, p. 868 ss.
- GUARINO G., *Potere giuridico e diritto soggettivo*, 1949, ristampa, Napoli, 1990.
- GUERRINI R., *La responsabilità da reato degli enti*, Milano, 2006.
- GUIZZI G., *Art. 2391*, in NICCOLINI G., STAGNO D'ALCONTRES A. (a cura di), *Società di capitali*, vol. II, Napoli, 2004, 652 ss.
- GUIZZI G., *La responsabilità della controllante per non corretto esercizio del potere di direzione e coordinamento*, in SCOGNAMIGLIO G. (a cura di), *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Milano, 2003, p. 206 ss.
- GULLO A., *Il reato proprio. Dai problemi tradizionali alle nuove dinamiche d'impresa*, Milano, 2005.
- GÜNTHER H.L., *Die Unterue im Wirtschaftsrecht*, in *FS für Weber*, Bielefeld, 2004, p. 311 ss.
- GÜNTHER K., *Von der Rechts- zur Pflichtverletzung. Ein „Paradigmawechsel“ im Strafrecht?*, in AA.Vv., *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt am Main, 1995, p. 445 ss.
- HAAS V., *Kritik der Tatherrschaftslehre*, in *ZStW*, 2007, p. 519 ss.
- HAMMERSLEY J.S., MYERS L.A., SHAKESPEARE C., *Market Reactions to the Disclosure of Internal Control Weakness and the Characteristics of those*

*Weaknesses under Section 302 of the Sarbanes Oxley Act of 2002*, 2005, www.ssrn.com.

HANSEN J.L., *The Trinity of Market Regulation: Disclosure, Insider Trading and Market Manipulation*, in *International Journ. of Disclosure and Governance*, vol. 1/1, 2003, p. 82 ss.

HANSMANN H., KRAAKMAN R.R., *Problemi di "agency" e strategie normative*, in ENRIQUES L. (a cura di), *Diritto societario comparato*, Bologna, 2006, p. 29 ss.

HASSEMER W., *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, in *Jenseits des Funktionalismus, Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, Heidelberg, 1989, p. 85 ss.

HASSEMER W., *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, in *ZRP*, 1992, p. 378 ss.

HASSEMER W., *Freistellung des Täters aufgrund von Drittverhalten*, in *FS für Lenckner*, München, 1998, p. 97 ss.

HAUSCHKA C., *Compliance, Compliance- Manager, Compliance-Programme: eine geeignete Reaktion auf gestiegene Haftungsrisiken für Unternehmen und Management?*, in *NJW*, 2004, 257 ss.

HAUSCHKA C., *Einführung*, in HAUSCHKA C. (a cura di), *Corporate Compliance*, München, 2007, p. 1 ss.

HEFENDEHL R., *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln, 2002.

HEFENDEHL R., *Enron, Worldcom und die Folgen: Das Wirtschaftsstrafrecht zwischen kriminalpolitischen Erwartungen und dogmatischen Erfordernissen*, in *JZ*, 2004, p. 18 ss.

HEFENDEHL R., *Tatherrschaft in Unternehmen vor kriminologischer Perspektive*, in *GA*, 2004, p. 575 ss.

HEFENDEHL R., *Corporate Governance und Business Ethics: Scheinberuhigung oder Alternativen bei der Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?*, in *JZ*, 2006, p. 119 ss.

HEFENDEHL R., *Außerstrafrechtliche und strafrechtliche Instrumentarien zur Eindämmung der Wirtschaftskriminalität*, in *ZStW*, 2007, p. 816 ss.

HEINE G., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Baden Baden, 1995.

HEINE G., *Europäische Entwicklungen bei der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Wirtschaftsunternehmen und deren Führungskräften*, in *ZStrR*, 2001, p. 22 ss.

HEINE G., *Das kommende Unternehmensstrafrecht (Art. 100 quater f.). Entwicklung und Grundproblematik*, in *ZStrR*, 2003, p. 24 ss.



HEINE G., *Organisationsverschulden aus strafrechtlicher Sicht: Zum Spannungsfeld von zivilrechtlicher Haftung, strafrechtlicher Geschäftsherrenhaftung und der Strafbarkeit von Unternehmen*, in NIGGLI M.A., AMSTUTZ M. (a cura di), *Verantwortlichkeit im Unternehmen. Zivil- und strafrechtliche Perspektiven*, Basel, 2007, p. 93 ss.

HERZBERG R.D., *Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände*, in GA, 1971, p. 1 ss.

HERZBERG R.D., *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlin-New York, 1972.

HERZBERG R.D., *“Die Vermeidbarkeit einer Erfolgsdifferenz” – Überlegungen zu Günther Jakobs’ strafrechtlichen Handlungs- und Verhaltensbegriff*, in *FS für Jakobs*, Köln-Berlin-München, 2007, p. 147 ss.

HERZOG F., *Risikogesellschaft, Risikostrafrecht, Risikoregulierung – Über das Strafrecht hinausweisende Perspektiven*, in NEUMANN U., PRITTWITZ C. (a cura di), *Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts*, Frankfurt am Main, 2004, p. 117 ss.

HEY A., *Die ökonomische Analyse ausgewählter Wirtschaftsstraftaten im historischen Normkontext*, Berlin, 2001.

HIENZSCH A., *Das deutsche Insiderhandelsverbot in der Rechtswirklichkeit. Eine empirische Studie*, Baden-Baden, 2006.

HILD T.H., *Grenzen einer strfrechtlichen Regulierung des Kapitalmarkts*, Frankfurt am Main, 2004.

HILGENDORF E., *Insiderdelikte*, in PARK T. (a cura di), *Kapitalmarkt Strafrecht, Handkommentar*, seconda ed., Baden-Baden, 2008, p. 178 ss.

HILGERS B.M., *Verantwortlichkeit von Führungskräften in Unternehmen für Handlungen ihrer Mitarbeiter*, Freiburg i. Br., 2000.

HILLER P., *Probleme prozeduraler Risikoregulierung*, in BORA A. (a cura di), *Rechtliches Risikomanagement. Form, Funktion und Leistungsfähigkeit des Rechts in der Risikogesellschaft*, Berlin, 1999, p. 29 ss.

HIRSCH-KREINSEN H., *Wirtschafts- und Industriesoziologie. Grundlagen, Fragenstellungen, Themenbereiche*, Weinheim-München, 2005.

HOFFMANN-HOLLAND K., *Die Beteiligung des Garanten am Rechtsgutsangriff: Zur Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe durch Unterlassung*, in *ZStW*, 2006, p. 620 ss.

HOLZER B., MILLO Y., *From Risks to Second-Order Dangers in Financial Markets: Unintended Consequences of Risk Management*, in *New Political Economy*, vol. 10, No. 2, June 2005, p. 223 ss.

HORN E., *Konkrete Gefährdungsdelikte*, Köln, 1973.

HRUSCHKA J., *Ordenliche und außerordenliche Zurechnung bei Puferdorf*, in *ZStW*, 1984, p. 661 ss.

HRUSCHKA J., *Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln*, in *Rechtstheorie*, Band 22, 1991, p. 449 ss.

HRUSCHKA J., *Regreßverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen*, in *ZStW*, 1998, p. 581 ss.

HRUSCHKA J., voce *Zurechnung*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Band V, Berlin, 1998, c. 1803 ss.

HSÜ Y.-h., *Garantenstellung des Betriebsinhabers zur Verhinderung strafbarer Handlungen seiner Angestellten*, Pfaffenweiler, 1986.

HÜWELS H., *Fehlerhafter Gesetzesvollzug und strafrechtliche Zurechnung*, Berlin, 1986.

IACOVIELLO F.M., *Il falso in bilancio nei gruppi di società: come il processo penale modifica il diritto penale*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 3151 ss.

IELO P., *Market Abuse e Compliance Programs ex D.Lgs.231/2001: spunti di riflessione*, in *Resp. amm. soc. enti*, n. 2, 2006, p. 15 ss.

IELO P., *Responsabilità delle persone giuridiche*, in PALAZZO F., PALIERO C.E. (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, seconda ed., Padova, 2007, p. 2289 ss.

IELO P., *Lesioni gravi, omicidi colposi aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica e responsabilità degli enti*, in *Resp. amm. soc. enti*, n. 2, 2008, p. 57 ss.

IMBUSCH P., *Macht und Herrschaft in der Diskussion*, in IMBUSCH P. (a cura di), *Macht und Herrschaft. Sozialwissenschaftliche Konzeptionen und Theorien*, Opladen, 1998, p. 10 ss.

IMBUSCH P., *Globalisierung, Wirtschaftseliten und soziale Verantwortung*, in BEMERBURG I., NIEDERBACHER A. (a cura di), *Die Globalisierung und ihre Kritik(er)*, Wiesbaden, 2007, p. 199 ss.

ÍÑIGO CORROZA E., *La relevancia del fraude en los delitos de competencia*, in SILVA SÁNCHEZ J.M. (a cura di), *Libertad economica o fraudes punibles*, Madrid, 2003, p. 283 ss.

INNOCENTI M., *Collegio sindacale e dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari*, in ALESSI R ABRIANI N., MORERA U. (a cura di), *Il collegio sindacale: le nuove regole*, Milano, 2007, p. 348 ss.

INSOLERA G., voce *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1989, p. 437 ss.

INSOLERA G., *Il concorso di persone nei reati fallimentari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 817 ss.

INSOLERA G., *Causalità e reati plurisoggettivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 563 ss.

IOELE L., *Responsabilità sociale dell'impresa e ordinamento italiano*, in GRECO P. (a cura di), *Lavoratori e impresa socialmente responsabile*, Torino, 2007, p. 37 ss.

IRRERA M., *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005.

IRRERA M., *Collegio sindacale e assetti adeguati*, in ALESSI R., ABRIANI N., MORERA U. (a cura di), *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, Milano, 2007, p. 259 ss.

IRRERA M., *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari nella legge sul risparmio e nel decreto correttivo*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 484 ss.

IRTI N., *Due temi di governo societario (responsabilità "amministrativa"- codici di autodisciplina)*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 693 ss.

IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, nuova ed., Roma-Bari, 2003.

IRTI N., *Il carattere politico-giuridico del mercato*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2004, p. 1 ss.

JAKOBS G., *Tätervorstellung und objektive Zurechnung*, in *GS für Armin Kaufmann*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, p. 271 ss.

JAKOBS G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, seconda edizione, Berlin-New York, 1991.

JAKOBS G., *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, München, 1992.

JAKOBS G., *La competencia por organización en el delito omissivo*, Bogotá, 1994.

JAKOBS G., *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken*, in *ZStW*, 1995, p. 843 ss.

JAKOBS G., *Strafrechtliche Haftung durch Mitwirkung an Abstimmungen*, in *FS für Miyazawa*, Baden-Baden, 1995, p. 419 ss.

JAKOBS G., *La imputación objetiva en la participación. Accessoriedad y prohibición de regreso*, in CANCIO MELIÁ M. (a cura di), *La imputación objetiva en derecho penal*, Buenos Aires, 1996, p. 69 ss.

JAKOBS G., *Buchbesprechungen*, in *ZStW*, 2007, p. 1002 ss.

JENSEN M.C., MECKLING W.H., *Theory of the Firm: Managerial Behaviour, Agency Costs and Ownership Structure*, in *Journ. of Financial and Economics*, 1976, Vol.3, No. 4, p. 305 ss.

JESCHECK H.-H., § 13, in *LK-StGB*, Band I, undicesima ed., Berlin, 2003 (Stand 1.3.1992).

JESCHECK H.-H., WEIGEND T., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, quinta ed., Berlin, 1996.

JOECKS W., *Kapitalanlagebetrug*, in ACHENBACH H. (a cura di), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, Heidelberg, 2004, p. 689 ss.

JORIO A., *Profili della responsabilità della società capogruppo*, in AMBROSINI S. (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, vol. II, Torino, 2005, p. 60 ss.

JOSEPH M.E., *Organizational Sentencing*, in *American Criminal Law Rev.*, No. 35, 1998, p. 1017 ss.

KAHLO M., *Die Handlungsform der Unterlassung als Kriminaldelikt*, Frankfurt am Main, 2001.

KAUFMANN AN., *Möglichkeiten der sanktionsrechtlichen Erfassung von (Sonder-)Pflichtverletzungen im Unternehmen*, Frankfurt am Main, 2003.

KAUFMANN ARM., *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, seconda ed., Göttingen, 1988.

KEYNES J.M., *Teoria generale dell'occupazione, dell'interesse e della moneta*, ed. curata da T. Cozzi, Torino, 2006.

KIESER A., *Human Relations-Bewegung und Organisationspsychologie*, in KIESER A., EBERS M. (a cura di), *Organisationstheorien*, sesta ed., Stuttgart, 2006, p. 133 ss.

KIM Y., *Individuelle und kollektive Zurechnung*, Basel, 2007.

KINDHÄUSER U., *Der subjektive Tatbestand im Verbrechensaufbau. Zugleich eine Kritik der Lehre von der objektiven Zurechnung*, in *GA*, 2007, p. 447 ss.

KINDLER S., *Das Unternehmen als haftender Täter: ein Beitrag zur Frage der Verbandsstrafe im deutschen Strafrechtssystem. Lösungswege und Entwicklungsperspektiven de lege lata und de lege ferenda* Baden-Baden, 2008.

KNAUER C., *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht: zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Kausalität und Mittäterschaft*, München, 2001.

KÖCK W., *Grundzüge des Risikomanagements im Umweltrecht*, in BORRA A. (a cura di), *Rechtliches Risikomanagement. Form, Funktion und Leistungsfähigkeit des Rechts in der Risikogesellschaft*, Berlin, 1999, p. 129 ss.

KÖLBEL R., *Wirtschaftskriminalität und unternehmensinterne Strafrechtsdurchsetzung*, in *MschrKrim*, 2008, p. 22 ss.

KÖLBEL R., *Zur strafrechtlichen Institutionalisierung des Whistleblowing*, in *JZ*, 2008, p. 1134 ss.

KOLLER T., *Das Von-Roll-Urteil und die Organisationshaftung – Rezeption einer genuin zivilistischen Betrachtungsweise im Strafrecht?*, in *SJZ*, 1996, p. 409 ss.

KU M., PEPPER L., *Corporate Criminal Liability*, in *American Criminal Law Rev.*, Vol. 45, 2008, No. 2, *Twenty-Third Survey of White Collar Crime*, p. 275 ss.

KÜHL K., *Die strafrechtliche Garantenstellung – Eine Einführung mit Hinweisen zur Vertiefung*, in *Jus*, 2007, p. 497 ss.

KÜHL K., *Die Unterlassungsdelikte als Problemfall für rechtsphilosophie, Strafrechtsdogmatik und Verfassungsrecht*, in *FS für Herzberg*, Tübingen, 2008, p. 177 ss.

KÜMPEL S., *Bank- und Kapitalmarktrecht*, terza ed., Köln, 2004.

LA ROSA E., *Infedeltà patrimoniale e procedibilità a querela: anche il singolo socio è persona offesa?*, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 1041 ss.

LA ROSA M., *“Black-out” nei controlli: stato dell’arte e prospettive di riforma in tema di revisione contabile*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 183 ss.

LA ROSA M., *Teoria e prassi del controllo “interno” ed “esterno” sull’illecito dell’ente collettivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1297 ss.

LA SPINA A., CAVATORTO S., *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2008.

LAMANDINI M., *Autorità di vigilanza e mercati finanziari: verso un ridisegno delle competenze?*, in *Merc. conc. reg.*, 2003, p. 117 ss.

LAMPE E-J., *Die Problematik der Gleichstellung von Handeln und Untertlassen im Strafrecht*, in *ZStW*, 1967, p. 476 ss.

LAMPE E-J., *Systemunrecht und Unrechtssysteme*, in *ZStW*, 1994, p. 683 ss.

LAMPE E-J., *Tätersysteme: Spuren und Strukturen*, in *ZStW*, 2007, p. 472 ss.

LAMPE E-J., *Überindividuelle Rechtsgüter, Institutionen und Interessen*, in *FS für Tiedemann*, Köln-München, 2008, p. 79 ss.

LAMPERT T., *Compliance-Organisation*, in HAUSCHKA C. (a cura di), *Corporate Compliance*, München, 2007, p. 142 ss.

LANDI G., voce *Disciplina*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, p. 17 ss.

LANGEVOORT D.C., *Insider Trading and the Fiduciary Principle: A Post-Chiarella Restatement*, in *California Law Rev.*, Vol. 70, No. 1, 1982, p. 1 ss.

LANGEVOORT D.C., *Theories, Assumptions, and Securities Regulation: Market Efficiency Revisited*, in *University of Pennsylvania Law Rev.*, Vol. 140, No. 3, 1992, p. 851 ss.

LANGEVOORT D.C., *Internal Controls after Sarbanes-Oxley: Revisiting Corporate Law’s “Duty of care as Responsibility for the System”*, 2005, [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com).

LANGEVOORT D.C., *The Social Construction of Sarbanes-Oxley*, 2006, [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com).

LANNOO K., LEVIN M., *Securities Market Regulation in the EU. Everything You Always Wanted to Know about the Lamfalussy Procedure*, CE-

PS Research Report in Finance and Banking, No. 33, su [www.ceps.be](http://www.ceps.be), May 2004.

LANZI A., *La responsabilità penale degli organi sociali di gestione*, in *Dir. prat. soc.*, supplemento n. 2, giugno 2003, p. 16 ss.

LANZI A., *Art. 2622*, in LANZI A., CADOPPI A. (a cura di), *I reati societari. Commentario aggiornato alla Legge 28 dicembre 2005 n. 262 sulla tutela del risparmio*, Padova, 2007, p. 49 ss.

LAUFER W.S., *Corporate Bodies and Guilty Minds. The Failure of Corporate Criminal Liability*, Chicago-London, 2006.

LECIS U., *L'organismo di vigilanza nei gruppi di società*, in *Resp. amm. soc. enti*, n. 2, 2006, p. 45 ss.

LECIS U., *L'organismo di vigilanza e l'aggiornamento del modello organizzativo*, in *Resp. amm. soc. enti*, n. 4, 2006, p. 37 ss.

LEDDA F., GHINI P., *Organismo di vigilanza: nomina e aspetti teorici e pratici*, in *Resp. amm. soc. enti*, n.1, 2008, p. 213 ss.

LEGRENZI P., *Psicologia e investimenti finanziari*, Milano, 2006.

LENER A., voce *Potere (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, p. 610 ss.

LENER R., *Il conflitto di interessi nelle gestioni di patrimoni, individuali e collettive*, in *Banca e borsa*, 2007, I, p. 431 ss.

LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999.

LEV B. DE VILLIERS M., *Stock Price Crashes and 10b-5 Damages: A Legal, Economic, and Policy Analysis*, in *Stanford Law Rev.*, 47, Nov. 1994, p. 7 ss.

LIBONATI B., *Noterelle a margine dei nuovi sistemi di amministrazione della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 2008, p. 281 ss.

LICCI G., *Teorie causali e rapporto di imputazione*, Napoli, 1996.

LICCI G., *Modelli nel diritto penale. Filogenesi del linguaggio penalistico*, Torino, 2006.

LINCK R., *Betriebsbußen*, in SCHAUB G., *Arbeitsrechts-Handbuch*, München, dodicesima ed., 2007, p. 521 ss.

LO A.W., *Reconciling Efficient Markets with Behavioral Finance: The Adaptive Markets Hypothesis*, 2005, [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com).

LO A.W., *Efficient Market Hypothesis*, [www.ssrn.it](http://www.ssrn.it), 2007.

LOFFREDO E., *Modifiche, piccole e non, in tema di responsabilità dei sindaci di s.p.a.*, in *Scritti in onore di V. Buonocore*, vol. III, Milano, 2005, p. 2859 ss.

LOKE A., *From the Fiduciary Theory to Information Abuse: The Changing Fabric of Insider Trading Law in the U.K., Australia and Singapore*, in *American Journ. of Comparative Law*, 2006, p. 123 ss.

LOPATRIELLO S., *L'organo di controllo delle società quotate*, in *Soc.*, 2006, p. 934 ss.

LORENZONI A., *Il comitato per il controllo sulla gestione nel sistema monistico: alcune riflessioni comparatistiche*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 66 ss.

LOSAPPIO G., *Risparmio, funzioni di vigilanza e diritto penale. Lineamenti di un sottosistema*, Bari, 2004.

LÖW A., *Integriertes Risiko-Management der Wirtschaftskriminalität: multiperspektive Analyse der Wirtschaftskriminalität – Konsequenzen für die Gestaltung des integrierten Risiko-Managements (mit einer Fallstudie zur Barrings-Bank)* St. Gallen, 2002.

LUCHENA S., *I controlli della Consob e la revisione contabile obbligatoria*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, p. 1061 ss.

LÜCKER V., *Der Straftatbestand des Mißbrauchs von Insiderinformationen nach dem Wertpapierhandelsgesetz*, Köln, 1998.

LÜDERSEN K., *Entkriminalisierung des Wirtschaftsrechts*, Baden-Baden, 1998.

LÜDERSEN K., *Gesellschaftsrechtliche Grenzen der strafrechtlichen Haftung des Aufsichtsrats*, in *FS für Lampe*, Berlin, 2003, p. 727 ss.

LUHMANN N., *Klassische Theorie der Macht. Kritik ihrer Prämissen*, in *Zeitschrift für Politik*, 1969, p. 149 ss.

LUHMANN N., *Potere e complessità sociale*, Milano, 1979.

LUHMANN N., *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, Bologna, 1990.

LUHMANN N., *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, quinta ed., Berlin, 1999.

LUHMANN N., *Organizzazione e decisione*, Milano, 2005.

LUNGHINI G., *La manipolazione del mercato*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1474 ss.

LUNGHINI G., *L'aggiotaggio (uso e consumo) e il ruolo della Consob*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 483 ss.

LUPTON D., *Il rischio. Percezione, simboli, culture*, Bologna, 2003.

MAGNANI M., *Contratti di lavoro e organizzazione*, in *Studi in onore di M. Persiani*, Padova, 2005, p. 697 ss.

MAGNANI P., *Art. 2403-bis, Poteri del collegio sindacale*, in GHEZZI F. (a cura di), *Collegio sindacale. Controllo contabile. Artt. 2397-2409 septies c.c.*, Milano, 2005, p. 215 ss.

MAGNANI P., *Art. 2407, Responsabilità*, in GHEZZI F. (a cura di), *Collegio sindacale. Controllo contabile. Artt. 2397-2409 septies c.c.*, Milano, 2005, p. 257 ss.

MAGNANI P., *Artt. 2409 – duodecies – 2409-terdecies*, in GHEZZI F. (a cura di), *Sistemi alternativi di amministrazione e controllo artt. 2409 octies-2409 noviesdecies c.c.*, Milano, 2005, p. 107 ss.

MAGRO B., *Manipolazioni di mercato e strumenti derivati*, in *Dir. banca merc. finanz.*, 2007, p. 44 ss.

MAGRO B., *“Price manipulation” e contratti con opzione put barrier*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 2007, p. 845 ss.

MAHNHOLD M., *Compliance und Arbeitsrecht: insiderrechtliche Verhaltenskonzepte im nationalen und multinationalen Unternehmen*, Frankfurt am Main, 2004.

MAIANI G., *In tema di reato proprio*, Milano, 1965.

MAINARDI S., *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico. Art. 2106 c.c.*, Milano, 2002.

MAIWALD M., *Grundlagenprobleme der Unterlassungsdelikte*, in *JuS*, 1981, p. 473 ss.

MAIWALD M., *Zur Leistungsfähigkeit des Begriffs erlaubtes Risiko für die Strafrechtssystematik*, in *FS für Jescheck zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1985, p. 405 ss.

MAIWALD M., *Causalità e diritto penale*, Milano, 1999.

MALACARNE M.C., *Il concetto di adeguatezza dei sistemi di controllo interno ex d.lgs. 231/2001 alle luci delle prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Resp. amm. soc. enti*, n. 2, 2007, p. 133 ss.

MANCINI C., *Responsabilità amministrativa degli enti: l'esperienza dell'Associazione Bancaria italiana*, in *Resp. amm. soc. enti*, n. 1, 2007, p. 173 ss.

MANES P., *Prime considerazioni sulla responsabilità del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari*, in *Contr. imp.*, 2008, p. 1119 ss.

MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005.

MANETTI M., *Le autorità indipendenti*, Roma-Bari, 2007.

MANNA A., *Tutela del risparmio, novità in tema di insider trading e manipolazione del mercato a seguito della legge comunitaria del 2004*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 2005, p. 659 ss.



MANTOVANI A., *Revisione contabile delle società quotate e “servizi proibiti” alla luce della riforma sul risparmio e delle recenti modifiche al Regolamento emittenti*, in *Dir. banca merc. finanz.*, 2007, p. 505 ss.

MANTOVANI F., *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 337 ss.

MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, quinta ed., Padova, 2007.

MANTOVANI M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997.

MARCH J.G., SIMON H.A., *Teoria dell'organizzazione*, Milano, 1966.

MARCHESANI D., *The Concept of Autonomy and the Independent Director of Public Corporations*, in *Berkeley Business Law Journ.*, No. 315, 2005, p. 317 ss.

MARCHETTI P., *Le raccomandazioni Consob in materia di controlli societari: un contributo alla riforma*, in *Riv. soc.*, 1997, p. 193 ss.

MARCHETTI P., *I controlli sull'informazione finanziaria*, in *La società per azioni oggi*, vol. I, Milano, 2007, p. 143 ss.

MARCIANDI F., *La funzione di controllo interno nelle società*, in *Soc.*, 2000, p. 827 ss.

MARENGHI F., *Art. 9 co. 3*, in *Leg. pen.*, 2006, p. 154 ss.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS E.B., *Criminalidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, Valencia, 2002.

MARINUCCI G., *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano, 1971.

MARINUCCI G., *Non c'è dolo senza colpa. Morte della “imputazione oggettiva dell'evento” e trasfigurazione della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 3 ss.

MARINUCCI G., *Diritto penale dell'impresa: il futuro è già cominciato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1465 ss.

MARINUCCI G., DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, vol. I, terza ed., Milano, 2001.

MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di diritto penale*, seconda ed., Milano, 2006.

MARINUCCI G., ROMANO M., *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in NUVOLONE P. (a cura di), *Il diritto penale delle società commerciali*, Milano, 1971, p. 93 ss.

MARTIELLO G., *Art. 9 co. 2 lett. a*, in *Leg. pen.*, 2006, p. 66 ss.

MARULLI M., *La delega gestoria tra regole di corporate governance e diritto societario riformato*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 85 ss.

MARUOTTI R.G., *Il falso in bilancio consolidato ed il "passo del gambero"*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 2004, p. 394 ss.

MATHIESEN T., *The Viewer Society. Michel Foucault's "Panopticon" Revisited*, in *Theoretical Criminology*, 1997, p. 215 ss.

MAURACH R., SCHROEDER F.-C., MAIWALD M., *Strafrecht, Besonderer Teil, Band I*, Heidelberg, ottava ed., 1995.

MAZZACUVA N., *L'attività di revisione contabile e di certificazione dei bilanci: profili penali*, in *Giur. comm.*, 1987, p. 529 ss.

MAZZACUVA N., *Il falso in bilancio. Profili penali: casi e problemi*, Padova, 1996.

MAZZACUVA N., *Il falso in bilancio, casi e problemi*, seconda ed., Padova, 2004.

MAZZANTINI S., *Le "Authorities" tra indipendenza e responsabilità: la costituzione di parte civile della Consob nel processo "Parmalat"*, in *Foro amm. CdS*, 2005, p. 1302 ss.

MAZZOTTA G., D'AVIRRO A., *Profili penali del controllo nelle società commerciali*, Milano, 2006.

MELCHIONDA A., voce *Mercato dei valori mobiliari (tutela penale del)*, in *Enc. giur.*, vol. XX, Roma, 1990.

MELCHIONDA A., *La responsabilità penale dei sindaci di società commerciali: problemi attuali e prospettive di soluzione*, in *Ind. pen.*, 2000, p. 47 ss.

MELCHIONDA A., *Art. 2637 c.c. Aggiotaggio – Art. 185 d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 Manipolazione del mercato*, in LANZI A., CADOPPI A. (a cura di), *Commentario aggiornato alla Legge 28 dicembre 2005 n. 262 sulla tutela del risparmio*, Padova, 2007, p. 240 ss.

MENNICKE P.R., *Sanktionen gegen Insiderhandel: eine rechtsvergleichende Untersuchung unter Berücksichtigung des US-amerikanischen und britischen Rechts*, Berlin, 1996.

MENTI P., *Conflitto di interessi e mercato finanziario*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 945 ss.

MEREU A., *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi e i criteri di attribuzione della responsabilità tra teoria e prassi*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 27 ss.

MERUSI F., *Art. 47*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti economici*, Tomo III, Art. 45-47, Bologna-Roma, 1980, p. 153 ss.

MERUSI F., *Interessi e fini nei controlli sugli intermediari finanziari*, in *Banca e borsa*, 1989, I, p. 169 ss.

MERUSI F., *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in GITTI G. (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006, p. 43 ss.

MERUSI F., PASSARO M., voce *Autorità indipendenti*, in *Enc. dir.*, aggiornamento vol. VI, Milano, 2002, p. 143 ss.

MICHELETTI D., *Responsabilità penale del dirigente contabile*, in GIUNTA F., MICHELETTI D. (a cura di), *La disciplina penale del risparmio*, Milano, 2008, p. 13 ss.

MILITELLO V., *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988.

MILITELLO V., *Attività del gruppo e comportamenti illeciti: il gruppo come fattore criminogeno*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 1998, p. 367 ss.

MILITELLO V., *La colpevolezza nell'omissione: il dolo e la colpa del fatto omissivo*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 979 ss.

MILITELLO V., *I reati di infedeltà*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 698 ss.

MILLON D., *Theories of the Corporation*, in *Duke Law Journ.*, No. 2, 1990, p. 201 ss.

MINERVINI G., *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 147 ss.

MINERVINI G., *La Banca d'Italia, oggi*, in *Banca e borsa*, 2006, I, p. 619 ss.

MIOIA M., *Società quotate, controlli esterni e gruppi di società*, in AMATUCCI C. (a cura di), *I controlli esterni nelle società quotate*, Milano, 2005, p. 177 ss.

MIR PUIG S., *Die Zurechnung im Strafrecht eines entwickelten sozialen und demokratischen Rechtsstaates*, in *Jahrbuch für Recht und Ethik*, Band II, Berlin, 1994, p. 226 ss.

MIR PUIG S., *Grenzen des Normativismus im Strafrecht*, in HEFENDEHL R. (a cura di), *Empirische und dogmatische Fundamente kriminalpolitischer Impetus*, Köln-Berlin-München, 2005, p. 77 ss.

MOCCIA S., *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 342 ss.

MOCCIA S., *Riflessioni sui nodi problematici della normativa italiana in materia di criminalità economica*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 1997, p. 9 ss.

MONGILLO V., *Delega di funzioni e diritto penale dell'impresa nell'ottica del sapere empirico criminologico*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 2005, p. 325 ss.

MONTALEGRE LYNETT E., PERDOMO TORRES J.F., *Funcionalismo y normativismo penale. Una introducción a la obra de Günther Jakobs*, in YACOBUC-

CI G.J. (a cura di), *Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI. Libro homenaje al Professor Dr. Günther Jakobs*, Lima, 2005, p. 25 ss.

MONTALENTI P., "Corporate governance": la tutela delle minoranza nella riforma delle società quotate, in *Giur. comm.*, 1998, I, p. 329 ss.

MONTALENTI P., *Persona giuridica, gruppi di società, corporate governance*, Padova, 1999.

MONTALENTI P., "Corporate governance", consiglio di amministrazione, sistemi di controllo interno: spunti per una riflessione, in *Riv. soc.*, 2002, p. 803 ss.

MONTALENTI P., *Responsabilità civile e mercato finanziario: organo di controllo e false informazioni da prospetto*, in *An. giur. ec.*, 2002, p. 255 ss.

MONTALENTI P., *L'amministrazione sociale dal testo unico alla riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 422 ss.

MONTALENTI P., *La società quotata*, Padova, 2004.

MONTALENTI P., *Il sistema dei controlli interni nelle società di capitali*, in *Soc.*, 2005, p. 294 ss.

MONTALENTI P., *La responsabilità degli amministratori nell'impresa globalizzata*, in *Aa.Vv., Mercati finanziari e sistema dei controlli*, Milano, 2005, p. 121 ss.

MONTALENTI P., *Amministrazione, controllo, minoranza nella legge sul risparmio*, in *Riv. soc.*, 2006, p. 975 ss.

MONTALENTI P., *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 317 ss.

MONTALENTI P., *Il sistema dualistico: il consiglio di sorveglianza tra funzioni di controllo e funzioni di alta amministrazione*, in *An. giur. ec.*, 2007, p. 269 ss.

MONTANI E., *L'esperienza degli Stati Uniti*, in ALESSANDRI A. (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, p. 457 ss.

MONTANI E., *Economic Crimes. Diritto penale ed economia: prove di dialogo*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 2005, p. 909 ss.

MONTEFUSCO A., *Cos'è il rischio? Calcolo de rischio*, in TIRABOSCHI M. (a cura di), *Il T.U. della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, Commentario al decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81*, Milano, 2008, p. 381 ss.

MONTUSCHI L., *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Milano, 1973.

MORELLO A., *Il comitato per il controllo sulla gestione tra dipendenza strutturale ed autonomia funzionale*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, p. 739 ss.,

MORGANTE G., *Le posizioni di garanzia nella prevenzione antinfortunistica in materia d'appalto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 88 ss.

MORGANTE G., *L'illiceità speciale nella teoria generale del reato*, Torino, 2002.

MOSCA C., *I principi di funzionamento del sistema monistico. I poteri del comitato di controllo*, in ABBADESSA P., PORTALE G.B. (diretto da), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G.F. Campobasso*, vol. 2, Torino, 2007, p. 735 ss.

MOSCO G.D., Art. 2380-2389, in NICCOLINI G., STAGNO D'ALCONTRES A. (a cura di), *Società di capitali*, vol. II, Napoli, 2004, p. 579 ss.

MOSCO G.D., *Le società con azioni diffuse tra il pubblico in misura rilevante fra definizione, norme imperative e autonomia privata. Uno scalinobbeccato, da riparare in fretta*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 863 ss.

MOSCO G.D., *Rafforzamento dei controlli interni e indebolimenti sistematici degli organi di sorveglianza*, in *An. giur. ec.*, 2006, p. 33 ss.

MOSCO G.D., "Cognosco ergo sum". *L'informazione e la nuova identità del collegio sindacale*, in ALESSI R., ABRIANI N., MORERA U. (a cura di), *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, Milano, 2007, p. 310 ss.

MOSCO G.D., *Le regole di governance per le quotate: una risorsa o un peso?* in MOSCO G.D., VELLA F. (a cura di), *Imprese e investitori. Crescita, tutele, interessi*, Milano, 2008, p. 41 ss.

MUCCIARELLI F., *Speculazione mobiliare e diritto penale*, Milano, 1995.

MUCCIARELLI F., *L'informazione societaria: destinatari e limiti della normativa in materia di insider trading*, in *Banca e borsa*, 1999, I, p. 745 ss.

MUCCIARELLI F., *L'abuso di informazioni privilegiate: delitto e illecito amministrativo*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1465 ss.

MUCCIARELLI F., *Primato della giurisdizione e diritto economico sanzionatorio: a proposito di "market abuse"*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 137 ss.

MÜNZENBERG T., *Das Risikomanagement und seine straf- und zivilrechtlichen Auswirkungen auf die Haftung der Unternehmensleitung*, in ROMEIKE F. (a cura di), *Rechtliche Grundlagen des Risikomanagements. Haftungs- und Strafvermeidung für Corporate Compliance*, Berlin, 2008, p. 102 ss.

MURMANN U., *Zur Berücksichtigung besonderer Kenntnisse, Fähigkeiten und Absichten bei der Verhaltensnormkonturierung*, in *FS für Herzberg*, Tübingen, 2008, p. 123 ss.

MUSCATELLO V.B., *La nuova tutela penale della sicurezza sul lavoro*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1449 ss.

MUSCO E., *Diritto penale societario*, Milano, 1999.

MUSCO E., *L'illusione penalistica*, Milano, 2004.

MUSCO E. (con la collaborazione di MASULLO M.N.), *I nuovi reati societari*, terza ed., Milano, 2007.

MUSCO E., *A proposito della responsabilità amministrativa degli enti*, in *Ius17@unibo.it.*, 1/2008, p. 335 ss.

MUSERRA A.L., *I controlli interni delle società per azioni nella riforma del diritto societario*, in *Riv. dott. comm.*, 2004, p. 533 ss.

NAGLER J., *Die Problematik der Begehung durch Unterlassung*, in *Der Gerichtssaal*, Band 111, 1938, p. 1 ss.

NAPOLEONI V., *Geometrie parallele e bagliori corruschi del diritto penale dei gruppi (bancarotta infragruppo, infedeltà patrimoniale e "vantaggi compensativi"*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3787 ss.

NAUCKE W., *Strafrecht. Eine Einführung*, decima ed., Neuwied, 2002.

NAZZICONE L., *La denuncia al tribunale per gravi irregolarità ex art. 2409 c.c.: le novità della riforma societaria*, in *Soc.*, 2003, p. 1078 ss.

NERLICH H., *Die Tatbestandsmerkmale des Insiderhandelsverbots nach dem Wertpapierhandelsgesetz*, Osnabrück, 1999.

NIETO MARTÍN A., *¿Americanización o europeización del Derecho Penal económico?*, in *Revista penal*, Enero 2007, p. 120 ss.

NIETO MARTÍN A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, 2008.

NIETO MARTÍN A., *Soziale Verantwortung, "corporate governance", Selbstregulierung und Unternehmensstrafrecht*, in *FS für Tiedemann*, Köln-München, 2008, p. 485 ss.

NIGRO A., SANTORO V. (a cura di), *La tutela del risparmio. Commentario della Legge 28 dicembre 2005, n. 262 e del d.lgs. 29 dicembre 2006, n. 303*, Torino, 2007.

NIUTTA A., *La nuova disciplina delle società controllate: aspetti normativi dell'organizzazione del gruppo di società*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 780 ss.

NOTARO D., *Art. 182*, in *Leg. pen.*, 2006, p. 57 ss.

NUVOLONE P., *L'infedeltà patrimoniale nel diritto penale*, Milano, 1941.

NUVOLONE P., *L'omissione nel diritto penale italiano. Considerazioni generali introduttive*, in *Ind. pen.*, 1982, p. 433 ss.

OCCHILUPO R., *Vigilanza supplementare e controlli interni nei conglomerati finanziari*, in *Banca imp. soc.*, 2008, p. 263 ss.

OLIVIERI G., *Amministratori "indipendenti" e "di minoranza" nella legge sulla tutela del risparmio*, in *An. giur. ec.*, 2006, p. 23 ss.

OLIVIERI G., *I controlli "interni" nelle società quotate dopo la legge sulla tutela del risparmio*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 409 ss.

ONADO M., *Mercati e intermediari finanziari. Economia e regolamentazione*, Bologna, 2000.

ONADO M., *I risparmiatori e la Cirio: ovvero, pelati alla meta*, in *Merc. conc. reg.*, 2003, p. 499 ss.

OSNABRÜGGE S.A., *Die Beihilfe und ihr Erfolg: zur objektiven Beziehung zwischen Hilfeleistung und Haupttat in § 27 StGB*, Berlin, 2002.

OTTO H., *Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts*, in *ZStW*, 1984, p. 339 ss.

OTTO H., *Die Tatbestände gegen Wirtschaftskriminalität im Strafgesetzbuch*, in *Jura*, 1989, p. 24 ss.

OTTO H., *Der Missbrauch von Insider-Informationen als abstraktes Gefährdungsdelikt*, in *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts, Madrid-Symposium für Tiedemann*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1994, p. 447 ss.

OTTO H., *Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates*, in *Jura*, 2001, p. 753 ss.

OTTO H., *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, settima ed., Berlin, 2004.

OTTO H., *Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte*, settima ed., Berlin, 2005.

OTTO H., *Die strafrechtliche Verantwortung für die Verletzung von Sicherungspflichten in Unternehmen*, in *FS für Schroeder*, Heidelberg, 2006, p. 339 ss.

OTTO H., BRAMMSEN J., *Die Grundlagen der strafrechtlichen Haftung des Garanten wegen Unterlassens*, in *Jura*, 1985, p. 530 ss.

PADOVANI T., *Diritto penale del lavoro. Profili generali*, seconda ed., Milano, 1983.

PADOVANI T., *Diritto penale della prevenzione e mercato finanziario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 634 ss.

PADOVANI T., *La concezione finalistica dell'azione e la teoria del concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 395 ss.

PADOVANI T., *Diritto penale*, ottava ed., Milano, 2006.

PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, ottava ed., 2003.

PALIERO C.E., *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, p. 821 ss.

PALIERO C.E., *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 1993, p. 1021 ss.

PALIERO C.E., *Problemi e prospettive della responsabilità penale dell'ente nell'ordinamento italiano*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 1996, p. 1173 ss.

PALIERO C.E., *La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la "Parte Generale" di un Codice Penale dell'Unione Europea*, in *Riv. ti. dir. proc. pen.*, 2000, p. 466 ss.

PALIERO C.E., *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, "societas delinquere (et puniri) potest"*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 845 ss.

PALIERO C.E., *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici*, in PALAZZO F. (a cura di), *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003, p. 17 ss.

PALIERO C.E., *L'economia della pena (un "work in progress")*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1336 ss.

PALIERO C.E., *"Market abuse" e legislazione penale: un connubio tormentato*, in *Corr. merito*, 2005, p. 809 ss.

PALIERO C.E., *La riforma della tutela penale del risparmio: continuità e fratture nella politica criminale in materia economica*, in *Corr. merito*, 2006, p. 615 ss.

PALIERO C.E., *Das Organisationsverschulden*, in *FS für Tiedemann*, Köln-München, 2008, p. 503 ss.

PALIERO C.E., *La società punita: del come, del perché, e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1516 ss.

PALIERO C.E., PIERGALLINI C., *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. enti*, n. 3, 2006, p. 167 ss.

PANAGÍA S., *Rilievi critici sulla responsabilità punitiva degli enti*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 2008, p. 149 ss.

PANANIS P., *Insidertatsache und Primärinsider: eine Untersuchung zu den Zentralbegriffen des § 13 Abs. 1 WpHG*, Berlin, 1998.

PANSARELLA M., *Le procedure organizzative*, in *Resp. amm. soc. enti*, n. 3, 2006, p. 197 ss.

PANZANI L., *L'azione di responsabilità ed il coinvolgimento del gruppo dopo la riforma*, in *Soc.*, 2002, p. 1477 ss.

PAONESSA C., *L'omissione delle comunicazioni prescritte dall'art. 124-bis Tuf*, in GIUNTA F., MICHELETTI D. (a cura di), *La disciplina penale del risparmio*, Milano, 2008, p. 137 ss.

PARACAMPO M.T., *Gli obblighi di adeguatezza nella prestazione dei servizi di investimento*, in *Banca e borsa*, 2007, II, p. 93 ss.



PARDOLESI R., A.M.P., PORTOLANO A., *Latte, lacrime (da coccodrillo) e sangue (dei risparmiatori). Note minime sul caso Parmalat*, in *Merc. conc. reg.*, 2004, p. 195 ss.

PARK T., *Kapitalmarktstrafrechtliche Neuerungen des Vierten Finanzmarktförderungsgesetzes*, in *BB*, 2003, p. 1513 ss.

PARK T., *Die Entwicklung des Kapitalmarktstrafrechts*, in *FS zu Ehren des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer*, Neuwied, 2006, p. 229 ss.

PARMEGGIANI F., *I doveri dei sindaci nelle società di intermediazione mobiliare*, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 1210 ss.

PARODI GIUSINO M., *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990.

PASTNER M., *Corporate Governance und Wirtschaftskriminalität*, Wien, 2005.

PATALANO V., *Reati e illeciti del diritto bancario. Profili sistematici della tutela del credito*, Torino, 2003.

PATALANO V., *Etica degli affari e diritto penale*, in *Critica dir.*, 2006, p. 33 ss.

PATRONI GRIFFI A., *La denuncia al tribunale ex art. 2409 c.c. Gli interessi tutelati*, in *Giur. comm.*, 1999, I, p. 145 ss.

PATRONO P., *Verso la soggettività penale di società ed enti*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 2002, p. 83 ss.

PATRONO P., *Vecchio e nuovo nella disciplina del falso in prospetto informativo*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 2003, p. 225 ss.

PAULOS J.A., *Un matematico gioca in borsa*, Milano, 2004.

PAVONE LA ROSA A., *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 765 ss.

PECCHIOOLI N., *Incoraggiamento del risparmio e responsabilità delle autorità di vigilanza*, Torino, 2007.

PECORARO C., *Gestione del rischio da ignoto tecnologico: prime riflessioni sull'adeguatezza dell'organizzazione*, in *Scritti in onore di V. Buonocore*, vol. II, Milano, 2005, p. 1425 ss.

PEDRAZZI C., *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952.

PEDRAZZI C., *Problemi del delitto di aggio*, 1957, riedito in PEDRAZZI C., *Diritto penale*, vol. IV, Milano, 2003, p. 3 ss.

PEDRAZZI C., *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. soc.*, 1962, p. 220 ss., ora anche in PEDRAZZI C., *Diritto penale*, vol. III, Milano, 2003, p. 605 ss.

PEDRAZZI C., *I reati societari in regime di amministrazione collegiale*, in *Studi in onore di F. Antolisei*, vol. II, Milano, 1965, p. 425 ss.

PEDRAZZI C., *Gruppo di imprese e responsabilità penali*, già in *Disciplina giuridica del gruppo d'impresa*, Milano, 1982, 157 ss., ora anche in PEDRAZZI C., *Diritto penale*, vol. III, Milano, p. 741 ss.

PEDRAZZI C., *Interessi economici e tutela penale*, in STILE A.M. (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, 1985, p. 295 ss.

PEDRAZZI C., *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 1988, p. 125 ss.

PEDRAZZI C., *L'evoluzione del diritto penale economico*, in *Studi in onore di G. Vassalli*, vol. I, Milano, 1991, p. 609 ss.

PEDRAZZI C., *Riflessioni sull'insider trading in ambito corporativo*, in *Riv. soc.*, 1991, p. 1661 ss.

PEDRAZZI C., *Codici etici e legge dello Stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 1049 ss.

PEDRAZZI C., *La riforma dei reati contro il patrimonio e contro l'economia*, in *Verso un nuovo codice penale. Itinerari, problemi e prospettive*, Milano, 1993, p. 350 ss.

PEDRAZZI C., *Il controllo della F.I.G.C. sulle società sportive e la qualificazione penalistica dei componenti degli organi federali di controllo*, 1994, riedito in PEDRAZZI C., *Diritto penale*, vol. II, Milano, 2003, p. 467 ss.

PEDRAZZI C., in PEDRAZZI C., SGUBBI F., *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, Bologna, 1995, ora anche in PEDRAZZI C., *Diritto penale*, vol. IV, Milano, 2003, p. 419 ss.

PEDRAZZI C., *Dal diritto penale delle società al diritto penale dei gruppi: un difficile percorso*, in AA.VV., *I gruppi di società*, vol. III, Milano, 1996, p. 1775 ss., ora anche in PEDRAZZI C., *Diritto penale*, vol. III, Milano, 2003, p. 815 ss.

PEDRAZZI C., voce *Turbativa dei mercati*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIV, Torino, 1999, p. 421 ss.

PEDRAZZI C., *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1265 ss.

PEDRAZZI C., voce *Mercati finanziari (nuova disciplina penale)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. di aggiornamento, Torino 2000, p. 453 ss.

PEDRAZZI C., voce *Società commerciali (nuova disciplina penale)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. di aggiornamento, Torino, 2000, p. 585 ss.

PEDRAZZI C., *Corporate governance e posizioni di garanzia: nuove prospettive?*, in *Scritti giuridici per G. Rossi*, tomo II, Milano, 2002, p. 1367 ss.

PELISSERO M., *La responsabilità degli enti*, in GROSSO C.F. (a cura di), ANTONISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, tredicesima ed., Milano, 2007, p. 843 ss.

PEREZ Z., COCHRAN E., SOUSA C., *Securities Fraud*, in *American Criminal Law Rev.*, Vol. 45, 2008, No. 2, *Twenty-Third Survey of White Collar Crime*, p. 923 ss.

PERICU A., *Il ruolo degli amministratori indipendenti nei paesi dell'Europa continentale*, in *An. giur. ec.*, 2003, p. 115 ss.

PERINO M.A., *Enron's Legislative Aftermath: Some Reflections on the Deterrence Aspects of the Sarbanes-Oxley Act of 2002*, Columbia Law and Economics, Working Paper No. 212, 2002, www.ssrn.com.

PERRONE A., *Falsità del prospetto e responsabilità civile della Consob*, in *Banca e borsa*, 2002, II, p. 19 ss.

PERRONE A., *Informazione al mercato e tutela dell'investitore*, Milano, 2003.

PERRONE A., *La responsabilità degli intermediari: tutela del risparmiatore incolpevole o "copertura assicurativa" per investimento sfortunato?*, in *Banca imp. soc.*, 2008, p. 389 ss.

PERULLI A., *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Milano, 1992.

PERULLI A., "Modificazioni dell'impresa e rapporti di lavoro": spunti per una riflessione, in LYON-CAEN A., PERULLI A. (a cura di), *Trasformazioni dell'impresa e rapporti di lavoro*, Padova, 2004, p. 1 ss.

PESCATORE S., *Spunti sulla novellata gestione dell'impresa nelle società per azioni*, in *Scritti in onore di V. Buonocore*, vol. III, Milano, 2005, p. 3417 ss.

PESCATORE S., *Amministrazione e controllo*, in BUONOCORE V. (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, sesta ed., Torino, 2006, p. 282 ss.

PETROCELLI B., *Riesame degli elementi del reato*, in *Studi in onore di F. Antolisei*, vol. III, Milano, 1965, p. 1 ss.

PHILIPPS L., *Der Handlungsspielraum. Untersuchungen über das Verhältnis von Norm und Handlung im Strafrecht*, Frankfurt am Main, 1974.

PHILP M., voce *Power*, in KUPER A., KUPER J. (a cura di), *The Social Science Encyclopedia*, London-Boston, 1985, p. 635 ss.

PICOTTI L., *L'attuazione in Italia degli strumenti dell'Unione Europea per la protezione penale degli interessi finanziari comunitari*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 2006, p. 615 ss.

PICOZZA E., *Diritto dell'economia: disciplina pubblica*, Padova, 2005.

PIERGALLINI C., "Societas delinquere et puniri potest": la fine tardiva di un dogma, in *Riv. trim. pen. ec.*, 2002, p. 571 ss.

PIERGALLINI C., *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Milano, 2004.

PIETH M., *Risikomanagement und Strafrecht: Organisationsversagen als Voraussetzung der Unternehmenshaftung*, in *Risiko und Recht, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag*, Basel-Genf-München, 2004, p. 597 ss.

PIETH M., *Selbstregulierung zum Schutz vor strafrechtlicher Organisationshaftung: die Bank und das Geldwäscherisiko*, in *FS für Jung*, Baden-Baden, 2007, p. 717 ss.

PISANI MASSAMORMILE A., *Emissioni obbligazionarie e responsabilità degli intermediari*, in *Scritti in onore di V. Buonocore*, vol. II, Milano, 2005, p. 1493 ss.

PISANI N., *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni: posizioni di garanzia societaria e poteri giuridici di impedimento*, Milano, 2003.

PISANI N., *Controlli societari e responsabilità da reato degli enti*, in *Banca e borsa*, 2008, I, p. 100 ss.

PISANI N., *I requisiti di autonomia ed indipendenza dell'organismo di vigilanza istituito ai sensi del d. lgs. 251/2001*, in *Resp. amm. soc. enti*, n. 1, 2008, p. 155 ss.

PISANI N., *Profili penalistici del testo unico sulla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 827 ss.

PIVA D., *Contributo all'analisi della responsabilità per la "organizzazione difettosa" nel diritto penale dell'impresa*, Roma, 2007.

POMELLI A., *Il nuovo ruolo del collegio sindacale secondo la comunicazione Consob n. DEM/1025564 del 6 aprile 2001*, in *Giur. comm.*, 2002, II, p. 154 ss.

PONZ DE LEON G., *La causalità dell'omissione nel sistema penale*, Milano, 1964.

POPITZ H., *Fenomenologia del potere*, Bologna, 2001.

PORTALE G.B., *La società quotata nelle recenti riforme*, in TOMBARI U. (a cura di), *La società quotata dalla riforma del diritto societario alla legge sul risparmio*, Torino, 2008, p. 1 ss.

POSECK R., *Die strafrechtliche Haftung der Mitglieder des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft*, Baden-Baden, 1997.

POSNER R.A., *An Economic Theory of Criminal Law*, in *Columbia Law Rev.*, Vol. 85, No. 6, 1985, p. 1193 ss.

POSTIZZI M., *Sechs Gesichter des Unternehmensstrafrechts*, Basel-Genf-München, 2006.

POTETTI D., *Il servizio di prevenzione e protezione nel d.lgs. n. 626 del 1994, in tema di sicurezza e salute dei lavoratori*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2036 ss.

POWER M., *The Audit Explosion*, London, 1994, [www.demos.co.uk](http://www.demos.co.uk).

POWER M., *La società dei controlli. Rituali di verifica*, Torino, 2002.

PREDIERI A., *Lo Stato come riduttore di asimmetrie informative nella regolazione dei mercati finanziari*, in AA.VV., *Mercato finanziario e disciplina penale*, Milano, 1993, p. 63 ss.

PREDIERI A., *Pubblico e privato nel controllo societario*, in PREDIERI A. (a cura di), *Controlli societari e governo dell'impresa*, Torino, 1999, p. 1 ss.

PREISENDÖRFER P., *Organisationssoziologie. Grundlagen, Theorien und Problemenstellungen*, seconda ed., Wiesbaden, 2008.

PRESTI G., *Le raccomandazioni Consob nella cornice della corporate governance*, in *Riv. soc.*, 1997, p. 739 ss.

PRESTI G., *Collegio sindacale e sistema dei controlli nel diritto societario comune e speciale*, Milano, 2002.

PRESTI G., *Il sistema dei controlli esterni sull'attività sociale*, in *Soc.*, 2005, p. 302 ss.

PRESTI G., *Tutela del risparmio e Codice di Autodisciplina delle società quotate*, in *An. giur. ec.*, 2006, p. 47 ss.

PRESTI G., *La responsabilità del revisore*, in *La nuova legge di tutela del risparmio*, Milano, 2007, p. 187 ss.

PRESTI G., MACCABRUNI F., *Gli amministratori indipendenti: mito e realtà nelle esperienze anglosassoni*, in *An. giur. ec.*, 2003, p. 97 ss.

PREUSSNER J., PANANIS P., *Risikomanagement und strafrechtliche Verantwortung – Corporate Governance am Beispiel der Kreditwirtschaft*, in *BKR*, 4/2004, p. 347 ss.

PREZIOSI S., *La manipolazione di mercato nella cornice dell'ordinamento comunitario e del diritto penale italiano*, Bari, 2008.

PRITTWITZ C., *Strafrecht und Risiko*, Frankfurt am Main, 1993.

PROSDOCIMI S., *“Dolus eventualis”. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993.

PULITANÒ D., *L'anticipazione dell'intervento penale in materia economica*, in *Diritto penale, diritto di prevenzione e processo penale nella disciplina del mercato finanziario*, Torino, 1996, p. 9 ss.

PULITANÒ D., voce *Igiene e sicurezza sul lavoro (tutela penale)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. di aggiornamento, Torino, 2000, p. 388 ss.

PULITANÒ D., *La responsabilità “da reato” degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 415 ss.

PULITANÒ D., *Diritto penale*, seconda ed., Torino, 2007.

PULITANÒ D., *Amministratori non operativi e omesso impedimento di delitti commessi da altri amministratori*, in *Soc.*, 2008, p. 902 ss.

PUPPE I., *Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht*, in *ZStW*, 1980, p. 863 ss.

PUPPE I., *Anmerkung* (BGH 37, 106), in *JR*, 1992, p. 30 ss.

PUPPE I., *Vor § 13*, in *NK-StGB*, Band 1, seconda ed., 2005, Baden-Baden, p. 309 ss.

RABITTI BEDOGNI C., *Attività e responsabilità degli organi di controllo*, in NIGRO A. (a cura di), *Libertà e responsabilità nel nuovo diritto societario*, Milano, 2006, p. 299 ss.

RABITTI M., *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori. Contributo allo studio dell'illecito civile*, Milano, 2004.

RADKE H., HOFFMANN M., *Gesellschaftsrechtsakzessorietät bei der strafrechtlichen Untreue zu Lasten von Kapitalgesellschaften? – oder: „Trihotel“ und die Folgen*, in *GA*, 2008, p. 535 ss.

RAGNI E., *Primi segnali di un'inversione di tendenza nell'esperienza applicativa del reato di insider trading*, in *Banca e borsa*, 2003, II, p. 708 ss.

RAINONE V., *Il delitto di infedeltà patrimoniale tra modernità e post-modernità penalistica*, in *Banca e borsa*, 2006, I, p. 440 ss.

RAJAN R.G., ZINGALES L., *Salvare il capitalismo dai capitalisti*, seconda ed., Torino, 2008.

RANFT O., *Garantiepflichtwidriges Unterlassen der Deliktshinderung*, in *ZStW*, 1982, p. 815 ss.

RANFT O., *Das garantiepflichtwidrige Unterlassen der Täterschwerung*, in *ZStW*, 1985, p. 268 ss.

RANFT O., *Bemerkungen zur Täterschaft und Teilnahme durch garantiepflichtwidriges Unterlassen*, in *FS für Otto*, Köln-Berlin-München, 2007, p. 403 ss.

RANSIEK A., *Unternehmensstrafrecht. Strafrecht, Verfassungsrecht, Regelungsalternativen*, Heidelberg, 1996.

RANSIEK A., *Strafrecht im Unternehmen und Konzern*, in *ZGR*, 1999, p. 613 ss.

RANSIEK A., *Risiko, Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil bei der Untreue*, in *ZStW*, 2004, p. 640 ss.

REGOLI D., *Gli amministratori indipendenti*, in ABBADESSA P., PORTALE G.B. (diretto da), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G.F. Campobasso*, vol. 2, Torino, 2007, p. 385 ss.

RENDE D., *Saggio di una teoria del "reato collegiale"*, in *Pens. giur. pen.*, n. 4, 1943, p. 429 ss.

RENZIKOWSY J., *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Tübingen, 1997.

RENZIKOWSKI J., *Die Unterscheidung von primären Verhaltens- und sekundären Sanktionsnormen in der analytischen Rechtslehre*, in *FS für Gössel*, Heidelberg, 2002, p. 3 ss.

RESCIGNO M., *Interessi, conflitto d'interessi e tutela del risparmio: una disciplina in evoluzione*, in *An. giur. ec.*, 2006, p. 99 ss.

RIGOTTI M., *Art. 2403, Doveri del collegio sindacale*, in GHEZZI F. (a cura di), *Collegio sindacale. Controllo contabile. Artt. 2397-2409 septies c.c.*, Milano, 2005, p. 159 ss.

RINALDI A.A., *I mutamenti nella normativa sulla revisione contabile nella riforma sul risparmio (II parte)*, in *Soc.*, 2006, p. 1469 ss.

RINALDI A.A., *Il decreto Mifid e i regolamenti attuativi: principali cambiamenti*, in *Soc.*, 2008, p. 12 ss.

RINCEANU J., *Enforcement Mechanisms in International Environmental Law: "Quo Vadunt?"*, in *Journ. of Environmental Law and Litigation*, vol. 15, 2000, p. 147 ss.

RIONDATO S., ZANCANI S., *Le autorità amministrative indipendenti nelle reti penali e punitivo amministrative*, in CAVALIERI P., DALLE VEDOVE G., DURET P. (a cura di), *Autorità indipendenti e Agenzie. Una ricerca giuridica interdisciplinare*, Padova, 2003, p. 129 ss.

RISICATO L., *La partecipazione mediante omissione a reato commissivo. Genesi e soluzione di un equivoco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 1267 ss.

RISICATO L., *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, Milano, 2001.

RISICATO L., *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, 2007.

ROCCO G.L., *Il delitto di c.d. di "insider trading" tra vecchia e nuova fattispecie normativa: successione di leggi penali nel tempo o abolitio criminis?*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1537 ss.

RODEWALD J., UNGER U., *Corporate Compliance - Organisatorische Vorkehrungen zur Vermeidung von Haftungsfällen der Geschäftsleitung*, in *BB*, 3/2006, p. 113 ss.

ROE M.J., *Managers forti, azionisti deboli. Economia, finanza e scelte politiche alle radici della "corporate governance"*, Milano, 1997.

ROIATI A., *Il medico in posizione apicale tra culpa in vigilando e responsabilità da posizione*, in *Ind. pen.*, 2007, 727 ss.

- ROMANO M., *Il diritto penale e la borsa*, in *Giur. comm.*, 1978, p. 693 ss.
- ROMANO M., *Problemi penali della certificazione del bilancio*, in *Giur. comm.*, 1996, I, p. 695 ss.
- ROMANO M., *Sulla recente normativa penale (e sviluppi nelle proposte dello "Schema Mirone") in tema di società di revisione contabile*, in *Giur. comm.*, 2000, I, p. 851 ss.
- ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, terza ed., Milano, 2004.
- ROMANO M., *Diritto delle società e sistema punitivo italiano nel contesto internazionale*, in *La società per azioni oggi*, Milano, 2007, p. 277 ss.
- ROMANO M., *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche in diritto penale*, in *Scritti per F. Stella*, vol. I, Napoli, 2007, p. 891 ss.
- ROMANO SANTI, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983.
- ROMOLOTTI T.E., *Prove d'ingegneria genetica sull'organismo di vigilanza: il nuovo ruolo previsto dalla normativa antiriciclaggio*, in *Resp. amm. soc. enti*, n. 1, 2008, p. 87 ss.
- RÖNNAU T., *Untreue als Wirtschaftsdelikt*, in *ZStW*, 2007, p. 887 ss.
- RORDORF R., *Importanza e limiti dell'informazione nei mercati finanziari*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 773 ss.
- RORDORF R., *Le società per azioni dopo la riforma: il sistema dei controlli*, in *Foro it*, 2003, V, c. 184 ss.
- RORDORF R., *I gruppi nella recente riforma societaria*, in *Soc.*, 2004, p. 538 ss.
- RORDORF R., *Scandali finanziari e regole di mercato (appunti a margine dei casi Cirio e Parmalat)*, in *Quest. giust.*, 2004, p. 567 ss.
- RORDORF R., *Ruolo della Consob nella nuova disciplina del "market abuse"*, in *Soc.*, 2005, p. 813 ss.
- RORDORF R., *La tutela del risparmiatore: norme nuove problemi vecchi*, in *Soc.*, 2008, p. 269 ss.
- ROSAPEPE R., *Corretta amministrazione, codici di comportamento ed informazione*, in *Riv. soc.*, 2008, p. 181 ss.
- ROSENBERG C.H., ROLFES J.A., MOSS J.A., *Recent Corporate Governance Reforms Enacted to Financial Fraud: The Sarbanes-Oxley Act of 2002 and Related Rules and Regulations*, in CENDROWSKI H., MARTIN J.P., PETRO L.W. (a cura di), *The Handbook of Fraud Deterrence*, New Jersey, 2007, p. 143 ss.
- ROSSI AL., *I criteri per l'individuazione dei soggetti responsabili nell'ambito delle società: l'estensione delle qualifiche soggettive*, in ROSSI AL. (a cura di), *Reati societari*, Torino, 2005, p. 82 ss.



ROSSI AL., *Responsabilità "penale-amministrativa" delle persone giuridiche (profili sostanziali)*, in ROSSI AL. (a cura di), *Reati societari*, Torino, 2005, p. 511 ss.

ROSSI AL., *La responsabilità del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili e il sistema sanzionatorio*, in *Resp. amm. soc. enti*, n. 4, 2006, p. 7 ss.,

ROSSI AL., *Le fattispecie penali di agiotaggio e manipolazione del mercato (artt. 2637 c.c. e 185 d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58): problemi e prospettive*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, tomo III, Milano, 2006, p. 2636 ss.

ROSSI AL., *La responsabilità penale dei componenti degli organi di amministrazione e di controllo*, in GROSSO C.F. (a cura di), ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, tredicesima ed., Milano, 2007, p. 98 ss.

ROSSI AN., *Art. 2392 (Responsabilità verso la società)*, in MAFFEI ALBERTI A. (a cura di), *Il nuovo diritto delle società. Commento sistematico al D. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 aggiornato al D. lgs. 28 dicembre 2004, n. 310*, vol. I, Padova, 2005, p. 790 ss.

ROSSI G., *Le c.d. regole di corporate governance sono in grado di incidere sul comportamento degli amministratori?*, in *Riv. soc.*, 2001, p. 6 ss.

ROSSI G., *Il conflitto epidemico*, Milano, 2003.

ROSSI G., *Il gioco delle regole*, Milano, 2006.

ROSSI G., *La legge sulla tutela del risparmio e il degrado della tecnica legislativa*, in *Riv. soc.*, 2006, p. 1 ss.

ROSSI G., *Dalla Compagnia delle Indie al Sarbanes-Oxley Act*, in *La società per azioni oggi*, Milano, 2007, p. 27 ss.

ROSSI G., *Il mercato d'azzardo*, Milano, 2008.

ROTSCH T., *Individuelle Haftung in Großunternehmen. Plädoyer für den Rückzug des Umweltstrafrechts*, Baden-Baden, 1998.

ROTSCH T., *Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft?*, in *ZStW*, 2000, p. 518 ss.

ROWLAND G.S., *Earnings Management, the SEC, and Corporate Governance: Director Liability Arising from the Audit Committee Report*, in *Columbia Law Rev.*, Vol. 102, No. 1, 2002, p. 168 ss.

ROXIN C., *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*, in *GA*, 1963, p. 193 ss.

ROXIN C., *Täterschaft und Tatherrschaft*, Hamburg, 1963.

ROXIN C., *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, seconda ed., Berlin, 1970.

- ROXIN C., *Politica criminale e sistema del diritto penale*, Napoli, 1986.
- ROXIN C., *Anmerkung* (BGH, 40, 218), in *JZ*, 1995, p. 49 ss.
- ROXIN C., *Was ist Beihilfe?*, in *FS für Miyazawa*, Baden-Baden, 1995, p. 501 ss.
- ROXIN C., *Normativismus, Kriminalpolitik und Empirie in der Strafrechtsdogmatik*, in *FS für Lampe*, Berlin, 2003, p. 423 ss.
- ROXIN C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Band II, München, 2003.
- ROXIN C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Band I, quarta ed., München, 2006.
- ROXIN C., *Täterschaft und Tatherrschaft*, ottava ed., Berlin, 2006.
- ROXIN C., *Buchbesprechungen*, in *JZ*, 2007, p. 835.
- ROXIN C., *Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft*, in *ZStrR*, 2007, p. 1 ss.
- RUDOLPH T., *Das Korrespondenzprinzip im Strafrecht: der Vorrang von ex-ante-Betrachtungen gegenüber ex-post-Betrachtungen bei der strafrechtlichen Zurechnung*, Berlin, 2006.
- RUDOLPHI H.-J., *Die Gleichstellungsproblematik der Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, Göttingen, 1966.
- RUDOLPHI H.-J., *Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Bediensteten von Betrieben für Gewässerverunreinigungen und ihre Begrenzung durch den Einleitungsbescheid*, in *FS für Lackner*, Berlin-New York, 1987, p. 863 ss.
- RUDOLPHI H.-J., § 13, in *SK-StGB*, settima ed., München, 2000.
- RUGGIERO C., *Responsabilità da direzione e coordinamento del “socio tiranno” per insolvenza della società del gruppo*, in *Soc.*, 2005, p. 565 ss.
- RUGGIERO G., *Profili penali dell’“outsourcing”*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 2003, p. 827 ss.
- RUGGIERO G., *Contributo allo studio della capacità penale. Lo “statuto” della persona fisica e degli enti*, Torino, 2007.
- SACCHI R., *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Scritti in onore di V. Buonocore*, vol. III, Milano, 2005, p. 3713 ss.
- SACCHI R., *Amministratori deleganti e dovere di agire in modo informato*, in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 377 ss.
- SACHER M., *Systemtheorie und Strafrecht. Kritik der rollenbezogenen Zurechnungslehre*, in *ZStW*, 2006, p. 574 ss.
- SALAFIA V., *Amministratori senza deleghe fra vecchio e nuovo diritto societario*, in *Soc.*, 2006, p. 290 ss.

SALAFIA V., *Il sistema monistico nell'amministrazione e controllo della s.p.a.*, in *Soc.*, 2006, p. 1463 ss.

SALAFIA V., *La legge sul risparmio*, in *Soc.*, 2006, p. 137 ss.

SALANITRO N., *Strumenti di investimento finanziario e sistemi di tutela dei risparmiatori*, in *Scritti in onore di V. Buonocore*, vol. II, Milano, 2005, p. 1623 ss.

SALENTO A., *Postfordismo e ideologie giuridiche. Nuove forme d'impresa e crisi del diritto del lavoro*, Milano, 2003.

SALINAS F., *Art. 2409-octiesdecies*, in COTTINO G. *et al.* (a cura di), *Comitato per il controllo sulla gestione*, in *Il nuovo diritto societario. Commentario*, Bologna, 2004, p. 1222 ss.

SAMSON E., GÜNTHER H.L., § 264a, in *SK-StGB*, quinta ed., 1996.

SÁNCHEZ-VERA J., *Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen* Berlin, 1999.

SANDULLI M., *I sindaci delle banche quali ausiliari di vigilanza*, in *Impresa e società. Studi dedicati a F. Martorano*, Napoli, 2006, p. 967 ss.

SANGENSTEDT C., *Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern. Zugleich eine Untersuchung zu den Grundlagen der strafrechtlichen Garantenhaftung*, Frankfurt am Main, 1989.

SANTI E., *Art. 2409-terdecies (competenza del consiglio di sorveglianza)*, in MAFFEI ALBERTI A. (a cura di), *Il nuovo diritto delle società. Commento sistematico al D. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 aggiornato al D. lgs. 28 dicembre 2004, n. 310*, vol. II, Padova, 2005, p. 1163 ss.

SANTI F., *La responsabilità delle "persone giuridiche" per illeciti penali e per illeciti amministrativi di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato*, in *Banca e borsa*, 2006, I, p. 81 ss.

SCAFIDI A., ANNOVAZZI S., *Il ruolo del collegio sindacale nell'ambito dei modelli ex d.lgs. 251/2001 ed i suoi rapporti con l'organismo di vigilanza e controllo (parte 1)*, in *Resp. amm. soc. enti* n. 2, 2007, p. 109 ss., e parte 2, *ibidem*, n. 3, 2007, p. 103 ss.

SCAROINA E., *Il problema del gruppo di imprese. "Societas delinquere potest"*, Milano-Roma, 2006.

SCHAFFSTEIN F., *Die unechten Unterlassungsdelikte im System des neuen Strafrechts*, in *FS für Gleispach*, Berlin-Leipzig, 1936, p. 70 ss.

SCHAFFSTEIN F., *Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe*, in *FS für Honig*, 1970, Göttingen, p. 169 ss.

SCHIAVANO G., *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari: profili penalistici*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 2008, p. 171 ss.

SCHILD W., *Täterschaft als Tatherrschaft*, Berlin-New York, 1994.

SCHIUMA L., *Il sistema dualistico. I poteri del consiglio di sorveglianza e del consiglio di gestione*, in ABBADESSA P., PORTALE G.B. (diretto da), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G.F. Campobasso*, vol. 2, Torino, 2007, p. 685 ss.

SCHLESINGER P., *Il "nuovo" diritto dell'economia*, in GITTI G. (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006, p. 51 ss.

SCHLÖSSER J., *Soziale Herrschaft. Ein Beitrag zur Frage der Täterschaft in organisatorischen Machtapparaten*, Berlin, 2004.

SCHLÖSSER J., *Organisationsherrschaft durch Tun und Unterlassen. Zugleich Besprechung von BGH, Beschluss vom 26.08.2003 und Urteil vom 13.05.2004*, in GA, 2007, p. 161 ss.

SCHMIDHÄUSER E., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, seconda edizione, Tübingen, 1975.

SCHMITZ R., *Der strafrechtliche Schutz des Kapitalmarkts in Europa*, in ZStW, 2003, p. 501 ss.

SCHNEIDER H., *Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten?, Eine Kritik des strafrechtlichen Funktionalismus*, Berlin, 2004.

SCHÖNE W., *Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz. Zur gesetzlichen Regelung „unechter“ Unterlassungsdelikte*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1974.

SCHRÖDER C., *Zur Europäisierung der Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikte*, in NStZ, 2006, p. 669 ss.

SCHRÖDER C., *Handbuch Kapitalmarktstrafrecht*, Köln-Berlin-München, 2007.

SCHUMANN H., *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen, 1986.

SCHÜNEMANN B., *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1971.

SCHÜNEMANN B., *Zur Kritik der Ingerenz-Garantenstellung*, in GA, 1974, p. 231 ss.

SCHÜNEMANN B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1979.

SCHÜNEMANN B., *Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität*, in wistra, 1982, p. 41 ss.

SCHÜNEMANN B., *Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen*, in ZStW, 1984, p. 287 ss.

SCHÜNEMANN B., *Alternative Kontrolle der Wirtschaftskriminalität*, in GS für Armin Kaufmann, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, p. 629 ss.

SCHÜNEMANN B., *Die Strafbarkeit der juristischen Personen aus deutscher und europäischer Sicht*, in *Madrid Symposium für Klaus Tiedemann*, Köln, 1994, p. 265 ss.

SCHÜNEMANN B., *Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, in *GA*, 1995, p. 201 ss.

SCHÜNEMANN B., *Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte in Deutschland*, in GIMBERNAT E., SCHÜNEMANN B., WOLTER T., *Internationale Dogmatik der Objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, Heidelberg, 1995, p. 49 ss.

SCHÜNEMANN B., *Criticising the Notion of a Genuine Criminal Law against Legal Entities*, in ESER A., HEINE G., HUBER B. (a cura di), *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities*, Freiburg im Br., 1999, p. 225 ss.

SCHÜNEMANN B., *Unternehmenskriminalität*, in *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, Band IV, München, 2000, p. 621 ss.

SCHÜNEMANN B., *Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft*, in *FS für Roxin*, Berlin-New York, 2001, p. 1 ss.

SCHÜNEMANN B., *Zur Regelung der unechten Unterlassung in den Europa-Delikten*, in *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union, Freiburg-Symposium*, Köln-Berlin-Bonn-München, 2002, p. 103 ss.

SCHÜNEMANN B., § 266, in *LK-StGB*, Band 7, undicesima ed., Berlin, 2003 (Stand 1.5.1998).

SCHÜNEMANN B., *Die kriminalpolitischen und dogmatischen Grundfragen der Unternehmenskriminalität*, in *FS für Rudolphi*, Neuwied, 2004, p. 297 ss.

SCHÜNEMANN B., *Organuntreue: Das Mannesmann-Verfahren als Exempel?*, Berlin, 2004.

SCHÜNEMANN B., *The Sarbanes-Oxley Act of 2002: A German Perspective*, in *Buffalo Criminal Law Rev.*, No. 8, 2004/2005, p. 35 ss.

SCHÜNEMANN B., *Brennpunkte des Strafrechts in der entwickelten Industriegesellschaft*, in HEFENDEHL R. (a cura di), *Empirische und dogmatische Fundamente kriminalpolitischer Impetus*, Köln-Berlin-München, 2005, p. 349 ss.

SCHÜNEMANN B., *Die „gravierende Pflichtverletzung“ bei der Untreue: dogmatischer Zauberhut oder taube Nuss?*, in *NStZ*, 2005, p. 473 ss.

SCHÜNEMANN B., § 14, in *LK-StGB*, Band 1, dodicesima ed., Berlin, 2007.

SCHÜNEMANN B., § 25, in *LK-StGB*, Band 1, dodicesima ed., Berlin, 2007.

SCHÜNEMANN B., *Strafrechtliche Sanktionen gegen Wirtschaftsunternehmen?*, in *FS für Tiedemann*, Köln-München, 2008, p. 429 ss.

SCHÜRMAN H., *Unterlassungsstrafbarkeit und Gesetzlichkeitsgrundsatz*, Berlin, 1986.

SCHÜRMAN R., *Aufsichtspflichtverletzungen im Spannungsfeld zwischen dem Strafrecht und dem Zivilrecht*, Baden-Baden, 2005.

SCOGNAMIGLIO G., *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, in SCOGNAMIGLIO G. (a cura di), *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Milano, 2003, p. 189 ss.

SCOGNAMIGLIO G., *La responsabilità civile della Consob*, in GALGANO F., VISINTINI G. (a cura di), *Mercato finanziario e tutela del risparmio*, Padova, 2006, p. 281 ss.

SCOGNAMIGLIO V., *Regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria: l'intervento delle S.U.*, in *Soc.*, 2008, p. 455 ss.

SCOZZAFAVA O.T., voce *Onere (nozione)*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, p. 99 ss.

SEEBODE M., *Zur gesetzlichen Bestimmtheit des unechten Unterlassungsdelikts*, in *FS für Spandel*, Berlin, 1992, p. 317 ss.

SEEBODE M., *Anmerkung* (BVerfG, Kammer Beschluss v. 21.11.2002), in *JZ*, 2004, p. 305 ss.

SEELMANN K., *Opferinteressen und Handlungsverantwortung in der Garantienpflichtdogmatik*, in *GA*, 1989, p. 241 ss.

SEELMANN K., § 13, in *AK-StGB*, Band 1, Neuwied, 1990.

SEELMANN K., *Unternehmensstrafbarkeit: Ursachen, Paradoxien und Folgen*, in *Wirtschaft und Strafrecht, FS für N. Schmid*, Zürich, 2001, p. 169 ss.

SEELMANN K., *Kollektive Verantwortung im Strafrecht*, Berlin-New York, 2002.

SEELMANN K., *Nichtstun als Straftat – Bedeutungszuwachs und Problempotenzial der unechten Unterlassungsdelikte*, in *ZStrR*, 2007, p. 262 ss.

SEMERARO P., *La partecipazione mediante omissione al reato*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 583 ss.

SEMINARA S., *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987.

SEMINARA S., *Insider trading e diritto penale*, Milano, 1989.

SEMINARA S., *Il reato di insider trading tra obbligo di astensione e divieto di utilizzazione in borsa di informazioni riservate. Considerazioni su riforme ordite, abortite e partorite*, in *Banca e borsa*, 1998, II, p. 319 ss.

SEMINARA S., *La tutela penale del mercato finanziario*, in PEDRAZZI C., ALESSANDRI A., FOFFANI L., SEMINARA S., SPAGNOLO G., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, seconda ed., Bologna, 2000, p. 518 ss.

SEMINARA S., *False comunicazioni sociali, falso in prospetto e nella revisione contabile e ostacolo alle funzioni di vigilanza*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 676 ss.

SEMINARA S., *L'agiotaggio*, in GIARDA A., SEMINARA S. (a cura di), *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Padova, 2002, p. 543 ss.

SEMINARA S., *Considerazioni penalistiche sul disegno di legge in tema di tutela del risparmio*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 503 ss.

SEMINARA S., *L'evoluzione europea del diritto penale del mercato finanziario nella prospettiva italiana*, in CANESTRARI S., FOFFANI L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea*, Milano, 2005, p. 236 ss.

SEMINARA S., *Note sul reato di illeciti rapporti patrimoniali tra dirigenza e banca (art. 136 t.u.b.)*, in *Banca e borsa*, 2005, II, p. 238 ss.

SEMINARA S., *Disposizioni comuni agli illeciti di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 9 ss.

SEMINARA S., *Falso in bilancio: la disciplina italiana nel quadro europeo ed internazionale*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2006, p. 431 ss.

SEMINARA S., *Nuovi illeciti penali e amministrativi nella legge sulla tutela del risparmio*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 549 ss.

SEMINARA S., *"Disclose or Abstain?" La nozione di informazione privilegiata tra obblighi di comunicazione al pubblico e divieti di "insider trading": riflessioni sulla determinatezza delle fattispecie sanzionatorie*, in *Banca e borsa*, 2008, I, p. 331 ss.

SEN A., *Etica ed economia*, Roma-Bari, 2006.

SERALE M., *Dal gruppo all'impresa a rete: i processi di "outsourcing"*, in *Scritti in onore di V. Buonocore*, vol. II, Milano, 2005, p. 1665 ss.

SERENI A., *Istigazione al reato e autoresponsabilità*, Padova, 2000.

SERENI A., *Verso una nuova disciplina del concorso di persone nel reato*, in *La riforma della Parte generale del codice penale*, Napoli, 2003, p. 354 ss.

SERING C., *Beihilfe durch Unterlassen*, Münster-Hamburg-London, 2000.

SFAMENI P., *La responsabilità delle persone giuridiche: fattispecie e disciplina dei modelli di organizzazione, gestione e controllo*, in ALESSANDRI A. (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, p. 65 ss.

SFAMENI P., *Responsabilità da reato degli enti e nuovo diritto azionario: appunti in tema di doveri degli amministratori ed organismo di vigilanza*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 154 ss.

SGUBBI F., *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975.

SGUBBI F., *Tutela penale di "interessi diffusi"*, in *Quest. crim.*, 1975, p. 439 ss.

SGUBBI F., *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, 1990.

SGUBBI F., *Le sanzioni*, in BONELLI F. (a cura di), *La riforma delle società quotate*, Milano, 1998, p. 293 ss.

SGUBBI F., *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 1193 ss.

SGUBBI F., *Il risparmio come oggetto di tutela penale*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 340 ss.

SGUBBI F., *Gruppo societario e responsabilità delle persone giuridiche ai sensi del D.lgs. 251/2001*, in *Resp. amm. soc. enti*, n. 1, 2006, p. 7 ss.

SGUBBI F., *Presentazione*, in INSOLERA G. (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, p. XI ss.

SGUBBI F., *La responsabilità amministrativa degli enti ai sensi del d.lgs. 251/2001: profili penali, civili e amministrativi*, in *Sanità Pubblica e Privata. Rivista di diritto, economia e management*, n. 2, 2008, p. 10 ss.

SGUBBI F., *Le disposizioni generali*; ID. *L'abuso di informazioni privilegiate*; ID., *La manipolazione del mercato*, in SGUBBI F., FONDAROLI D., TRIPODI A.F., *Diritto penale del mercato finanziario*, Padova, 2008, p. 5 ss.

SGUBBI F., *Il falso in prospetto*, in SGUBBI F., FONDAROLI D., TRIPODI A.F., *Diritto penale del mercato finanziario*, Padova, 2008, p. 219 ss.

SHOVER N., HOCHSTETLER A., *Choosing White-Collar Crime*, Cambridge-New York, 2006.

SIEBER U., *Compliance-Programme im Unternehmensstrafrecht. Ein neues Konzept zur Kontrolle von Wirtschaftskriminalität*, in *FS für Tiedemann*, Köln-München, 2008, p. 449 ss.

SILVA SÁNCHEZ J.-M., *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, 1986.

SILVA SÁNCHEZ J.-M., *Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en derecho español*, in SILVA SÁNCHEZ J.M., SCHÜNEMANN B., FIGUEROA DIAS J. (a cura di), *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal, Libro-Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1995, p. 357 ss.

SILVA SÁNCHEZ J.-M., *Zur Dreiteilung der Unterlassungsdelikte*, in *Festschrift für Roxin*, Berlin-New York, 2001, p. 641 ss.



SIMON H.A., *Administrative Behavior. A Study of Decision-Making Processes in Administrative Organisations*, terza ed., New York-London, 1976.

SIMPSON S.S., *Corporate Crime, Law, and Social Control*, Cambridge, 2002.

SINN A., *Straffreistellung aufgrund von Drittverhalten. Zurechnung und Freistellung durch Macht*, Tübingen, 2007.

SOEFFNER H.-G., *Individuelle Macht und Ohnmacht in formalen Organisationen*, in AMELUNG K. (a cura di), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, Sinzheim, 2000, p. 13 ss.

SOFOS T.Y., *Mehrfachkausalität beim Tun und Unterlassen*, Berlin, 1999.

SOFSKY W., *Das Prinzip Sicherheit*, Frankfurt am Main, 2005.

SOFSKY W., PARIS R., *Figurationen sozialer Macht. Autorität, Stellvertretung, Koalition*, Opladen, 1991.

SOPRANI P., *TU sicurezza: statuto dell'impresa e del lavoro autonomo*, in *ISL*, n. 7, 2008, p. 391 ss.

SORENSEN J.E., GROVE H.D., SORENSEN T.L., *Detecting Management Fraud: The Role of The Independent Auditor*, in GEIS G., STOTLAND E. (a cura di), *White-Collar Crime: Theory and Research*, Beverly Hills-London, 1980, p. 221 ss.

SORGENFREI U., *Börsendelikte*, in PARK T. (a cura di), *Kapitalmarktstrafrecht, Handkommentar*, seconda ed., Baden-Baden, 2008, p. 257 ss.

SOTTORIVA C., *La nuova informativa regolamentata "continua" per le società quotate*, in *Soc.*, 2008, p. 533 ss.

SPASARI M., *L'omissione nella teoria della fattispecie penale*, Milano, 1957.

SPINDLER G., *Unternehmensorganisationspflichten. Zivilrechtliche und öffentlich-rechtliche Regelungskonzepte*, Köln-Berlin-Bonn-München, 2001.

SPORTA CAPUTI F., *La manipolazione del mercato nella forma del comunicato stampa decettivo su iniziative societarie*, in *Soc.*, 2008, p. 1111 ss.

STEIN U., *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, Berlin, 1988.

STELLA F., *Leggi scientifiche e spiegazione casuale nel diritto penale. Il nesso di condizionamento fra azione ed evento*, Milano, 1975.

STELLA F., *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 1217 ss.

STELLA F., *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 1998, p. 459 ss.

- STELLA F., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2001.
- STELLA F., *Il mercato senza etica*, in DE MAGLIE C., *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, p. VII ss.
- STELLA F., PULITANÒ D., *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 1990, p. 552 ss.
- STELLA P., *L'enforcement nei mercati finanziari*, Milano, 2008.
- STELLA RICHTER JR. M., *I comitati interni all'organo amministrativo*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 260 ss.
- STELLA RICHTER JR. M., *Il nuovo codice di autodisciplina delle società quotate e le novità legislative in materia di autoregolamentazione*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, p. 149 ss.
- STORTONI L., *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, Padova, 1981.
- STORTONI L., *La tutela penale diretta e indiretta della minoranza societaria*, in *Dir. prat. soc.*, supplemento n. 2, giugno 2003, p. 55 ss.
- STORTONI L., *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 71 ss.
- STORTONI L., *Il dirigente preposto ai documenti contabili societari: utile garante o capro espiatorio?*, in *D&G online*, 29.06.2006.
- STRATENWERTH G., *Zum Straftatbestand des Missbrauchs von Insiderinformationen*, in *FS für Vischer*, Zürich, 1983, p. 667 ss.
- STREE W., § 13, in SCHÖNKE A., SCHRÖDER H., *Strafgesetzbuch. Kommentar*, ventisettesima ed., München, 2006, p. 221 ss.
- SULLIVAN D.P., CONLON D.E., *Crisis and Transition in Corporate Governance Paradigms: The Role of the Chancery Court of Delaware*, in *Law & Society Review*, Vol. 31, No. 4, 1997, p. 713 ss.
- SUPIOT A., *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, in *Dir. relaz. ind.*, n. 2, 2000, p. 217 ss.
- SUPIOT A., *"Homo juridicus". Saggio sulla funzione antropologica del Diritto*, Milano, 2006.
- SWEDBERG R., *Teoria dell'agenzia e sociologia economica: un'applicazione al caso Arthur Andersen (2001-2002)*, in *Rassegna it. di sociologia*, n. 2, 2004, p. 157 ss.
- SZESNY A.M., *Finanzmarktaufsicht und Strafprozess. Die Ermittlungskompetenzen der BaFin und der Börsenaufsichtsbehörden nach Kreditwesengesetz, Wertpapierhandelsgesetz und Börsengesetz und ihr Bezug zum Strafprozessrecht*, Hamburg, 2008.

TARANTOLA A.M., *La funzione di “compliance” nei sistemi di governo e controllo delle imprese bancarie e finanziarie*, 2007, su [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it).

TARANTOLA A.M., *Il sistema dei controlli interni nella “governance” bancaria*, 2008, su [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it).

TEDESCHI U., *Il controllo sindacale: limiti dell’influenza sull’amministrazione*, in *Le società*, 1993, p. 598 ss.

TERSSAC G. DE, *Come cambia il lavoro. Efficacia, autonomia, valorizzazione delle competenze*, Milano, 1993.

TEUBNER G., *The Many-Headed Hydra: Networks as Higher-Order Collective Actors*, in McCahery J., Picciotto S., Scott C. (a cura di), *Corporate Control and Accountability. Changing Structures and the Dynamics of Regulation*, Oxford, 1993, p. 41 ss.

TEUBNER G., *Il diritto come sistema autopoietico*, Milano, 1996.

THOMPSON J.D., *L’azione organizzativa*, Torino, 1994.

TIEDEMANN K., *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht: Untersuchungen zu einem rechtsstaatlichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsrechts*, Tübingen, 1969.

TIEDEMANN K., *Die “Bebußung” von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, in *NJW*, 1988, p. 1169 ss.

TIEDEMANN K., *Untreue bei Interessenkonflikten. Am Beispiel der Tätigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern*, in *FS für Tröndle*, Berlin, 1989, p. 319 ss.

TIEDEMANN K., *Wirtschaftsstrafrecht – Einführung und Übersicht*, in *JuS*, 1989, p. 689 ss.

TIEDEMANN K., *Lecciones de derecho penal económico*, Barcelona, 1993.

TIEDEMANN K., *Wirtschaftsbetrug*, Berlin-New York, 1999.

TIEDEMANN K., *Der Untreuetatbestand – ein Mittel zur Begrenzung von Managerbezügen? – Bemerkungen zum „Fall Mannesmann“* – in *FS für Weber*, Bielefeld, 2004, p. 319 ss.

TIEDEMANN K., *Anmerkung* (BGH, 49, 147), in *JZ*, 2005, p. 45 ss.

TIEDEMANN K., *Tecnica legislativa nel diritto penale economico*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 2006, p. 1 ss.

TIEDEMANN K., *Wirtschaftsstrafrecht. Allgemeiner Teil*, seconda ed., Köln-München, 2007.

TIEDEMANN K., *Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil*, seconda ed., Köln-München, 2008.

TITOMANLIO R., *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria*, Milano, 2007.

TOFFOLETTO A., *Amministrazione e controlli*, in ABRIANI N. et al., *Diritto delle società (manuale breve)*, Milano, 2006.

TOMBARI U., *Il controllo sindacale sugli amministratori in una società per azioni dominante e dipendente*, in *Riv. soc.*, 1997, p. 938 ss.

TOMBARI U., *La nuova struttura finanziaria delle società per azioni (Corporate Governance e categorie rappresentative del fenomeno societario)*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 1095 ss.

TOMBARI U., *Riforma del diritto societario e gruppi di imprese*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 61 ss.

TONELLO M., *“Corporate Governance” e tutela del risparmio. Convergenza internazionale e competizione tra modelli regolamentati*, Padova, 2006.

TORRE V., *Posizione di garanzia e obblighi di vigilanza nell’attività del collegio sindacale*, in *Ind. pen.*, 2000, p. 269 ss.

TREVES R., voce *Potere. Sociologia politica*, in *Nov. dig. it.*, vol. XIII, Torino, 1966, p. 436 ss.

TRIPODI A.F., *“Situazione organizzativa” e “colpa in organizzazione”*: alcune riflessioni sulle nuove specificità del diritto penale dell’economia, in *Riv. trim. pen. ec.*, 2004, p. 483 ss.

TRIPODI A.F., *L’ostacolo alle funzioni di vigilanza della Consob*, in SGUBBI F., FONDAROLI D., TRIPODI A.F., *Diritto penale del mercato finanziario*, Padova, 2008, p. 197 ss.

TROYER L., *Il concorso dei sindaci nel reato di bancarotta impropria*, in *Riv. dott. comm.*, 2005, p. 524 ss.

TURSI A., *La responsabilità sociale delle imprese tra etica, economia e diritto*, in MONTUSCHI L., TULLINI P. (a cura di), *Lavoro e responsabilità sociale dell’impresa*, Bologna, 2006, p. 77 ss.

URBAN C., *Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft: eine Studie zu Konzeption und Anwendbarkeit, insbesondere im Hinblick auf Wirtschaftsunternehmen*, Göttingen, 2004.

VALENTINI V., *Brevi osservazioni in tema di abusivismo del promotore finanziario*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1960 ss.

VALENTINI V., *Il giudice civile e l’illecito amministrativo. Qualche osservazione sul criterio d’imputazione soggettiva*, in *Giur. comm.*, 2006, II, p. 877 ss.

VALZER A., *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in ABBADESSA P., PORTALE G.B. (a cura di), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G.F. Campobasso*, vol. 3, Torino, 2007, p. 833 ss.

VANNINI O., *Raccolta di alcuni scritti minori*, Milano, 1952.

VASSALLI F., *L'art. 2392 novellato e la valutazione della diligenza degli amministratori*, in SCOGNAMIGLIO G. (a cura di), *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Milano, 2003, p. 24 ss.

VASSALLI F., *Art. 2392*, in NICCOLINI G., STAGNO D'ALCONTRES A. (a cura di), *Società di capitali*, Napoli, 2004, vol. II, p. 685 ss.

VASSALLI G., *La punizione dell'“insider trading”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 3 ss.

VASSALLI G., voce, *Tipicità*, in *Enc. dir.*, vol. XLIV, Milano, 1992, p. 535 ss.

VATTERMOLI D., *Art. 3 d.lgs. n. 303 del 2006*, in NIGRO A., SANTORO V. (a cura di), *La tutela del risparmio. Commentario della Legge 28 dicembre 2005, n. 262 e del d.lgs. 29 dicembre 2006, n. 303*, Torino, 2007, p. 37 ss.

VELLA F., *La responsabilità civile delle autorità di vigilanza sui mercati finanziari: alla ricerca di un equilibrio tra “immunità” e tutela degli investitori*, in *An. giur. ec.*, 2002, p. 295 ss.

VELLA F., *La riforma della vigilanza: tanto rumore per nulla*, in *An. giur. ec.*, 2006, p. 117 ss.

VELLA F., *Le autorità di vigilanza: non è solo questione di architetture*, in *Dir. banca merc. finanz.*, 2007, p. 195 ss.

VENTORUZZO M., *Natura giuridica e disciplina del rapporto tra società di gestione di mercati regolamentati e intermediari ammessi all'attività di negoziazione: considerazioni a margine di un caso di “cancellazione” di contratti conclusi tra operatori*, in *Banca e borsa*, II, p. 710 ss.

VILLANI E., *Le funzioni organizzative e di vigilanza nell'impresa scolastica privata*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 2005, p. 1085 ss.

VINCIGUERRA S., *Sulla partecipazione atipica mediante omissione a reato proprio (in tema di concorso del custode alla sottrazione di cose pignorate commessa dal proprietario)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 307 ss.

VISENTINI G., *I principi della società per azioni come istituto giuridico delle economie di mercato: confronti con la recente riforma*, in *Dir. fall. soc. comm.*, 2004, p. 925 ss.

VISENTINI G., *Lo Stato nell'economia liberale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, p. 1109 ss.

VISENTINI G., *La competitività del mercato finanziario italiano: gli obiettivi e le riforme*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 695 ss.

VITARELLI T., *Delega di funzioni e responsabilità penale*, Milano, 2006.

VITARELLI T., *Profili penali della delega di funzioni. L'organizzazione aziendale nei settori della sicurezza del lavoro, dell'ambiente e degli obblighi tributari*, Milano, 2008.

VIZZARDI M., *Manipolazione del mercato: un “doppio binario” da ripensare?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 704 ss.

VOGEL J., *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin, 1993.

VOGEL J., *Überwachung des Verbots der Kurs- und Marktpreismanipulation*, in ASSMANN H.-D., SCHNEIDER U.H. (a cura di), *Wertpapierhandelsgesetz. Kommentar*, quarta ed., Köln, 2006, p. 727 ss.

VOGEL J., *Wertpapierhandelsstrafrecht – Vorschein eines neuen Strafrechtsmodells?*, in *FS für Jakobs*, Köln-Berlin-München, 2007, p. 731 ss.

VOGLIOTTI M., *Le metamorfosi dell’incriminazione. Verso un nuovo paradigma per il campo penale?*, in *Pol. dir.*, 2001, p. 633 ss.

VOGT A., *Das Pflichtproblem der kommissiven Unterlassung*, in *ZStW*, 1951, p. 381 ss.

VOLK K., *Strafrecht und Wirtschaftskriminalität*, in *JZ*, 1982, p. 85 ss.

VOLK K., *Sistema penale e criminalità economica*, Napoli, 1998.

VOLK K., *Tendenzen zur Einheitstäterschaft – Die verborgene Macht des Einheitstäterbegriffs*, in *FS für Roxin*, Berlin-New York, 2001, p. 563 ss.

VOLK K., *La responsabilità penale degli enti collettivi nell’ordinamento tedesco*, in PALAZZO F. (a cura di), *“Societas puniri potest”. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003, p. 189 ss.

WEBER M., *Wirtschaft und Gesellschaft*, Köln-Berlin, 1964.

WEIGEND E., NAMILOWSKA GABRYSIAK B., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen im polnischen Recht*, in *ZStW*, 2004, p. 541 ss.

WEIGEND T., § 13, in *LK-StGB*, Band I, dodicesima ed., Berlin, 2007.

WELP J., *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, Berlin, 1968.

WELZEL H., *Das deutsche Strafrecht*, undicesima ed., Berlin, 1969.

WILLIAMSON O.E., *L’organizzazione economica. Imprese, mercati e controllo politico*, Bologna, 1991.

WINDOLF P., *Finanzmärkte und Produktionsregime*, in *Finanzmarkt Kapitalismus. Analysen zum Wandel von Produktionsregimen*, in WINDOLF P. (a cura di), *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, Sonderheft 45/2005, p. 25 ss.

WIPRÄCHTIGER H., *Strafbarkeit des Unternehmers. Die Entwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung*, in *AJP/PJA*, 2002, p. 754 ss.

WOLFF E.A., *Kausalität von Tun und Unterlassen. Eine strafrechtliche Untersuchung*, Heidelberg, 1965.

WORMS A., § 264a StGB – ein wirksames Remedium gegen den Anlagenschwindel? (1. Teil), in *wistra*, 1987, p. 242 ss.; (2. Teil), *ibidem*, 1987, p. 272 ss.

YOUNG P.C., *Ethics and Risk Management: Building a Framework*, in *Risk Management*, Vol. 6. No. 6, 2004, p. 23 ss.

ZAFFARONI E.R., *Entorno de la cuestión penal*, Montevideo-Buenos Aires, 2005.

ZAMPERETTI G.M., *Il dovere di informazione degli amministratori nella Governance della società per azioni*, Milano, 2005.

ZANNOTTI R., *La tutela penale del mercato finanziario*, Torino, 1997.

ZANNOTTI R., *Il nuovo diritto penale dell'economia*, seconda ed., Milano, 2008.

ZECH S., *Untreue durch Aufsichtsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft*, Frankfurt am Main, 2007.

ZIEGLER H., *Strukturen und Prozesse der Autorität in der Unternehmung. Ein organisationssoziologischer Beitrag zur Theorie der betrieblichen Organisation*, Stuttgart, 1970.

ZIOUVAS D., *Das neue Kapitalmarktstrafrecht. Europäisierung und Legitimation*, Köln-Berlin-Bonn-München, 2005.

ZITO A., *Contraddizioni concettuali ed anomalie sistemiche del mercato finanziario: considerazioni minime sulla centralità della tutela del risparmiatore*, in *Dir. ec.*, 2008, p. 77 ss.

ZOPPINI A., *La nuova disciplina del "dirigente preposto" introdotta dalla legge sulla tutela del risparmio: ambito di applicazione, procedure di nomina e relative modifiche statutarie*, in *TOMBARI U.* (a cura di), *La società quotata dalla riforma del diritto societario alla legge sul risparmio*, Torino, 2008, p. 53 ss.

ZWIEHOFF G., *Untreue durch den Aufsichtsrat bei nichtorganschaftlichem Handeln?*, in *FS für Eisenhardt*, München, 2007, p. 573 ss.





## SOMMARIO

Introduzione: oggetto e lineamenti dell'indagine	13
--	----

### CAPITOLO I

#### FENOMENOLOGIA DEI CONTROLLI SUL MERCATO FINANZIARIO

##### SEZIONE PRIMA

##### LA FUNZIONE DI CONTROLLO SUL MERCATO FINANZIARIO

1. Il rinnovato interesse per i controlli ed il quadro legislativo attuale	19
2. Il mercato, i principi della sua regolazione e le recenti evoluzioni: uno sguardo d'insieme . . . . .	23
3. La nozione di "controllo" . . . . .	28
3.1. Il controllo pubblico del mercato . . . . .	28
3.2. Il controllo societario: nozione e finalità; complementarietà rispetto alla tutela di interessi pubblici . . . . .	30
3.3. Ancora sulla funzione di controllo interno: tendenze evolutive sul piano morfologico e prossimità alla gestione . . . . .	34
4. Due elementi di complicazione del sistema: l'"irrazionalità" del mercato e l'"imperfezione" del diritto societario . . . . .	37
5. La funzione di controllo nella società del rischio . . . . .	43

##### SEZIONE SECONDA

##### LA FUNZIONE DI CONTROLLO CARATTERISTICA DEL DIRITTO PENALE DEL MERCATO FINANZIARIO

1. Linee sistematiche e risvolti problematici dell'intervento penale sul mercato finanziario . . . . .	47
---	----

1.2. Europeizzazione . . . . .	48
1.3. L'equivoco dell'accessorietà . . . . .	51
1.4. Promiscuità delle fonti e ambiguità delle situazioni giuridiche . . . . .	55
2. Il controllo come strumento di prevenzione della criminalità economica . . . . .	60
2.1. Concetto e fondamenti . . . . .	60
2.2. Tipologia . . . . .	63
2.3. Efficacia ed effettività; l'ipotesi della creazione di posizioni di garanzia . . . . .	69

CAPITOLO II  
BENE GIURIDICO E STRUTTURA  
DELLA FATTISPECIE NEL DIRITTO PENALE  
DEL MERCATO FINANZIARIO

SEZIONE PRIMA  
IL RISPARMIO COME BENE GIURIDICO

1. La questione del bene giuridico nel diritto penale del mercato finanziario . . . . .	73
2. La tutela penale della "organizzazione" del mercato . . . . .	76
3. Le fattispecie incentrate sulla distorsione delle asimmetrie informative e la tutela penale della "identità" del mercato . . . . .	79
4. Rilievi comparatistici: cenni sulla figura della "truffa negli investimenti di capitale" nel diritto penale tedesco . . . . .	88
5. Conclusioni: il risparmio come bene giuridico collettivo finalizzato alla tutela di interessi patrimoniali . . . . .	91

SEZIONE SECONDA  
LA STRUTTURA DELLA FATTISPECIE E L'INDIVIDUAZIONE  
DI "GARANTI"

1. Premessa: struttura della fattispecie e forme di coinvolgimento delle istanze di controllo . . . . .	97
2. Le false attestazioni e la nuova tendenza del <i>white collar crime</i> inaugurata dal <i>Sarbanes-Oxley Act</i> . . . . .	98
3. Fattispecie incentrate sull'infedeltà: la centralità dell' <i>Untreue</i> nel diritto penale tedesco e i profili di responsabilità dell'" <i>Aufsichtsrat</i> " . . . . .	101
3.1. Modelli di infedeltà e corruzione nel diritto penale dell'economia italiano . . . . .	105
4. Gli abusi di mercato e le difficoltà insite nella prognosi di pericolo relativa alla distorsione dei prezzi . . . . .	109
4.1. Il ruolo della regolamentazione secondaria nell'accertamento degli abusi di mercato . . . . .	115
4.2. La disciplina preventiva dell' <i>insider trading</i> . . . . .	118
4.3. Una chiave di lettura: l'influenza delle regole organizzative sul precetto come delimitazione di un'area di rischio consentito . . . . .	124

5.	Conclusioni: struttura del tipo ed individuazione dei garanti nella tutela penale del mercato finanziario . . . . .	132
----	---	-----

CAPITOLO III

LA POSIZIONE DI GARANZIA NELLA FATTISPECIE DI  
OMESSO IMPEDIMENTO DELL'EVENTO:  
FUNZIONE E COLLOCAZIONE SISTEMATICA ALLA LUCE  
DELLE ATTUALI IMPOSTAZIONI TEORICHE

1.	Premessa . . . . .	137
2.	All'origine della <i>Garantenstellung</i> : un elemento tendenzialmente onnicomprensivo . . . . .	139
3.	La teoria della "signoria" sull'accaduto . . . . .	143
	3.1. Esposizione: "autore", "garante" e "signoria" sull'accaduto . . . . .	143
	3.2. Critica. . . . .	146
	3.3. Evoluzione del concetto penalistico di " <i>Herrschaft</i> " . . . . .	149
4.	Teorie sociologiche della posizione di garanzia: "ruolo" e "aspettative" a fondamento della responsabilità omissiva. Critica . . . . .	151
5.	L'approccio "normativista" . . . . .	155
	5.1. La concezione negativa dell'azione . . . . .	156
	5.2. La competenza organizzativa e la competenza istituzionale . . . . .	158
	5.3. Superamento del rischio disapprovato e conformità al tipo come parametro sostitutivo della posizione di garanzia . . . . .	165
	5.4. Un giudizio di sintesi: esigenze "politiche" sottese al normativismo e complessiva inaccettabilità di tale impostazione . . . . .	169
6.	" <i>Verantwortungsbereich</i> " nelle organizzazioni: la linea "eclettica" del discorso dogmatico nel diritto penale dell'impresa . . . . .	171
	6.1. " <i>Herrschaftsbereich</i> " come concetto potenziale . . . . .	173
	6.2. " <i>Herrschaft</i> " come potere di configurazione (" <i>Gestaltungsherrschaft</i> ") e sua separazione concettuale dal fondamento del dovere di garanzia . . . . .	174
	6.3. La responsabilità per la "competenza" (o "signoria") giuridica sull'organizzazione . . . . .	176
	6.4. Valutazione complessiva e rinvio. La necessità di rivedere i termini "competenza" e "organizzazione" . . . . .	177
7.	Un primo chiarimento sulla funzione della posizione di garanzia nell'illecito di omesso impedimento dell'evento. La necessità di approfondire il concetto di "potere" . . . . .	178

8.	Sulle fonti della posizione di garanzia: distinzione tra “obbligo giuridico” e “posizione di garanzia” nell’ottica del principio di legalità; rifiuto condiviso della c.d. “ingerenza” . . . . .	184
..		

CAPITOLO IV  
IL CONCORSO OMISSIVO TRA DOGMATICA  
DEL REATO OMISSIVO IMPROPRIO  
E CONCORSO DI PERSONE

1.	Posizione di garanzia e concorso di persone: le questioni problematiche . . . . .	189
2.	La tesi negativa del concorso mediante omissione e la sua insostenibilità . . . . .	190
3.	La distinzione tra obblighi di garanzia e obblighi di sorveglianza . . . . .	192
	3.1. Poteri impeditivi e “potestà” . . . . .	194
	3.2. Rilievi critici . . . . .	196
4.	Un tentativo di conciliare principi costituzionali e normativismo da parte della nostra dottrina. La ricostruzione della fattispecie di concorso tramite la teorica della norma costitutiva di status . . . . .	202
5.	Cenni sul concorso omissivo nel diritto penale tedesco: ulteriori spunti sulla funzione sistematica della <i>Garantenstellung</i> e la classificazione del contributo concorsuale negativo alla luce di gradazioni di potere . . . . .	207
6.	Il nesso tra condotta omissiva e “evento reato”: l’irrinunciabilità del paradigma eziologico . . . . .	216

CAPITOLO V  
OBBLIGHI DI ORGANIZZAZIONE E POTERI  
IMPEDITIVI: PROFILI DI UNA RICOSTRUZIONE  
GENERALE DELLA FATTISPECIE DI OMESSO  
IMPEDIMENTO DI UN REATO  
IN AMBITO SOCIETARIO

0.	Premessa . . . . .	223
----	--------------------	-----

SEZIONE PRIMA  
OBBLIGHI DI ORGANIZZAZIONE

1.	Insufficienza della nozione di “competenza” data la dinamicità dei processi organizzativi societari; polisemia delle relazioni interne esemplificata dalla “indipendenza” degli organi . . . . .	224
2.	L’organizzazione come paradigma di imputazione . . . . .	228

2.1. L'autoria mediata tramite la "signoria sull'organizzazione" nell'esperienza tedesca: la diversità dell'organizzazione del potere nelle aziende rispetto all'organizzazione statale . . . . .	229
2.2. La responsabilità da "organizzazione difettosa" nell'esperienza svizzera: dalla responsabilità dei <i>manager</i> a quella dell'impresa . . . . .	233
2.3. La "colpevolezza d'organizzazione": rischio di innesco, nel nostro ordinamento, di un percorso inverso, dalla responsabilità della <i>societas</i> a quella dei <i>manager</i> . . . . .	235
3. La concezione sociologica delle organizzazioni riflessa dalle teorie penalistiche: dal modello burocratico all'organizzazione come "sistema" e "rete" . . . . .	241
3.1. Una conferma normativa: modelli organizzativi in materia di sicurezza sul lavoro, organizzazione del lavoro post-fordista, funzione dei "sistemi disciplinari". Confini incerti della "rete" e responsabilità penali . . . . .	248
4. L'organizzazione d'impresa tra declino delle gerarchie e ascesa delle funzioni di coordinazione nella riflessione penalistica . . . . .	258
5. Obblighi di organizzazione nel diritto societario . . . . .	264
5.1. Cenni preliminari sull'attuale disciplina delle società: il rilievo della quotazione in un mercato regolamentato e la disciplina "per derivazione" dei modelli di amministrazione e controllo alternativi . . . . .	264
5.2. Il volto "dinamico" dell'organizzazione societaria; in particolare, l'attività inerente agli "assetti organizzativi" nel diritto societario come connubio di "funzione di coordinazione" e "coordinazione di funzioni" . . . . .	267
5.3. Risultati: obblighi di organizzazione come elemento tipico di una posizione di garanzia societaria . . . . .	273

SEZIONE SECONDA  
POTERI IMPEDITIVI

1. Dimensioni del potere . . . . .	275
2. Il potere come fenomeno sociale . . . . .	276
2.1. La fenomenologia del potere e l'autorità . . . . .	277
2.2. Il rapporto tra il potere e la causa: aspettativa e posizione . . . . .	279
3. Il potere come situazione giuridica: esercizio mediato e funzione di mediazione del potere "giuridico" . . . . .	285
4. Il potere come elemento tipico della fattispecie omissiva: afferenza alla posizione di garanzia e distinzione dal rapporto causale . . . . .	290
5. Risultati: poteri impeditivi come elemento tipico di una posizione di garanzia societaria . . . . .	295

SEZIONE TERZA  
IMPUTAZIONE

1.	L'imputazione dell'evento-reato: profili problematici . . . . .	300
2.	Imputazione oggettiva . . . . .	304
3.	Imputazione soggettiva . . . . .	307
4.	Una problematica peculiare: il reato realizzato tramite delibera collegiale . . . . .	310
5.	Sintesi dei risultati . . . . .	313

CAPITOLO VI  
I SINGOLI CONTROLLI E LE RISPETTIVE  
RESPONSABILITÀ

0.	Premessa . . . . .	315
----	--------------------	-----

SEZIONE PRIMA  
I CONTROLLI INTERNI

1.	La funzione di controllo nel consiglio d'amministrazione . . . . .	316
2.	La responsabilità dei sindaci . . . . .	329
3.	I sistemi alternativi di amministrazione e controllo . . . . .	346
	3.1. La responsabilità del consiglio di sorveglianza nel sistema dualistico . . . . .	346
	3.2. La responsabilità del comitato per il controllo sulla gestione nel sistema monistico . . . . .	352
4.	Precisazioni in tema di amministrazione e controllo nel gruppo di società . . . . .	358
5.	Cenni sulla disciplina preventiva del conflitto di interessi . . . . .	365
6.	I sistemi di controllo interno . . . . .	368
	6.1. Il sistema di controllo interno nel d.lgs. 58/1998 e nel Codice di autodisciplina . . . . .	369
	6.2. Il sistema di controllo interno e la funzione di conformità nelle banche e negli intermediari finanziari . . . . .	375
	6.3. L'organismo di vigilanza di cui al d.lgs. 231/2001 . . . . .	379
	6.4. Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari . . . . .	387

SEZIONE SECONDA  
I CONTROLLI ESTERNI

1.	La responsabilità omissiva dei revisori . . . . .	395
	1.1. I compiti . . . . .	395
	1.2. L'insussistenza di un obbligo giuridico di impedire . . . . .	397
2.	Profili di responsabilità penale della Consob per omesso impedimento dei reati commessi dai soggetti vigilati . . . . .	404

2.1. L'enfasi sulla "funzione tutoria" della Consob e la questione (trascurata) della responsabilità . . . . .	404
2.2. Gli elementi della posizione di garanzia: a) la vigilanza e le sue finalità . . . . .	410
2.3. b) ( <i>segue</i> ) I poteri connessi . . . . .	412
3. Sintesi dei risultati . . . . .	415
Bibliografia . . . . .	419





PUBBLICAZIONI DEL SEMINARIO GIURIDICO  
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

---

1. COLI U., *Collegia et sodalitates*, 1913.
2. DONATELLI I., *La "consortia" di Avesa*, 1914.
3. VALENZA P., *Il diritto di usufrutto nelle leggi sulle tasse del registro*, 1915.
4. ZINGALI G., *La statistica della criminalità*, 1916.
5. TUMEDEI C., *La separazione dei beni ereditari*, 1917.
6. ALBERTONI A., *L'Apokeryxis*", 1923.
7. SALVI F., *La cessione dei beni ai creditori*, 1947.
8. MILANI F., *Distinzioni delle servitù prediali*, 1948.
9. FASSÒ G., *I "quattro autori" del Vico*, 1949.
10. FERRI L., *La trascrizione degli acquisti "mortis causa" e problemi connessi*, 1951.
11. ROSSI G., *La "Summa arboris actionum" di Ponzio da Ylerda*, 1951.
12. POGGESCHI R., *Le associazioni e gli altri gruppi con autonomia patrimoniale nel processo*, 1951.
13. MATTEUCCI N., *Antonio Gramsci e la filosofia della prassi*, 1951.
14. FORCHIELLI P., *I contratti reali*, 1952.
15. SALVI F., *Il possesso di stato familiare*, 1952.
16. FASSÒ G., *La storia come esperienza giuridica*, 1953.
17. PALAZZINI FINETTI L., *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus iuris giustiniano*, 1953.
18. ROSSI G., *Consilium sapientis iudiciale*, 1958.
19. MANCINI G.F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, 1957.
20. FERRI L., *L'autonomia privata*, 1959.
21. TORELLI P., *Scritti di storia del diritto italiano*, 1959.
22. SANTINI G., *I Comuni di Valle del medioevo. La Costituzione federale del "Frignano"*, 1960.
23. GIANNITI F., *I reati della stessa indole*, 1959.
24. GHEZZI G., *La prestazione di lavoro nella comunità familiare*, 1960.
25. NARDI E., *Casae "infestate da spiriti" e diritto romano e moderno*, 1960.
26. FERRI L., *Rinunzia e rifiuto nel diritto privato*, 1960.
27. GHEZZI G., *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, 1963.
28. BONSIGNORI A., *Espropriazione della quota di società a responsabilità limitata*, 1961.
29. REDENTI E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. I, *Intorno al diritto processuale*, 1962.
30. REDENTI E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. II, *Intorno al diritto sostanziale*, 1962.
31. GUALANDI A., *Spese e danni nel processo civile*, 1962.
32. BONSIGNORI A., *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, 1960.
33. MANCINI G.F., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, vol. I, *Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, 1962.
34. NARDI E., *Rabelais e il diritto romano*, 1962.
35. ROMAGNOLI U., *Il contratto collettivo di impresa*, 1963.
36. SANTINI G., *I "comuni di pieve" nel medioevo italiano*, 1964.
37. RUDAN M., *Il contratto di tirocinio*, 1966.
38. BONINI R., *I "libri de cognitionibus" di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della "cognitio extra ordinem"*, 1964.
39. COLLIVA P., *Ricerche sul principio di legalità nell'amministrazione del Regno di Sicilia al tempo di Federico II*, 1964.
40. MENGOLZI P., *L'agenzia di approvvigionamento dell'Euratom*, 1964.
41. *Scritti minori di Antonio Cicu*, tomi I e II, *Scritti di teoria generale del diritto - Diritto di famiglia*, 1965.
42. *Scritti minori di Antonio Cicu, Successioni e donazioni. Studi vari*, 1965.
43. SACCHI MORSIANI G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, I, 1965.
44. GHEZZI G., *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, 1965.
45. ROVERSI MONACO F.A., *Enti di gestione. Struttura, funzioni, limiti*, 1967.
46. GIANNITI F., *L'oggetto materiale del reato*, 1966.

47. MENGOZZI P., *L'efficacia in Italia di atti stranieri di potestà pubblica su beni privati*, 1967.
48. ROMAGNOLI U., *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, 1967.
49. MONTUSCHI L., *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, 1967.
50. RANIERI S., *Scritti e discorsi vari*, vol. I, *Scritti di diritto penale*, 1968.
51. RANIERI S., *Scritti e discorsi vari*, vol. II, *Scritti di procedura penale*, 1968.
52. BONINI R., *Ricerche di diritto giustiniano*, 1968.
53. SANTINI G., *Ricerche sulle "Exceptiones legum romanorum"*, 1969.
54. LO CASTRO G., *La qualificazione giuridica delle deliberazioni conciliari delle fonti del diritto canonico*, 1970.
55. SACCHI MORSIANI G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, II, 1970.
56. ROVERSI MONACO F.A., *La delegazione amministrativa nel quadro dell'ordinamento regionale*, 1970.
57. GIANNITI F., *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*, 1970.
58. DE VERGOTTINI G., *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, 1971.
59. MENGOZZI P., *Il regime giuridico internazionale del fondo marino*, 1971.
60. CARINCI F., *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, 1971.
61. OSTI G., *Scritti giuridici*, voll. I e II, 1973.
62. ZUELLI F., *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, 1973.
63. PERGOLESI E., *Sistema delle fonti normative*, 1973.
64. MONTUSCHI L., *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, 1973.
65. PATTARO E., *Il pensiero giuridico di L.A. Muratori tra metodologia e politica*, 1974.
66. PINI G., *Arbitrato e lavori pubblici*, 1974.
67. CARPI F., *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, 1974.
68. DE VERGOTTINI G., *Lo "Shadow cabinet"*, 1973.
69. PAOLUCCI L.F., *La mutualità nelle cooperative*, 1974.
70. DE GENNARO A., *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, 1974.
71. STORTONI L., *L'abuso di potere nel diritto penale*, 1978.
72. GIANNITI F., *Prospettive criminologiche e processo penale*, 1977.
73. BONVICINI D., *Le "joint ventures": tecnica giuridica e prassi societaria*, 1977.
74. DE VERGOTTINI G., *Scritti di storia del diritto italiano*, voll. I, II, III, 1977.
75. LAMBERTINI R., *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, 1977.
76. DALLA D., *L'incapacità sessuale in diritto romano*, 1978.
77. DI PIETRO A., *Lineamenti di una teoria giuridica dell'imposta sull'incremento di valore degli immobili*, 1978.
78. MAZZACUVA N., *La tutela penale del segreto industriale*, 1979.
79. ROMANELLI G., *Profilo del noleggjo*, 1979.
80. BORGHESI D., *Il contenzioso in materia di eleggibilità*, 1979.
81. DALLA TORRE G., *L'attività assistenziale della Chiesa nell'ordinamento italiano*, 1979.
82. CARPI F., *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, 1979.
83. ALLEVA P., *Il campo di applicazione dello statuto dei lavoratori*, 1980.
84. PULIATTI S., *Ricerche sulla legislazione "regionale" di Giustiniano*, 1980.
85. FASSÒ G., *Scritti di filosofia del diritto*, voll. I, II, III, 1982.
86. SGUBBI F., *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, 1980.
87. LAMBERTINI R., *Plagium*, 1980.
88. DALLA D., *Senatus consultum Silanianum*, 1980.
89. VANDELLI L., *L'ordinamento regionale spagnolo*, 1980.
90. NARDI E., *L'otre dei parricidi e le bestie incluse*, 1980.
91. PELLICANÒ A., *Causa del contratto e circolazione dei beni*, 1981.
92. GIARDINI D., *Politica e amministrazione nello Stato fondato sul decentramento*, 1981.
93. BORTOLOTTI D., *Potere pubblico e ambiente*, 1981.
94. ROFFI R., *Contributo per una teoria delle presunzioni nel diritto amministrativo*, 1982.
95. ALESSI R., *Scritti minori*, 1981.
96. BASSANELLI SOMMARIVA G., *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustiniano*, 1983.
97. ZANOTTI A., *Cultura giuridica del Seicento e jus publicum ecclesiasticum nell'opera del cardinal Giovanni Battista De Luca*, 1983.
98. ILLUMINATI G., *La disciplina processuale delle intercettazioni*, 1983.
99. TONIATTI R., *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d'America*, 1983.
100. NARDI E., *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, 1983.

101. DALLA D., *Praemium emancipationis*, 1983.
102. MAZZACUVA N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale - L'illecito commissivo doloso e colposo*, 1983.
103. *Studi in onore di Tito Carnacini*. I. *Studi di diritto costituzionale, civile, del lavoro, commerciale*, 1983.
104. CAIA G., *Stato e autonomie locali nella gestione dell'energia*, 1984.
105. BARATTI G., *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, 1984.
106. BORTOLOTTI D., *Attività preparatoria e funzione amministrativa*, 1984.
107. PULIATTI S., *Ricerche sulle novelle di Giustino II. La legislazione imperiale da Giustiniano I a Giustino II*, 1984.
108. LAMBERTINI R., *La problematica della commorienza nell'elaborazione giuridica romana*, 1984.
109. ZUELLI F., *Le collegialità amministrative*, 1985.
110. PEDRAZZOLI M., *Democrazia industriale e subordinazione*, 1985.
111. ZANOTTI M., *Profili dogmatici dell'illecito plurisoggettivo*, 1985.
112. RUFFOLO U., *Interessi collettivi o diffusi e tutela del consumatore*, I, 1985.
113. BIAGI M., *Sindacato democrazia e diritto*, 1986.
114. INSOLERA G., *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, 1986.
115. MALAGÙ L., *Esecuzione forzata e diritto di famiglia*, 1986.
116. RICCI G.E., *La connessione nel processo esecutivo*, 1986.
117. ZANOTTI A., *Il concordato austriaco del 1855*, 1986.
118. SELMINI R., *Profili di uno studio storico sull'infanticidio*, 1987.
119. DALLA D., *"Ubi venus mutatur"*, 1987.
120. ZUNARELLI S., *La nozione di vettore*, 1987.
121. ZOLI C., *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, 1988.
122. CAVINA M., *Dottrine giuridiche e strutture sociali padane nella prima età moderna*, 1988.
123. CALIFANO L., *Innovazione e conformità nel sistema regionale spagnolo*, 1988.
124. SARTI N., *Gli statuti della società dei notai di Bologna dell'anno 1336 (contributo allo studio di una corporazione cittadina)*, 1988.
125. SCARPONI S., *Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro*, 1988.
126. BERNARDINI M., *Contenuto della proprietà edilizia*, 1988.
127. LA TORRE M., *La "lotta contro il diritto soggettivo". Karl Larenz - la dottrina giuridica nazionalsocialista*, 1988.
128. GARCIA DE ENTERRIA J., *Le obbligazioni convertibili in azioni*, 1989.
129. BIAGI GUERINI R., *Famiglia e Costituzione*, 1989.
130. CAIA G., *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, 1989.
131. MAGAGNI M., *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, 1989.
132. PETRONI L., *La disciplina pubblicistica dell'innovazione tecnologica in Francia*, 1990.
133. ZANOTTI A., *Le manipolazioni genetiche e il diritto della Chiesa*, 1990.
134. SARTOR G., *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale*, 1990.
135. ROSSI L.S., *Il "buon funzionamento del mercato comune". Delimitazione dei poteri fra CEE e Stati membri*, 1990.
136. LUCHETTI G., *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, 1990.
137. SARTI N., *Un giurista tra Azzone e Accursio*, 1990.
138. GUSTAPANE A., *La tutela globale dell'ambiente*, 1991.
139. BOTTARI C., *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, 1991.
140. DONINI M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, 1991.
141. PERULLI A., *Il potere direttivo dell'imprenditore*, 1992.
142. VANDELLI L. (a cura di), *Le forme associative tra enti territoriali*, 1992.
143. GASPARRI P., *Institutiones iuris publici*, 1992.
144. CAPUZZO E., *Dal nesso asburgico alla sovranità italiana*, 1992.
145. BIAVATI P., *Accertamento dei fatti e tecniche probatorie nel processo comunitario*, 1992.
146. FERRARI E., *Atipicità dell'illecito civile. Una comparazione*, 1992.
147. GUSTAPANE A., SARTOR G., VERARDI C.M., *Valutazione di impatto ambientale. Profili normativi e metodologie informatiche*, 1992.
148. ORLANDI R., *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, 1992.
149. CARPANI G., *Le aziende degli enti locali. Vigilanza e controlli*, 1992.

150. MUSSO A., *Concorrenza ed integrazione nei contratti di subfornitura industriale*, 1993.
151. DONINI M., *Il delitto contravvenzionale. "Culpa iuris" e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, 1993.
152. CALIFANO PLACCI L., *Le commissioni parlamentari bicamerali nella crisi del bicameralismo italiano*, 1993.
153. FORNASARI G., *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, 1994.
154. MANZINI P., *L'esclusione della concorrenza nel diritto antitrust italiano*, 1994.
155. TIMOTEI M., *Le successioni nel diritto cinese. Evoluzione storica ed assetto attuale*, 1994.
156. SESTA M. (a cura di), *Per i cinquant'anni del codice civile*, 1994.
157. TULLINI P., *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, 1994.
158. RESCIGNO F., *Disfunzioni e prospettive di riforma del bicameralismo italiano: la camera delle regioni*, 1995.
159. LUGARESI N., *Le acque pubbliche. Profili dominicali, di tutela, di gestione*, 1995.
160. SARTI N., *Maximum dirimendarum causarum remedium. Il giuramento di calunnia nella dottrina civilistica dei secoli XI-XIII*, 1995.
161. COLLIVA P., *Scritti minori*, 1996.
162. DUGATO M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, 1996.
163. GARDINI G., *La comunicazione degli atti amministrativi. Uno studio alla luce della legge 7 agosto 1990, n. 241*, 1996.
164. MANZINI P., *I costi ambientali nel diritto internazionale*, 1996.
165. MITTICA M.P., *Il divenire dell'ordine. L'interazione normativa nella società omerica*, 1996.
166. LUCHETTI G., *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, 1996.
167. LA TORRE M., *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, 1996.
168. CAMON A., *Le intercettazioni nel processo penale*, 1996.
169. MANCINI S., *Minoranze autoctone e Stato. Tra composizione dei conflitti e secessione*, 1996.
170. ZANOBETTI PAGNETTI A., *La non comparizione davanti alla Corte internazionale di giustizia*, 1996.
171. BRICOLA F., *Scritti di diritto penale. Vol. I, Dottrine generali, Teoria del reato e sistema sanzionatorio. Vol. II, Parte speciale e legislazione complementare, Diritto penale dell'economia*, 1997.
172. GRAZIOSI A., *La sentenza di divorzio*, 1997.
173. MANTOVANI M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, 1997.
174. BIAVATI P., *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, 1997.
175. ROSSI G. (1916-1986), *Studi e testi di storia giuridica medievale*, a cura di Giovanni Gualandi e Nicoletta Sarti, 1997.
176. PELLEGRINI S., *La litigiosità in Italia. Un'analisi sociologico-giuridica*, 1997.
177. BONI G., *La rilevanza del diritto dello Stato nell'ordinamento canonico. In particolare la canonizatio legum civilium*, 1998.
178. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini. Vol. I, Diritto del lavoro*, 1998.
179. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini. Vol. II, Diritto dell'Unione europea*, 1998.
180. ROSSI A., *Il GEIE nell'ordinamento italiano. Criteri di integrazione della disciplina*, 1998.
181. BONGIOVANNI G., *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, 1998.
182. CAPUTO G., *Scritti minori*, 1998.
183. GARRIDO J.M., *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, 1998.
184. BELLODI ANSALONI A., *Ricerche sulla contumacia nelle cognitiones extra ordinem, I*, 1998.
185. FRANCIOSI E., *Riforme istituzionali e funzioni giurisdizionali nelle Novelle di Giustiniano. Studi su nov. 13 e nov. 80*, 1998.
186. CATTABRIGA C., *La Corte di giustizia e il processo decisionale politico comunitario*, 1998.
187. MANCINI L., *Immigrazione musulmana e cultura giuridica. Osservazioni empiriche su due comunità di egiziani*, 1998.
188. GUSTAPANE A., *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, premessa di Giuseppe De Vergottini, 1999.
189. RICCI G.F., *Le prove atipiche*, 1999.
190. CANESTRARI S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, 1999.
191. FASSÒ G., *La legge della ragione*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.

192. FASSÒ G., *La democrazia in Grecia*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.
193. SCARCIGLIA R., *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, 1999.
194. BRIGUGLIO E., "Fideiussoribus succurri solet", 1999.
195. MALTONI A., *Tutela dei consumatori e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza della Corte di giustizia, profili costituzionali*, prefazione di Augusto Barbera, 1999.
196. FONDAROLI D., *Illecito penale e riparazione del danno*, 1999.
197. ROSSI L.S., *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, 2000.
198. GRAGNOLI E., *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, 2000.
199. BONI G., *La rilevanza del diritto secolare nella disciplina del matrimonio canonico*, 2000.
200. LUGARESÌ N., *Internet, privacy e pubblici poteri negli Stati Uniti*, 2000.
201. LALATTA COSTERBOSA M., *Ragione e tradizione. Il pensiero giuridico ed etico-politico di Wilhelm von Humboldt*, 2000.
202. SEMERARO P., *I delitti di millantato credito e traffico di influenza*, 2000.
203. VERZA A., *La neutralità impossibile. Uno studio sulle teorie liberali contemporanee*, 2000.
204. LOLLI A., *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico. Studio sulla qualificazione giuridica*, 2000.
205. BUSETTO M.L., *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, 2000.
206. CAMPANELLA P., *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, 2000.
207. BRICOLA F., *Scritti di diritto penale. Opere monografiche*, 2000.
208. LASSANDARI A., *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, 2001.
209. BIANCO A., *Il finanziamento della politica in Italia*, 2001.
210. RAFFI A., *Sciopero nei servizi pubblici essenziali. Orientamenti della Commissione di garanzia*, 2001.
211. PIERGIGLI V., *Lingue minoritarie e identità culturali*, 2001.
212. CAFARO S., *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche. Il difficile equilibrio tra modelli antagonisti di integrazione europea*, 2001.
213. MORRONE A., *Il custode della ragionevolezza*, 2001.
214. MASUTTI A., *La liberalizzazione dei trasporti in Europa. Il caso del trasporto postale*, 2002.
215. ZANOTTI A., ORLANDO F., *L'itinerario canonistico di Giuseppe Caputo*, 2002.
216. LUPOI M.A., *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*. Vol. I, *Policies, metodi, criteri di collegamento*. Vol. II, *Parallel proceedings*, 2002.
217. LOLLI A., *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo. Stabilità del giudicato e difesa del terzo nel processo amministrativo*, 2002.
218. CURI F., *Tertium datur. Dal Common Law al Civil Law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, 2003.
219. COTTIGNOLA G., *Studi sul pilotaggio marittimo*, 2003.
220. GARDINI G., *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, 2003.
221. CEVENINI C., *Virtual enterprises. Legal issues of the on-line collaboration between undertakings*, 2003.
222. MONDUCCI J., *Diritto della persona e trattamento dei dati particolari*, 2003.
223. VILLECCO BETTELLI A., *L'efficacia delle prove informatiche*, 2004.
224. ZUCCONI GALLI FONSECA E., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, 2004.
225. BRIGHI R., *Norme e conoscenza: dal testo giuridico al metadato*, 2004.
226. LUCHETTI G., *Nuove ricerche sulle istituzioni di Giustiniano*, 2004.
227. *Studi in memoria di Angelo Bonsignori*, voll. I, II, 2004.
228. PIPERATA G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, 2005.
229. CANESTRARI S., FOFFANI L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per l'Europa?* Atti del Convegno organizzato dall'Associazione Franco Bricola (Bologna, 28 febbraio-2 marzo 2002), 2005.
230. MEMMO D., MICONI S. (a cura di), *Broadcasting regulation: market entry and licensing. Regolamentazione dell'attività radiotelevisiva: accesso al mercato e sistema di licenze. Global Classroom Seminar*, 2006.
- 230.BIS BRIGUGLIO E., *Studi sul procurator*, 2008.
231. QUERZOLA L., *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, 2006.
232. TAROZZI S., *Ricerche in tema di registrazione e certificazione del documento nel periodo postclassico*, 2006.
233. BOTTI F., *L'eutanasia in Svizzera*, 2007.

234. FONDAROLI D., *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, 2007.
235. ALAGNA R., *Tipicità e riformulazione del reato*, 2007.
236. GIOVANNINI M., *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, 2007.
237. MONTALTI M., *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, 2007.
238. TORDINI CAGLI S., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, 2008.
239. LEGNANI ANNICHINI A., *La mercanzia di Bologna. Gli statuti del 1436 e le riformazioni quattrocentesche*, 2008.
240. LOLLI A., *L'amministrazione attraverso strumenti economici*, 2008.
241. VACCARELLA M., *Titolarità e funzione nel regime dei beni civici*, 2008.
242. TUBERTINI C., *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni*, 2008.
243. FIORIGLIO G., *Il diritto alla privacy. Nuove frontiere nell'era di Internet*, 2008.
244. BOTTI F., *Manipolazioni del corpo e mutilazioni genitali femminili*, 2009.
245. NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, 2009.



Finito di stampare nel mese di marzo 2009  
presso Editografica – Rastignano (BO)