

Profili penali dell'attività degli amministratori di società commerciali

Criminal law aspects of the activities of company directors

Luigi Cornacchia

Ordinario di diritto penale nell'Università degli Studi di Bergamo

Sommario: 1. Le coordinate della responsabilità penale dei membri dell'organo collegiale di gestione. – 2. Il rilievo del differenziale informativo. – 3. Le dinamiche delle decisioni collegiali: centralità dell'affidamento. – 4. La diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle specifiche competenze *ex art.* 2392. – 5. Amministratore dissenziente. – 6. Il criterio dell'agire informato come paradigma del ruolo di amministratore: obbligo di chiedere informazione e affidamento. – 7. Amministrazione collegiale: prerogative e obblighi. – 8. La responsabilità degli amministratori di società di capitali: la dimensione collegiale dei poteri degli amministratori non esecutivi. – 9. Identificazione di omessa vigilanza e omesso impedimento nell'interpretazione giurisprudenziale. – 10. La configurazione del concorso per omessa vigilanza come immagine speculare della partecipazione morale. – 11. Insussistenza di poteri interdittivi o conformativi connessi alla vigilanza collegiale. – 12. Responsabilità penale degli amministratori da deviazione funzionale. – 13. Reati dell'organo collegiale *versus* reati dei singoli amministratori. – 14. Dolo concorsuale dell'amministratore non esecutivo. – 15. Le conoscenze speciali dell'amministratore non operativo relative all'illiceità di operazioni oggetto di deliberazione. – 16. La responsabilità penale degli amministratori di fronte alla crisi d'impresa. – 17. Considerazioni conclusive: deviazioni funzionali nella prassi interpretativa giurisprudenziale.

ABSTRACT

La responsabilità dei membri del consiglio di amministrazione di società commerciali rispetto alle delibere illecite assunte dall'organo collegiale consiste nell'uso deviato della propria funzione, che può avvenire in tre modi: per il voto espresso; per l'accordo finalizzato all'approvazione della delibera (collusione); per induzione degli altri membri. Va esclusa invece una responsabilità da omesso impedimento *ex art.* 40, co.2, c.p., in quanto gli amministratori non hanno poteri interdittivi o conformativi nei confronti delle condotte degli altri. Piuttosto il

delegante ha il dovere di trasferire correttamente la funzione, quindi di organizzare correttamente la compliance. Fondamentali nella valutazione della responsabilità dei membri di organi collegiali sono i flussi informativi di cui ciascuno di essi dispone, specialmente nell'ambito delle organizzazioni complesse di grandi dimensioni. Le relazioni tra membri del consiglio d'amministrazione sono improntate alla regola intersoggettiva dell'affidamento: i componenti dell'organo collegiale possono riporre piena fiducia nell'informazione fornita dagli amministratori delegati.

The criminal responsibility of the members of the board of directors of commercial companies with respect to the illegal resolutions taken by the collegial body consists in the deviated use of their function, which can occur in three ways: by the vote expressed; by the agreement aimed at approving the resolution (collusion); by induction of the other members. However, liability for omitted impediment pursuant to art. 40, co. 2, c.p. must be excluded, as the directors have no interdiction or conformation powers with respect to the conduct of others. Rather, the delegating party has the duty to correctly transfer the function, therefore to correctly organize compliance. Fundamental in assessing the responsibility of members of collegial bodies are the informations that each of them has at their disposal, especially in the context of large complex organizations. The relationships between members of the board of directors are based on the intersubjective rule of trust: the members of the collegial body can place full trust in the information provided by the managing directors.

1. Le coordinate della responsabilità penale dei membri dell'organo collegiale di gestione.

La responsabilità penale degli amministratori di società commerciali va analizzata nel contesto della struttura organizzativa collegiale in cui si svolge la loro attività¹.

Innanzitutto va considerata la commissione di reati propri che prevedono la qualifica soggettiva di amministratore: così reati societari, dal momento che ai sensi dell'art. 135 del D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385 le disposizioni contenute nel titolo XI del libro V del Codice civile si applicano anche "a chi svolge funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso banche", reati fallimentari (artt. 223-226 R.D. 16 marzo 1942, n. 267), abusi di mercato (artt. 184 ss. del TU finanza

¹ Fatta salva la possibilità della commissione di specifici reati *uti singuli*: su questo profilo v. § 13.

V, d.lgs 58/1998), nonché fattispecie che incriminano condotte di ostacolo a un corretto esercizio del controllo (da parte dei soci o di altri organi sociali, art. 2625 c.c.; rispetto alle funzioni attribuite alle autorità di pubblica vigilanza, art. 2638 c.c.).

Inoltre, possono essere abbozzati quattro schemi di responsabilità plurisoggettivo.

Il primo riguarda in generale l'ambito delle delibere d'impresa assunte dal consiglio d'amministrazione (o del consiglio di gestione *ex art. 2409-octies* e art. 2409-*novies* c.c. nel modello "dualistico", o del consiglio di amministrazione del modello "monistico" *ex art. 2409 sexiesdecies* c.c.): organo collegiale in cui l'attività del singolo amministratore di per sé si esplica attraverso il voto alla decisione, rispetto alla quale giocano un ruolo precipuo gli amministratori delegati o esecutivi. La condotta del singolo consigliere potrà integrare concorso doloso *ex art. 110* o cooperazione colposa *ex art. 113 c.p.* nell'illecito penale oggetto di delibera, che potrà essere un reato proprio (dello schema precedente), ma anche un reato comune attinente all'attività d'impresa (ad esempio contro l'ambiente, o la salute e la sicurezza nei luoghi di lavoro, o relativo alla messa in circolazione di prodotto pericoloso per i consumatori).

Il secondo è tipico delle decisioni collegiali, che sono spesso precedute da accordi di coalizione – di per sé legittimi ma – orientati a favorire il formarsi della maggioranza richiesta per l'approvazione della delibera illecita: la *collusione* è una peculiare situazione di concorso, una organizzazione che può essere modulata anche su condotte di voto dissenzienti di taluni di essi come "paravento". La collusione finalizzata all'approvazione della delibera illecita (o al rigetto di quella di revoca della precedente illecita) assume significato di organizzazione criminosa – distinta da quella collegiale, conforme all'ordinamento, che viene utilizzata in modo sviato – rispetto alla quale la singola condotta di voto si pone come strumentale. Inoltre, qualora il voto si inserisca in una organizzazione collusiva, rileverà evidentemente come contributo doloso².

Il terzo è dato dall'attività di induzione rispetto all'adozione della delibera penalmente illecita: integra concorso morale la condotta dell'amministratore che induce gli altri consiglieri a votarla o rafforza il loro proposito – a prescindere dal fatto che anch'egli esprima il proprio voto a favore, o si astenga, o sia assente al

² Sulla collusione v. L. CORNACCHIA, *Responsabilità penale negli organi collegiali. Il reato funzionalmente plurisoggettivo*, Torino, 2021, 14 ss., 78, 81, 82, 97,

momento della votazione – o che si adopera comunque affinché la medesima venga proposta e approvata, “organizzando” la collusione; in questo secondo caso, è possibile che i membri che detengono informazioni essenziali sulla questione oggetto di trattazione, o anche relativamente alle pratiche sociali dell'istituzione in cui operano, le sfruttino, in nome dell'efficienza stessa, per occultare attività realmente illecite ma difficili da identificare dall'esterno, servendosi della delibera per commettere reato.

Il quarto schema è pure plurisoggettivo, ma in virtù dell'applicazione della clausola generale di equivalenza dell'art. 40, co. 2, c.p., configura una responsabilità degli amministratori da omesso impedimento degli illeciti eventualmente deliberati dal consiglio di amministrazione con il voto degli altri membri, o addirittura commessi autonomamente da altri amministratori: presupposto imprescindibile di questo schema di addebito è che si ritenga sussistente un obbligo giuridico di impedimento, derivante da una posizione di garanzia – in particolare di controllo – in capo a ogni amministratore, anche non esecutivo. Ma, rispetto a questo meccanismo di imputazione, è altresì necessario che all'obbligo di impedire corrispondano effettivi poteri di impedimento: la prassi giurisprudenziale in realtà tende a dare per scontati obblighi di impedimento anche laddove la legge non pare assegnare reali poteri di questo tipo, come si dirà.

Prescindendo dal primo schema, che non presenta problemi particolari al di là dell'applicazione delle fattispecie incriminatrici che prevedono reati propri, occorre invece soffermarsi sulle due modalità plurisoggettive di responsabilità dell'amministratore.

Prima di entrare nel merito di tali questioni, pare opportuno soffermarsi su una premessa di carattere generale.

2. Il rilievo del differenziale informativo.

Una delle variabili fondamentali nella valutazione della responsabilità dei membri di organi collegiali è costituita dalla presenza, consistenza e qualità dei *flussi informativi* di cui ciascuno di essi dispone³, specialmente nell'ambito delle

³Una variabile radicata nell'idea secondo cui più soggetti, tutti razionali e in possesso di tutte le informazioni relative alle alternative strategiche e alle preferenze degli altri “giocatori”, sono in grado di svolgere calcoli corretti e di compiere le scelte ottimali per ogni *set* di aspettative: si richiama il c.d. *equilibrio di Nash* della teoria dei giochi, secondo il quale per ogni gioco con un

organizzazioni complesse di grandi dimensioni⁴.

La decisione individuale nel suo rapporto con la delibera collettiva si interfaccia continuamente con preferenze eterogenee, conflitti di interessi e, soprattutto, problemi connessi alla diffusione delle *informazioni* all'interno del gruppo⁵.

Nell'ambito delle organizzazioni l'imputazione dell'illecito ai singoli dipende pertanto fortemente dal livello di informazione condivisa o comunque attingibile per ciascun membro.

Si è rilevato come la progressiva trasformazione dell'impresa in dipendenza dalla globalizzazione si sia tradotta in un corrispondente mutamento della natura delle informazioni all'interno delle grandi organizzazioni complesse: la valutazione del rischio, economico, finanziario, ambientale, per la sicurezza e la salute dei lavoratori, verso terzi, compito della *compliance* dell'azienda, riguarda, piuttosto che le operazioni individuali, il funzionamento e la qualità dell'assetto dei singoli specifici settori organizzativi⁶. Tra le articolazioni della struttura dell'impresa deputate all'espletamento di funzioni di *compliance*, proprio quelle orizzontali costituite dagli organi collegiali sono sempre più indirizzate dal legislatore in questa prospettiva.

numero finito di giocatori esiste un equilibrio in strategie miste in relazione di interdipendenza (per cui il *pay-off* atteso da ciascuno dipende dal comportamento dell'altro): v. J. NASH, *The Essential John Nash*, Princeton University Press, 2002, trad. it. *Giochi non cooperativi e altri scritti*, a cura di H.W. Kuhn e S. Nasar, Zanichelli, Bologna, 2004, XIX ss., 1 ss., 67 ss., 117 ss.

⁴Il tema assume sempre più interesse nel dibattito penalistico: cfr. A. ALESSANDRI-S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale, Volume I, I Principi generali*, Giappichelli, Torino, 2018, 83 ss. In ambito civilistico v. ad es. G. BIANCHI, *I flussi informativi*, in M. IRRERA, *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, Zanichelli, Bologna, 2016, 227 ss.; G. MERUZZI, *I flussi informativi endosocietari nella società per azioni*, Cedam, Padova, 2012.

⁵Lo stesso concetto di organizzazione presuppone imprescindibilmente un certo livello di circolazione dell'informazione tra suoi sottogruppi, o attraverso comunicazione, o attraverso osservazione, che li renda capaci di reagire reciprocamente: R.L. ACKOFF, *Systeme, Organisation und interdisziplinäre Forschung*, in E. WITTE-A.L. THIMM, *Entscheidungstheorie*, Gabler, Wiesbaden, 1977, (274) 276 ss. (che individua quattro caratteri essenziali dell'organizzazione: sul piano del contenuto, la presenza di alcuni esseri viventi tra i suoi componenti; sul piano della struttura, l'imputazione a due o più individui o gruppi di individui; sul piano della comunicazione, appunto l'esistenza di un flusso informativo; sul piano del processo decisionale, la libertà di scelta dei mezzi e dei fini); rispetto alle organizzazioni collettive, si sottolinea l'importanza di elaborare un efficace sistema di comunicazione idoneo a fornire un'affidabile informazione sulle variabili esterne, sulle attività e preferenze dei membri, sull'interazione delle loro decisioni, nonché sui costi correlati: cfr. già J. MARSCHAK, *Elements for a Theory of Team*, in *Management Science*, vol. 1, n. 2, 1955, (127) 128 s.

⁶A. ALESSANDRI-S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale, Volume I, I Principi generali*, 85.

All'interno del complessivo assetto organizzativo delle società commerciali, il sistema delle deleghe comporta la dislocazione a livello di specifici settori dell'organizzazione – nei quali appunto le informazioni circolano in modo capillare – anche dei controlli rispetto alla conformità delle attività alla legge e allo statuto, mentre i vertici – consiglio di amministrazione – e gli organi di controllo – collegio sindacale – sono deputati a sindacare l'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili alla natura dell'impresa (art. 2381, co. 3, c.c. e art. 2403, co. 1, c.c.), ma non sono tenuti a sapere e a monitorare che cosa avviene specificamente all'interno delle singole unità⁷.

Rispetto agli organi collegiali, la regola intersoggettiva dell'affidamento sulle informazioni disponibili – ferma restando la possibilità dell'autonomo reperimento delle stesse ove si verificano le condizioni sostanziali e legali – limita anche lo spettro deliberativo attribuito alle prerogative del singolo componente.

Inoltre, va tenuto conto che, accanto all'informazione "ufficiale", rimane sempre un quoziente più o meno elevato di informazioni private non condivise – in assenza di obblighi specifici a riguardo – il mancato accesso al quale condiziona e limita fortemente le scelte decisionali di quei membri che ne sono esclusi⁸. E, in generale, la quantità e la qualità dell'informazione disponibile incide fortemente sul processo deliberativo, sia in termini di formazione del consenso, sia a livello di spostamento delle opinioni e preferenze individuali⁹.

3. Le dinamiche delle decisioni collegiali: centralità dell'affidamento.

L'importanza dell'informazione dovrebbe innanzitutto far riflettere sul grande "convitato di pietra" della prassi giurisprudenziale: l'*affidamento* nel comportamento degli altri attori, che non è null'altro che aspettativa – normativamente garantita – di conformità alle regole del loro comportamento.

⁷ V. ad es. Cass., sez. V, 13.11.2015, n. 21702: "... ai fini della sussistenza della responsabilità penale degli amministratori senza delega e dei sindaci è necessaria la prova che gli stessi siano stati debitamente informati ...".

⁸ Cfr. T.J. FEDDERSEN-W. PESENDORFER, *Voting behaviour and information aggregation in elections with private information*, in *Econometrica*, 65/5, 1997, 1029 ss.

⁹ Cfr. D. SCHKADE-C.R. SUNSTEIN-R. HASTIE, *What Happened on Deliberation Day?*, in *California Law Review*, 95/3, 2007, 915 ss. (secondo cui la discussione tra persone di opinioni omogenee rafforza le posizioni di parte all'interno del gruppo in senso estremistico, riducendo significativamente le diversità interne).

Eppure, la fiducia costituisce la condizione imprescindibile perché l'attività delle organizzazioni complesse possa dispiegarsi. Ma la fisiologia dei comportamenti economici (e professionali in generale) diventa patologia al cospetto dell'indagine sulla responsabilità da reato, venendo sistematicamente estromessa dal suo accertamento (in nome della tutela dei beni giuridici): chi riveste una posizione – un ruolo, ma la conversione in posizione di garanzia *ex art. 40, co. 2, c.p.* nella prassi giurisprudenziale è pressoché automatica – non può non sapere, non può riporre fiducia e deve sempre vigilare con la massima attenzione, tanto che, se si realizza il fatto illecito, la logica del senno di poi fa assurgere a evidenza che la dovuta sorveglianza non è stata tenuta.

Il paradigma della regolarità della fiducia sembra peraltro contraddetto dal modo in cui si produce il processo di formazione delle decisioni collettive: con riguardo all'organo collegiale di gestione, nessun rilievo viene riconosciuto all'affidamento riposto dagli amministratori non operativi – privi di deleghe – nel corretto operato dei loro colleghi, che in virtù di questo esprimono voto favorevole agli atti da questi predisposti.

Se il particolare tipo di responsabilità penale di cui ci si occupa si connota essenzialmente per lo *sviamento dalla funzione* per la quale si è chiamati a votare all'interno di un organo collegiale¹⁰, non si può prescindere dalla considerazione delle molteplici complesse variabili che possono inficiare la decisione individuale e la regolarità della fiducia nell'agire altrui – in particolare, nelle informazioni fornite dagli amministratori delegati, specialmente per gli altri consiglieri che sono sprovvisti di autonomi poteri di indagine, come si vedrà – e in generale dell'implausibilità di una continua messa in discussione di quanto fatto da altri in nome delle proprie prerogative di ruolo. L'affidamento nel corretto comportamento degli amministratori delegati da parte dei deleganti, come si dirà di seguito, deve considerarsi generalmente la regola, fino a quando non sia riconoscibile un'informazione infondata o addirittura ingannatoria.

Senza contare che nell'ambito delle amministrazioni delle società l'effettiva collegialità sovente cede il posto ad una prassi in cui le decisioni sono assunte da pochi membri del consiglio e solo formalmente condivise dagli altri amministratori, che talvolta accettano le cariche per puro prestigio.

Del resto, di questo aspetto ha tenuto conto anche il legislatore quando ha

¹⁰ Per questa impostazione si rinvia a L. CORNACCHIA, *Responsabilità penale negli organi collegiali*, 11 ss. e *passim*.

riformato l'art. 2392 c.c., prevedendo che gli amministratori debbano adempiere ai doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze, e soprattutto l'art. 2381 c.c.

4. La diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle specifiche competenze ex art. 2392.

Nella versione dell'art. 2392 introdotta dalla riforma del diritto societario – superata la responsabilità solidale strutturata sulla diligenza del mandatario (secondo il criterio del buon padre di famiglia) della versione originaria – 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*: l'endiadi prevista dal legislatore stabilisce un nesso di complementarità tale per cui l'incarico fa presumere le competenze, ma in tale relazione si esaurisce anche la sfera di responsabilità, con la conseguenza che l'amministratore potrà addurre a proprio discarico la mancata conoscenza *soltanto al di fuori delle sue competenze specifiche* (es. se esperto di finanza, non risponderà in funzione di conoscenze relative ai processi produttivi)¹¹. Il che comporta anche che il componente non esecutivo del consiglio d'amministrazione, laddove sia a conoscenza per ragioni sue di informazioni che i delegati non hanno fornito, ma che siano fondamentali in quanto gli permettono

¹¹ In linea con quanto esplicitato dalla relazione di accompagnamento del decreto, secondo la quale il parametro di diligenza introdotto dal legislatore 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»; nonché con lo *Schema di d.lgs. – Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della L. 366/2001 – Relazione*, che 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». Sul tema generale v. N. MAZZACUVA-E. AMATI, *op. cit.*, 14 ss.; A. ROSSI, in F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari. I. Reati ed illeciti amministrativi in materia societaria, finanziaria e bancaria*, 14^a ed., a cura di C.F. GROSSO, Giuffrè, Milano, 2013, 69 ss.; R. ZANNOTTI, *op. cit.*, 36 ss.

di rappresentarsi l'illiceità di una certa operazione oggetto di deliberazione, non potrà limitarsi a esprimere voto contrario, ma dovrà anche condividere l'informazione con gli altri membri dell'organo collegiale, dal momento che essa rientra sicuramente nella sua sfera di competenza in ragione della funzione che egli è tenuto a svolgere nell'ambito dell'organo stesso.

Ovviamente, quanto più ampia ed estesa è la delega, tanto maggiori le competenze del delegato rispetto agli atti che egli compie disgiuntamente dagli altri amministratori, e quindi la responsabilità per gli atti stessi.

Con riguardo alle deliberazioni assunte nell'ambito degli organi collegiali sono individuabili soggetti che assumono un ruolo più rilevante (ad esempio, l'amministratore delegato della società per azioni che prepara il bilancio, o altra delibera, che poi sarà votata dai componenti del consiglio d'amministrazione).

L'attuale formulazione permette anche di risolvere la questione della eventuale rilevanza esimente dell'annotazione del dissenso espresso dall'amministratore secondo le modalità indicate dal co. 3 dell'art. 2392 c.c.

5. Amministratore dissenziente.

La disposizione dell'art. 2392, co. 3, c.c. prevede che all'amministratore dissenziente non si estende la "responsabilità per gli atti o le omissioni degli amministratori": la dottrina già in passato ha discusso se l'espressione si riferisca alla pura e semplice inattività, ovvero a vere e proprie deliberazioni del consiglio d'amministrazione, tanto positive (atti), quanto negative (omissioni)¹², intendendo con queste ultime le decisioni "di rigetto rispetto a proposte di compimento di atti doverosi, e che quindi di tali atti importino la *omissione*"¹³.

I presupposti per l'esclusione della responsabilità civile dell'amministratore dissenziente presente a adunanza sono l'immunità da colpa, l'annotazione senza ritardo del dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio e l'immediata notizia scritta del dissenso al presidente del collegio sindacale.

Il criterio dell'immunità da colpa, da un lato, rimanda alla diligenza del co. 1, parametrata sulla natura dell'incarico e sulla specifica competenza; dall'altro, stabilisce una corrispondenza in positivo rispetto al co. 2, dovendosi considerare

¹² A. CRESPI, *Reato plurisoggettivo e amministrazione pluripersonale della società per azioni*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1957, 521; C. PEDRAZZI, *I reati societari in regime di amministrazione collegiale*, in *Riv. soc.*, 1964, 18 ss.

¹³ G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1956, 428. D'altronde, si può dissentire da una deliberazione, positiva o negativa, non da una non-deliberazione.

appunto immune da colpa chi, essendo a conoscenza di atti pregiudizievoli, abbia fatto quanto poteva per impedirne il compimento od eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose.

Come noto, secondo la Suprema Corte l'annotazione (e immediata comunicazione scritta al presidente del collegio sindacale) ex art. 2392, co. 3, c.c. farebbe venire meno la responsabilità penale in quanto «gesto di indubbio peso probatorio anche per il versante penale poiché l'amministratore avrebbe attestato l'interruzione del legame concorsuale con gli altri autori del reato»¹⁴: pertanto, nell'ipotesi in cui l'amministratore dissenziente osservasse quanto prescritto dalla norma civilistica, non potrebbe essere ritenuto responsabile dell'illecito penale eventualmente realizzato con la deliberazione dell'organo collegiale.

A prescindere dalla possibile natura "opportunistica" della richiesta di annotazione (in caso di voto a scrutinio segreto, il consigliere potrebbe votare a favore della decisione illecita e poi richiedere l'annotazione del proprio dissenso), si deve osservare innanzitutto che una condotta informata al rispetto dei principi civilistici non sembra possa dispiegare un automatico effetto liberatorio anche in sede penale; in secondo luogo, emerge la malcelata tendenza a preconstituire forme occulte di responsabilità di posizione, quasi che in mancanza di tale condotta (di solito dovuta a mera dimenticanza) si dovesse assumere automaticamente che si configuri un contributo di partecipazione da parte del membro dell'organo collegiale, gravando di fatto l'amministratore dell'incombenza di dimostrare la totale dissociazione dall'operato di quanti si sono resi direttamente responsabili della commissione di attività illecite; infine, è evidente che la manifestazione del dissenso – con annotazione e comunicazione – non ha alcuna idoneità a impedire il compimento dei fatti pregiudizievoli o eliminarne o attenuare le conseguenze dannose (assumerà più che altro valore probatorio), essendo oltretutto una condotta solamente reattiva, cronologicamente e logicamente posposta all'eventuale illecito posto in essere da altri componenti del collegio¹⁵. La logica dell'attuale disposizione dell'art. 2392, co. 1, c.c. sembra invece presupporre piuttosto una precisa delimitazione della responsabilità data dalle specifiche competenze, già in sé incompatibile con un'argomentazione pur implicitamente adagiata sul canone del *versari*.

¹⁴ Cass. pen., sez. V, 5.11.2008, n. 45513.

¹⁵ C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, in *Criminalia*, 2012, (641) 667.

6. Il criterio dell'agire informato come paradigma del ruolo di amministratore: obbligo di chiedere informazione e affidamento.

Ma è più ancora l'art. 2381, con particolare riguardo al criterio dell'agire informato introdotto quasi due decenni orsono e ai rapporti con la regola generale dell'affidamento, a scolpire i limiti della responsabilità del singolo amministratore nella dinamica della realtà della società di capitali¹⁶.

La riforma introdotta con d.lgs. 6/2003 cristallizzava una nitida delimitazione della responsabilità degli amministratori non operativi e dei sindaci, introducendo due criteri.

Il primo è quello dell'agire informato come paradigma del mandato gestorio previsto dall'art. 2381, ult. co., c.c., che sostituisce il precedente e generale "obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione" derivante dall'art. 2392, co. 2, c.c.¹⁷.

Il secondo principio individua nel presidente del consiglio di amministrazione¹⁸ e nell'amministratore delegato i soggetti obbligati ad adempiere in sede consiliare a precisi doveri di *reporting* sulla gestione della società¹⁹: lo stesso art. 2381, ult. co., c.c. prevede che ciascun amministratore possa chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società, configurando un potere che peraltro, in linea con la dimensione collegiale delle attività degli amministratori, "sebbene sia espressamente configurato come *individuale*, ha come sbocco un *flusso informativo diretto al consiglio*"²⁰.

¹⁶ Come riconosciuto chiaramente dalla giurisprudenza civile di legittimità: "La responsabilità degli amministratori di s.p.a. privi di delega non può ad oggi fondarsi su una generale omissione di vigilanza, tale da tramutarsi nei fatti in una responsabilità oggettiva, ma deve necessariamente riconnettersi alla violazione del dovere di agire informati, sia sulla base delle informazioni che a detti amministratori devono essere somministrate, sia sulla base di quelle che essi possono acquisire di propria iniziativa" (Cass. civ., sez. I, 31.8.2016, n. 17441).

¹⁷ F.M. DE MARTINO, *Considerazioni in tema di concorso degli amministratori non esecutivi nei reati societari*, in *Legisl. pen.*, 2020, 2.

¹⁸ Il quale ai sensi dell'art. 2381, co. 1, c.c., "provvede affinché adeguate informazioni sulle materie iscritte all'ordine del giorno vengano fornite a tutti i consiglieri".

¹⁹ Gli organi delegati "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" (art. 2381, co. 5, c.c.).

²⁰ M. PELISSERO, *Il concorso doloso mediante omissione: tracce di responsabilità di posizione*, in R. BARTOLI (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e di impresa (un dialogo con la*

Quindi l'obbligo di agire informato, di cui è gravato l'amministratore delegato nello svolgimento del suo mandato gestorio, con conseguente dovere di fornire adeguata notizia sul generale andamento della gestione, nonché l'obbligo di ragguglio informato periodico sulla generale gestione a carico tanto degli amministratori delegati quanto del presidente del consiglio d'amministrazione di società per azioni, comportano un notevole sgravio degli amministratori privi di delega, responsabili (civilmente) unicamente nei limiti delle loro attribuzioni.

Principi dai quali si evince come gli amministratori senza delega abbiano poteri di intervento estremamente ridotti, di fatto circoscritti al voto: invece essi non sono legittimati a procedere autonomamente a indagini per reperire *extra moenia* – al di fuori della dimensione collegiale cui sono vincolati – informazioni sulla gestione²¹.

Dunque, se l'amministratore delegato, contravvenendo l'obbligo di informare dettagliatamente l'organo collegiale, sottace informazioni rilevanti²², il collegio non può essere considerato obbligato a richiedere ciò che i suoi membri non si sono rappresentati; e se risulta che il singolo amministratore privo di delega poteva eventualmente raffigurarsi la necessità di una certa informazione, l'addebito potrebbe essere soltanto per colpa²³.

Solitamente la giurisprudenza non distingue il ruolo del consiglio di amministrazione da quello del delegato²⁴. Così facendo, il comportamento tenuto da chi concretamente ha operato con i poteri attribuiti dalla delega viene esteso *sic et simpliciter* ai componenti del consiglio d'amministrazione, non informati circa l'incarico affidato. Questo automatismo oblitera che nelle società di capitali la gestione operativa si trova di fatto nelle mani dell'amministratore delegato o del comitato esecutivo (art. 2381, co. 2, c.c.); mentre il consiglio d'amministrazione ha funzioni di "supervisione, controllo, indirizzo politico e

giurisprudenza), Firenze University Press, Firenze, 2010, (382) 385.

²¹ N. MENARDO, *La responsabilità penale omissiva degli amministratori privi di delega*, in *DPC Dir. pen. cont.* (online), 2015, 2.

²² Informazioni che nella prassi si riducono alla lettura di un fascicolo illustrativo dei capi all'ordine del giorno da discutere che sono gli stessi amministratori esecutivi a fornire, magari poco prima dell'inizio della riunione: F. FOGLIA MANZILLO, *Collegi societari e responsabilità penale*, Giappichelli, Torino, 2012, 30.

²³ E soltanto laddove l'affidamento nel corretto comportamento del delegato sia mal riposto, come si dirà dappresso.

²⁴ Cfr. M. PAPPONE, *Amministratori non esecutivi e profili di responsabilità penale alla luce dei recenti arresti giurisprudenziali*, in *Arch. pen.* (online), 2018, n. 3, 1 ss.

strategico della società, senza però essere un organo di gestione né amministrativa, né industriale, né commerciale”²⁵, oltre ad attribuzioni proprie in materia di bilancio (ad esempio, di approvazione dello stesso) e a quelle che eventualmente ad esso siano state riservate dallo statuto.

Le relazioni tra membri del consiglio d'amministrazione deleganti e amministratori delegati sono improntate al *principio di affidamento*: si può parlare infatti, in presenza di una delega autorizzata (dallo statuto o da deliberazione dell'assemblea dei soci), di un “sistema tipizzato e procedimentalizzato di flussi informativi e di controlli”, tale per cui i componenti dell'organo collegiale possono appunto riporre piena fiducia nell'informazione fornita dagli amministratori delegati²⁶. Non solo, ma la ripartizione di ruoli che endemicamente caratterizza la struttura organizzativa comporta la normale individuazione di un relatore per ogni questione oggetto di trattazione da parte del collegio: l'affidamento da parte degli altri consiglieri nella correttezza della presentazione offerta dal relatore dipende allora non soltanto dalle capacità e conoscenza che si deve presumere egli possieda (e di cui gli altri invece sono sprovvisti), ma prima ancora dalla stessa compartimentazione in sfere di competenze²⁷. È quindi possibile che il consiglio d'amministrazione, quale

²⁵ T. PADOVANI, *Plurisoggettività nel reato e come reato*, Pisa University Press, Pisa, 2015, 62. Sul tema della responsabilità dei controllori, con riguardo ai componenti del consiglio di amministrazione, v. diffusamente F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Giuffrè, Milano, 2009, 125 ss.

²⁶ *Contra*, nel senso che l'autonomia e indipendenza degli organi societari (degli amministratori non esecutivi, e così pure, *a fortiori*, dei sindaci e dei revisori) stabilita dalla disciplina extrapenale sono indici di consapevolezza dei possibili comportamenti opportunistici che facilmente possono essere adottati dagli organi esecutivi, e quindi presuppongono piuttosto relazioni tra sfere di competenza fondate sul reciproco sospetto più che sulla fiducia v. A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bononia University Press BUP, Bologna, 2009, 226 ss., 228. Ma questa considerazione sembra confondere il profilo fattuale – la realtà delle società di capitali e dei meccanismi che spesso si originano al loro interno, per i quali vengono predisposti sistemi di controllo – con quello normativo: l'affidamento implica semmai in questi ambiti una più ricorrente riconoscibilità dell'altrui condotta scorretta, che fa venir meno il legittimo affidamento stesso, ma non significa che ad esso si sostituisca in via di principio una sorta di regola di “normale sfiducia e sospetto”.

²⁷ La regola – non positiva – dell'affidamento presuppone che le sfere di attività dei diversi soggetti che interagiscono siano, almeno in via di principio, autonome; per questo ciascuno può e anzi deve fare affidamento sul corretto comportamento altrui perché e nella misura in cui gli ambiti organizzativi in cui si esplica la libera azione di ciascuno sono *ab origine* divisi; e per questo di regola (appunto, secondo la regola dell'affidamento) sono esclusi obblighi rivolti al comportamento di terzi. Non basterà dunque che uno dei soggetti detenga di fatto una conoscenza personale rispetto all'altrui “inaffidabilità”, fin tanto che di tale conoscenza non sia

organo passivo rispetto alle informazioni che riceve dagli organi delegati, sia indotto in errore, e che adotti in buona fede una deliberazione illecita (ad

tenuto, secondo l'ordinamento, a fare uso (come accade ad esempio, istituzionalmente, per i membri del consiglio di amministrazione). La considerazione di sfere di competenza che si delimitano reciprocamente non è che la dimensione *statica* di ciò che il principio di affidamento esprime sul piano *dinamico*: viene meno quando sia riconoscibile l'altrui condotta non conforme alle aspettative normative connesse alla sua sfera di competenza, anche se è la vittima.

Rispetto a questa prospettiva di lettura (e implementazione) del principio di responsabilità penale per fatto proprio *ex art. 27 Cost.*, che si è suggerita negli anni in diversi contributi (a partire da L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Giappichelli, Torino, 2004, 304 s., 330 ss., 343 ss., 350 ss., 421 ss., 430 ss.), pare opportuno fare alcune, sia pur sintetiche, puntualizzazioni.

Con riguardo al più volte paventato timore di una estensione delle responsabilità (v. già M. DONINI, "Teoria del reato", in *Dig. disc. pen.*, XIV, 1999, 66, A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio. La successione di garanti in attività inosservanti*, in *Ind. pen.*, 2000, (581) 594), anziché di una sua delimitazione, alla luce della considerazione dell'aumento esponenziale delle strutture organizzative nelle quali si originano nuovi obblighi giuridici rivolti al comportamento altrui, che "innesca inevitabilmente ... fattori moltiplicativi dei centri di imputazione (A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale*, cit., 207, 224 ss.), va ribadito che le competenze possono essere molteplici (e sempre più in una società ad alto livello di complessità), ma implicano che ciascuno risponda solamente nei limiti della propria: i centri di imputazione, per quanto possano essere moltiplicati e sovrapposti dal concreto assetto della società o dalla realtà aziendale (e anzi proprio per questo), *devono essere previamente individuati sul piano normativo* (al di là di quanto può risultare da un'analisi del tessuto sociale). Quanto all'accusa di "formalistica e pericolosa semplificazione di un quadro ben più articolato e complesso, dominato dal costante intersecarsi di intere 'filier' di posizioni di garanzia" (A. NISCO, *Posizioni di garanzia e sicurezza sul lavoro. Note a margine delle Sezioni unite ThyssenKrupp*, in F. CURI (cur.), *Ordine pubblico e sicurezza nel governo della città*, Bononia University Press BUP, Bologna, 2016, (163) 170, 175), non è certo un "codice cifrato di competenze" elaborato "in vitro" o a tavolino quello che si propone, ma piuttosto un'analisi, certo non sempre agevole, dell'organigramma aziendale: il che dovrebbe implicare pure la pretesa di una maggiore trasparenza nella struttura delle imprese e nella documentazione dei processi decisionali, anche attraverso meccanismi premiali e sanzionatori (cfr. V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Giappichelli, Torino, 2018, 373 s.). Lungi dal "perdere di vista il carattere relazionale e interattivo della gestione organizzata ..." e "... trascurare la 'normale' sovrapposizione tra aree di competenza" (A. GARGANI, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2017, (508) 536 s.), si tratta di recuperare le possibili relazioni ogni volta che venga meno la regola dell'affidamento.

Con riguardo poi alle due spinte contrastanti originate dalla specializzazione di competenze e funzioni in un'organizzazione complessa – a isolare sfere di responsabilità in corrispondenza di circoscritte aree di rischio e a vincolare e a coordinare competenze e prestazioni convergenti nella gestione di determinati rischi – evidenziate da V. MONGILLO, *Il dovere di adeguata organizzazione della sicurezza tra responsabilità penale individuale e responsabilità da reato dell'ente: alla ricerca di una plausibile differenziazione*, in A.M. STILE-A. FIORELLA-V. MONGILLO (cur.), *Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione: dalla responsabilità penale individuale alla 'colpa' dell'ente*, Jovene, Napoli, 2014, (27) 29 ss., proprio per evitare letture statiche di fenomeni complessi occorre fare continuo riferimento al principio di affidamento e alla dinamica indotta dalla riconoscibilità di comportamenti devianti rispetto alle aspettative normative che le competenze comportano.

esempio, di approvazione di un bilancio che contenga falsità, in ragione delle quali si integra un falso in bilancio, o una bancarotta documentale in conseguenza di dichiarazione di liquidazione giudiziale) in quanto suggestionato da una mendace relazione o da una fraudolenta esposizione delle condizioni della società da parte dell'amministratore esecutivo²⁸.

Ovviamente, l'affidamento non è invincibile.

Ai sensi della legislazione vigente, laddove sia riconoscibile la natura "inaffidabile" – "lacunosa, intempestiva, frammentaria, contraddittoria, palesemente inveritiera" – dell'informazione fornita dagli amministratori delegati, sorgerà in capo agli altri consiglieri l'obbligo di procedere a attività istruttorie o di intervento connesse al potere-dovere di agire informati di cui all'art. 2381, co. 6, c.c.²⁹.

Da tale potere-dovere discende altresì che ogni informazione relativa al rischio di cui l'amministratore, anche come singolo, sia in possesso, fonda un obbligo giuridico (a rilievo civilistico) di intervento: *ex art. 2392, co. 3, c.c.*, gli amministratori sono responsabili solidalmente dei danni cagionati alla società qualora, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non abbiano fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminare o attenuare le conseguenze dannose. Del resto, sul piano civilistico, come noto, la responsabilità degli amministratori consegue alla violazione del dovere di fedeltà e del dovere di diligenza: anzi si può affermare che '*duty of loyalty*' unitamente al '*duty of care*' individuino il perimetro tipico della prestazione che connota l'ufficio gestorio e, più in generale, ogni gestione per conto altrui³⁰.

²⁸ A. CRESPI, *Reato plurisoggettivo e amministrazione pluripersonale della società per azioni*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1957, 533; cfr. T. PADOVANI, *op. cit.*, 74.

²⁹ F. BARACHINI, *Tutela delle minoranze e funzione gestoria*, cit., 603, nt. 76. Cfr. ID., *Delega gestoria e disciplina dei "flussi informativi": poteri, doveri e responsabilità*, in A. GIOVANNINI-A. DI MARTINO-E. MARZADURI (a cura di), *Trattato di diritto sanzionatorio tributario. Diritto penale e processuale*, I, Giuffrè, Milano, 2016, 152; M. IRRERA (dir.), *Aspetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Giuffrè, Milano, 2005, 251; G. MERUZZI, *I flussi informativi endosocietari nella società per azioni*, Cedam, Padova, 2012, 169; R. SACCHI, *Amministratori deleganti e dovere di agire in modo informato*, in *Giur. comm.*, 2008, II, 387; P. SFAMENI, *Vigilanza, informazione e affidamento nella disciplina della delega amministrativa*, in *Scritti giuridici per Piergaetano Marchetti. Liber discipulorum*, Egea, Milano, 2011, 594 ss., 613; D. REGOLI, *Poteri di informazione e controllo degli amministratori non esecutivi*, in M. CAMPOBASSO-M. CARIELLO-V. DI CATALDO-V. GUERRERA-A. SCIARRONE ALIBRANDI (dir.), *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, 2, Utet, Torino, 2014, 1146 s.

³⁰ V. ad es. G. GUIZZI, *Gestione dell'impresa e interferenze di interessi. Trasparenza, ponderazione e imparzialità nell'amministrazione delle s.p.a.*, Giuffrè, Milano, 2014, 42 ss.; e già F. BARACHINI,

Il criterio civilistico dell'art. 2392, co. 3, c.c. comporta, sul piano degli obblighi penalmente rilevanti, innanzitutto, quello di informare immediatamente ed esaurientemente gli altri componenti del *monitoring board*: l'obbligo di impedimento o di riduzione degli effetti lesivi assume rilievo anche penale nella misura in cui vi corrispondano adeguati poteri, che sembrano in realtà appannaggio piuttosto dell'organo collegiale.

Qualora però l'affidamento venga meno – perché emergono motivi che potrebbero indurre a dubitare della correttezza, coerenza, completezza delle affermazioni del relatore – l'eventuale inerzia degli altri membri dell'organo collegiale andrà qualificata come atteggiamento *negligente*, che potrà rilevare come contributo di partecipazione soltanto ai sensi della fattispecie di cooperazione colposa di cui all'art. 113 c.p. (rispetto a un reato colposo; a nostro avviso anche rispetto a reato doloso, nonostante i dubbi in dottrina, laddove il reato sia previsto dalla legge anche come colposo)³¹.

7. Amministrazione collegiale: prerogative e obblighi.

Il modello dell'amministrazione pluripersonale (art. 2380-bis, co. 3, c.c.), è il più diffuso nella prassi, e inoltre può dirsi ormai regime di *default* della funzione in oggetto, dal momento che rispetto a determinate situazioni (ad esempio, per le società quotate) è persino imposto dalla legge³².

Il *plenum* dell'organo collegiale è titolare di un obbligo giuridico – non presidiato da sanzione penale – di auto-organizzazione, relativo alla funzione gestoria: questo consiste nel garantire che si inveri un assetto organizzativo adeguato, che può essere adottato e concretamente conformato dagli stessi amministratori (nel qual caso ovviamente il loro potere di organizzazione sarà più incisivo) o può rientrare nelle competenze dei soci (con residui doveri e correlati poteri di *controllo* in capo agli amministratori). Quanto detto oggi, oltretutto, si pone in linea con la centralità assegnata dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza del 2019 al dovere dell'imprenditore collettivo di

L'appropriazione delle corporate opportunities come fattispecie di infedeltà degli amministratori di s.p.a., in Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, 2, Utet, Torino, 2006, (603) 605 ss.

³¹ Cfr. D. TERRACINA, *La responsabilità penale del cosiddetto «amministratore formale» nel reato di bancarotta fraudolenta*, in R. BORSARI (a cura di), *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza*, Padova University Press, Padova, 2015, (227) 268 s.

³² F. BARACHINI, *Tutela delle minoranze e funzione gestoria*, in *Giur. comm.*, 45-4, 2018, (576) 580 ss.

“istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell’impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell’impresa e della perdita della continuità aziendale”, nonché di “attivarsi senza indugio per l’adozione e l’attuazione di uno degli strumenti previsti dall’ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale” secondo quanto previsto dal nuovo art. 2086, co. 2, c.c.³³.

Va sottolineato poi come sempre più frequentemente, in via interpretativa, si riconosca rilievo alla dimensione collegiale anche nel senso di richiedere al consiglio di amministrazione un’attività di controllo sulla propria struttura, quale potere-dovere di autovalutazione della propria composizione e del proprio funzionamento.

La dottrina commercialista ha analizzato la disciplina interna della funzione di amministrazione distinguendo tre tipi di regole: di competenza, di struttura, di condotta³⁴.

Con riguardo alle prime, riguardanti la ripartizione di funzioni all’interno dell’organo gestorio, è inderogabilmente attribuito alla collegialità (consiglio di amministrazione) la funzione gestoria di tipo politico-programmatico. Inoltre, sono di competenza del consiglio d’amministrazione in composizione collegiale le decisioni rispetto alle quali un componente sia portatore di un interesse, come nel caso, previsto dall’art. 2391, co. 1, c.c., in cui emerga una situazione di interesse per un amministratore delegato (obbligo di astenersi dal compiere l’operazione e di rimettere la decisione alla competenza dell’organo collegiale)³⁵. Il consiglio di amministrazione è titolare delle decisioni relative alla distribuzione interna delle competenze, potendo deliberare – a fronte di delega che sono i soci a dovere autorizzare (art. 2381, co. 2, c.c.) – il trasferimento, qualora lo statuto o l’assemblea lo consentano, di proprie attribuzioni a un comitato esecutivo o a uno

³³ Questo secondo comma è stato introdotto dall’art. 375 del d.lgs. 12.1.2019, n. 14, che ha derubricato l’articolo, significativamente, in “Gestione dell’impresa”. Tale previsione “contribuisce a rendere ancor più netta la posizione di garanzia dell’amministratore, in un quadro di opportuna prevenzione della crisi” secondo 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*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, (1153) 1184. Ma difficilmente, a nostro avviso, può fondare un potere di impedimento idoneo ai sensi dell’art. 40, co. 2, c.p.

³⁴ F. BARACHINI, *Tutela delle minoranze e funzione gestoria*, cit., 580 ss.

³⁵ Cfr. S. CORSO, *Gli interessi “per conto di terzi” degli amministratori di società per azioni*, Giappichelli, Torino, 2015, 197 ss.

più amministratori delegati, determinando “contenuti, limiti ed eventuali modalità di esercizio” della delega (art. 2381, co. 3, c.c.).

Sono invece tendenzialmente appannaggio degli amministratori delegati le scelte di gestione a carattere attuativo-esecutivo³⁶.

Le regole di struttura – relative alla composizione e al funzionamento del collegio – sono orientate a una chiara valorizzazione del ruolo collegiale.

La composizione mista del consiglio di amministrazione risponde innanzitutto all'esigenza di garantire la funzione del controllo sull'operato dell'organo stesso: è proprio l'esigenza di implementare tale funzione a spiegare la necessaria presenza, da un lato, di amministratori indipendenti – privi di legami con la società e i soci, e senza alcun rapporto di subordinazione anche rispetto ai soggetti che li hanno nominati, pertanto liberi da possibilità di influenza o condizionamento – che non hanno a che fare direttamente con la gestione e il comando, ma sono preposti al controllo della correttezza e trasparenza dell'operato degli amministratori esecutivi, anche in funzione della tutela dei soci di minoranza (nonché degli investitori in obbligazioni dell'impresa nelle società quotate in mercato regolamentato)³⁷; dall'altro, di amministratori espressione della minoranza (*ex art. 147-ter t.u.f.*).

La collegialità veicola inoltre il potere di autorganizzazione riconosciuto al consiglio di amministrazione, che consente l'adozione di tutte le regole strutturali non espressamente vietate dalla legge o dallo statuto. Così, per quanto riguarda la circolazione delle informazioni all'interno del consiglio d'amministrazione, questo può fissare una cadenza più breve dei sei mesi previsti dall'art. 2381, co. 5, c.c. come periodicità minima con cui gli organi delegati devono riferire al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate.

Nelle società quotate, poi, il dovere di rendicontazione periodica è ancora più pregnante in base all'art. 150 t.u.f., secondo cui “gli amministratori riferiscono tempestivamente, secondo le modalità stabilite dallo statuto e con periodicità almeno trimestrale, al collegio sindacale sull'attività svolta e sulle operazioni di

³⁶ In questo senso v. ad es. F. BARACHINI, *Tutela delle minoranze e funzione gestoria*, cit., 584.

³⁷ Sul tema v. ad es. E. RIMINI, *Il comitato di amministratori indipendenti (e gli amministratori indipendenti)*, in M. IRRERA (dir.), *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, Zanichelli, Bologna, 2016, 349 ss.

maggior rilievo economico, finanziario e patrimoniale, effettuate dalla società o dalle società controllate; in particolare, riferiscono sulle operazioni nelle quali essi abbiano un interesse, per conto proprio o di terzi, o che siano influenzate dal soggetto che esercita l'attività di direzione e coordinamento"³⁸.

Tra le prerogative del consiglio d'amministrazioni che incidono sulla "funzione di garanzia" per quanto riguarda la circolazione "endoconsiliare" del flusso delle informazioni, va menzionata anche quella *ex art. 2380-bis c.c.* di decidere sulla nomina del presidente dell'organo (laddove questi non sia nominato dall'assemblea dei soci) e sulla definizione dei suoi poteri: tale figura assume infatti il ruolo di tutore della sua correttezza e adeguatezza di detto flusso informativo³⁹.

Ora, si è detto che il potere di organizzazione della funzione gestoria degli amministratori è più pregnante laddove la legge riconosca agli stessi un potere decisionale sull'adozione e conformazione dell'assetto organizzativo; altrimenti, qualora lo stesso sia attribuito ai soci, in capo agli amministratori resterà la titolarità di doveri di controllo. Tuttavia, il potere e dovere di controllo caratterizza in generale la funzione del consiglio di amministrazione, che dovrà verificare comunque la permanente adeguatezza dell'assetto organizzativo.

Sul piano delle regole di condotta, il controllo si estrinseca in obblighi di trasparenza diretti a far emergere e rendere noti eventuali interessi e di adeguata motivazione delle scelte (indicandone le ragioni e la convenienza), sempre nell'ottica di garantire la "tracciabilità" delle situazioni di interesse anche solo potenziali e quindi di prevenire il compimento di condotte infedeli (già allo stadio di pericolo). Sotto questo aspetto, al consiglio d'amministrazione spetta il

³⁸ Cfr. G.D. MOSCO-S. LOPREIATO, *Doveri e responsabilità di amministratori e sindaci nelle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2019/1, 117.

Inoltre, in virtù dell'art. 154-bis, co. 2, t.u.f., dato che è previsto che gli atti e le comunicazioni della società previste dalla legge o diffuse al mercato, contenenti informazioni e dati sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della stessa società, siano accompagnati da una dichiarazione scritta del direttore generale e del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, che ne attestino la corrispondenza alle risultanze documentali, ai libri e alle scritture contabili, è ipotizzabile un concorso tra i membri del consiglio di amministrazione e, appunto, il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari (A. ROSSI, in F. ANTOLISEI, *op. cit.*, 83).

³⁹ F. BARACHINI, *Tutela delle minoranze e funzione gestoria*, cit., 591 s.; G. MERUZZI, *I flussi informativi endosocietari nella società per azioni*, Cedam, Padova, 2012, 172 ss.; recentemente, con riguardo al problema della rilevazione tempestiva dello stato di crisi, v. G. RACUGNO, *Il ruolo del presidente nel c.d.a. nel monitoraggio del rischio di crisi aziendale*, in *Giur. comm.*, 2021, 53 ss.

compito della *vigilanza* sul rispetto delle regole che riguardano il *plenum collegiale*⁴⁰.

L'organo gestorio nella sua composizione collegiale si trova dunque investito di doveri tanto di organizzazione, potendo concorrere alla determinazione delle regole che lo disciplinano, dotandosi di un adeguato regime organizzativo, quanto di verifica nel tempo della sua permanente adeguatezza e di vigilanza sulla loro osservanza. Questione che assume peculiare rilievo rispetto all'eventuale insorgenza di fatti penalmente illeciti, in quanto i *deficit* organizzativi – genetici o acquisiti – costituiscono una delle tipiche variabili che possono spostare il baricentro dell'attività d'impresa in direzione *mesocriminale*⁴¹.

8. La responsabilità degli amministratori di società di capitali: la dimensione collegiale dei poteri degli amministratori non esecutivi.

Proprio le regole – civilistiche – di condotta di cui si è fatta menzione rappresentano la base del ragionamento che conduce la prassi applicativa a configurare la responsabilità penale degli amministratori. L'obbligo di vigilanza che si desume dall'art. 2392, co. 2 e dall'art. 2381, co. 3, c.c. quale riflesso dell'obbligo – e correlato potere – di amministrazione del singolo in relazione al consiglio (collegialità virtuale) per la giurisprudenza varrebbe a fondare, anche per gli amministratori senza delega, un *obbligo di reciproca sorveglianza* tra amministratori: in tal modo i consiglieri di amministrazione non esecutivi delle società di capitali possono essere chiamati a rispondere per i reati posti in essere dagli amministratori delegati.

⁴⁰ Cfr. A. ZANARDO, *La ripartizione delle competenze in materia di assetti organizzativi in seno al consiglio di amministrazione*, in M. IRRERA (dir.), *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, Zanichelli, Bologna, 2016, (249) 250 ss.

⁴¹ Il concetto di *mesocriminalità* rimanda alle peculiari relazioni, tipiche del diritto penale d'impresa, tra attività individuali e struttura delle organizzazioni complesse, con le conseguenze che ne derivano sul piano dell'imputazione della responsabilità tanto delle persone fisiche, quanto dei soggetti meta-individuali: la struttura organizzativa dell'impresa o dell'ente costituisce situazione tipica – lecita – del nesso tra azione individuale del singolo componente e illecito collettivamente prodotto, nel senso che la condotta individuale rileva in stretta dipendenza dall'interazione con le attività degli altri soggetti, dalla struttura dell'ente collettivo e dalle dinamiche dell'organizzazione (v. L. CORNACCHIA, *Responsabilità penale negli organi collegiali*, 8 ss.; cfr. anche H. Alwart, *Zurechnen und Verurteilen*, Boorberg, Stuttgart, 1998, 24 ss., 26; Id., *Sanktion und Verantwortung*, in *ZIS*, 3/2011, (173) 178; K. Mittelsdorf, *Unternehmensstrafrecht im Kontext*, Verlag C.F. Müller, Heidelberg, 2007, 36 ss., 52 ss.; K. Krämer, *Individuelle und kollektive Zurechnung im Strafrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015, 264 ss.).

Lo schema di attribuzione del rimprovero si risolve, come noto, in una dilatazione dei confini semantici dell'obbligo giuridico attraverso il concetto evanescente di vigilanza, con riguardo a soggetti la cui funzione, come detto, si esplica eminentemente in forma collegiale⁴²: l'attività degli amministratori senza deleghe, privi di informazioni relative alla *governance* della società che non siano quelle selezionate e riferite dagli amministratori delegati⁴³, nelle quali devono fare affidamento, di fatto si esaurisce nell'esercizio del potere di voto, mentre nessun altro spazio è lasciato all'assunzione individuale di provvedimenti impeditivi⁴⁴.

Va anche ribadito, per quanto sia di palmare evidenza, che la collegialità non rappresenta oggetto di un comando, ma "la cornice tipica entro la quale la condotta di ciascun obbligato viene colta e valutata dalla norma"⁴⁵ e può integrare reato, non esistendo precetti penali a destinatario plurisoggettivo⁴⁶. Altrettanto indubitabile è che la collegialità implica un vincolo funzionale di interazione, tale per cui le azioni dei singoli – amministratori non esecutivi – assumono significato soltanto in quanto inscindibilmente connesse a quelle degli altri: un vincolo che appunto coincide con il perimetro della riunione collegiale. Va rilevato che sussistono determinati obblighi giuridici a garanzia dell'effettività di tale cornice cooperativa: sono obblighi preparatori e strumentali, incumbenti su singoli amministratori *uti singuli*, come quello del presidente, nei casi previsti dalla legge, di riunire il consiglio d'amministrazione perché deliberi la convocazione, quello di ogni consigliere di sollecitare la riunione, o di promuoverla egli stesso in caso di inerzia del presidente, ma anche

⁴² V. già A. CRESPI, *La giustizia penale nei confronti degli organi collegiali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1147 ss., che sottolineava come la regola della collegialità nell'attività del consiglio di amministrazione valga anche per il potere di vigilanza (*ibidem*, 1149), dal momento che l'amministratore non ha poteri di ispezione "di mano propria", ricevendo quindi informazioni "filtrate" dai delegati (A. ALESSANDRI-S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale, Volume I, Principi generali*, Giappichelli, Torino, 2018, 76; F.M. DE MARTINO, *op. cit.*, 9).

⁴³ L'art. 2381, ult. co., c.c. prevede l'obbligo di agire informato per gli amministratori, che possono, anche singolarmente, chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società, ma di fatto non sono dotati di poteri ispettivi coattivi.

⁴⁴ Cfr. ad es. N. MENARDO, *op. cit.*, 15 s.

⁴⁵ Così C. PEDRAZZI, *op. cit.*, (8) 19; "il precetto non comanda una cooperazione comunque organizzata, ma un'attività da realizzare con procedimento collegiale: soltanto in un contesto collegiale l'obbligo dei singoli amministratori assume concreto vigore, e può essere adempiuto" (*ibidem*, 20).

⁴⁶ R. DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1956, 49.

di intervenire alla riunione regolarmente convocata (quantunque la violazione, quindi l'assenza ingiustificata del singolo, non necessariamente infici il *quorum* necessario ai fini della sua validità); ovvero obblighi coessenziali, come quello dell'organo collegiale di riunirsi in tempo utile per decidere la convocazione dell'assemblea⁴⁷. Obblighi privi di rilevanza penale: anche quello di convocare l'assemblea, la cui violazione oggi integra illecito amministrativo *ex art.* 2631 c.c.

9. Identificazione di omessa vigilanza e omesso impedimento nell'interpretazione giurisprudenziale.

La giurisprudenza configura di principio una responsabilità da omesso impedimento anche in capo agli amministratori senza delega, peraltro senza specificare in alcun modo quali poteri impeditivi essi possano attivare nell'esercizio delle loro funzioni: si tratta di un'operazione di trasmutazione del garante in un soggetto "onnipotente", che tutto può fare o avrebbe potuto fare per impedire l'evento⁴⁸, tanto più stereotipa quando l'argomentazione si radica nella pura e semplice posizione rivestita⁴⁹.

La tendenza a incardinare la responsabilità penale sul semplice ruolo di cui sono formalmente titolari gli amministratori non esecutivi non si è invertita nemmeno a seguito della riforma del diritto societario attuata con l. 6/2003, che pure ha prodotto un radicale mutamento degli obblighi degli amministratori non operativi, innovando l'art. 2381 c.c. in tema di poteri e doveri degli amministratori rispetto all'ampio e indefinito dovere di vigilanza sull'andamento della gestione precedente alla novella.

Di solito vengono richiamate come fonti dell'obbligo giuridico gli artt. 2381 e 2392 c.c. In particolare, la disposizione dell'art. 2392, co. 2, c.p., traslata *tout court* a fondamento del rimprovero penale, si converte in meccanismo duttile che permette di ritenere sussistente la violazione di un obbligo giuridico di impedimento ogni volta che possa affermarsi in generale che l'amministratore *non ha fatto quanto poteva* per impedirne il compimento o eliminare o attenuare le conseguenze dannose di fatti pregiudizievoli, a prescindere dal risultato in

⁴⁷ Cfr. C. PEDRAZZI, *op. cit.*, 20 s.

⁴⁸ Cfr. C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, cit., 662.

⁴⁹ Cfr. Cass., sez. V, 2.4.2019, n. 37848, che esplicitamente afferma "... il dovere di vigilanza e di controllo contabile, direttamente derivante dalla qualifica di amministratore di diritto". Ma si tratta di orientamento non certo isolato: v. Cass., sez. V, 7.3.2014, n. 32352.

termini di successo: la norma richiede comunque al singolo consigliere, ai fini dell'esclusione della responsabilità civile solidale, di esaurire tutte le sue possibilità di intervento, per quanto limitate, anche se lo sforzo comunque non sarebbe stato idoneo a impedire il compimento o neutralizzare/minimizzare gli effetti⁵⁰.

L'operazione ermeneutica con la quale si travasa il criterio sancito dall'art. 2392, co. 2, c.c. all'ambito della responsabilità penale è evidentemente illegittima, dal momento che l'art. 40, co. 2, c.p., impone inderogabilmente un modello di imputazione edificato sul risultato: rileva solo il fatto di *non avere effettivamente impedito, non di avere attivato tutte le possibilità di impedimento disponibili*.

La realtà è che la condotta – evidentemente *attiva* – in cui si estrinseca l'unico potere istituzionalmente attribuito agli amministratori non esecutivi, appunto la partecipazione con voto favorevole alla delibera di organo collegiale, preclude ontologicamente che tale potere possa legittimare una responsabilità da omesso impedimento *ex art. 40, co. 2, c.p.*⁵¹. Al più si potrà ipotizzare un mero dovere di sorveglianza generica⁵². A riguardo, peraltro, sono necessarie alcune precisazioni.

Nel contesto di una relazione orizzontale, come quella che intercorre tra i membri del consiglio di amministrazione, di principio non si dovrebbe configurare alcun obbligo di vigilanza in senso stretto (di ogni singolo consigliere privo di deleghe sul comportamento dell'amministratore delegato). Ancor meno un obbligo di impedimento di reati (che è comunque ben diverso e più pregnante rispetto a quello di vigilare).

Trattandosi di delega, piuttosto si può individuare un *dovere di trasferire correttamente la funzione*: la questione può essere ricondotta a quella della *compliance*, nel senso che l'obbligo in questione si risolve nella valutazione di

⁵⁰ Cfr. C. PEDRAZZI, *op. cit.*, 25 s.

⁵¹ In senso contrario alla configurabilità della posizione di garante degli amministratori senza delega, *uti singuli* e come organo, per mancanza di poteri impeditivi v. F. ARGIRÒ, *Le fattispecie tipiche di partecipazione*, Jovene, Napoli, 2012, 283 ss.

⁵² Per la distinzione tra obbligo di garanzia, obbligo di sorveglianza e obbligo di attivarsi, v. I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Giappichelli, Torino, 1999, 16 s., 161 ss., 371 ss., in ptc. 380 ss. (rientrerebbe tra gli obblighi di sorveglianza quello degli amministratori in generale); cfr. N. PISANI, *Profili penalistici del testo unico sulla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 832 ss.; ID., *Posizioni di garanzia e colpa di organizzazione nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, 123 ss.; E.M. AMBROSETTI-E. MEZZETTI-M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, 4^a ed., Zanichelli, Bologna, 2016, 109 ss.

adeguatezza dell'assetto strutturale e, piuttosto, nella vigilanza (non sui comportamenti altrui, ma) sulla permanenza di tale adeguatezza. L'art. 2381, co. 3, c.c., in effetti, attribuisce all'organo collegiale la funzione di valutare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società, progettato e attuato dai delegati, rispetto alla natura e alle dimensioni dell'impresa: ma sulla base delle informazioni ricevute (in particolare, della relazione degli organi delegati⁵³), dalle quali ovviamente dipende il giudizio che possono esprimere gli amministratori non esecutivi (oltre all'esame dei piani strategici, industriali e finanziari della società, quando elaborati). La stessa norma prevede che la valutazione sul generale andamento della gestione venga compiuta sulla base della relazione degli organi delegati. Obblighi, quello di "delegare adeguatamente" e di vigilare sulla permanente adeguatezza dell'assetto, che incombono comunque non sul singolo amministratore non operativo, ma sul consiglio d'amministrazione: la vigilanza è dunque tipica competenza *collegiale*. Pertanto, le carenze di vigilanza da parte del consiglio di amministrazione in quanto tale rivelano una inidoneità dell'assetto organizzativo strutturale adottato dall'impresa⁵⁴. In questa prospettiva, anche una disfunzione dell'organo collegiale – ad esempio, una delibera mancata che, data la situazione, era doverosa (ad es. una omessa delibera di bonifica *ex art. 452-terdecies* c.p.) – può permettere una condotta penalmente rilevante⁵⁵.

10. La configurazione del concorso per omessa vigilanza come immagine speculare della partecipazione morale.

Il modello della *compliance* (in senso lato) peraltro non consente di bypassare la verifica della vigenza normativa di un *set* di poteri realmente impeditivi (e non semplicemente di contrasto), pur mediati dalla condotta altrui: poteri che, per

⁵³ T. PADOVANI, *op. cit.*, 74.

⁵⁴ Cfr. N. MENARDO, *op. cit.*, 19, che propone la teoria del reato collegiale come base per un ripensamento del tema della responsabilità del *monitoring board* nell'ottica applicativa del d.lgs. 231/2001, ravvisandovi il soggetto gravato, nella sua dimensione collegiale, di una posizione di garanzia (*ibidem*, 17): questa prospettiva, esclusa ontologicamente almeno *de iure condito* una responsabilità penale dell'organo in quanto tale, ovviamente non permette di ritagliare una responsabilità penale dei singoli consiglieri, ma piuttosto di ritenere inidonei i *compliance programs*, con conseguente responsabilità da reato dell'impresa.

⁵⁵ In questo senso, pur rispetto a uno statuto societario per ragioni cronologiche ancora lontano dall'assimilazione di protocolli di *compliance*, cfr. il nesso di collegialità virtuale suggerito da C. PEDRAZZI, *op. cit.*, 28 s.

poter legittimare una responsabilità *ex art. 40, co. 2, c.p.*, devono risultare "risolutivi", ossia idonei ad attivare gli organi legittimati all'adozione dei provvedimenti impeditivi necessari, quindi a evitare, sia pur indirettamente, l'evento, ovvero a invalidare o inabilitare l'attività illecita altrui⁵⁶.

Sono ovviamente "disponibili" a tutti gli amministratori, anche non esecutivi, poteri di segnalazione, informazione (al presidente del consiglio di amministrazione), sollecitazione, dissuasione, diffida nei confronti del comportamento di altri soggetti, ovvero di segnalazione di profili di illiceità (ad es. di irregolarità contabili nella relazione sulla proposta di bilancio *ex art. 2429, co. 3, c.c.*): con disinvoltura queste possibilità – invero accessibili a chiunque, anche al di fuori del consiglio di amministrazione – vengono assunte dalla prassi applicativa come base del rimprovero per omesso impedimento. L'argomento probabilmente assorbe in maniera inespresa suggestioni derivanti dalla questione generale del contributo di concorso: dal momento che condotte di sollecitazione all'esecuzione criminosa, ove accolte e trasfuse nella stessa, possono integrare partecipazione (commissiva) morale nel reato⁵⁷, la mancata sollecitazione a tenere condotte conformi all'ordinamento induce a ipotizzare l'inadempimento di una condotta doverosa e ad inquadrarla nell'*art. 40, co. 2, c.p.*

A prescindere dalla sovrapposizione di categorie evidentemente non assimilabili, la generica facoltà di sollecitare o dissuadere gli altri amministratori potrà assumere significato ai sensi di una possibile responsabilità penale solo quando si traduca in un potere normativamente riconosciuto il cui esercizio sia obbligatorio, ovvero rientri in uno schema d'azione previsto da norme procedurali stabilite a tutela di beni giuridici, vale a dire, da norme che attribuiscono il potere giuridico ai fini della configurazione di obblighi penalmente rilevanti ai sensi dell'*art. 40, co. 2, c.p.*, dal momento che "il potere decodifica uno schema di azione coincidente con un segmento di una procedura nella quale il titolare del potere stesso è immesso"⁵⁸: schema d'azione che costituisce la cornice entro la quale può effettuarsi la selezione dei comportamenti che integrano omesso impedimento, "e sempre che, s'intende, le

⁵⁶ C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, cit., 671.

⁵⁷ Ovviamente gli amministratori, anche non esecutivi, qualora istighino i delegati o agevolino la commissione di reati da parte loro, potranno essere chiamati a rispondere come concorrenti (F.M. DE MARTINO, *op. cit.*, 2).

⁵⁸ A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale*, cit., 294.

norme procedurali in questione – dalle quali estraiamo il potere – avessero di mira la tutela dei beni giuridici”⁵⁹.

Va inoltre comunque ribadito che l'organo legittimato, investito del potere di intervenire in conseguenza della sollecitazione o informazione, deve essere titolare del potere di impedire l'evento: direttamente, o a sua volta attraverso l'attività di altro organo dotato di tali poteri, immaginando una catena funzionale stabilita da norme procedurali. Non sono tali i poteri di denuncia, tanto endosocietaria quanto extrasocietaria, che normalmente la disciplina civilistica prevede come facoltativi, e comunque sono sempre reattivi e non preventivi⁶⁰; né quello di convocazione dell'assemblea *ex art. 2367 c.c.*; né quello di impugnativa della delibera qualora assunta in difformità dalla legge o dallo statuto (*art. 2388, co. 4, c.c.*), dal momento che l'organo investito dell'annullamento non ha in realtà poteri inibitori⁶¹, e tenuto conto oltretutto che rispetto all'impugnazione della delibera è imprescindibile “una valutazione dell'esistenza dei presupposti e dell'opportunità di assumere l'iniziativa nell'interesse della società che non può essere lasciata al giudizio individuale dei singoli amministratori”⁶².

Nessuna valenza impeditiva assume la stessa possibilità di informare il pubblico ministero, in vista della richiesta dei provvedimenti di cui all'*art. 2409 c.c.*: con la riforma del diritto societario si è ridotto notevolmente l'ambito di operatività dei poteri del pubblico ministero, il quale è ricompreso tra i soggetti legittimati ad avviare la procedura *ex art. 2409 c.c.* solo nei confronti delle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio (*art. 2409, co. 7, c.c.*); inoltre, il controllo giudiziario è stato notevolmente limitato sotto il profilo oggettivo, potendo essere avviato solo in presenza di gravi irregolarità che possano arrecare danno alla società o alle sue controllate.

Infine, per le società soggette al controllo di autorità di pubblica vigilanza, e

⁵⁹ A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale*, cit., 294.

⁶⁰ Anche il potere – non obbligatorio – di denuncia della commissione di reati societari all'autorità giudiziaria (A. ALESSANDRI-S. SEMINARA, *op. cit.*, 80).

⁶¹ Cfr. N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Giuffrè, Milano, 2003, 226 ss.; C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, cit., 672; *contra* A. CRESPI, *Reato plurisoggettivo e amministrazione pluripersonale della società per azioni*, cit., 522 ss., 524, che lo interpreta come rimedio idoneo a eliminare o attenuare le conseguenze dannose della delibera.

⁶² V. CALANDRA BONAURA, *L'Amministrazione della società per azioni nel sistema tradizionale*, Giappichelli, Torino, 2019, 156.

solo limitatamente alle materie di competenza di queste ultime, è attribuito all'amministratore il potere di segnalare alle stesse eventuali irregolarità: segnalazione che, con tutta evidenza, è priva di qualsiasi idoneità impeditiva, dal momento che eventuali effetti dipenderanno soltanto dalla (non frequente) attivazione successiva dell'*Authority*.

11. Insussistenza di poteri interdittivi o conformativi connessi alla vigilanza collegiale.

Si tratta di valutare poi se nelle prerogative derivanti dalla funzione collegiale di vigilanza possa rientrare eventualmente un potere di blocco dell'attività illecita di terzi, che sia inquadrabile, come messo in luce dalla dottrina, tra le "potestà", cui sono correlati obblighi di soggezione o conformazione da parte dei destinatari⁶³.

Un potere di revoca e conseguente sostituzione dagli incarichi ricoperti degli amministratori nelle società per azioni spetta, di regola, nell'ambito del sistema di amministrazione tradizionale, all'assemblea (art. 2383, co. 3, c.c.), e il suo esercizio può avvenire in qualunque tempo, anche senza giusta causa (salvo il diritto dell'interessato al risarcimento del danno); ne è titolare invece il consiglio di amministrazione rispetto ai componenti del comitato del controllo sulla gestione nel sistema monistico (art. 2409-*octiesdecies*, co. 4, c.c.), e il consiglio di sorveglianza rispetto ai consiglieri di gestione in quello dualistico (art. 2409-*terdecies*, co. 1, lett. a), c.c.).

Al di fuori di queste ipotesi, non sembra che la disciplina vigente assegni ai nudi amministratori ulteriori poteri qualificabili come potestativi adeguati a integrare quelli di impedimento rilevanti ai sensi della fattispecie dell'art. 40, co. 2, c.p.

12. Responsabilità penale degli amministratori da deviazione funzionale.

La prerogativa precipua dei componenti del consiglio di amministrazione pare dunque l'espressione del proprio voto all'interno dell'organo collegiale quale diritto correlato all'obbligo giuridico di prendere parte alle sedute dello stesso.

⁶³ N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, cit., 69 s., 82; F. GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 608; C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento e fisionomica del potere impeditivo*, cit., 668 s.; R. ZANNOTTI, *op. cit.*, 40.

Si è suggerito di qualificare la responsabilità dei membri di organi collegiali in termini di uso deviato delle prerogative proprie della funzione di componente dell'organo⁶⁴.

Tale assunto permette di riprendere una classica distinzione rispetto agli illeciti penali che possono essere commessi all'interno dell'amministrazione pluripersonale⁶⁵.

La prima ipotesi riguarda reati che possono essere commessi da chiunque, quindi anche dagli amministratori di una società, che rispetto ad essi operano a titolo personale, eventualmente di comune accordo, magari anche nel corso di una riunione collegiale che tuttavia costituisce la semplice occasione per la compresenza di più persone e quindi il realizzarsi del concorso.

La seconda si iscrive invece nell'ambito del reato funzionalmente plurisoggettivo⁶⁶: si tratta di illeciti che impegnano le attribuzioni proprie dell'organo, l'azione del consiglio di amministrazione in quanto organo collegiale (e non dei singoli amministratori in quanto tali), in cui quindi si esplicano le funzioni degli amministratori (o dei direttori generali, o dei sindaci), dal momento che tali illeciti si radicano in un *abuso di poteri* o in *violazioni di doveri strettamente inerenti alle funzioni dell'organo sociale*. Caratteristico di queste

⁶⁴ V. L. CORNACCHIA, *Responsabilità penale negli organi collegiali*, 21 ss.: deviazione funzionale, distorsione del ruolo assunto in veste di membro dell'organo, sviamento dal potere connesso alla propria legittimazione a partecipare come componente del collegio, sfruttamento della funzione – pubblica o privata, a seconda del tipo di organo collegiale, ma di per sé lecita e riconosciuta dall'ordinamento giuridico – a scopi privati delittuosi.

⁶⁵ C. PEDRAZZI, *op. cit.*, 9 ss.

⁶⁶ Si è suggerita questa espressione per inquadrare il fenomeno in questione (L. CORNACCHIA, *Responsabilità penale negli organi collegiali*, 11 ss.): una forma di plurisoggettività eventuale, in cui però la relazione tra i concorrenti è innanzitutto di tipo funzionale, nel senso che rappresenta una dimensione della *funzione*, tanto di quella esplicata da ciascuno singolarmente, quanto di quella esercitata dall'entità collettiva cui ogni soggetto partecipa come membro, quest'ultima appunto funzione di organo e forma collegiale; inoltre, l'esecuzione plurisoggettiva si realizza nel contesto di una struttura organizzativa lecita e riconosciuta dal diritto, ossia la pluripersonalità del collegio, in sé conforme all'ordinamento giuridico, del tutto eterogenea rispetto a quella dell'esecuzione delittuosa concorsuale, in cui la presenza di più persone è teleologicamente orientata al fine penalmente illecito, antiggiuridica e anzi elemento tipico della fattispecie. La responsabilità per reato commesso da più membri di un organo collegiale va inquadrata quindi nell'ambito del concorso eventuale di persone, ma occorre tenere conto che la partecipazione è possibile solamente in una cornice di natura *istituzionale* – un'organizzazione strutturata, stabile, entità autonoma distinta dai suoi componenti e dotata di un assetto di norme e procedure (riconosciute dall'ordinamento giuridico) funzionali all'aggregazione delle individualità, alla razionalizzazione delle attività e al loro orientamento a scopi prefissati caratterizzanti – previa rispetto ad essa, senza la quale il contributo di concorso non potrebbe esistere.

esecuzioni plurisoggettive criminose è la riferibilità all'organo amministrativo – nella sua dimensione collegiale – quale *elemento essenziale della condotta tipica*. Quando poi la condotta rappresenta esecuzione di previa delibera collegiale, il passaggio attraverso il filtro dell'organo collegiale costituisce *presupposto* della condotta stessa.

La distinzione – tipica della responsabilità per illecito oggetto di decisione collegiale – tra fase della deliberazione e fase esecutiva implica, come detto, la partecipazione eventuale di soggetti diversi: a volte saranno gli stessi amministratori che daranno attuazione materiale alla delibera, come nel caso della concreta ripartizione degli utili e delle riserve (art. 2627 c.c.), o dell'indebita restituzione dei conferimenti fuori dei casi di legittima riduzione di capitale (art. 2626), o dell'acquisto o sottoscrizione di azioni o quote sociali della società che amministrano o emesse dalla società controllante (art. 2628 c.c.). Si tratta di operazioni che non richiedono necessariamente l'intervento del consiglio d'amministrazione, anzi, a volte l'esecutore materiale può essere anche un soggetto non qualificato, purché vi sia il concorso di almeno un amministratore; ma sono manifestazione e riflesso di un'attività collegiale previa, quella deliberativa, che emerge quindi non come modalità essenziale della condotta tipica ma, appunto, come suo presupposto.

La deviazione funzionale può consistere, a monte, in una semplice situazione di irregolarità: si pensi a vizi attinenti alla composizione del collegio (ad esempio, qualora il consiglio d'amministrazione deliberi in presenza di un numero di consiglieri inferiore al *quorum* richiesto); ad attività svolte in nome del collegio senza che questo sia stato convocato; a contesti in cui il potere esercitato da uno o alcuni amministratori sul resto degli appartenenti all'organo collegiale arriva al punto che i primi adottano decisioni a insaputa degli altri⁶⁷. Situazioni che, inficiando l'esistenza o la validità dell'atto collegiale, assumono rilievo rispetto a quelle fattispecie di reato di cui la deliberazione del consiglio d'amministrazione costituisce presupposto⁶⁸: così, rispetto al reato di formazione fittizia del capitale previsto dall'art. 2632 c.c., dal momento che nell'ipotesi di sopravvalutazione rilevante dei conferimenti di beni in natura occorre fare riferimento all'art. 2343,

⁶⁷ C. PEDRAZZI, *op. cit.*, 16 s.

⁶⁸ In tali casi "... ad integrare il reato non può bastare l'attività sparsa, o anche associata, di singoli amministratori: deve concorrere quel minimo di requisiti procedurali che condiziona la costituzione degli agenti in collegio e la formazione di una volontà collegiale" (C. PEDRAZZI, *op. cit.*, 17 s.).

co. 3, c.c., ai sensi del quale gli amministratori devono, nel termine di centottanta giorni dalla iscrizione della società, controllare le valutazioni contenute nella relazione giurata dell'esperto designato dal tribunale nel cui circondario ha sede la società, presentata da chi conferisce beni in natura – relazione contenente la descrizione dei beni o dei crediti conferiti, l'attestazione che il loro valore è almeno pari a quello ad essi attribuito ai fini della determinazione del capitale sociale e dell'eventuale soprapprezzo, e i criteri di valutazione seguiti – e, se sussistano fondati motivi, devono procedere alla revisione della stima, per il controllo e la eventuale revisione della stima⁶⁹ è imprescindibile ovviamente una delibera collegiale (non assumendo alcun rilievo l'opinione del singolo amministratore); così come pure rispetto all'art. 2440, ult. co., c.c., con riguardo alla ulteriore valutazione ai sensi e per gli effetti dell'art. 2343 c.c., che viene compiuta pure con delibera collegiale.

13. Reati dell'organo collegiale *versus* reati dei singoli amministratori.

Riprendendo una distinzione suggerita da illustre dottrina, i reati che si inseriscono negli "schemi organizzativi dell'amministrazione – amministrazione disgiuntiva, congiuntiva, collegiale – predisposti dalla legge o dagli statuti per coordinare la loro attività"⁷⁰ sono da imputare all'organo collegiale, quindi comportano a certe condizioni la responsabilità penale di tutti gli amministratori. Perché si configuri la fattispecie plurisoggettiva, occorre insomma che l'amministratore dia vita a un comportamento che possa essere qualificato come deviazione funzionale, che però si iscriva in uno degli schemi organizzativi legalmente o statutariamente prefissati.

Invece quelli posti in essere da singoli amministratori al di fuori degli schemi organizzativi predetti – eludendo la vigilanza degli altri componenti del collegio e agendo a loro insaputa – non sono qualificabili alla stregua di atti di amministrazione, rappresentano una sorta di '*Regressverbot*', o limite alla partecipazione, che esclude l'imputazione agli altri amministratori: integrano infatti una "usurpazione delle competenze collegiali" che non assume rilevanza ai fini della responsabilità degli altri membri del collegio regolarmente funzionante, in quanto fondata sulla "clandestinità" e sulla sorpresa, a meno che

⁶⁹ Nonché la verifica *ex artt.* 2343-*quater* e 2440, co. 5, c.c.

⁷⁰ C. PEDRAZZI, *op. cit.*, 29.

non vi sia stata un'inerzia antidoverosa del collegio⁷¹. Se infatti si tratta di iniziativa del singolo amministratore che usurpa le competenze collegiali, egli non risponderà dei reati societari – es. pagamento di utili, restituzione di conferimenti, etc. – ma di reati comuni come furto o appropriazione indebita⁷².

14. Dolo concorsuale dell'amministratore non esecutivo.

La responsabilità concorsuale dell'amministratore non esecutivo nel fatto commesso dai delegati, tanto per il voto espresso all'interno dell'organo collegiale, quanto – qualora si ritenesse individuabile un potere interdittivo o conformativo adeguato a fondare un obbligo giuridico *ex art. 40, co. 2, c.p.* – per omesso impedimento, richiede, ai fini del dolo, la consapevolezza attuale del fatto stesso e la volontà di adesione al programma criminoso. L'eventuale rimprovero a titolo di colpa – rispetto a reati previsti dalla legge anche nella forma colposa (pur se commessi da taluno dei concorrenti, in particolare dal delegato, con dolo) – richiede invece, sul presupposto della prevedibilità derivante da segnali di rischi rilevabili dall'agente modello, la violazione di cautele doverose.

In particolare, l'intelaiatura normativa civilistica conferma ampiamente la stretta connessione tra rappresentazione effettiva del fatto e integrità, completezza e correttezza delle informazioni di cui si viene concretamente in possesso.

L'art. 2392, co. 2, c.c., con l'espressione "essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli", struttura le conoscenze degli amministratori su dati obiettivi, facendo chiaramente dipendere la responsabilità civile dalla effettività delle informazioni: l'intervento sull'andamento della gestione richiesto come impegno per l'impedimento del fatto pregiudizievole o per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze dipende pertanto dall'informazione ottenuta attraverso la relazione degli organi delegati dell'art. 2381, co. 3, c.c.

Del resto, anche semplicemente dal criterio direttivo dell'agire informato dell'art. 2381, co. 6, c.c. si desume chiaramente come la responsabilità dell'amministratore senza delega si fondi sul puntuale accertamento di quali fossero le informazioni effettivamente ricevute dai delegati.

La formulazione dell'art. 2381, co. 3, c.c. risultante dalla riforma, segnando il passaggio dal criterio della diligenza del mandatario a quella richiesta dalla

⁷¹ C. PEDRAZZI, *op. cit.*, 30.

⁷² *Ibidem*.

natura dell'incarico e dalle specifiche competenze, nonché la delimitazione dell'obbligo di valutazione del generale andamento della gestione alle risultanze della relazione degli organi delegati, esclude quelle letture del dolo, notoriamente care alla giurisprudenza penale, ancorate a presunzioni che di fatto ne fanno un equivalente della colpa (in particolare della *culpa in vigilando*) con sostituzione della rappresentazione attuale con la mera conoscibilità⁷³: ci riferiamo ovviamente alla teoria dei "segnali d'allarme"⁷⁴, su cui, date le critiche contundenti che da tempo ha ricevuto dalla migliore dottrina⁷⁵, non vale la pena spendere ulteriori considerazioni.

Ci si limita a evidenziare come la percezione da parte del nudo amministratore di indici di rischio comporti un obbligo di attivazione che, ove disatteso, si tradurrà normalmente in addebito per colpa (salvo il caso di deliberato disprezzo o disinteresse nei confronti dell'andamento della gestione o addirittura di un'inerzia o "cecità" voluta e calcolata per favorire il progetto criminoso, espressiva di *collusione*). Ferma restando la regolare vigenza dell'affidamento nel

⁷³ Laddove invece "il non avere appreso ciò che si sarebbe potuto conoscere, se il dovere di vigilanza fosse stato adempiuto, fonda un addebito di colpa" (D. PULITANÒ, *Amministratori non operativi e omesso impedimento di delitti commessi da altri amministratori*, in *Le Società*, 2008, 904). Cfr. T. PADOVANI, *op. cit.*, 77, che sottolinea come l'interpretazione giurisprudenziale che surroga la conoscenza effettiva con la mera rappresentabilità riproponga di fatto gli esiti del reato collegiale (*ibidem*, 71).

⁷⁴ Recepita in modo altalenante, tra presunzioni di rappresentazione di tali segnali e richieste di effettiva conoscenza degli stessi in capo agli amministratori non esecutivi: così, nella stessa pronuncia, si ritiene di fatto fungibile, ai fini della configurabilità del dolo eventuale, "la prova che (rispetto a reati di bancarotta fraudolenta per distrazione) gli amministratori di società per azioni, privi di deleghe gestorie siano stati informati delle distrazioni ovvero che delle stesse abbiano comunque avuto conoscenza", quella "che vi sia stata la presenza di segnali peculiari di distrazione aventi carattere di anormalità di questi sintomi per tali amministratori" e della loro concreta *conoscibilità* anche mediante l'attivazione del potere informativo di cui all'art. 2381, ult. co., c.c., salvo specificare l'esigenza della "condizione che sussistano, e siano stati *in concreto percepiti* da tali soggetti, segnali 'perspicui e peculiari' dell'evento illecito caratterizzati da un elevato grado di anormalità": Cass., sez. I, 9.3.2018, n. 14783, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2, 2019, 350, con nota di E. PIETROCARLO, *Bancarotta da operazioni dolose e responsabilità degli amministratori non esecutivi per bancarotta fraudolenta: alcune importanti precisazioni della Cassazione in punto di elemento soggettivo*, 359 ss.

⁷⁵ V., con riguardo alla famosa sentenza di primo grado sul caso Banco Ambrosiano (Trib. Milano, 16.4.1992, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1995, 1477), A. CRESPI, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, (1147) 1150 ss., che critica l'interpretazione in chiave di '*actio libera in causa*' della "ferma determinazione a porsi in una situazione idonea a non percepire e valorizzare il significato dell'indicatore d'allarme" e l'equiparazione della "ragionevole possibilità" di rilevare l'altrui condotta illecita in "consapevolezza concretamente raggiunta".

corretto comportamento e nelle capacità ed esperienza dei colleghi delegati fino al punto in cui sia riconoscibile che la fiducia è infondata: e, laddove l'inaffidabilità non sia effettivamente riconosciuta, si tratterà appunto di colpa.

Bisogna anche tenere in debito conto la naturale tendenza umana al ragionamento intuitivo – basato su impressioni, disposizioni, associazioni immediate – rispetto a quello riflessivo: molte assunzioni sono assimilate, il comportamento spesso funziona per automatismi, magari sulla base di equivoci o errori sistematici divenuti abitudinari⁷⁶. Tale considerazione sul piano del dolo comporta che non si può presumere in via assoluta che gli elementi fattuali che con il senno di poi appaiono come sintomatici – appunto i c.c. segnali d'allarme – producano sempre un risveglio da questi meccanismi di natura intuitiva: mentre la giurisprudenza sembra supporre che comunque tali segnali *devono* produrlo, *rectius non possono non produrlo*, con trasposizione del senno di poi a livello di formazione del processo volitivo individuale. Si può supporre invece che siano tutt'altro che infrequenti condotte artificiose o comunque fraudolente degli amministratori esecutivi, "volte a schermare i segnali d'allarme o le informazioni e i fatti anche solo potenzialmente sintomatici di un reato in fieri"⁷⁷: specialmente quando i delegati, rispetto a qualche loro attività opaca da occultare, abbiano uno specifico interesse a giocare sulle impressioni da trasmettere agli altri membri del consiglio d'amministrazione.

Che poi l'accertamento del dolo non possa prescindere dal ricorso ad elementi sintomatici, specialmente nella valutazione di comportamenti collusivi e quindi di adesione al progetto criminoso, non significa stravolgere il significato dei sintomi stessi: non sono i segnali di allarme a indiziare la collusione, ma piuttosto la connotazione strategico-organizzativa del comportamento ad essi correlato (ad esempio, della astensione dal voto che permette comunque di raggiungere il *quorum* per la valida votazione, che porterà all'approvazione della delibera tramite i voti degli altri) a far apprezzare lo stesso come contributo concorsuale.

⁷⁶ Cfr. J.M. SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2ª ed., Edisofer, Madrid, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2016, 257 ss. Oltretutto non va trascurato che la figura del membro indipendente del consiglio di amministrazione non si sottrae a fenomeni tipici della dinamica di gruppo, come l'adattamento alle idee della maggioranza (o, ad esempio, alle informazioni dell'amministratore delegato nelle società di capitali) e in generale i meccanismi deformativi del processo decisionale.

⁷⁷ N. MENARDO, *op. cit.*, 12.

15. Le conoscenze speciali dell'amministratore non operativo relative all'illiceità di operazioni oggetto di deliberazione.

Ora, ci si deve chiedere se, nel caso in cui un amministratore non operativo sia pienamente consapevole di informazioni fondamentali che gli sono state occultate dai delegati, in virtù delle quali si rappresenti positivamente e attualmente il fatto penalmente illecito conseguenza della deliberazione, oltre all'obbligo di esprimere voto contrario alla medesima, sia anche tenuto a rendere edotti gli altri membri dell'organo collegiale.

A nostro avviso si deve affermare la vigenza di tale obbligo, che rientra nella sfera di competenza dell'amministratore, esecutivo o meno che sia, in ragione della funzione che ricopre.

L'obbligo ha in realtà una duplice fonte. Da un lato costituisce corollario del dovere di contribuire alle delibere dell'organo: dovere che non si esaurisce nell'espressione del voto, ma anche nell'apporto dato a una decisione collegiale quanto più corretta e informata possibile. Dall'altro, non è che un risvolto normativo della stessa collegialità: in quanto componente dell'entità collegiale, l'amministratore ha l'obbligo di contribuire al suo corretto funzionamento, quindi di non ingenerare un affidamento mal riposto negli altri suoi colleghi occultando informazioni fondamentali ai fini dell'assunzione della decisione.

In caso di voto a favore della delibera da parte del componente dell'organo collegiale che possieda tali conoscenze, si configura una volontaria adesione al programma criminoso oggetto di delibera. Ma, in questa peculiare situazione, potrà integrare condotta di complicità anche l'assenza ingiustificata alla delibera (a meno che, beninteso, l'amministratore non abbia informato gli altri colleghi della connotazione illecita della delibera e poi si sia assentato); e così pure l'astensione. Si tratta dunque di un obbligo di informazione che, ove trasgredito, si riverbera su quello di presenziare alla seduta di votazione con voto contrario alla decisione criminosa. Per escludere la responsabilità penale dell'amministratore che detenga tali speciali conoscenze sarà imprescindibile la sua partecipazione alla votazione con espressione del voto contrario e inoltre l'adempimento dell'obbligo di previa corretta ed esaustiva informazione agli altri membri: peraltro, assume rilievo penale solamente tale dovere, che non si traduce comunque in un obbligo di impedimento, per mancanza di corrispondenti poteri (l'inottemperanza del dovere di fare tutto quanto in proprio potere per impedire il compimento di fatti pregiudizievoli o per

eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose comporterà solamente responsabilità civile *ex art. 2392, co. 2, c.c.*).

16. La responsabilità penale degli amministratori di fronte alla crisi d'impresa.

Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, introdotto con d.lgs. 12.1.2019, n. 14 contempla meccanismi orientati a favorire la continuità, il risanamento e la ristrutturazione dell'impresa in crisi, oltre al soddisfacimento dei creditori. Si è osservato come la duplice previsione, dapprima, di una procedura preventiva di allerta – deputata ad anticipare l'insorgere della crisi mediante approntamento di strumenti di sostegno –, e poi di un protocollo di composizione assistita della crisi – funzionale invece alla ricerca di un accordo con i creditori –, produca dinamiche gestorie dicotomiche rispetto alle scelte dell'organo amministrativo: dirette a sviluppare politiche di ristrutturazione dell'impresa sul piano tanto dell'assetto organizzativo, quanto della valorizzazione dei profili produttivi più redditizi nel contesto della prima fase (modello dinamico-gestorio); improntate invece a logiche di conservazione e immobilismo in vista della preservazione dell'attivo nella seconda, quella della liquidazione dell'azienda e delle procedure concorsuali di soddisfacimento delle ragioni creditorie (modello statico-liquidatorio)⁷⁸.

Ora, l'art. 14 d.lgs. 14/2019, che prevede una causa di esclusione della responsabilità civile solidale per gli organi di controllo societari, il revisore contabile e la società di revisione che – obbligati a verificare che l'organo amministrativo valuti costantemente, assumendo le conseguenti idonee iniziative, l'adeguatezza dell'assetto organizzativo dell'impresa, la sussistenza dell'equilibrio economico finanziario e il prevedibile andamento della gestione – diano immediata segnalazione all'organo amministrativo stesso dell'esistenza di fondati indizi della crisi (di cui l'art. 13 fornisce gli indicatori), al contempo introduce in capo ai *gatekeepers* (sindaci e revisori) un peculiare potere di intervento: appunto, la *segnalazione* (all'organo amministrativo e, in caso di omessa o inadeguata risposta o adozione di contromisure, all'OCRI). Si discute se si tratti di un vero obbligo a carattere impeditivo, ovviamente limitatamente ai fatti da cui è emersa la crisi, con conseguente responsabilità da omesso impedimento del reato *ex art. 40, co. 2, c.p.* in caso di mancato tempestivo esercizio

⁷⁸ F. BELLAGAMBA, *La responsabilità penale degli amministratori nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in *Legisl. pen.*, 2020, 2 ss. (definizioni dei due modelli a p. 4).

di tale dovere-potere⁷⁹; ovvero di un obbligo privo di rilievo penale, a meno che non si configuri concorso con i comportamenti degli amministratori quale mancato impedimento degli stessi, ma solo se vi sia la prova del rilievo causale rispetto ad essi, ossia che l'adempimento dell'obbligo sarebbe stato concretamente idoneo a indurre l'organo amministrativo all'adozione di specifici provvedimenti di neutralizzare del rischio; inoltre, ove si tratti di partecipazione omissiva in reato doloso, anche il sindaco o revisore dovrà essere in dolo, quindi avere conoscenza effettiva ed attuale degli indizi di crisi⁸⁰.

Il codice della crisi dell'impresa configura dunque un potere di intervento indubbiamente *proattivo* rispetto – all'insolvenza, e quindi – alla verifica dell'illecito penale: l'attività prescritta è mediata dal comportamento degli amministratori, con i quali pertanto potrà concorrere⁸¹.

Si tratta pertanto di un obbligo di intervento, in particolare di compiere una tempestiva prognosi sugli squilibri economici e finanziari e di conseguenza di allertare l'organo amministrativo, che peraltro, nonostante quanto affermato dalla giurisprudenza⁸², non può essere identificato automaticamente con un obbligo di impedimento *ex art. 40, co. 2, c.p.* (nel caso di specie, in combinato disposto con l'art. 110 c.p.): tale qualificazione implica la verifica della concreta idoneità impeditiva del potere di cui dispongono gli organi di controllo, in considerazione della particolare situazione aziendale, della effettiva dislocazione dei poteri e delle modalità di circolazione delle informazioni, quindi, della misura in cui il sindaco o il revisore ne dispongono⁸³.

⁷⁹ F. BELLAGAMBA, *op. cit.*, 6, nt. 23; M. GAMBARELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Giappichelli, Torino, 2020, 65 s.; viene rafforzata la posizione di garanzia dei sindaci secondo A. ROSSI, *op. cit.*, 1186; N. MAZZACUVA-E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 28 s.

⁸⁰ A. ALESSANDRI, *Novità penalistiche nel codice della crisi d'impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, (1815) 1840, che segnala i rischi di una curvatura in direzione di una forma di responsabilità di posizione laddove la disposizione venga interpretata nel senso di assegnare rilievo penale alla mera inosservanza dell'obbligo di segnalazione.

⁸¹ Cfr. F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari (una lettura critica della recente giurisprudenza)*, in *Riv. soc.*, 2012, (317) 317 ss.

⁸² Cfr. Cass. pen., 11.5.2018, n. 44107, secondo cui i poteri di impedimento non sono solo quelli capaci di evitare, in assoluto, la commissione dei reati da parte degli amministratori (atteso che non è demandato ai sindaci un controllo preventivo sugli atti di amministrazione), ma i poteri, senz'altro appartenenti al sindaco, di ricognizione e di segnalazione che stimolano la reattività dei soggetti legittimati ad agire per la tutela del patrimonio sociale (i soci e i creditori).

⁸³ *Op. e loc. ult. cit.*

Anche laddove si possa dimostrare la sussistenza di poteri impeditivi idonei in capo agli organi di controllo o revisori, tuttavia la soluzione della responsabilità penale per concorso omissivo sembra inammissibile in considerazione del profilo del dolo.

Escluso che l'obbligo di intervento ricada sul sindaco *uti singulus*, la collegialità dell'attività sindacale comporta che sarà l'organo – come del resto esplicitamente da art. 14 – a dovere deliberare – eventualmente sulla base di indicazioni provenienti dai singoli membri – la segnalazione al consiglio di amministrazione laddove vengano ravvisati fondati indizi di crisi. E proprio perché l'iniziativa non sembra rimessa al singolo sindaco, ma all'organo collegiale, l'omessa segnalazione da parte di quest'ultimo, pienamente edotto degli indici di squilibrio, normalmente integrerà un inadempimento volontario tale da indiziare una forma di *collusione* – tramite decisione di non esercitare i propri poteri di intervento – con l'organo apicale dell'impresa (in tal caso, l'evidenza di un concorso di persone prescinde dal richiamo dell'art. 40, co. 2, c.p.); mentre l'inerzia dovuta a negligenza (ad esempio quando la segnalazione venga ritardata) o la mancata rilevazione della situazione di crisi in presenza di indici riconoscibili costituiranno condotte colpose, che potranno integrare l'art. 113 c.p. qualora il reato stesso sia colposo (così nel caso della bancarotta semplice)⁸⁴. Non potendo assumere rilievo penale la mera inottemperanza all'obbligo di segnalazione, non si riesce invece a intravedere uno spazio per una partecipazione nel reato degli amministratori mediante omesso impedimento doloso che non si traduca in un comportamento collusivo (rispetto al quale, come detto, l'inerzia, piuttosto che come violazione dell'obbligo giuridico *ex art. 40, co. 2, c.p.*, potrà essere considerata piuttosto alla stregua di mezzo di attuazione dell'accordo collusivo).

Complessa appare anche la questione dell'informazione tempestiva all'OCRI, da parte degli organi di controllo, dell'omessa o inadeguata risposta dell'organo amministrativo o della mancata adozione da parte di questo delle contromisure per fronteggiare la crisi: si tratta di un'attività che implica una previa valutazione

⁸⁴ Per quanto riguarda l'annosa questione dell'ammissibilità della cooperazione colposa in reato doloso, la tesi favorevole pare giovare della considerazione per cui, rispetto a chi viola una cautela, il delitto è effettivamente colposo, a prescindere dal fatto che l'esecutore materiale lo abbia commesso con dolo: ma, ovviamente, il reato stesso deve comunque prevedere la punibilità per colpa (cfr., eventualmente, L. CORNACCHIA, *Cooperazione colposa (nel diritto penale contemporaneo)*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, 4^a ed., *Aggiornamento*, XI, Utet Giuridica, Milano, 2021, (1767) 193 s.).

con ampio margine di discrezionalità, ma che assume rilievo ai fini dell'esonero da responsabilità (solidale civile) dell'organo di controllo (con esiti di esenzione anche da responsabilità penale) di cui all'art. 14, co. 3.

In generale, il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza prevede incentivi, da un lato, all'emersione della crisi, dall'altro, alla sua composizione attraverso la previsione di un complesso sistema di misure premiali: nella prima prospettiva si insedia appunto la menzionata causa di esenzione da responsabilità solidale a favore dell'organo di controllo; la seconda ha invece come destinatario il debitore. La scelta compiuta dal legislatore – pur con una discutibile sovrapposizione di elementi lessicali da paradigma civilistico – è nel senso di far dipendere il rischio penale per i *gatekeepers* dalla decisione, in una fase prodromica rispetto all'insolvenza, di attivare i meccanismi di allerta nei confronti dell'organo di gestione, ma anche, in caso di insuccesso, nei confronti dell'OCRI, in vista della composizione della crisi.

La nuova disciplina orienta anche le decisioni dell'organo di gestione in ordine a una possibile situazione di crisi dell'impresa: per quanto riguarda gli amministratori delegati, si tratterà di adottare delibere di conservazione in senso statico del patrimonio sociale, nella prospettiva della liquidazione, ovvero di ristrutturazione in senso dinamico, nell'ottica della ricerca di soluzioni di risanamento; gli amministratori senza delega vedono implementato il loro obbligo di agire informati, e in particolare, in forma collegiale, le informazioni ottenute dagli esecutivi veicolano le attività previste dall'art. 2381, co. 3, c.c. – ossia la valutazione sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società, l'esame dei piani strategici, industriali e finanziari, quando elaborati, la valutazione, sulla base della relazione degli organi delegati, del generale andamento della gestione – in direzione della rapida individuazione delle criticità nella gestione⁸⁵.

Le decisioni collegiali del consiglio di amministrazione sono dunque variabili dipendenti dal costante monitoraggio sulla realtà aziendale da parte degli amministratori delegati nell'ottica di favorire la emersione di indici di crisi e l'adozione rapida di soluzioni adeguate di gestione, con obiettivi di garantire la continuità dell'azienda o il risanamento, e dalla circolazione effettiva della più

⁸⁵ F. BELLAGAMBA, *op. cit.*, 8 s., che, con riguardo alla figura dell'amministratore delegato, segnala le ripercussioni dell'impostazione del codice della crisi sul piano della responsabilità per colpa e per dolo eventuale (*ibidem*, 11 ss.).

completa e corretta informazione a riguardo – indirizzata agli amministratori senza deleghe, ma anche agli organi di controllo – in funzione degli incentivi premiali che la disciplina prevede per i soggetti che operano nell'impresa.

Gli amministratori che abbiano ricevuto la segnalazione sono obbligati ad adempiere entro il termine fissato *ex art.* 14, co. 2 a una serie di attività, che comprende l'individuazione di soluzioni e l'intrapresa di iniziative, nonché, ove necessario, l'adozione entro sessanta giorni delle misure ritenute necessarie per superare lo stato di crisi: del resto, si tratta di attività che costituiscono corollario o specificazione dell'obbligo – oggetto di valutazione da parte degli organi di controllo⁸⁶ – di adottare un assetto organizzativo adeguato e verificarne costantemente la permanente idoneità, assetto che dovrà permettere, appunto, la neutralizzazione del rischio di una crisi potenzialmente foriera di una situazione di insolvenza, a garanzia dell'implementazione e massimizzazione del valore aziendale e di valorizzazione degli assetti produttivi.

Si collocano nella seconda prospettiva di cui si è detto, quella della ricerca di una composizione della crisi, la causa di esclusione della punibilità per il debito con riguardo ai delitti di bancarotta di cui all'art. 25, co. 2, in caso di tempestiva presentazione di istanza all'OCRI o di domanda di accesso a una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza, subordinata alla circostanza che il danno cagionato sia di speciale tenuità, nonché la circostanza attenuante obbligatoria a effetto speciale prevista dalla stessa norma nei casi ivi contemplati: figure che valorizzano iniziative in cui l'organo amministrativo viene chiamato a farsi elemento propulsivo della proposta di istanza o domanda.

17. Considerazioni conclusive: deviazioni funzionali nella prassi interpretativa giurisprudenziale.

⁸⁶ Dato che il collegio sindacale è chiamato a vigilare sulla costante valutazione da parte dell'organo amministrativo sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo dell'impresa, la dottrina si è interrogata sulla eventuale natura gestoria delle decisioni in tale materia, e quindi sulla possibilità di un controllo di merito da parte dell'organo sindacale: la questione della legittimità del sindacato da parte di quest'ultimo sul contenuto della decisione sugli assetti assume oggi peculiare importanza con riguardo all'entrata in vigore delle norme sulle misure di allerta. Allo stato attuale la dottrina commercialistica sembra orientata a mantenere fermo, come da tradizione, che la vigilanza sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo da parte del collegio sindacale sia circoscritta ai soli aspetti procedurali relativi alla edificazione degli assetti da parte degli amministratori, esclusa una valutazione sul merito delle scelte gestionali (cfr. F. INNOCENTI, *Composizione e nuovi poteri/doveri dell'organo di controllo e del revisore nelle s.r.l., tra vecchi e nuovi interrogativi*, in *Giur. comm.*, 2021, (145) 175 s.).

La responsabilità dei singoli membri di organi collegiali “privati” – come quelli di società di capitali – per i reati esito della decisione collettiva da questi assunte va argomentata attraverso l'interpretazione della peculiare disciplina privatistica di settore: si tratta di regole dettate per altri scopi, che spesso la giurisprudenza piega alle esigenze di una giustificazione retrospettiva dell'addebito penale, magari per compensare l'inadeguatezza del paradigma del concorso di persone di fronte a modelli di azione e tipi di criminalità che, pur strutturalmente plurisoggettivi, presentano peculiarità proprie, attraverso sovrapposizione di schemi ad esso estranei, come quello della solidarietà civilistica; o per surrogarlo direttamente tramite categorie assolutamente esorbitanti dalla stessa logica degli artt. 110 e 113 c.p. – come la posizione di garanzia, il non impedimento (doloso o colposo poco importa, trattandosi di etichetta che eventualmente viene “appiccicata” in via presuntiva) o addirittura la mancata minimizzazione del rischio della commissione del reato da parte degli altri partecipi – e semmai riconducibili a quella del reato omissivo improprio⁸⁷.

Orientamenti che insomma risolvono il complicato problema delle conseguenze penali della gestione del rischio sulla base di decisioni “pluraliste” tramite ben note tecniche di decurtazione dell'accertamento delle responsabilità penali, *in subiecta materia* facendo leva su norme del codice civile – o del t.u.f. – per realizzare una trasformazione morfologica della responsabilità penale in responsabilità omissiva generalizzata attraverso assimilazione indiscriminata di criteri civilistici.

La causalità – criterio certamente periclitante, in generale, rispetto all'individuazione del contributo minimo di concorso, e ancora più rispetto a delibere collettive – si modifica geneticamente fino a convertirsi nella mera possibilità teorica astratta di impedimento; l'accertamento del dolo passa attraverso euristiche modellate su “segnali d'allarme” – di solito dedotti secondo paradigmi di *hindsight bias* – e finisce per appiattirsi sulla colpa per omessa

⁸⁷ C.E. PALIERO, *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2018, (175) 198.

vigilanza⁸⁸, che a sua volta si dissolve nella posizione di garanzia⁸⁹.

In generale, decisioni che rappresentano già in sé il risultato di un complesso procedimento fatto di segmenti preparatori, istruttori, e deliberativi – in cui un ruolo primario gioca la quantità e qualità delle informazioni disponibili⁹⁰ – richiederebbero un'indagine accurata sui soggetti che hanno realmente detenuto, sfruttato e veicolato i flussi informativi di cui si è detto, per potere modulare su di essi l'imputazione dei fatti derivanti dalla delibera collegiale, o, prima ancora, semplicemente, per raggiungere una corretta comprensione di "come sono andate realmente le cose": questo è il vero *punctum dolens* di un'applicazione stereotipa e non meditata dello schema plurisoggettivo alla tematica in oggetto, essendo "scarsa la capacità del modello penalistico concorsuale di accogliere razionalmente la formazione delle decisioni nelle organizzazioni complesse e la reale partecipazione nell'ambito degli organi collegiali"⁹¹.

Indagini che vengono completamente oblitrate a fronte della tendenza a parificare aprioristicamente le responsabilità individuali nell'ambito di organi collegiali, cristallizzandole su posizioni di garanzia edificate indifferentemente in capo ad amministratori con e senza delega (nonché in capo ai sindaci) e sulla qualificazione in termini di dolo dell'atteggiamento *lato sensu* negligente degli amministratori non delegati (e dei sindaci), nell'indifferenza alle dinamiche e alle logiche organizzative reali⁹².

⁸⁸ Solo una responsabilità colposa può venire in questione di fronte a segnali di allarme, o precedenti casi di situazioni pregiudizievoli che diano motivo di preoccuparsi, per un comportamento di trascuratezza o negligenza con riguardo a tali segnali o situazioni, e comunque una colpa che va relazionata al fatto concreto: W. PERRON-J. EISELE, § 14, in SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. Aufl., Beck, 2019, Rn. 19, 254 (con riguardo a ipotesi in cui la giurisprudenza italiana configura direttamente il dolo, per il quale invece occorre sempre la prova della conoscenza effettiva dei fatti); N. MAZZACUVA-E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, 5ª ed., Wolters Kluwer, Milano, 2020, 24 ss.

⁸⁹ Cfr. A. ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, (534) 545 ss.

⁹⁰ Il "governo della «circolazione delle informazioni» verso i componenti dell'organo collegiale": N. PISANI, *Crisi di impresa e diritto penale*, Il Mulino, Bologna, 2018, 64.

⁹¹ A. ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, cit., 561.

⁹² V. R. ZANNOTTI, *Diritto penale dell'economia. Reati societari e reati in materia di mercato finanziario*, 3ª ed., Giuffrè, Milano, 2017, 37 s. Così, nell'ambito della giurisprudenza di merito, sono stati chiamati a rispondere penalmente per bancarotta fraudolenta tutti gli amministratori e i sindaci di un istituto di credito sulla base di un omesso esercizio di quei poteri che, secondo l'orientamento in questo, sarebbero stati idonei a prevenire il perpetrarsi degli atti distrattivi del patrimonio sociale: "l'atteggiamento positivamente connivente degli amministratori si pone quale fatto oggettivamente collegato da adeguato nesso causale all'illecita attività

NOC

dell'amministratore delegato, collocandosi alla serie causale produttiva dell'evento quale momento di rafforzamento della volontà criminosa del suddetto organo sociale" (Trib. Milano, 16.4.1992, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1995, 1477). Né tantomeno, sempre nel medesimo caso concreto, è andato esente da responsabilità penale l'amministratore assente alle riunioni di consiglio, a nulla rilevando che si trovasse all'oscuro di ciò che si stava deliberando all'interno dell'organo collegiale di appartenenza (in questi stessi termini v. Cass., sez. VI, 31.1.1989, in *Riv. pen.*, 1990, 882): profilo su cui si ritornerà.