

CONSIDERAZIONI IN TEMA DI CONCORSO DEGLI AMMINISTRATORI NON ESECUTIVI NEI REATI SOCIETARI

di Francesco Marco De Martino
(Ricercatore di diritto penale presso
l'Università degli Studi di Napoli Federico II)

Sommario: 1. La riconfigurazione della responsabilità penale degli amministratori non esecutivi a seguito della riforma del diritto societario; 2. I requisiti oggettivi del concorso degli amministratori non esecutivi nei reati societari; 3. La fattispecie soggettiva e l'«indicatore» costituito dalla presenza di segnali d'allarme «perspicui e peculiari»: un problematico recupero del *dolus in re ipsa*?

1. Con la riforma del diritto societario di cui al d.lgs. n. 6/2003¹, ha assunto un diverso significato la possibilità, ai sensi del vigente art. 2381 co. 3 Cc, di una distinzione tra amministratori delegati, con compiti e poteri di gestione, ed amministratori non delegati, ovvero non esecutivi. In particolare, sembrano attenuarsi, in capo a questi ultimi, i rischi di violazione del principio di personalità della responsabilità penale, legati in precedenza all'appiattimento delle responsabilità degli amministratori, autorevolmente denunciato fin da tempi risalenti: «I veri amministratori sono alcuni di essi e, assai di frequente, il solo amministratore delegato [...] Gli altri consiglieri non sono molto più che comparse... in pratica, i consigli di amministrazione vengono convocati [...] quando – è inutile tacerlo – ai veri gestori dell'azienda torna comodo chiamare altri a condividere la loro responsabilità»².

La novella ha infatti modificato il quadro normativo dei doveri di chi è preposto alla gestione della società, incidendo sia sulla responsabilità dell'amministratore destinatario di delega, sia e soprattutto su quella degli amministratori privi di delega³, c.d. non operativi, chiamati a far parte di consigli di amministrazione delle società di capitali, pur non avendo compiti di amministrazione diretta.

¹ In argomento, limitatamente ai riflessi penalistici, cfr. per tutti A. Alessandri, S. Seminara, *Diritto penale commerciale, I, I principi generali*, Torino 2018, 75 ss.

² F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari. I²*, Milano 2002, 87-88.

³ A. Crespi, *Note minime sulla posizione di garanzia dell'amministratore delegante nella riforma introdotta dal d.lgs. n.6 /2003*, in RS 2009, 1419.

L'intervento del legislatore ha chiaramente inteso contenere la responsabilità degli amministratori, sia di quelli delegati sia di quelli privi di deleghe, nonostante la nota ed allarmante aggressività della criminalità economica e finanziaria.

L'art. 2381, ult. co., Cc, in rapporto a chi sostiene il mandato gestorio, ha introdotto un nuovo criterio direttivo, secondo cui «gli amministratori sono tenuti ad agire in modo informato; ciascun amministratore può chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società», sostituendo in tal modo il precedente e generale «obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione» derivante dall'art. 2392 co. 2, Cc, con il nuovo onere «dell'agire informato»⁴.

In sostanza, per quel che concerne in particolare l'amministratore non operativo, egli non è tenuto genericamente a "vigilare", ma a farlo sulla base delle informazioni ricevute. Sono quelle informazioni - che ogni amministratore non operativo riceve o può chiedere ai delegati di fornire nel consiglio di amministrazione - a costituire il nuovo parametro per fondare in capo all'amministratore privo di delega l'obbligo di attivarsi al fine di scongiurare eventi dannosi. Obbligo che, secondo un orientamento non incontrovertito, può fondare in sede penale una responsabilità ex artt. 40 cpv., 110 Cp.

Sul piano generale, resta il dato per cui, in conseguenza della predetta distinzione tra amministratori delegati e amministratori privi di delega, si profilano distinte possibili modalità di realizzazione individuale o concorsuale di fatti di reato: quella del consigliere o dei consiglieri delegati impegnati nella gestione effettiva della società ex art. 110 Cp; quella dei vari componenti del consiglio di amministrazione, privi di delega, ma pur sempre concorrenti ex art. 110 Cp - si pensi a comuni ipotesi di istigazione ed agevolazione -; ed infine, quella degli amministratori privi di delega che siano venuti meno ai loro obblighi di controllo, obblighi di agire il cui adempimento avrebbe impedito il realizzarsi degli eventi concretizzanti violazioni della legge penale.

Relativamente a quest'ultima costellazione di casi, di cui specificamente intendiamo occuparci, assume rilievo il dato per cui la riforma pone un obbligo di ragguglio informativo sia a carico del presidente del consiglio di amministrazione - che stando al nuovo art. 2381, co. 1, Cc, provvede affinché adeguate informazioni sulle materie iscritte all'ordine del giorno vengano fornite a tutti i consiglieri -, sia in capo agli amministratori delegati, i quali, ex art. 2381, co. 5, Cc, «riferiscono al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, con la periodicità fissata dallo statuto e in ogni caso almeno ogni sei mesi, sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate».

⁴ Cfr., fra gli altri, A. Rossi, in F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, I⁵, a cura di C. F. Grosso, Milano 2018, 66 ss.

L'innovazione recata dalla riforma delle società si riflette indirettamente sul diritto penale societario, che, come altri settori del diritto penale economico, è caratterizzato dall'accessorietà in rapporto ad un assetto logicamente e teleologicamente preconstituito di disciplina extrapenale, su cui va ad innestarsi la responsabilità penale; quest'ultima, per altro verso, deve però rispondere a principi e criteri di imputazione propri⁵.

In rapporto agli amministratori non delegati, infatti, viene sancita la dipendenza della loro responsabilità dalle informazioni rese disponibili. In un certo senso, un effetto penalistico della riforma è quello di rendere più chiara e netta, nell'ipotesi in cui uno o più amministratori vengano delegati, la differenza tra (co)autori del reato societario – individuabili proprio in quegli amministratori 'esecutivi' - e meri partecipi. Solo i primi, infatti, disponendo 'alla fonte' delle informazioni necessarie ed agendo quali esecutori, detengono il 'dominio del fatto' o *Tatherrschaft* in termini esclusivi; almeno di regola, ossia al di fuori di ipotesi di determinazione e di 'autore dietro l'autore' su cui non ci si potrà soffermare in questa sede⁶. Gli altri amministratori dipendono dalle informazioni loro rese disponibili; sotto tale profilo, risulta così evidente la possibilità che essi rispondano a titolo di concorso in virtù di tradizionali, striscianti ed 'occulte' forme di responsabilità oggettiva o addirittura per fatto altrui⁷.

In generale, l'espansione di tali vetuste forme di responsabilità, nella prassi giudiziaria inerente al concorso di persone nel reato, discende direttamente, prima ancora che dagli artt. 116 e 117 Cp, dalla stessa clausola generale onnicomprensiva di cui all'art. 110 Cp, che si applica «quando più persone concorrono nel reato». Una tale formula tautologica affida ampiamente all'interprete l'individuazione dei requisiti della responsabilità a titolo di concorso⁸. Così, la partecipazione nel reato

⁵ A. Alessandri, S. Seminara, *op. cit.*, 14-15.

⁶ Si pensi all'amministratore delegante che determini quello/i delegato/i a commettere un reato societario; sulla determinazione come compossesso del dominio finalistico cfr. nella dottr. italiana contemporanea C. Fiore, S. Fiore, *Diritto penale. Parte generale*⁶, Milano 2020, 576 ss. Sulla diversa figura della reità mediata mediante apparati di potere organizzati, la cui applicabilità alle organizzazioni imprenditoriali nei sistemi che accolgono tale figura è tuttavia discussa cfr. per tutti C. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*⁷, Berlin – New York 2000, 242 ss., 249-250, 682; e in part. S. Moccia, *Autoria mediata e 'apparati di potere organizzati'*, in *Arch. pen.* 1984, 388 ss.; in argomento, da altra prospettiva, v. spec. T. Padovani, *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, Milano 1973, 13 ss.

⁷ Sulla responsabilità oggettiva 'occulta', cfr. per tutti F. Mantovani, *Responsabilità oggettiva espressa e responsabilità oggettiva occulta*, in *RIDPP* 1981, 456 ss.; Id., *Diritto penale*⁸⁰, Milano 2017, 387.

⁸ Sull'indeterminatezza dell'art. 110 Cp, cfr. per tutti il condivisibile, autorevole giudizio di G. Vassalli, *Sul concorso di persone nel reato*, in *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul Progetto Grosso*, a cura di A.M. Stile, Napoli 2003, 345-346: «L'art. 110 del codice penale del 1930 è la disposizione più incostituzionale che esista nell'ordinamento italiano, quanto meno nell'ordinamento penale. [...] L'art. 110 viola in modo flagrante sia il principio costituzionale di legalità sia il principio costituzionale d'eguaglianza. [...] L'art. 110 è ancora al suo posto e non ha fatto che gettare semi di ingiustizia, di incertezza, di confusione».

plurisoggettivo eventuale ed in quello necessario – si pensi al cd. concorso esterno – è stata ricostruita secondo i più disparati criteri di rilevanza della condotta concorsuale; talora modificando un precedente esito interpretativo o elaborandone uno nuovo, in ragione della gravità del delitto commesso, delle contingenze politico-mediatiche e persino del mero arbitrio del giudice.

Si pensi alle tendenze altalenanti tra l'indebita estensione smaterializzante ed 'oggettivizzante' dell'area della punibilità a titolo di concorso e - all'opposto - il richiamo al rispetto del principio di personalità della responsabilità penale, che si registrano, in particolare, nella giurisprudenza in tema di adesione morale e di mera presenza sul luogo del reato⁹, laddove la responsabilità per fatto altrui rischia di prescindere da un qualsiasi contributo oggettivo alla realizzazione del fatto; oppure, ad esempio, nelle decisioni circa la responsabilità di associati, specie se appartenenti ai vertici delle associazioni, per reati commessi da altri associati, laddove si scivola verso forme di responsabilità cd. di posizione¹⁰; oppure, ancora – ciò che riguarda da vicino l'oggetto delle nostre considerazioni - nelle pronunce in tema di concorso omissivo in reato commissivo¹¹, laddove l'indeterminatezza dovuta

⁹ Cfr. ad es. la puntuale rassegna di G. Morgante, *Art.110*, in *Codice penale*⁷, a cura di T. Padovani, Tomo I, Milano 2019, 771 ss.

¹⁰ Cfr. ad es. Corte di assise di Genova, sent. 26.2.1983, Azzolini e altri, in *FI*, II, 1984, 187; nella massima si legge che «nella specie, si è affermata la responsabilità a titolo di concorso morale, rispetto ai reati commessi dai singoli partecipi della banda armata denominata “Brigate rosse”, dei componenti del cd. comitato esecutivo delle B.R. che avevano partecipato alle sedute ... nelle quali erano stati individuati obiettivi generali, delegando ai dirigenti locali dell'organizzazione eversiva la scelta degli obiettivi da colpire in concreto, dei tempi e delle modalità dell'azione»; Corte di assise di Roma, sent. 24.1.1983, Andriani e altri, in *FI*, II, 1984, 188, per la quale «dei reati commessi dai partecipi di banda armata in attuazione del programma comune rispondono a titolo di concorso morale, a norma dell'art. 110 Cp, anche i membri dei centri decisionali della banda stessa, cioè quei soggetti che rivestono una peculiare qualifica di vertice, salvo che non sia provata o risulti *aliunde* la loro totale estraneità alle diverse fasi deliberative, preparatorie e operative del delitto». Anche in dottrina si è talora affermato che nei confronti dei capi e degli organizzatori della banda armata, in ragione di tale posizione, il concorso morale sarebbe elemento «necessario e obbligato» atteso che «i singoli delitti sono una naturale concretizzazione del programma associativo; così G. Caselli, A. Perduca, *Terrorismo e reati associativi: problemi e soluzioni giurisprudenziali*, in *GI* 1982, IV, 238. Tuttavia, per una critica di simili orientamenti giurisprudenziali, cfr. fra gli altri spec. E. Gallo, *Concorso di persone nel reato e reati associativi*, in *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela*, a cura di M. De Acutis e G. Palombarini, Padova 1984, 132-133; A. Gamberini, *Responsabilità per reato associativo e concorso nei reati-fine*, in *FI* 1986, II, 150 ss.; C. De Maglie, *Teoria e prassi dei rapporti tra reati associativi e concorso di persone nei reati-fine*, in *RIDPP* 1987, 939-940; G. De Francesco, *Dogmatica e politica criminale nei rapporti tra concorso di persone ed interventi normativi contro il crimine organizzato*, in *RIDPP* 1994, 1272 ss.; Id., *Paradigmi generali e concrete scelte repressive nella risposta penale alle forme di cooperazione in attività mafiosa*, in *CP* 1996, 3488 ss.; T. Padovani, *Il concorso dell'associato nei delitti-scopo*, in *RIDPP* 1998, 764-765; A. Cavaliere, *Associazione per delinquere*, in *Delitti contro l'ordine pubblico, Trattato di diritto penale, Parte speciale*, a cura di S. Moccia, V, Napoli 2007, 281 ss.

¹¹ A. Di Martino, *Concorso di persone*, in *Le forme di manifestazione del reato*, a cura di G. De Francesco, vol. II del *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, a cura di F. Palazzo e C.E. Paliero, Torino 2011, 193 ss.; G. Morgante, op. cit., 780 ss.

all'onnicomprendività dell'art.110 Cp si moltiplica per effetto dell'applicabilità, notevolmente incerta nell'*an* e nel *quomodo*, dell'ulteriore clausola generale di cui all'art.40 cpv. Cp.

2. In rapporto alla materia che ci occupa, l'applicazione della disciplina del concorso di persone nel reato presuppone che si tenga nel debito rilievo il dato per cui le condotte dei partecipi si inseriscono in un contesto caratterizzato da organi societari prestabiliti e disciplinati da fonti normative o da statuti societari. A differenza, ad esempio, dei reati associativi, ove l'organizzazione viene a costruirsi in maniera 'informale' - o comunque sprovvista di forma giuridica - al fine della commissione di reati, nel settore societario l'organizzazione, la partecipazione e, quindi, in particolare, la formazione del consiglio di amministrazione e le relative regole di funzionamento sono oggetto di norme giuridiche.

Inoltre, la regolazione legislativa extrapenale condiziona anche l'individuazione delle posizioni di garanzia di cui all'art.40 co. 2 Cp, sia pure definendo presupposti necessari, ma non sufficienti a dar luogo a responsabilità penale¹².

Nell'ipotesi, dunque, della realizzazione di un fatto di reato da parte di uno o più amministratori delegati, la responsabilità degli amministratori privi di delega può realizzarsi solo a titolo di concorso e per una condotta atipica alla stregua della norma incriminatrice; e laddove non possa configurarsi un contributo commissivo verrà in questione la configurabilità di un concorso omissivo nel reato societario¹³.

In dottrina ed in giurisprudenza, ha assunto rilievo centrale, come vedremo, il problema dei requisiti per affermare la sussistenza del dolo nel concorrente che ometta

¹² Sul punto cfr. C. Pedrazzi, *Corporate governance e posizioni di garanzia: nuove prospettive?*, in AA.VV., *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, II, Milano 2002, 1375 ss.; P. Magri, M. De Paolis, *Modelli di organizzazione ed esenzione di responsabilità*, in AA.VV., *Diritto penale delle società*, Padova 2014, 975, per i quali, in riferimento allo specifico organismo di vigilanza di cui al d.lgs. n.231/2001, quest'ultimo avrebbe un mero obbligo di informazione, e pertanto la responsabilità dei suoi membri avrebbe una coloritura meramente civilistica. Valutazioni diverse vanno svolte in riferimento all'organo di vigilanza di cui all'art.52 d.lgs. n. 231/2007, laddove il detto organismo è chiamato a controllare l'osservanza delle prescrizioni e ad effettuare determinate comunicazioni «inerenti alle violazioni delle disposizioni antiriciclaggio». In tal caso, l'obbligo si radica nelle previsioni espresse di cui all'art.55 del detto decreto, secondo cui «Chi, essendovi tenuto, omette di effettuare la comunicazione di cui all'art.52, comma 2, è punito con la reclusione fino a un anno e con multa da 100 a 1.000 euro». In generale, v. F. Centonze, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari*, in RS 2012, 2-3, 317.

¹³ In argomento, per un dettagliato quadro ricostruttivo degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali, cfr. A. Di Martino, op. cit., 193 ss. più in generale sul concorso omissivo in reato commissivo v. tra gli altri spec. G. Fiandaca, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano 1979, 176 ss.; L. Bisori, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e nella giurisprudenza italiane*, in RIDPP 1998, 1375 ss.; L. Risicato, *La partecipazione mediante omissione a reato commissivo*, in RIDPP 1995, 1267 ss.; Ead., *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, Milano 2001, 376 ss.; I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino 1999, 353 ss.

di intervenire pur in presenza di chiari segnali d'allarme. Tuttavia, preliminarmente occorre soffermarsi su alcuni significativi requisiti di ordine oggettivo del concorso omissivo nelle ipotesi di cui si discute.

Infatti, in primo luogo va ricordato che la configurabilità di un concorso omissivo dell'amministratore non delegante presuppone la possibilità di applicare in via generale la clausola di cui all'art.40 cpv. Cp nelle ipotesi di concorso di persone; possibilità che, com'è noto, parte della dottrina esclude in rapporto ai reati di mera condotta¹⁴. Del resto, sembra a prima vista problematico intendere l'espressione «non impedire un evento...» di cui all'art.40 cpv. come riferita ad un qualunque reato, senza cadere in un'analogia *in malam partem*¹⁵. Tuttavia, a tali considerazioni critiche altra parte della dottrina ha opposto il fondato rilievo secondo cui nel concorso di persone, anche in rapporto a fattispecie causalmente orientate, il contributo concorsuale risulta sovente causale, *rectius* strumentale, rispetto alla condotta altrui e non direttamente all'evento¹⁶.

Qualora si ritenga superato un tale ostacolo, occorre ancora che il ruolo dell'amministratore non delegato possa ritenersi fonte di una vera e propria posizione di garanzia, che consista cioè nel dovere di impedire l'evento e non semplicemente di "vigilare" o sorvegliare¹⁷, né soltanto di attivarsi, votando in senso contrario ad una delibera o magari denunciando all'autorità la commissione di reati societari¹⁸. Ebbene, che l'amministratore non esecutivo disponga di un tale potere di impedimento non risulta allo stato dimostrato con la dovuta chiarezza¹⁹; un tale potere potrebbe configurarsi soltanto limitatamente alle ipotesi in cui possa risultare impeditiva l'avocazione di operazioni rientranti nella delega, prevista dall'art.2381 co.3 prima parte Cc.

Ma, anche a voler ammettere, sia pure solo in parte, una configurabilità del concorso omissivo in reato commissivo, occorre tener conto del problema della (prova della) causalità omissiva: si dovrebbe cioè dimostrare che, qualora l'amministratore non delegato si fosse attivato, egli sarebbe riuscito con «elevato grado di credibilità

¹⁴ In tal senso per tutti G. Fiandaca, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., 113; L. Riscato, *La partecipazione mediante omissione a reato commissivo*, op. loc. cit.

¹⁵ C. Fiore, S. Fiore, *op. cit.*, 262.

¹⁶ G. De Francesco, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino 2018, 658-659.

¹⁷ Sulla distinzione tra obblighi di impedimento, obblighi di sorveglianza, obblighi di attivarsi cfr. per tutti F. Mantovani, *op. cit.*, 158 ss.; I. Leoncini, *op. cit.*, *passim*.

¹⁸ Nel senso dell'inesistenza di un tale obbligo di denuncia, cfr. peraltro condivisibilmente A. Alessandri, S. Seminara, *op. cit.*, 80.

¹⁹ Cfr. G. De Francesco, *Diritto penale*, cit., 662: «Restano, invero, pur sempre attuali i rilievi della dottrina volta a sottolineare come i 'poteri impeditivi' [...] non potessero (e non possano) esser facili da identificare, e soprattutto, da esercitare in concreto». Per una chiara distinzione tra obblighi di vigilanza ed impeditivi e nel senso dell'esclusione di tali poteri impeditivi nell'ipotesi degli amministratori non esecutivi, v. spec. M. Ambrosetti, E. Mezzetti, M. Ronco, *Diritto penale dell'impresa*⁴, Bologna 2016, 116-117.

razionale» - criterio di origine dottrinale, notoriamente recepito dalla sent. Cass. S.U. 12.7.2002, Franzese²⁰ - ad impedire l'evento, ovvero il reato. Una tale efficacia causale impeditiva in concreto - che non può certo essere presunta sulla base della già problematica esistenza in astratto di poteri impeditivi - risulta di arduo accertamento. E proprio tali problemi apparentemente insormontabili del giudizio causale hanno comprensibilmente indotto autorevole dottrina alla ricerca di innovativi criteri di imputazione in rapporto al concorso di persone, indicando quello della strumentalità²¹.

Solo dopo aver affrontato e definito tali questioni nel senso di ammettere la possibilità di imputare oggettivamente l'evento anche all'amministratore non delegato, si pone un ulteriore problema: quello se la sua omissione presenti anche il necessario disvalore personale, e se esso sia doloso o colposo.

Viene qui in considerazione un elemento fondamentale della struttura del fatto tipico omissivo: la possibilità di agire, in senso sia naturalistico che giuridico²². Lo stesso brocardo *ad impossibilia nemo tenetur* sta ad indicare il dato, valorizzato in particolare dalla dottrina finalistica dell'azione nel dibattito intorno al concetto unitario di azione²³, secondo cui la condotta omissiva intanto può essere tipica, in quanto rappresenti un non agire possibile, ovvero il mancato esercizio di un dominio, di una signoria possibile sull'accadimento. In altri termini, l'omissione in tanto è tipica, in quanto sia connotata nel senso della finalità potenziale. A seconda delle diverse concezioni dommatiche della struttura del fatto omissivo, si può ritenere che la possibilità di agire costituisca un criterio indispensabile di imputazione obiettiva dell'evento nell'omissione²⁴, oppure che l'impossibilità impedisca, come si è accennato, di ravvisare nella condotta un'azione finalistica, oppure ancora che essa escluda la misura oggettiva della colpa. Peraltro, in tale ultima ipotesi non si

²⁰ In FI 2002, II, 601, con nota di O. Di Giovine.

²¹ Cfr. G. De Francesco, *Diritto penale*, cit., 648 ss., 652 ss.

²² Si tratta di un dato incontroverso nella manualistica: cfr. per tutti G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*⁸, Bologna 2019, 628.

²³ Cfr. spec. D. Santamaria, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, Napoli 1955, 217: l'omissione «rispetto all'azione si trova in rapporto di potenziale finalità [...] Solo il dominio finalistico del fatto [...] traduce un non far niente in omissione»; v. pure C. Fiore, S. Fiore, op.cit., 166 ss.; in argomento, da altra prospettiva G. Marinucci, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano 1971, *passim*.

²⁴ Un non agire impossibile costituisce una condotta che non aumenta *ex ante* il rischio di realizzazione dell'evento, né avrebbe senso l'imputazione del non agire impossibile dal punto di vista delle funzioni del diritto penale; per un esplicito collegamento tra imputazione oggettiva dell'evento e funzione della pena, cfr. C. Roxin, *Sulla fondazione politico-criminale del sistema del diritto penale*, in *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, Napoli 1998, 178-179: «La dottrina dell'imputazione obiettiva, interpretando l'azione tipica quale realizzazione di un rischio non consentito [...] costruisce l'illecito, indipendentemente dalle sue diverse forme ontologiche di manifestazione, facendo riferimento alla funzione del diritto penale ed includendovi quelle valutazioni, mediante le quali soltanto viene davvero costituita l'azione tipica (rischio non consentito, ambito del *Tatbestand*)».

spiegherebbe perché l'imputazione dell'evento debba essere esclusa anche quando chi omette vuole proprio l'evento che non potrebbe comunque impedire: in tal caso, infatti, sussisterebbe un fatto doloso e, quindi, se l'impossibilità di agire fosse ritenuta elemento che esclude la colpa, non si potrebbe escludere la tipicità del fatto doloso, a meno di non sostenere la tesi, alquanto forzata, secondo cui «non c'è dolo senza colpa»²⁵.

Ad ogni modo, la possibilità di dominare l'accadimento si articola comunque nella possibilità di conoscerlo, in quella di agire e, qualora si tratti di reato di evento, in quella di impedire l'evento. Quest'ultimo elemento si distingue dal giudizio controfattuale rilevante in sede di causalità, a cui si è accennato poc'anzi, perché dal punto di vista del disvalore della condotta omissiva rileva la prospettiva *ex ante*, vale a dire la dominabilità dell'evento al momento in cui poteva esigersi la condotta attiva e secondo le conoscenze di un agente modello²⁶.

In relazione al problema che ci occupa, ciò significa che l'amministratore non delegato deve disporre delle informazioni necessarie per rappresentarsi il dovere di agire per impedire l'evento; deve disporre della possibilità naturalistica e dei poteri giuridici per agire, e non per un qualsiasi agire – ad esempio, per una segnalazione all'autorità –, ma un agire impeditivo dell'evento²⁷.

La possibilità di agire, in particolare la possibilità di un «agire informato», è dunque un requisito oggettivo dell'omissione tipica, comune sia a fattispecie colpose che dolose: del resto, la possibilità di un concorso dell'amministratore non delegato nel fatto di uno o più amministratori delegati sta e cade, di regola, con il dolo del concorrente.

²⁵ G. Marinucci, *Non c'è dolo senza colpa. Morte della «imputazione dell'evento» e trasfigurazione della colpevolezza?*, in *RIDPP* 1991, 3 ss.; criticamente in proposito S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, 137 ss.; A. Cavaliere, *Riflessioni intorno ad oggettivismo e soggettivismo nella teoria del reato*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C. E. Paliero, II, *Teoria della pena. Teoria del reato*, Milano 2006, 1443 ss.

²⁶ Sul punto di vista *ex ante* rilevante per il disvalore della condotta, distinto da quello rilevante ad es. in relazione al pericolo concreto, v. per tutti F. Angioni, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*², Milano 1994, 172 ss., 224 ss.; nella dottrina d'oltralpe, v. spec. J. Wolter, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Berlin 1981, 29-30, 34-35, che distingue tra «condotta che aumenta il rischio (risikoe erhöhendes Verhalten)», in una prospettiva *ex ante*, ed «evento di aumento del rischio (Risikoeerhöhungserfolg)», da valutare *ex post*.

²⁷ In riferimento ai riflessi penalistici della recente riforma in materia di crisi d'impresa, sottolinea opportunamente la necessaria presenza di poteri impeditivi, onde evitare l'espansione incontrollata di posizioni di garanzia degli amministratori, A. Alessandri, *Novità penalistiche nel codice della crisi d'impresa*, in *RIDPP* 2019, 1839-1840; in senso analogo A. Rossi, *I profili penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: luci ed ombre dei dati normativi, in un contesto programmatico. I 'riflessi' su alcune problematiche in campo societario*, *ivi*, 1181 ss.

Diversamente, la normativa civilistica relativa ai doveri d'informazione – di informare e di essere informati – è declinata in termini sostanzialmente di colpa, perché mira essenzialmente a prevenire fatti colposi²⁸.

Peraltro, attesa la modifica dell'art. 2392, co. 1, Cc, per il quale «gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze», il parametro di diligenza introdotto dal legislatore, stando alla relazione di accompagnamento del decreto, non va inteso nel senso che «gli amministratori debbono necessariamente essere periti in contabilità, in materia finanziaria, e in ogni settore della gestione e dell'amministrazione dell'impresa sociale, ma significa che le loro scelte devono essere informate e meditate, basate sulle rispettive conoscenze e frutto di un rischio calcolato, non di irresponsabile o negligente improvvisazione»²⁹.

In una inadeguata disciplina dei flussi informativi possono annidarsi forme di responsabilità oggettiva occulta³⁰. Ed in effetti, non può sottacersi che i doveri di informazione imposti all'amministratore risultano alquanto ambigui ed indeterminati. Inoltre, la legge non ha preso in considerazione la necessità di affiancare al dovere di informazione anche un correlativo potere di tipo ispettivo, di fatto limitando la possibilità per l'amministratore (controllore) di accedere ad informazioni che non siano state 'depurate' dagli amministratori operativi (controllati). Non a caso, diversamente dagli amministratori, l'art. 2403 bis, co. 1 Cc, ha introdotto, esclusivamente per i sindaci, un potere di ispezione e controllo, da esercitarsi «in qualsiasi momento», sia quale organo nel suo complesso, sia in autonomia da parte del singolo sindaco, secondo le formalità disciplinate dall'art. 2403 bis, co. 3, Cc³¹.

Complessivamente, all'acquisizione consolidata circa la centralità della possibilità di agire e, dunque, della possibilità di conoscere gli elementi di fatto su cui si fonda il dovere d'intervento impeditivo corrisponde la costatazione diffusa circa la

²⁸ Cfr. in tal senso già G. Marinucci, M. Romano, *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in AA.VV., *Il diritto penale delle società commerciali*, Milano 1971, 689.

²⁹ Non è di poco momento osservare che nello *Schema di d.lgs. - Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della L. 366/2001 - Relazione*, in www.giustizia.it, si specifica: «La eliminazione dal precedente secondo comma dell'art. 2392 dell'obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione, sostituita da specifici obblighi ben individuati (v. in particolare gli artt. 2381 e 2391), tende, pur conservando la responsabilità solidale, ad evitare sue indebite estensioni che, soprattutto nell'esperienza delle azioni esperite da procedure concorsuali, finiva per trasformarla in una responsabilità sostanzialmente oggettiva, allontanando le persone più consapevoli dall'accettare o mantenere incarichi in società o in situazioni in cui il rischio di una procedura concorsuale le esponeva a responsabilità praticamente inevitabili. Si tratta di un chiarimento interpretativo di notevole rilevanza, avuto riguardo alle incertezze dell'attuale prevalente giurisprudenza».

³⁰ A. Alessandri, S. Seminara, *op. cit.*, 78: «L'amministratore risponderebbe perché "era lì"»; cfr. in senso analogo E.M. Ambrosetti, E. Mezzetti, M. Ronco, *op. cit.*, 100.

³¹ A. Alessandri, S. Seminara, *op. cit.*, 76.

difficoltà di un agire realmente informato in una situazione in cui l'amministratore non delegato non ha il dominio delle informazioni, ma, al contrario, dipende sostanzialmente da altri, che detengono la 'signoria' delle fonti e dei flussi informativi.

3. La giurisprudenza di legittimità si è posta il problema di evitare che comportamenti solo colposi potessero essere contrabbandati, attraverso un utilizzo disinvolto del dolo eventuale, per volontarie omissioni. Con due decisioni fra loro vicine, la Cassazione ha tentato di individuare dei criteri utili a tal fine. Nella prima decisione³² si è stabilito che «l'analisi del profilo della responsabilità discendente dall'art. 40 Cp, co. 2, per condotte connotate da volontarietà, e la configurazione della posizione di garanzia che qualifica il ruolo dell'amministratore, evidenzia due momenti, tra loro complementari, ma idealmente distinti ed entrambi essenziali. Il primo postula la rappresentazione dell'evento, nella sua portata illecita; il secondo - discendente da obbligo giuridico - l'omissione consapevole nell'impedirlo. Entrambe queste condizioni debbono ricorrere nel meccanismo tratteggiato dal nesso di causalità giuridico di cui si discute. Non è, quindi, responsabile chi non abbia avuto rappresentazione del fatto pregiudizievole (sì che l'omissione dell'azione impeditiva non risulti connotata da consapevolezza)». Peraltro, la Cassazione ha precisato che non può esservi equiparazione tra conoscenza e conoscibilità dell'evento che si deve impedire, attenendo - sempre secondo la Corte - la prima all'area del dolo e la seconda, quale violazione ai doveri di diligenza, all'area della colpa. La Cassazione ha aggiunto che «l'amministratore (ed è indifferente che egli sia o meno dotato di delega) è penalmente responsabile (art. 40, co. 2, Cp) per la commissione dell'evento che ebbe a conoscere (anche se al di fuori dei prestabiliti mezzi informativi) e che, pur potendo, non scongiurò. Altro discorso, ancora, attiene alla conoscibilità dell'evento e, quindi, per restare nell'area del fatto volontario, della situazione desunta dalla percezione dei segnali di pericolo o di sintomi di patologia insiti nell'operazione coinvolgente la società, evincibili dagli atti sottoposti alla sua attenzione. [...] Occorre per l'accusa la dimostrazione della presenza di segnali perspicui e peculiari in relazione all'evento illecito, nonché l'accertamento del grado di anormalità di questi sintomi, non in linea assoluta, ma per l'amministratore non operativo (oltre, per quanto dinanzi detto, la prova della percezione degli stessi in capo agli imputati)».

Sembrerebbe, dunque, potersi affermare che le riforme di cui al già richiamato d.lgs. n. 6/2003, pur non avendo apportato sostanziali modifiche ai poteri ed agli obblighi degli amministratori non operativi e dei sindaci, abbiano ristretto l'ambito

³² Cass. pen., 4.5.2007, n.23838, Amato, in *Soc.* 2008, 899, con nota di D. Pulitanò; v. anche Cass. pen., 3.10.2007, n. 43101, Mazzotta, in www.dejure.it; Cass. pen., 5.11.2008, n. 45513, Ferlatti, in www.dejure.it; Cass. pen., 16.4.2009, n. 36595, Bossio, in www.dejure.it; Cass. pen., 19.10.2011, n.41136, in www.penalecontemporaneo.it.

della responsabilità penale di tali soggetti con l'introduzione dei due richiamati criteri: da un lato, quello dell'agire informato, che sostiene il mandato gestorio previsto dall'art. 2381, co. 5, Cc; dall'altro, quello dell'obbligo di informare posto in capo al presidente del consiglio di amministrazione ed all'amministratore delegato. Infatti, secondo un'ulteriore pronuncia della Cassazione, siffatte modifiche relative ai poteri degli amministratori e dei sindaci - ai quali non sembra più competere un generale obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione, che è stato sostituito dall'obbligo di intervenire nel momento in cui siano stati debitamente informati di quanto sta per essere deciso dagli organi sociali - «non possono non incidere sulla responsabilità penale ex art. 40, cpv., Cp, che trova il suo fondamento in una disposizione normativa che impone il dovere di intervenire [...] Quindi, per affermare la responsabilità penale dei soggetti in considerazione è necessario che vi sia la prova che gli stessi siano stati debitamente informati oppure che vi sia stata la presenza di segnali peculiari in relazione all'evento illecito, nonché l'accertamento del grado di anormalità di questi sintomi [...]. La mancata attivazione di tali soggetti, in presenza di tali circostanze, comporta l'affermazione della penale responsabilità avendo la loro omissione cagionato, o contribuito a cagionare, l'evento di danno»³³.

Al di là dei *caveat* apparentemente rassicuranti della Cassazione, restano, sul piano generale, le difficoltà che si incontrano quando dal piano astratto bisogna spostarsi sul piano dell'accertamento in concreto dell'esistenza dell'elemento psicologico nei reati omissivi impropri, atteso che, diversamente dai reati commissivi, qui la volontà si concretizza nella decisione di non intervenire. E, naturalmente, in queste ipotesi l'accertamento dell'elemento volitivo si complica, poiché l'autore del reato - nel caso di specie, l'amministratore inerte - non acquisisce consapevolezza che altri stiano consumando un delitto con l'immediatezza che solitamente accompagna il dolo nell'autore del reato commissivo, in cui vi è un «pilotaggio di un agire positivo»³⁴. Appare evidente che i due momenti della rappresentazione degli elementi della fattispecie oggettiva e della decisione di non agire per impedire l'evento siano intimamente connessi. Su questo difficile crinale, in presenza dell'elemento rappresentativo e in assenza della prova di quello volitivo, non dovrebbero adottarsi scorciatoie probatorie; la mancata azione, invero, non basta per concretizzare la volontà di non agire.

Ma è già sul piano della rappresentazione, che costituisce il necessario presupposto della volontà quale componente necessaria del dolo (anche) omissivo, che

³³ Cass. pen., 16.4.2009, n. 36595, Bossio, cit. In termini simili anche Cass. pen., 10.2.2009, n. 9736, Cacioppo, in *www.dejure.it*, per la quale, in sintesi, la rappresentazione eventuale dell'evento e l'accettazione del rischio deve risultare, al di là ed anche in contrasto con le informazioni date dall'amministratore e/o dagli amministratori operanti, da segnali perspicui, peculiari nonché anomali.

³⁴ Così, C. Fiore, *op.cit.*, 271.

l'orientamento giurisprudenziale ricordato presenta incertezze non trascurabili. Infatti, i segnali «perspicui e peculiari» sono tali per chi è oggettivamente nelle condizioni di coglierli, secondo il criterio delle conoscenze ascrivibili a – o, esigibili da – un agente modello: ovvero, secondo regole di diligenza tradizionalmente ricondotte alla colpa, intese quali indicative di una finalità potenziale dalla dottrina finalistica dell'azione. Nella diversa prospettiva dell'imputazione obiettiva dell'evento, che, si ricorda, risulta applicabile sia ai reati dolosi che a quelli colposi, i predetti segnali devono essere tali da fondare un rischio non consentito di realizzazione dell'evento, imponendo così all'autore un obbligo giuridico di intervento.

Ebbene, da qualunque tra le prospettive indicate si intenda cogliere il significato del riferimento ai segnali «perspicui e peculiari», è evidente che viene in considerazione esclusivamente un disvalore oggettivo della condotta, ovvero la possibilità di percepire gli elementi di fatto che fondano l'obbligo di agire. Ma ricavare da ciò il dolo o anche la sola colpa cosciente, o con previsione dell'evento, significherebbe ricorrere ad un'oggettivizzazione e normativizzazione di tali coefficienti soggettivi, controversa già in rapporto alla colpa cosciente, ma assolutamente intollerabile in rapporto al dolo³⁵. Non si può ravvisare il dolo in base alla mera presenza oggettiva di un rischio elevato: sotto tale profilo, il criterio giurisprudenziale dei «segnali» per un verso ripropone tendenze oggettivizzanti nella dottrina del dolo, per altro tende a confondere concetto e prova del dolo, ovvero elementi ed indizi dello stesso. Ma, sebbene su un piano sostanzialmente sociologico possa parlarsi di un'«equivalenza funzionale», per cui nel processo penale è possibile raggiungere lo stesso risultato o riducendo i requisiti del dolo oppure semplificandone la prova attraverso presunzioni³⁶, sul piano dei principi di un'imputazione conforme a personalità della responsabilità penale, nonché ad esigenze costituzionalmente imposte di proporzionalità/ragionevolezza, i requisiti del dolo non possono essere scambiati con meri indizi dello stesso. E dunque, la presenza di segnali anche univoci di pericolo può indiziare la rappresentazione del fatto, ma tale indizio può essere contraddetto da altri: altrimenti si ricade nella figura, almeno a parole tanto vituperata, del *dolus in re ipsa*.

Per altro verso, non può neppure sostenersi che la percezione di quei segnali – una volta che la si ritenga provata – equivalga alla previsione dell'evento³⁷: l'autore può

³⁵ In senso particolarmente critico al riguardo, condivisibilmente, M. Ambrosetti, E. Mezzetti, M. Ronco, op.cit., 109-110; v. pure A. Rossi, *I profili penalistici*, cit., 1182.

³⁶ Si tratta del meccanismo più volte analizzato da K. Volk, *Dolus ex re*, in *Sistema penale e criminalità economica. I rapporti tra dommatica, politica criminale e processo*, Napoli 1998, 120 ss. («*Dolus ex re* e costruzioni funzionalmente equivalenti»); Id., *Diritto penale ed economia*, ivi, 204 ss. («Concetto e prova»).

³⁷ Nello stesso senso A. Rossi, op. cit., 76: «La percezione di un sintomo di allarme non implica di per sé la rappresentazione del reato *in itinere*».

aver effettivamente percepito i segnali e, tuttavia, non essersi rappresentato l'evento come probabile o possibile, oppure può aver confidato che esso non si realizzasse. In definitiva, anche la percezione di segnali univoci di rischio può essere accompagnata dalla rappresentazione di controfattori tali da neutralizzare, nella mente dell'amministratore non operativo, la previsione dell'evento o da indurre a ritenere che esso non si realizzi³⁸. In ogni caso, anche ove una tale previsione sussistesse, ciò non basta a configurare il dolo. Una tale, necessaria distinzione tra elemento rappresentativo e volitivo del dolo è talora affiorata anche nella oscillante giurisprudenza relativa al tema di cui si discute, in particolare nella sent. Cass. pen., V sez., 2.11.2012, n.42519³⁹. Ma in generale valgono, in proposito, le considerazioni che la dottrina prevalente e la stessa recente giurisprudenza delle Sezioni unite in tema di dolo oppongono alla riduzione di quest'ultimo a mera 'previsione positiva' dell'evento⁴⁰.

In conclusione, pure a fronte di una riforma del diritto societario orientata nel senso di delimitare l'ambito di responsabilità anche ed in particolare degli amministratori non operativi, residuano - sia per ragioni di indeterminatezza legislativa, sia a causa di orientamenti giurisprudenziali non privi di incertezze - spazi preoccupanti per il perpetuarsi di forme di responsabilità di posizione ed oggettiva, almeno in relazione al tema oggetto della nostra indagine.

³⁸ A. Rossi, *op.cit.*, 81; N. Menardo, *La responsabilità penale omissiva degli amministratori privi di delega*, in www.penalecontemporaneo.it, 19.11.2015, 12, in riferimento alla «fiducia riposta - pur se colpevolmente - nelle capacità del manager e nella sua apparente affidabilità».

³⁹ In www.penalecontemporaneo.it, 14.2.2013, con nota di A. Ingrassia, *La Suprema Corte e il superamento di una responsabilità di posizione per amministratori e sindaci: una decisione apripista?* Cfr. pure Cass. pen., 7.4.2016, n.14045, in *GI* 2016, 2250 ss., con nota di M. Caputo, *La mossa dello struzzo: i segnali di allarme tra willful blindness e dolo come volontà*.

⁴⁰ Cfr. in proposito per tutti G. Fiandaca, E. Musco, *op.cit.*, 385 ss.; G. De Francesco, *Diritto penale*, cit., 425-426, per una distinzione particolarmente puntuale tra dolo eventuale e colpa cosciente, in un confronto dialettico con la sent. Cass. pen. S.U. 24.4.2014, pubblicata ad es. in *CP* 2015, 426 ss., sul caso Thyssen - Krupp.