

Avv. Annapaola Negri-Clementi
Dott. Filippo Maria Federici

Milano, 21 settembre 2010

Caso Parmalat: la posizione degli amministratori indipendenti nella pronuncia della Corte d'Appello di Milano

Varie le novità apportate dalla sentenza della Corte d'Appello di Milano n. 1728 del 26 maggio 2010 e pubblicata il 14 luglio 2010, rispetto al verdetto di primo grado; fra queste la **condanna, per aggio e ostacolo agli organismi di vigilanza, a tre anni di reclusione di uno degli amministratori indipendenti della società Parmalat Finanziaria S.p.A.** (la holding del Gruppo Parmalat – di seguito "Parfin").

I – La posizione degli amministratori indipendenti di Parfin nel giudizio di I grado

Prima di analizzare dettagliatamente la suddetta novità, per meglio comprenderne la portata innovativa, si ritiene opportuno ricordare che nel corso del **2004** Enrico Barachini, Giovanni Bonici, Antonio Luzi, Luis Moncada, Luca Sala, Paolo Sciumè, Luciano Silingardi¹ e Calisto Tanzi erano stati tratti a giudizio davanti al Tribunale di Milano per rispondere di una serie di reati di **aggiotaggio² dei titoli, ostacolo alla vigilanza CONSOB, falso nelle relazioni e comunicazioni del revisore Deloitte & Touche e falso nelle relazioni e comunicazioni del revisore Grant Thornton.**

In particolare i predetti imputati **Enrico Barachini, Paolo Sciumè e Luciano Silingardi** erano stati chiamati a rispondere dei reati sopra indicati – in concorso, da un lato, con i soggetti sopra indicati e, dall'altro, con i soggetti che avevano preferito "patteggiare" e quindi definire la propria posizione ai sensi dell'art. 444 e ss. c.p.p. – quali componenti del consiglio di amministrazione di Parfin, nonché Silingardi quale membro del Comitato interno di controllo.

Il Tribunale emetteva quindi sentenza in data 18 dicembre 2008 contenente – fra le altre statuizioni – l'assoluzione di Enrico Barachini, Paolo Sciumè e di Luciano Silingardi dai reati a loro ascritti perchè il fatto non costituiva reato.

Il Tribunale, infatti, rilevava come la riforma avesse alleggerito gli oneri e le responsabilità degli amministratori privi di deleghe, sostituendo il **dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione**, già contemplato dall'art. 2392, comma 2, c.c. con l'**onere "di agire informato"**. Sul punto, poi, **il Tribunale argomentava che "l'agire informato" configurasse un doveroso potere, in capo ai non esecutivi, di richiedere informazioni, senza che ciò assegnasse loro anche un'autonoma potestà di indagine.**

¹ Enrico Barachini, Paolo Sciumè e Luciano Silingardi erano gli amministratori indipendenti di Parfin.

² Per comune memoria si ricorda che l'art. 2637 c.c. recita: "Chiunque diffonde notizie false, ovvero pone in essere operazioni simulate o altri artifici concretamente idonei a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari non quotati o per i quali non è stata presentata una richiesta di ammissione alle negoziazioni in un mercato regolamentato, ovvero ad incidere in modo significativo sull'affidamento che il pubblico ripone nella stabilità patrimoniale di banche o di gruppi bancari, è punito con la pena della reclusione da uno a cinque anni".

Nello specifico, il Pubblico ministero argomentava, riferendosi allo schema giuridico dell'art. 40, comma 2, c.p. (il "Rapporto di causalità"), e valorizzava condotte omissive quali la mancata attivazione nel fare domande di approfondimento agli amministratori esecutivi, pur in presenza di "segnali forti", tali da poter far ritenere provata in capo agli imputati una volontà adesiva consapevole di copertura delle varie "falsificazioni".

Il Tribunale faceva presente come, secondo l'orientamento espresso dalla Suprema Corte di Cassazione nella sentenza cd. Bipop Carire³, per i reati dolosi fosse espressamente insito lo schema della "rappresentazione dell'evento" e della "volontarietà dell'omesso impedimento", in violazione dell'obbligo derivante dalla posizione di garanzia, che può configurarsi anche in via eventuale; tuttavia, anche nella dilatazione consentita dalla forma del dolo eventuale, non poteva certo esservi equiparazione tra **conoscenza** e **conoscibilità** dell'evento che si deve impedire, posto che la prima attiene all'area della fattispecie volontaria e la seconda, quale violazione ai doveri di diligenza, a quella della colpa.

In questo precipuo senso, per il Tribunale i pretesi "segnali forti" non avevano la richiesta valenza rappresentativa di anormalità sulle condizioni patrimoniali ed economico finanziarie del Gruppo per i sopracitati amministratori non esecutivi ed indipendenti in relazione all'evento del reato contestato. Ciò anche perché il tutto era avvenuto all'interno di Parmalat S.p.A. e non di Parfin e gli amministratori non esecutivi in questione operavano nell'ambito del consiglio d'amministrazione della capogruppo.

Il giudice di primo grado affrontava, quindi, anche **la questione della reale indipendenza degli amministratori non esecutivi** anche in relazione alla figura così tratteggiata dal Codice di Autodisciplina del 1999 che li definiva come coloro che: "a) non intrattengono relazioni economiche di rilevanza tale da condizionarne l'autonomia di giudizio con la società, con le sue controllate, con gli amministratori esecutivi, con l'azionista o gruppo di azionisti che controllano la società; b) non sono titolari, dirette o indirettamente, di partecipazioni azionaria di entità tali da permettere loro di esercitare il controllo sulla società, né partecipano a patti parasociali o per il controllo della società stessa"⁴.

Il Tribunale, sul punto, non essendo stata provata l'esistenza in capo agli stessi di relazioni economiche di rilevanza tale da condizionarne l'autonomia, riteneva che gli imputati rispondessero ai requisiti d'indipendenza elaborati e "richiesti" dal Codice Preda.

Il Tribunale, allo stesso modo, riteneva giustamente che non poteva soccorrere, per ritenere la responsabilità dei medesimi, il contenuto della posizione di garanzia, come delineato dalla normativa anche autoregolamentare successiva.

In relazione all'incontro⁵ "informatore" dell'8 dicembre 2003 tra Calisto Tanzi e Luciano Silingardi, a prescindere dal fatto che Calisto Tanzi "avesse detto" ovvero avesse solo "fatto intendere" che la liquidità del Gruppo era del tutto inesistente, ed in relazione al successivo colloquio tra Luciano Silingardi e Paolo Sciumè in occasione del quale il primo avrebbe informato il secondo dell'incontro con Callisto Tanzi ed alla loro omessa informazione degli altri consiglieri, il Tribunale riteneva che se anche Luciano Silingardi e Paolo Sciumè avessero tenuto la condotta contestata come omessa, nessun risultato concreto sarebbe stato ottenuto. I falsi realizzati - sosteneva il giudice di primo grado - erano tutti documentati e convincenti come ampiamente dimostrato dagli esiti della verifica istruttoria CONSOB: l'esito del giudizio controfattuale richiesto nella specifica ipotesi di condotta omissiva, escludeva - sempre secondo il giudice di prime cure - la rilevanza della condotta contestata agli imputati sia sotto il profilo dell'omessa informazione che dell'omesso controllo sulla comunicazione societaria.

II - La posizione degli amministratori indipendenti di Parfin nel giudizio di II grado

³ Cass. n. 665 del 4 maggio 2007 (di seguito anche la "**Sentenza Bipop-Carire**").

⁴ Cfr. art. 3 del Codice di Autodisciplina di Borsa Italiana S.p.A. del 1999 (cd. Codice Preda).

⁵ Allo stesso incontro erano stati invitati a partecipare anche Paolo Sciumè ed Enrico Barachini.

II.1 - In termini generali

Con particolare riferimento agli amministratori indipendenti di Parfin, il Pubblico Ministero ha proposto appello chiedendo la condanna di Luciano Silingardi e di Paolo Sciumè mentre non ha viceversa proposto impugnazione dell'assoluzione di Enrico Barachini⁶.

La sentenza appellata, come si è avuto modo di anticipare, ha assolto tutti e tre gli amministratori indipendenti dai reati ascritti con la formula "perché il fatto non costituisce reato", valorizzando quindi il dato della carenza dell'elemento psicologico (il cui accertamento è divenuto, così, il cd. "*thema decidendum*" del giudizio d'appello).

La Corte d'Appello, per affrontare correttamente le questioni relative alla posizione degli amministratori indipendenti, ha pertanto ritenuto necessario svolgere una serie di considerazioni partendo proprio da quello che è stato il percorso argomentativo della sentenza appellata.

Come si è visto i due temi fondamentali della decisione di primo grado sono consistiti

- a) **nel ruolo degli amministratori indipendenti** alla luce della riforma del diritto societario di cui al D. Lgs. n. 6/2003 e, nello specifico,
- b) nella **manca di prova circa l'effettiva conoscenza dei fatti** da parte degli imputati Luciano Silingardi, Paolo Sciumè e Enrico Barachini.

In ordine al primo tema, il Tribunale aveva richiamato i principi dalla giurisprudenza di legittimità enunciati nella Sentenza Bipop-Carire.

Pertanto, la Corte d'Appello - prendendo atto (i) della modifica del quadro normativo dei doveri degli amministratori privi di delega, posto che l'art. 2392 c.c. ora stabilisce che gli stessi sono responsabili verso la società nei limiti delle attribuzioni proprie e (ii) della conseguente riconfigurazione della posizione di garanzia del consigliere non operativo - ha ritenuto che: "*l'analisi del profilo di responsabilità derivante dall'art. 40, co.2 cp per condotte connotate da volontarietà e la configurazioni della "posizione di garanzia" che qualifica il ruolo dell'amministratore evidenziano due momenti, complementari tra loro, ma idealmente distinti: la rappresentazione dell'evento e l'omissione consapevole nell'impedirlo. Per la Suprema Corte [la Corte d'Appello si riferisce alla Sentenza Bipop-Carire] l'evento può essere oggetto di rappresentazione anche eventuale; così, chi si sia sottratto dall'esercitare i poteri-doveri di controllo, accettando il rischio di eventi illeciti, può rispondere ai sensi dell'art. 40 co.2 cp, fermo restando che - precisa sempre la Corte di Cassazione - pur in questa dilatazione consentita dalla forma eventuale del dolo, non può esservi equiparazione tra "conoscenza" e "conoscibilità" dell'evento, attenendo la prima all'area della fattispecie volontaria e la seconda all'area della colpa"*⁷.

II.2 - La posizione di Luciano Silingardi e la sua effettiva conoscenza dei fatti

Calando la fattispecie generale dello schema argomentativo della Sentenza Bipop-Carire nella posizione degli amministratori indipendenti, per quanto concerne la posizione di **Luciano Silingardi**, la Corte d'Appello ha ritenuto che fosse corretto parlare di effettiva conoscenza dei segnali e non di mera conoscibilità dei medesimi.

La Corte d'Appello inoltre ha rilevato come il giudice di primo grado sia caduto in "*contraddizione laddove dice che se anche Silingardi avesse tenuto il comportamento che gli è stato rimproverato, l'illecito di agiotaggio non sarebbe stato più evitabile, e dall'altro indica 14 episodi di agiotaggio e tra questi, anche quelli dell'8 e 10.12.2003 (e cioè anche quello successivo rispetto al momento della formale conoscenza da parte dell'imputato della reale situazione). [...] Invero, tutti i comunicati sino al 10 dicembre hanno, ciascuno per suo conto, contribuito a mantenere comunque un valore ai titoli Parmalat, il cui valore*

⁶ Alcune parti civili hanno proposto appello contro la decisione che assolto Enrico Barachini che pertanto anche se ai soli effetti civili della sentenza ha reso necessario la verifica della sua responsabilità.

⁷ Sentenza Corte d'Appello di Milano, n. 1728 del 26 maggio 2010 (depositata in cancelleria il 14 luglio 2010) pp. 118 e ss..

*effettivo era "zero".*⁸

La Corte ha poi proseguito affermando come Luciano Silingardi, con un proprio intervento, avrebbe ben potuto bloccare alla data dell'8 dicembre gli episodi di aggioaggi successivi.

Ciò considerato, la Corte d'Appello ha dichiarato Luciano Silingardi colpevole dei reati per cui era imputato⁹ e, concesse le attenuanti generiche equivalenti alle contestate aggravanti, lo ha condannato (fra le altre) (A) alla pena di anni tre di reclusione, (B) al risarcimento – in solido con Calisto Tanzi e Giovanni Bonici – dei danni da liquidarsi in separato giudizio nei confronti di tutte le parti civili e (C) al pagamento – in solido con Calisto Tanzi e Giovanni Bonici – di una provvisionale¹⁰ in favore di alcune parti civili¹¹.

II.3 - La posizione di Paolo Sciumè e la sua effettiva conoscenza dei fatti

Per quanto riguarda la posizione di **Paolo Sciumè**, nonostante il Pubblico Ministero e le parti civili si siano focalizzati su alcuni punti che avrebbero dimostrato (nelle intenzioni degli appellanti) la piena responsabilità dell'imputato in ordine ai reati contestati, la Corte d'Appello ha confermato l'assoluzione.

Secondo la Corte, infatti, Paolo Sciumè, per via del ruolo ricoperto in Ifitalia, non aveva un ventaglio di conoscenze paragonabili a quelle che aveva Luciano Silingardi¹².

III.4 - La posizione di Enrico Barachini e la sua effettiva conoscenza dei fatti

Sulla questione relativa alla responsabilità (penale) di Enrico Barachini, non essendo stata proposta impugnazione dal Pubblico Ministero, la Corte d'Appello ha preso atto della formazione del giudicato.

Con specifico riguardo alla responsabilità civile di Enrico Barachini, invece, la Corte ha ritenuto che le parti civili appellanti non avessero avanzato specifiche e fondate censure alla sentenza né avessero tantomeno sviluppato argomenti idonei a consentire la modifica della sentenza impugnata: *"pur essendo amministratore indipendente non esecutivo, al pari di Silingardi e Sciumè, non ha una posizione di rilevanza in seno al gruppo, né le cariche che ha Silingardi, né ha alcun ruolo, a differenza di Sciumè, in Ifitalia; la sua posizione è, per così dire, più defilata, che non gli consente di poter contare su osservatori in un certo senso privilegiati. Il dubbio che affermativamente non vi sia stata conoscenza dei segnali, più volte indicati come significativi, di un'anomalia persistente nel Gruppo, che si traduceva nella comunicazione sistematica di dati falsi, è più che fondato."*¹³.

⁸ Sentenza Corte d'Appello di Milano, n. 1728 del 26 maggio 2010 (depositata in cancelleria il 14 luglio 2010) p. 121.

⁹ Vale a dire aggioaggi dei titoli, ostacolo alla vigilanza CONSOB, falso nelle relazioni e comunicazioni del revisore Deloitte & Touche e falso nelle relazioni e comunicazioni del revisore Grant Thornton.

¹⁰ L'art. 539 c.p.c. recita: "1. Il giudice, se le prove acquisite non consentono la liquidazione del danno, pronuncia condanna generica e rimette le parti davanti al giudice civile. 2. A richiesta della parte civile, l'imputato e il responsabile civile sono condannati al pagamento di una provvisionale nei limiti del danno per cui si ritiene già raggiunta la prova".

¹¹ Nella sentenza della Corte d'Appello la provvisionale varia a seconda della parte civile a cui sia stata riconosciuta da un minimo del 15 % ad un massimo del 30% di quanto investito. La stampa, che a vario titolo si è pronunciata, ha stimato un risarcimento "provvisionale" di circa Euro 100.000.000,00.

¹² Secondo la Corte d'Appello Luciano Silingardi era in confidenza con Calisto Tanzi ed aveva un rapporto personale con l'imprenditore amico di vecchia data, che lo rendeva sicuramente partecipe di un patrimonio di conoscenze diverso; era, come si è detto membro del consiglio di amministrazione e Presidente del Comitato di controllo di Parfin e Presidente di Cariparma S.p.A..

¹³ Sentenza Corte d'Appello di Milano, n. 1728 del 26 maggio 2010 (depositata in cancelleria il 14 luglio 2010) pp. 129 e ss..

III – Conclusioni

La Corte d'Appello di Milano ha **dunque dato esecuzione al nuovo sistema della responsabilità degli amministratori anche se non esecutivi** basandosi sul paradigma dell'art. 2392, comma 2, c.c.¹⁴ e sulla verifica in concreto della circostanza che gli amministratori "a conoscenza di fatti pregiudizievoli" abbiano, o non abbiano, fatto quanto potevano per impedirne o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose (così espressamente la sentenza della Corte d'Appello: "*Anche confrontando il nuovo testo dell'art. 2392 c.c. con il vecchio è evidente che **permane la responsabilità solidale degli amministratori indipendenti** qualora, a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non abbiano fatto quanto potevano per impedire l'evento.*"¹⁵).

E' pur vero, infatti, che la riforma del diritto societario ha eliminato la previsione del generale obbligo di vigilanza previsto dalla norma ante riforma in considerazione di un sistema caratterizzato da una amministrazione pluripersonale che si svolge in regime di deleghe e/o con l'attribuzione in concreto di funzioni ad uno o più componenti del consiglio di amministrazione (cfr. art. 2381, comma 3, c.c.). Ed è vero quindi che la nuova previsione tende a circoscrivere gli obblighi gravanti su gli altri amministratori non esecutivi.

Ma è anche vero che **la responsabilità solidale degli amministratori non esecutivi sussiste comunque** in sede di assunzione di delibera consiliare sulle materie non delegate o non delegabili o sulle materie che, anche qualora oggetto di delega, sono state ri-portate alla competenza deliberativa del consiglio nella sua collegialità.

Ed è altresì indubbio che **la condotta degli amministratori non esecutivi è censurabile** per inottemperanza:

- (i) a uno degli obblighi previsti dall'art. 2381, commi 3 e 5 c.c. (i.e.: valutazione e cura dell'adeguatezza del sistema organizzativo, amministrativo e contabile),
- (ii) all'obbligo di agire in modo informato di cui all'art. 2381, comma 6, c.c. (e tale obbligo si estrinseca per ciascun amministratore, anche non esecutivo, nella facoltà/dovere di chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite le informazioni relative alla gestione della società).

E' da notare poi che per "*gli amministratori non delegati membri di comitati consultivi istituiti all'interno del consiglio, quali quelli previsti dal Codice di Autodisciplina di Borsa Italiana S.p.A., possa essere previsto un **potere di assumere informazioni anche al di fuori delle riunioni del consiglio***"¹⁶.

Ed, infatti, il consigliere indipendente **Luciano Silingardi all'epoca dei fatti rivestiva l'incarico di Presidente del Comitato di Controllo Interno**: posizione che evidentemente (e stando al ragionamento della Corte di Appello) ha consentito al citato consigliere di poter contare su di un osservatorio privilegiato.

Per comune memoria riteniamo di dover riportare alcune riflessioni dell'associato Nedcommunity Luigi Gaspari¹⁷

"Infine, tra le fonti di responsabilità è stata mantenuta nel nuovo testo dell'art. 2392,

¹⁴ L'obbligo di intervento di cui all'art. 2391, comma 2, c.c. nonostante sia specificamente connesso alla disciplina delle deleghe dal rinvio all'art. 2381, comma 3, incombe su tutti gli amministratori, esecutivi e non esecutivi, individualmente considerati.

¹⁵ Sentenza Corte d'Appello di Milano, n. 1728 del 26 maggio 2010 (depositata in cancelleria il 14 luglio 2010) p. 125.

¹⁶ Cfr. A. De Nicola, in Commento all'art. 2392 c.c., *La disciplina delle società quotate nel testo unico della finanza. D.Lgs 24 febbraio 1998, n. 58*, tomo 1, pp. 562 ss..

¹⁷ L. Gaspari, *Sulla responsabilità dell'amministratore indipendente quale componente in un comitato consultivo*, in *La responsabilità degli amministratori indipendenti*, pubblicazione Nedcommunity, 2006, p. 76.

secondo comma, del codice civile la circostanza in cui gli amministratori "essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose", escludendo dalla responsabilità solidale il caso di conoscenze assunte nell'esercizio di una delega e non comunicate agli altri amministratori.

L'amministratore non esecutivo ha dunque il diritto/dovere di fondare le proprie scelte su una informazione adeguata alle caratteristiche dell'impresa e alle operazioni eseguite e deve interpretare i dati in suo possesso sulla base delle proprie competenze. La responsabilità attribuibile all'amministratore non esecutivo sembra dunque riconducibile alla sua capacità di ottenere informazioni adeguate, alle informazioni che gli sono state rese disponibili, all'uso che ne ha fatto, al ruolo concretamente svolto all'interno del consiglio di amministrazione.

In questo quadro, l'amministratore indipendente che, proprio per il suo requisito di indipendenza e per le sue competenze, presiede o partecipa a un comitato consultivo quale il comitato per il controllo interno, il comitato per la remunerazione o il comitato nomine, potrebbe ritrovarsi, su specifici temi, in una condizione di maggiore responsabilità rispetto a un amministratore non esecutivo, ovvero rispetto a un amministratore titolare di una delega che non attiene a quel tema specifico."