



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
Cattedra di Diritto Penale

IL SOGGETTO ATTIVO DEL REATO
NELLA *PROSPETTIVA DI FATTO*

RELATORE
Chiar.mo Prof.
Angelo Carmona

CANDIDATA
Diletta Aliotta
Matr. 107593

CORRELATORE
Chiar.mo Prof.
Cristiano Cupelli

ANNO ACCADEMICO 2014/2015

INDICE

Capitolo 1 – Il reato proprio

1. Definizione	4
2. Struttura	5
2.1 Gli orientamenti della dottrina	6
2.2 La qualifica soggettiva nella struttura del reato proprio	14
2.3 Fondamento costituzionale	18
3. La delega	20
4. Il concorso di persone nel reato proprio.....	31

Capitolo 2 – L'amministratore di fatto prima della riforma

1. L'amministratore di fatto: nozione e fondamento della punibilità	37
2. Il rapporto tra norme civili e norme penali	41
3. La posizione della dottrina	42
3.1 La teoria formale	42
3.1.1 I limiti della teoria formale	49
3.2 La teoria sostanziale	51
3.2.1 I limiti della teoria sostanziale	55
4. L'evoluzione della giurisprudenza penale	56
5. Dottrina e giurisprudenza a confronto	63
6. Responsabilità civile dell'amministratore di fatto.....	64

Capitolo 3 – Le qualifiche di fatto: la situazione post-riforma

1. <i>Ratio</i> e strumenti della riforma.....	73
2. L'art 2639 cc.....	78
2.1 Considerazioni generali	78
2.2 La prima equiparazione: i soggetti incaricati di svolgere la “ <i>stessa funzione, diversamente qualificata</i> ”	81
2.3 La seconda equiparazione: i soggetti di fatto	87
2.3.1 I “ <i>poteri tipici</i> ”	91
2.3.2 La “ <i>continuatività</i> ”	94
2.3.3 La “ <i>significatività</i> ”	95
2.3.4 L'amministratore di fatto	97
2.3.5 Il direttore generale di fatto	101
2.3.6 Il liquidatore di fatto	102
2.3.7 Il sindaco di fatto	102
2.3.8 Il revisore di fatto	103
2.3.9 Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari	104
2.3.10 La responsabilità dell'amministratore di diritto	104
2.4 La terza equiparazione: I soggetti “ <i>incaricati dall'autorità giudiziaria e dall'autorità pubblica di vigilanza</i> ”	109

Capitolo 4 – Ambito di applicazione dell'art. 2639 cc

1. Premessa.....	113
2. I reati fallimentari	114
3. Gli illeciti amministrativi	122
4. I reati bancari	122

5. I reati tributari	123
6. La responsabilità dell'amministratore di diritto	126

Capitolo 5 – L'interpretazione analogica dell'art. 2639 cc

1. Premessa.....	131
2. L'analogia: definizione, storia, <i>ratio</i>	132
3. Fondamento	136
4. Struttura	140
5. I limiti dell'analogia	144
6. Il divieto di analogia: le norme eccezionali.....	146
7. Il divieto di analogia: le norme penali.....	150
7.1 L'analogia <i>in bonam partem</i>	155
8. L'applicazione giurisprudenziale del procedimento per analogia	158
9. L'interpretazione analogica dell'art. 2639 cc:	
considerazioni conclusive	162

Bibliografia	166
---------------------------	------------

CAPITOLO 1

IL REATO PROPRIO

SOMMARIO: 1. Definizione – 2. Struttura – 2.1 Gli orientamenti della dottrina – 2.2 La qualifica soggettiva nella struttura del reato proprio – 2.3 Fondamento costituzionale – 3. La delega – 4. Il concorso di persone

1. DEFINIZIONE

Il reato proprio viene *prima facie* definito come quel reato che può essere commesso solo da chi sia in possesso di una particolare qualifica (giuridica o di fatto) ovvero si trovi in una certa posizione. Come tale, nella classificazione delle tipologie di reato, esso viene tradizionalmente contrapposto al reato comune, che è invece definito come illecito penale che chiunque può commettere.

La definizione riportata non spiega, di per se', quali siano la ragione d'essere e l'essenza del reato proprio.

Cosa giustifica l'atteggiamento più severo del legislatore nei confronti di questo reato? Perché v'è legato un maggior disvalore della condotta?

Sono questi gli interrogativi che meritano risposta. Inoltre, occorre ricordare che la suddetta definizione non è fornita dal legislatore, ma è una - la più semplice - delle definizioni elaborate in dottrina. Del resto, proprio l'assenza di linee guida derivanti dalla legge ha reso difficile affrontare le problematiche sorte con riferimento a questa tipologia di reato quali, in primis, quelle attinenti alla sua struttura.

Dunque, non è un caso che, per risolvere questioni di diritto sostanziale, gli studiosi abbiano fatto ricorso a concetti appartenenti alla sfera del diritto processuale, sfruttando la categoria della legittimazione al compimento del reato, nonché siano state elaborate diverse teorie.

2. STRUTTURA

In generale, sappiamo che ogni reato è strutturalmente caratterizzato dalla presenza di tre elementi: fatto tipico, antigiuridicità e colpevolezza. Nel nostro caso, ciascuno di questi fattori è condizionato, sebbene in modo e misura diversi, dalla qualifica soggettiva di cui è titolare l'autore. In altri termini, si tratta di verificare il modo in cui la posizione soggettiva, che rappresenta l'elemento *fondante* il reato proprio, incida sulle sue diverse componenti strutturali. In dottrina si è evidenziato come l'essenza del reato proprio sia costituita dal fatto che esso possa essere commesso solo dai soggetti specificamente indicati nella fattispecie, vale a dire coloro che possiedono la qualifica indicata.¹ Inoltre, in ragione del ruolo assegnato alla qualifica stessa, la dottrina ha altresì operato delle distinzioni tra tipi di reato proprio. Alcuni², ad esempio, distinguono tra reati propri in senso puro e reati propri in senso lato, a seconda che il possesso della qualifica fondi la punibilità del fatto o determini solo un mutamento del titolo di reato. Diversamente, altri studiosi sottolineano come l'illiceità della condotta sia direttamente legata al possesso della qualifica, in alcuni casi, ovvero ad una situazione di fatto che determini il sorgere di particolari

¹ A. Gullo, *Il reato proprio*, Milano 2005, 18.

² G. Fiandaca – E. Musco, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna 2009, 202.

obblighi giuridici in capo al soggetto autore, in altri³. Questi, inoltre, ritengono di distinguere le situazioni in cui la qualifica determini una maggior capacità del soggetto di aggredire e ledere il bene giuridico tutelato da quelle in cui, pur in presenza di una lesione, il legislatore scelga di non punire in assenza della qualifica stessa⁴. Altra dottrina⁵, invece, distingue tra: reati propri non esclusivi, vale a dire fatti che resterebbero illeciti pur in assenza della qualifica; reati propri semiesclusivi, relativi a casi in cui l'assenza della qualifica determini l'integrazione di un diverso titolo di reato; reati propri esclusivi, cioè fatti che in assenza della qualifica sarebbero penalmente irrilevanti.

Questi pochi esempi fanno già comprendere come la categoria del reato proprio abbia dei confini mutevoli, senza contare che la sua essenza si fonda su categorie piuttosto generiche. Per questi motivi, taluno ha convincentemente sottolineato l'opportunità di svolgere un'analisi sulla struttura del reato piuttosto che sulle sue possibili esternazioni⁶.

2.1 Gli orientamenti della dottrina

In merito alla struttura del reato proprio, tre sono le principali teorie dibattute in dottrina, le quali forniscono altrettanti criteri per l'individuazione del reato in argomento.

La prima è conosciuta come teoria della "norma propria", secondo cui sarebbe "proprio" quel reato che consiste nella violazione di comandi e divieti indirizzati ad una cerchia ristretta di soggetti. Questa teoria origina

³ V. Pagliaro, *Principi di diritto penale, Parte generale*, Milano 2003, 166 s.

⁴ V. Pagliaro, *Il concorso dell'estraneo nei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Dir. Pen. Proc.*, 1995, 976.

⁵ F. Mantovani, *Diritto penale, Parte generale*, Padova 2001, 116 s.

⁶ A. Gullo, *Il reato proprio*, cit., 14.

da studi generali sulla norma giuridica condotti dalla dottrina tedesca⁷. Nel darle applicazione al reato proprio, illustri autori⁸, muovendo dall'assunto per il quale solo i soggetti destinatari di una norma possono contravvenire ad essa, affermano che ricorrono eventualità in cui, a carico dei possessori di una determinata qualifica, nascono doveri particolari, che non competono alla generalità dei consociati. Di regola, la norma giuridica si caratterizza per generalità ed astrattezza, mentre l'elaborazione di norme in ragione della qualifica costituisce una particolarità, originata dalla volontà di proteggere determinati beni o di perseguire particolari obiettivi di politica criminale. L'attività di demarcazione dell'ambito di applicazione della norma, così iniziata dal legislatore, dovrebbe poi essere completata dall'interprete.

Questa teoria, tuttavia, ha ricevuto molteplici critiche.

In primo luogo, l'idea che vi siano norme indirizzate solo a determinati soggetti porterebbe ad equivocare la *ratio* che conduce il legislatore alla formulazione della norma. Infatti, la delimitazione dei soggetti attivi non costituisce la motivazione che origina la norma giuridica, bensì la conseguenza di scelte di politica criminale, effettuate tenendo conto degli interessi sottostanti⁹.

In secondo luogo, la norma propria dovrebbe fornire i criteri per individuare i soggetti obbligati, cioè "legittimati" al compimento del reato. Ebbene, al riguardo la dottrina ha denunciato l'inefficacia di siffatta norma.

⁷ K. Binding, *Die Normen und Ihre Übertretung*, I, Leipzig 1919, 126 e ss.

Nell'opera citata l'autore, nel ricordare la tradizionale distinzione tra norme generali e norme speciali, rileva come talvolta la norma giuridica si indirizzi alla generalità dei consociati, mentre in altre occasioni individui un ambito circoscritto di destinatari.

⁸ J. Nagler, *Die Teilnahme am Sonderverbrechen*, Leipzig 1903, 7.

⁹ Gullo, *Il reato proprio*, cit., 34.

In nota, l'autore cita W. Langer, *Das Sonderverbrechen*, Berlino 1972, 255, in cui si sottolinea come la selezione dei destinatari della norma sia frutto di "pura discrezionalità" del legislatore.

Infatti, per comprendere se un soggetto possa essere o meno autore di un determinato reato è necessario svolgere una verifica riferita all'attualità, prendendo in esame un comportamento già tenuto dal soggetto. Al contrario, il tema della destinazione della norma implica l'interrogarsi sulla capacità astratta di porre in essere una condotta. Tuttavia, tale approccio non può essere condiviso, in quanto *“nessuno può essere a priori escluso dal novero dei possibili autori di un atto”*¹⁰. Di conseguenza, il ruolo della norma propria non dovrebbe essere quello di indirizzarsi ad alcuni individui predeterminati, ma definire in modo più puntuale il soggetto obbligato¹¹, cioè colui nei cui confronti si *“concretizza l'astratto dovere”* imposto dalla norma¹².

Le critiche mosse alla prima teoria hanno contribuito alla formulazione della seconda teoria: la teoria della *“fattispecie propria”*.

I sostenitori di questa teoria individuano la differenza tra reato proprio e reato comune nel fatto che, con riferimento al primo, la fattispecie possa essere integrata solo da soggetti con particolari qualità naturalistiche o giuridiche. In altri termini, come sostenuto dalla dottrina tedesca, *“la fattispecie presuppone l'appartenenza ad una cerchia definita di soggetti”*¹³. A nostro modesto avviso, la principale differenza della teoria in argomento, rispetto alla teoria della norma propria, consiste nel fatto che la teoria della fattispecie propria non esclude la possibilità che anche un estraneo possa ledere il bene giuridico tutelato dalla norma e che anch'egli sia destinatario del sottostante divieto. Tuttavia, in simile caso, la condotta dell'estraneo non sarebbe punibile in quanto non conforme alla

¹⁰ Arm. Kaufman, *Lebendiges und totes in Bindings Normentheorie*, Göttingen 1954.

¹¹ Gullo, *Il reato proprio*, cit., 36.

¹² Arm. Kaufman, *Lebendiges und totes in Bindings Normentheorie*, cit., 134.

¹³ Kern, *Die Teilnahme im E. 25*, in *Gerichtssaal*, 92, 158.

W. Langer, *Das Sonderverbrechen*, cit.

fattispecie. La fattispecie propria ha quindi la funzione di circoscrivere la punibilità a determinati soggetti.

Anche la seconda teoria è stata sottoposta a diverse critiche. I suoi detrattori, infatti, hanno opinato come essa possa fornire criteri utili più ad una classificazione dei tipi di reato proprio che all'individuazione della sua essenza, in quanto l'esistenza di una fattispecie che punisca solo determinati soggetti è una conseguenza del maggior disvalore della loro condotta, ma non spiega in cosa tale disvalore consista, né quale ne sia il fondamento. Così, come la scelta di limitare la sfera di applicazione di una norma a determinati soggetti, anche la limitazione della punibilità è una conseguenza del reato proprio, non la sua causa.

La terza teoria, infine, è nota come teoria del "bene giuridico proprio". Questa teoria, elaborata dalla dottrina tedesca¹⁴ e successivamente ripresa dalla dottrina italiana, argomenta dalle critiche mosse alle due precedenti per affermare che si dovrebbe procedere ad una "*inversione metodologica nell'individuazione del fulcro del reato proprio*"¹⁵. L'attenzione viene spostata dal soggetto al bene giuridico tutelato, la cui caratteristica peculiare consisterebbe in una "aggredibilità limitata" ad opera di alcuni soggetti.

In particolare, la dottrina tedesca sottolinea la rilevanza del rapporto fiduciario tra soggetto e bene, consistente nell'affidamento di determinati beni a determinati soggetti. Date queste premesse, però, si sono sviluppati due diversi indirizzi della teoria in esame.

Il primo è noto come teoria del "bene giuridico speciale". Tale teoria è legata strettamente alla teoria *madre* in quanto fa leva proprio sui concetti

¹⁴ Tra gli altri: Nagler, Kohler, Stephan, Binding.

¹⁵ A. Gullo, *Il reato proprio*, cit., 27.

di affidabilità e aggredibilità limitata. In altre parole, la creazione di una fattispecie di reato proprio, che impone obblighi particolari a determinati soggetti, ha senso in quanto vi è un affidamento del bene ad un soggetto che si trova in una posizione *privilegiata* laddove voglia aggredire il bene stesso.

Il secondo indirizzo, invece, va sotto il nome di teoria del “doppio bene giuridico”. Questa è stata articolata con specifico riferimento ai reati d’ufficio e, nella sua formulazione classica, postula l’esistenza di due diversi beni: un bene di esclusiva pertinenza del pubblico agente e un bene oggetto di tutela comune a tutti i consociati. Il primo viene da alcuni identificato nel corretto funzionamento dell’ufficio (ma giova ricordare che i sostenitori della teoria hanno assunto spesso posizioni diverse) mentre il secondo consiste nella legittimità dell’azione amministrativa e costituisce il vero oggetto di tutela di questi reati¹⁶. Anche questa terza teoria non è ovviamente immune da critiche. In merito alla teoria del bene giuridico speciale, ad un rilievo di carattere generale si affiancano più specifiche censure. *In primis*, si osserva come, in assenza di puntuali indicazioni legislative, potrebbe essere difficile individuare tanto il bene tutelato quanto la qualifica, con il rischio, quindi, di riconoscere un’eccessiva libertà all’interprete e prestare il fianco a manipolazioni della norma¹⁷. Senza contare le incertezze circa il ruolo da assegnare al possesso formale di una qualifica piuttosto che all’effettiva titolarità di poteri e doveri¹⁸. Per altro verso, si mette in discussione la stessa esistenza di

¹⁶ Così: H. Franzheim, *Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat*, Berlino 1961, 24; H. P. Karstedt, *Der Begriff der Amtsdelikte im geltenden Strafrecht und seine Reform*, Dissertation, Leipzig 1931, 30 s.; U. Stock, *Entwicklung und Wesen der Amtsverbrechen*, Leipzig 1932.

¹⁷ G.P. Demuro, *Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1998, 845.

¹⁸ Il problema in esame è affrontato da diversi autori, quali: A. Fiorella, *Il trasferimento di funzioni in diritto penale*, Firenze 1985; T. Padovani, *Diritto penale del lavoro, Profili generali*, Milano

beni ad aggredibilità limitata e si sostiene che la capacità di offendere un determinato bene, in quanto presupposto di ogni ipotesi delittuosa, non sarebbe un valido criterio di distinzione tra reato comune e reato proprio¹⁹. Per giunta, afferma giustamente il Langer che la teoria non chiarisce se la limitata aggredibilità sia dovuta a caratteristiche del bene stesso o a scelte di politica criminale del legislatore²⁰. Di conseguenza, si confonde il caso di un bene speciale in quanto ledibile solo da determinati soggetti con l'ipotesi di lesioni considerate irrilevanti dall'ordinamento giuridico. La teoria del doppio bene giuridico, invece, cade automaticamente allorché entrano in crisi le fondamenta della teoria del bene giuridico speciale, poiché essa è priva di autonomia concettuale, essendo nata dalla prima, come risposta all'insoddisfazione nei confronti del postulato della limitata tangibilità. Pertanto la questione non pare meritevole di ulteriori approfondimenti.

Il fatto che ciascuna delle teorie trattate sia stata oggetto di dissenso costituisce ulteriore dimostrazione della complessità del problema affrontato. Ad ogni modo, possono individuarsi alcuni punti fermi.

Secondo quanto ribadisce parte della dottrina²¹, la teoria del bene giuridico proprio è l'unica che offra un criterio sostanziale attraverso il quale classificare un reato come proprio. Infatti, a differenza della norma propria e della fattispecie propria, il bene giuridico proprio è l'unico elemento antecedente - e non conseguente - il reato proprio e, dunque, autosufficiente dal punto di vista concettuale. Essa, inoltre, sposta

1990; T. Vitarelli, *Profili penalistici della delega di funzioni, Sicurezza del lavoro e soggetti responsabili*, Messina 2002.

¹⁹ A. Fiorella, *Sui rapporti tra il bene giuridico e le particolari condizioni personali*, in AA. VV., *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di Stile, Napoli 1985, 196-197.

²⁰ Langer, *Das Sonderverbrechen*, cit., 246 s.

²¹ A. Gullo, *Il reato proprio*, cit., 43.

l'attenzione dall'identità del soggetto in quanto tale alla relazione tra bene e soggetto. Questa impostazione è coerente con i principi del nostro diritto penale, che punisce non il tipo di autore, bensì l'offesa ad un bene giuridico ritenuto meritevole di tutela dall'ordinamento, il fatto e non la persona. Di conseguenza, la punizione del reato proprio non potrà essere considerata mero capriccio del legislatore, ed ha senso solo se si affermi che l'autore del reato si trova in un rapporto particolare con il bene giuridico tutelato in ragione della sua qualità. Infatti, egli è generalmente un soggetto al quale è stata specificamente affidata la protezione di quel bene, o che comunque ha la possibilità di aggredire con facilità quel bene, proprio per la sua particolare "vicinanza" allo stesso. In questo modo, egli tradisce il suo ruolo nonché la fiducia in esso riposta dall'ordinamento. Da questo punto di vista, però, viene effettivamente meno il presupposto dell'aggregabilità limitata, come chiaramente dimostrato dalle disposizioni relative ai reati contro la pubblica amministrazione. Sia che questi siano commessi da un privato, sia che siano commessi da un pubblico ufficiale, il bene giuridico leso è il medesimo, ma "*differente è il suo modo di atteggiarsi*"²². Lo stesso bene può essere leso dall'*extraneus* come dall'*intraneus*, ed a variare è solo il "*grado di significatività della lesione*"²³. In questo risiede il maggior disvalore della condotta. Ovviamente, anche il tipo di lesione cambia. Nel caso del reato proprio la medesima proviene, per così dire, *dall'interno*. Riprendendo la felice espressione di Maiani, quindi, Gullo individua, in ultima analisi, l'essenza del reato proprio nella "*connaturalità dell'interesse protetto alla situazione subiettiva*", nel senso che "*soltanto chi si trova in tale situazione può porre in essere in maniera*

²²A. Gullo, *Il reato proprio*, cit., 46.

²³A. Gullo, *Il reato proprio*, cit., 47.

penalmente rilevante il fatto lesivo ed avere la titolarità effettiva dell'obbligo di osservare il precetto posto a garanzia di quell'interesse".²⁴ Rispetto a quanto detto finora, quindi, si può affermare che non è tanto l'accessibilità riservata del bene a rendere opportuno l'intervento repressivo del legislatore, quanto questa prossimità del soggetto al bene stesso, o meglio la relazione di privilegio che sussiste tra i due. Occorre quindi verificare se ci sono soggetti che hanno una "*corsia preferenziale*" di accesso al bene.²⁵ Non rilevano né la qualifica del soggetto in quanto tale né le caratteristiche del bene, ma la posizione dell'uno rispetto all'altro. Proprio con riferimento a queste problematiche viene in rilievo il già menzionato concetto della legittimazione al reato, che fa riferimento alla "*posizione del soggetto rispetto al conflitto di interessi su cui l'atto incide*".²⁶ Conclusivamente, precisiamo che al citato concetto di disvalore della condotta, fondante l'illecito, si affianca - non si contrappone - quello di disvalore d'evento, al quale il primo è funzionale, e che calibra il diverso grado di incidenza lesiva della condotta stessa.²⁷

Al concetto di bene giuridico proprio si affianca poi quello di dovere proprio. Non a caso, altra dottrina afferma che "*dal bene discende la qualifica e dalla qualifica discendono i doveri*"²⁸. L'idea che l'essenza del reato proprio possa consistere nella violazione di un dovere proprio è stata espressa soprattutto dalla dottrina tedesca, in riferimento ai reati d'ufficio, e sicuramente è stata manifestazione, in alcuni momenti, di un'impronta soggettivistica del diritto penale, basata sull'incriminazione non del fatto, bensì del tipo di autore. Una tale posizione, infatti, necessariamente

²⁴ G. Maiani, *In tema di reato proprio*, Milano, 1965.

²⁵ A. Gullo, *Il reato proprio*, cit., 50.

²⁶ A. Gullo, *Il reato proprio*, cit., 80.

²⁷ A. Gullo, *Il reato proprio*, cit., 104.

²⁸ G.P. Demuro, *Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta*, cit.

conduce a prescindere dal ruolo del bene giuridico per dare prevalenza ad un disvalore personale. Tralasciando, però, queste posizioni estremiste e quanto mai lontane dalla realtà attuale, va detto che il concetto di dovere proprio assume un ruolo diverso nell'economia del reato proprio, a seconda che abbia origine extrapenale o derivi, al contrario, da una norma penale. Nel primo caso, infatti, solo infrazioni di maggiore gravità faranno scattare la reazione penale, mentre in tutti gli altri casi si avrà solo l'integrazione di un illecito disciplinare. Nel secondo caso la violazione avrà rilevanza penale solo qualora il dovere rifletta il rapporto generale di subordinazione che intercorre tra lo Stato titolare dello *ius puniendi* ed il soggetto, e non, diversamente, il rapporto tra pubblico ufficiale e Stato in quanto titolare del rapporto d'ufficio, poiché non è il dovere d'ufficio il bene giuridico che qui si intende tutelare.²⁹

Il dovere, quindi, non può da solo fondare il reato proprio, ma presuppone sempre un bene giuridico, e può, secondo i casi, integrare un disvalore di condotta o interferire con l'oggettività giuridica tutelata.

2.2 La qualifica soggettiva nella struttura del reato proprio.

Attesa la centralità della qualifica soggettiva nella struttura del reato proprio, si tratta ora di comprenderne e specificarne la funzione, e riempire di significato un'espressione di per se' molto generica. La posizione di un soggetto rispetto ad un determinato bene giuridico varia, infatti, in relazione agli effetti giuridici prodotti sulla fattispecie. In tale ottica, si distinguono: posizioni modificative, che incidono in senso attenuante o aggravante; impeditive, le quali condizionano la punibilità del fatto;

²⁹ A. Gullo, *Il reato proprio*, cit., 52.

costitutive, rappresentanti un elemento del fatto.

In generale, nel caso di un reato proprio, viene in considerazione la terza categoria, dal momento che in assenza della qualifica il fatto sarebbe penalmente irrilevante. Ricorrono, peraltro, ipotesi particolari in cui l'assenza della qualifica porterebbe all'integrazione di un diverso titolo di reato (c.d. efficacia differenziatrice).

Ad ogni modo, anche con riferimento alla posizione assunta dalla qualifica nella struttura del reato sono state elaborate diverse teorie in dottrina. Si può distinguere a seconda che la qualifica venga annoverata tra gli elementi del fatto di reato (c.d. teoria del fatto) o dell'antigiuridicità (c.d. teorie dell'antigiuridicità). Tra queste ultime, ad esempio, vi è la teoria che ritiene la qualifica un mero presupposto, ora del fatto (vale a dire che in sua assenza la stessa condotta non costituirebbe illecito penale), ora del reato (nel senso che in sua assenza sarebbe integrata una diversa fattispecie).

Il successivo superamento di questa posizione ha trovato origine nella distinzione tra qualifica ed elemento di fatto da cui essa deriva (c.d. posizione soggettiva). Secondo questa nuova prospettiva, infatti, sarebbe il secondo a dover essere inserito tra gli elementi del fatto, mentre la prima ne sarebbe esclusa ed avrebbe effetti solo sul profilo sanzionatorio, venendo ad integrare quindi un elemento dell'antigiuridicità.³⁰

È intuitivo osservare allora come il limite di questa posizione consista nella sua impronta formalistica, in quanto l'atto formale di preposizione all'ufficio

³⁰La distinzione è rilevante anche ai fini della disciplina della scusabilità dell'errore, ammessa solo laddove esso cada sul fatto e non sulla qualifica. Così, Gullo, che distingue tre possibilità: errore di un soggetto sulla propria qualifica, ossia errore di diritto scusabile, se inevitabile, ex art 5 cp; errore su norma extrapenale (ad esempio, una legge amministrativa che regoli una nomina) rilevante ex art. 47, 3° co., cp; errore di fatto, di cui al primo comma dell'art 47 cp.

assume più valore dell'effettivo esercizio di funzioni. Nonostante tale censura la teoria in esame è quella che sembra aver raccolto maggiori consensi.

Partendo da tali premesse, v'è poi chi ha effettuato ulteriori distinzioni. Ad esempio, taluno sostiene che la posizione soggettiva faccia parte del fatto solo quando sia effettivamente in grado di riflettersi sul momento effettuale del reato. Così, essa potrebbe costituire elemento del fatto solo ove incida sull'idoneità della condotta ad offendere il bene protetto, e non in quei casi, pur eccezionali, in cui incida sull'opportunità di sottoporre a pena un fatto lesivo.

Di fronte all'attuale varietà di posizioni, poi, v'è chi ritiene che si debba rinunciare ad ogni aprioristica presa di posizione e valutare, caso per caso, se e quanto la qualifica incida sull'illiceità-offensività del fatto.

Riepilogando, nonostante le varie oscillazioni della dottrina, la teoria del fatto sembra raccogliere, ad oggi, il maggior numero di sostenitori. Ciononostante, non tutte le questioni legate a questa teoria sono tutt'oggi risolte, e molte sono legate anche alla nozione di reato proprio che si condivide, nonché a quello che ne viene individuato come il fondamento. Giova rimarcare, quindi, le argomentazioni già svolte e coordinarle con il discorso in esame.

Preliminarmente, si devono sciogliere alcuni nodi terminologici. Si è già osservato, infatti, come la qualifica possa risolversi in una formula vuota di significato. A tal proposito, possiamo accogliere la definizione del Maiani, secondo cui detta qualifica consiste, in prima approssimazione, nell'"*elemento conduttore, estrinseco al fatto, del comando penale al soggetto*"³¹. Il fatto, invece, è definito come "*complesso degli elementi che*

³¹G. Maiani, *In tema di reato proprio*, cit., 230.

*delineano il volto di uno specifico reato*³², ossia che lo caratterizzano come specifica forma di aggressione ad uno o più beni giuridici.³³

Premesso ciò, è bene sottolineare che vi è uno stretto rapporto tra qualifica e bene giuridico tutelato, in quanto la prima aiuta nell'identificazione del secondo e nella precisazione delle modalità di offesa ad esso. Il legislatore, quindi, non fa altro che prendere atto di questo legame per rafforzare la protezione di determinati beni.

Naturalmente, l'inserimento della qualifica tra gli elementi del fatto incide anche sulla colpevolezza, elemento soggettivo del reato, che possiamo definire come possibilità di muovere all'agente un rimprovero per aver commesso il fatto antigiuridico. Ciò è vero, in particolare, per quanto concerne il dolo, tradizionalmente definito come rappresentazione e volizione di ogni elemento del fatto. Nel caso del reato proprio, dunque, esso deve avere ad oggetto anche la qualifica soggettiva. Questa posizione è coerente, del resto, con quella espressa dalla Corte Costituzionale nella nota sentenza n. 1085/1988, allorché afferma: "*... perché l'art. 27 primo comma Cost. sia pienamente rispettato e la responsabilità penale sia autenticamente personale, è indispensabile che tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie siano soggettivamente collegati all'agente, siano, cioè, investiti dal dolo o dalla colpa [...] soltanto gli elementi estranei alla materia del divieto (come le condizioni estrinseche di punibilità...) si sottraggono alla regola della rimproverabilità ex art. 27 comma 1 Cost.*"

La posizione espressa, inoltre, è confermata dalla disciplina del concorso

³²G. Fiandaca – E. Musco, *Diritto penale, parte generale*, cit., 182.

³³A. Gullo, *Il reato proprio*, cit., 102.

di persone nel reato proprio, secondo cui il c.d. *extraneus* (vale a dire il soggetto privo della qualifica) risponde solo se era a conoscenza della qualifica posseduta dal c.d. *intraneus*, a meno che egli, pur essendone all'oscuro, non avesse comunque intenzione di commettere reato, e la qualità a lui ignota comportasse solo l'integrazione di un reato diverso³⁴.

Più specificamente, in relazione alla struttura del dolo, può rilevarsi una preminenza dell'elemento della rappresentazione, ove si consideri che il possesso della qualifica è sempre necessariamente antecedente al compimento dell'azione. Quanto alla volontà, invece, possiamo osservare come la verifica sulla sussistenza di questo elemento sarà sicuramente più facile laddove sia evidente la fusione tra qualifica soggettiva ed interessi lesi, mentre negli altri casi si potrà far riferimento all'insieme di obblighi e doveri ad essa sottostanti.³⁵

Analogo discorso vale per quanto riguarda il tema della conoscibilità della legge penale. Infatti, laddove si tratti di delitti naturali, e vi sia quindi evidente fusione tra situazione soggettiva ed interesse protetto, sarà difficile ipotizzare che l'autore del reato non abbia colto il carattere lesivo della sua condotta, e dunque sarà più circoscritta la sfera dell'errore scusabile. Laddove, invece, venga in considerazione la violazione di doveri derivanti dalle norme da cui promana la qualifica, aumenta la probabilità dell'errore ed il rischio di responsabilità da posizione (responsabilità oggettiva).

2.3 Fondamento costituzionale

Lo sforzo compiuto per individuare l'essenza del reato proprio è anche

³⁴ G. Marinucci – E. Dolcini, *Manuale di diritto penale, Parte Generale*, Milano 2006, 259.

³⁵ A. Gullo, *Il reato proprio*, cit., 108.

funzionale alla giustificazione del più severo trattamento penale ad esso riservato. In assenza di tale giustificazione la stessa esistenza di tale categoria di reato verrebbe ad integrare una violazione del principio costituzionale di uguaglianza.

In proposito, torna prepotentemente in primo piano il rapporto tra autore del reato e bene giuridico tutelato. Infatti, la Suprema Corte ha sottolineato che *“Il nostro ordinamento penale opera una distinzione tra reato comune -che è quello che può essere commesso da chiunque- e reato proprio, che è quello che può essere commesso solo da soggetto che rivesta una particolare qualifica meramente naturalistica o giuridica. È tuttavia evidente che, comportando i reati propri una posizione di svantaggio per i soggetti predetti, la loro esistenza in tanto non può ritenersi in contrasto con il principio costituzionale di eguaglianza, in quanto gli interessi con essi tutelati siano di tale rilevanza da poter giustificare siffatta posizione più sfavorevole”*³⁶.

Secondariamente, viene in considerazione il tema della fiducia, il cui tradimento, appunto, giustifica l'intervento repressivo del legislatore. Come ricordato dal Carmona, infatti, *“quanto maggiori e più significativi sono i ruoli economico-sociali ricoperti da un soggetto, tanto maggiore è il numero delle prescrizioni (e quindi delle fattispecie penali) di cui tale soggetto è destinatario”*.³⁷ L'autore, inoltre, non a caso sottolinea anche il ruolo della fiducia nell'economia del mercato, affermando che essa accresce l'efficienza del sistema, consentendo lo sviluppo di livelli di cooperazione che implementano lo sviluppo economico. Ovviamente il diritto penale non è il primo strumento di protezione, costituendo

³⁶ Cassazione penale, Sez. I, 05/11/1982.

³⁷ A. Carmona, *Premesse a un corso di diritto penale dell'economia. Mercato, regole e controllo penale nella post modernità*, Padova 2002, 149.

all'opposto *extrema ratio*, ma la fiducia può essere prima di tutto incoraggiata attraverso la garanzia della trasparenza, ossia attraverso l'informazione. In questo modo viene resa possibile la *predicibilità* del comportamento altrui e si consente a ciascuno di autodeterminarsi in maniera consapevole.

3. LA DELEGA

Nell'analizzare la categoria del reato proprio, non si può non dedicare spazio anche al tema della delega di funzioni, atto di manifestazione dell'autonomia privata che determina uno spostamento di funzioni, e quindi di doveri, dal soggetto originariamente titolare ad altro soggetto. Come sottolineato da Gullo, inoltre, essa è "*lo strumento più versatile ed anche, per così dire, più a portata di mano, attraverso il quale colmare il gap che intercorre tra soggetto qualificato ed interessi emergenti*".³⁸

Anche questo tema appare particolarmente problematico. Da una parte, la creazione di centri di decisione ed intervento all'interno dell'impresa, dotati di autonomia per le materie di loro competenza, costituisce fenomeno diffuso e ordinario, atteso che, causa la complessità della struttura aziendale, non si può pretendere che l'imprenditore possa, da solo ed in prima persona, adempiere tutte le funzioni. Del resto, in assenza di questa "*articolazione funzionale che divida i compiti e distribuisca il lavoro*"³⁹ non si potrebbe nemmeno parlare di impresa, essendo il requisito dell'organizzazione espressamente richiesto dall'art. 2082 cc. Anzi, c'è

³⁸ A. Gullo, *Il reato proprio*, cit., 123.

³⁹ A. Alessandri, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2000, 55.

addirittura chi afferma che essa risponda al dovere di attuare il principio di necessaria corrispondenza tra poteri e responsabilità, nonché sia indispensabile per un'effettiva protezione degli interessi in gioco, la cui tutela può in questo modo essere affidata a soggetti che abbiano effettivamente le capacità di provvedere in tal senso. D'altra parte, la presenza di una delega rende più difficile l'accertamento della responsabilità penale e pone anche il rischio che vengano scardinati i modelli di responsabilità prefigurati per legge. Vale a dire che essa sia un espediente per spostare fraudolentemente la responsabilità da un soggetto ad un altro. A ben vedere, anche questo problema è legato alla struttura del reato, in quanto ove si affermi che la delega produce effetti solo sul piano della colpevolezza, si rischia di configurare forme di responsabilità "da posizione" in capo ai vertici aziendali. Diversamente, qualora si assuma che essa incida già sul fatto tipico, il rischio diventa, all'opposto, quello di scindere tra formale destinatario della norma e soggetto responsabile, nonché quello di un eccessivo "slittamento" verso il basso della responsabilità.⁴⁰ In entrambe le ipotesi, quindi, si arriverebbe ad una situazione in contrasto con il dettato costituzionale (ora dell'art. 27, ora dell'art. 25).

Per quanto riguarda specificamente il reato proprio, poi, la frammentazione di poteri, conseguente alla delega, si risolve in una frammentazione di parte del contenuto materiale della qualifica, di talché diventa impossibile individuare un unico soggetto responsabile e si avrà una pluralità di soggetti autori.⁴¹

⁴⁰ Sul tema, cfr. A. Gullo, *La delega di funzioni in diritto penale: brevi note a margine di un problema irrisolto*, nota a: Cassazione penale, 10/12/1998 n. 1142, sez. III, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1999, 04, 1508.

⁴¹ A. Gullo, *Il reato proprio*, cit., 169.

Tradizionalmente, due sono i problemi degni di nota con riferimento al tema della delega: i requisiti e la responsabilità. Questi argomenti sono oggetto dell'acceso dibattito dottrinale e giurisprudenziale originato da alcuni importanti interventi legislativi, volti a chiarire la disciplina della delega in più ambiti specifici, tra i quali spicca quello della sicurezza sul lavoro. In tale materia, strumento d'innovazione è stato il d.lgs. n. 626/1994 (poi modificato attraverso il d.lgs. n. 242/1996).⁴²

Prima di tutto, il testo del decreto chiarisce la nozione di datore di lavoro, definito come il “*soggetto titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore*”, ovvero “*il soggetto che, secondo il tipo e l'organizzazione dell'impresa, ha la responsabilità dell'impresa stessa ovvero dell'unità produttiva, quale definita ai sensi della lett. i), in quanto titolare dei poteri decisionali e di spesa*”⁴³. Dunque, è chiaro che ai fini dell'identificazione del datore di lavoro ciò che rileva è “*l'esercizio del potere di gestione, in relativa autonomia*”⁴⁴.

Secondariamente, la norma indica i presupposti di validità della delega, quali l'autonomia organizzativa e finanziaria e l'adeguatezza oggettiva e soggettiva dell'affidamento. Inoltre, essa affronta alcuni aspetti particolari relativi all'istituto: dalla trasferibilità delle funzioni ai requisiti di forma, dalla sua “necessità” ai suoi limiti.

Per quanto riguarda il novero delle funzioni trasferibili, dalla lettura dell'art.1 si desume con chiarezza che il datore di lavoro può trasferire ogni sua funzione, eccettuate quelle indicate dal comma 4ter⁴⁵, a dirigenti

⁴² Sul tema, cfr. M. Frigenti, *Gli obblighi antinfortunistici e la responsabilità penale del datore di lavoro dopo il d.lgs. n. 626/1994*, in *Il sistema di tutela degli infortuni e delle malattie professionali*, a cura di F. Facello, Milano 2005.

⁴³ Art. 2, d.lgs. 626/1994.

⁴⁴ A. Fiorella, in *Il diritto penale dell'impresa*, a cura di L. Conti, Padova 2001, 129.

⁴⁵ In sintesi: la valutazione dei rischi e la successiva redazione del piano di sicurezza e scelta del responsabile del servizio di prevenzione e protezione (art. 1, comma 4ter, d.lgs. 626/1994).

e preposti (comma 4bis). Né questa soluzione è contraddetta dall'art. 8 del decreto in esame, dal momento che questa disposizione, nell'affermare il permanere di responsabilità in capo al datore di lavoro delegante, intende solo chiarire che lo stesso è tenuto a fornire al delegato ogni strumento necessario per l'esercizio della delega. In altri termini, esso resta responsabile per la generale organizzazione dell'impresa. Nondimeno, se si considera che anche quest'ultima funzione può essere delegata, il quadro di responsabilità che deriva risulta piuttosto complesso⁴⁶. Nello specifico, si dovrà distinguere tra *“responsabilità per l'organizzazione generale (difettosa) dell'impresa”*, da un lato, e *“responsabilità per l'esercizio non corretto del servizio di consulenza e controllo generale della prevenzione e protezione del lavoro, nonché per l'adempimento non corretto delle funzioni di incaricato alla cura delle particolari misure necessarie per la sicurezza e la salute del lavoratore”*, dall'altro⁴⁷. Di questi due tipi di responsabilità, il primo sorge in capo al datore di lavoro o al preposto di vertice, il secondo al responsabile del servizio di protezione e prevenzione o al datore di lavoro, dirigente o preposto. Inoltre, il datore di lavoro è ulteriormente responsabile per la scelta del preposto.

Relativamente alla forma della delega, l'art.8 del decreto in discussione impone un obbligo di comunicazione del nominativo del responsabile del servizio di prevenzione e protezione, con relative attestazioni, alle autorità competenti. Questa previsione, secondo l'interpretazione datane in dottrina⁴⁸, è finalizzata a garantire la certezza e la verifica dell'adeguatezza della scelta, e non a stabilire un requisito di forma per la

⁴⁶ È necessario, quindi, distinguere tra proprietà dell'impresa e gestione della stessa, in quanto la prima non implica necessariamente la seconda.

⁴⁷ A. Fiorella, in *Il diritto penale dell'impresa*, cit., 133.

⁴⁸ A. Fiorella, in *Il diritto penale dell'impresa*, cit., 135.

validità del trasferimento.

Non costituisce presupposto di validità della delega nemmeno il carattere necessario della stessa. La *ratio* della delega, infatti, è nel principio della specializzazione delle competenze, e non nell' "*impossibilità di fare altrimenti*"⁴⁹. In tal modo, peraltro, il decreto smentisce la pregressa giurisprudenza, che attribuiva rilievo, ai fini della validità della delega, alle dimensioni dell'impresa.

Infine, in ordine all'obbligo di sorveglianza che grava sul delegante, il testo normativo è stato interpretato dalla dottrina nel senso che dato obbligo non sia così "penetrante", in quanto ciò porterebbe a negare l'efficacia liberatoria della delega. Ciò, beninteso, a meno che non ci si riferisca a rapporti nei quali il delegante influenzi l'attività del delegato. In particolare, diverse previsioni del decreto portano taluni autori a ritenere che il suddetto obbligo abbia ad oggetto esclusivamente l'andamento generale dell'azienda⁵⁰.

Dunque, con riferimento alla prima problematica (requisiti della delega) la giurisprudenza si è espressa indicando come elementi necessari: le grandi dimensioni dell'impresa; il carattere non fraudolento della delega; l'attribuzione al delegato dei poteri e dei mezzi necessari per l'esercizio della delega; la provata competenza tecnica del delegato.⁵¹ In seguito è intervenuto il legislatore ad indicare le seguenti condizioni generali per la validità della delega: la presenza di un atto scritto recante data certa; il possesso, da parte del delegato, di tutti i requisiti di professionalità ed esperienza richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate;

⁴⁹ A. Fiorella, in *Il diritto penale dell'impresa*, cit., 135.

⁵⁰ A. Fiorella, in *Il diritto penale dell'impresa*, cit., 136/137

⁵¹ G. Fiandaca – E. Musco, *Diritto Penale, Parte Generale*, cit., 171. In giurisprudenza, sul tema, cfr.: Cassazione Penale, sez. II, 08/09/1994, con riferimento specifico alla tutela antinfortunistica. Ed ancora: Cassazione Penale, sez. III, 03/12/1999, in materia di inquinamento.

l'attribuzione al delegato di tutti i poteri di organizzazione, gestione e controllo, richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate; l'attribuzione al delegato dell'autonomia di spesa necessaria per lo svolgimento delle suddette funzioni; l'accettazione per iscritto della delega da parte del delegato⁵².

Sulla seconda problematica (responsabilità penale), attinente alla stessa natura giuridica dell'istituto, si è a lungo interrogata la dottrina.⁵³ In merito, i punti critici sono essenzialmente due: per un verso, il conferimento della delega fa venir meno la coincidenza tra soggetto al quale si indirizza un determinato precetto normativo e soggetto tenuto alla corrispondente condotta; per altro verso, occorre chiarire in che modo e perché il delegato, in presenza della delega, venga a rispondere di un reato proprio pur essendo privo della relativa qualifica soggettiva.

Due sono le teorie⁵⁴ che si sono contese il campo: la teoria soggettiva e la teoria oggettiva (definite anche teoria formale-civilistica e teoria funzionalista⁵⁵). Esse riflettono anche due diverse concezioni dello stesso reato proprio.

I soggettivisti, premessa la intrasferibilità delle posizioni di garanzia attraverso un atto tra privati, sostengono che, anche a seguito della delega, destinatario del precetto penale resti comunque il delegante.

⁵² Art.16, d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81

⁵³ Da notare come il dibattito in *subiecta materia* presenti interessanti analogie con quello svolto in merito alla responsabilità dell'amministratore di fatto in epoca antecedente all'intervento legislativo.

⁵⁴ Per la verità, altra dottrina (Carmona) propende per una tripartizione: un primo orientamento, corrispondente alla teoria soggettiva, secondo cui la delega spiegherebbe i suoi effetti sul piano oggettivo, in quanto un atto privato di organizzazione non potrebbe avere l'effetto di ampliare l'ambito di applicazione di una norma; un secondo orientamento, corrispondente alla teoria oggettiva, per il quale la delega inciderebbe sul profilo oggettivo, modificando la titolarità dell'obbligo; un terzo orientamento, alla luce del quale la delega avrebbe l'effetto di trasformare l'obbligo originario in un dovere di controllo.

⁵⁵ A. Pagliaro, *Problemi generali del diritto penale dell'impresa*, in *Ind. Pen.*, 1985, 26.

Diversamente, si produrrebbe la violazione dei principi di inderogabilità e tassatività. Conseguentemente, la delega spiegherebbe i suoi effetti solo sull'elemento soggettivo del reato, in quanto il delegante, ove avesse correttamente operato il decentramento di poteri, non potrebbe essere chiamato a rispondere, per mancanza di colpevolezza.

Gli oggettivisti criticano questa posizione per l'eccessivo formalismo ed il contrasto con il principio di personalità della responsabilità penale. All'opposto, essi osservano come la delega incida già sull'elemento oggettivo del reato. Nella loro opinione, la delega ha effetto costitutivo, venendo a creare un nuovo titolare della posizione di garanzia. Per giunta, ritengono che per un effettivo rispetto del principio di legalità, si debba valorizzare l'elemento sostanziale, vale a dire l'effettivo esercizio di poteri e doveri. In tale percorso argomentativo, si perviene ad una fusione tra funzioni esercitate e qualifica⁵⁶.

Nel tempo, le due posizioni si sono avvicinate attraverso l'elaborazione di teorie intermedie. Una di queste, ad esempio, ha evidenziato come l'imprenditore resterebbe comunque titolare di una posizione di garanzia, a causa della qualifica derivante *ex lege*, ma avrebbe anche la possibilità di creare delle posizioni di garanzia *derivate*. Così, per effetto della

⁵⁶ Cfr. D. Di Vico, *La delega di funzioni e i suoi differenti effetti nel settore privato ed in quello pubblico*, in nota a Cassazione penale 01/07/1998 n. 9160, sez. III, per il quale: "Si sono, così, formate due scuole di pensiero: alcuni autori parlano di efficacia meramente «scusante» dell'istituto, discendente dalla fondamentale premessa dell'indifferenza della qualificazione soggettiva del precetto penale rispetto al decentramento organizzatorio; in altri termini, la delega non sarebbe in grado di incidere sulla qualifica che resta propria del solo delegante, il quale non può spogliarsi, con un atto di autonomia privata, dei doveri sanciti dalla legge penale. [...] Altra corrente di pensiero è a favore di una sorta di rilevanza oggettiva, cioè sul piano del precetto, del trasferimento di funzioni; in altri termini, la delega sposterebbe, con le mansioni proprie della qualifica personale, anche la titolarità di essa, con la conseguenza che soggetto del reato proprio diventa il delegato, mentre il delegante è tendenzialmente liberato da responsabilità penali per ragioni obiettive. [...] Secondo altri si avrebbe, invece, un mutamento del contenuto dell'impegno chiesto al garante primario a seguito di una modifica oggettiva del contenuto dell'obbligo."

delega, il delegante non sarebbe esentato da responsabilità, ma verrebbe a cambiare il contenuto dei suoi doveri, essendo egli tenuto a svolgere un'attività di coordinamento, direzione e controllo del delegato.⁵⁷ Inoltre, l'imprenditore resterebbe sempre titolare di alcuni poteri e doveri non delegabili (come precisato, *in primis*, in materia di sicurezza sul lavoro, dal d.lgs. n. 626/1994). Altra teoria, invece, ha individuato nel principio dell'affidamento un ulteriore criterio per il riparto di responsabilità tra delegante e delegato. Da questo punto di vista, l'asserzione formalista (secondo cui il nucleo dei poteri e degli obblighi del datore di lavoro rimane fissato al livello di tipicità dell'omissione penalmente rilevante) si fonde con l'argomento sostanzialista (per il quale la tesi della pluralità delle posizioni di garanzia non si fonderebbe su un preciso dato normativo e vanificherebbe gli obbiettivi che solitamente si perseguono attraverso il ricorso alla delega)⁵⁸.

Ovviamente, anche queste ricostruzioni teoriche non sono scevre di critiche. Sulla teoria funzionalista, anzitutto, si nega che l'accordata prevalenza del canone dell'effettività su quello formale derivi univocamente dalla giurisprudenza, come affermato dai suoi sostenitori. Inoltre, non è affatto provato che una tale ricostruzione porti ad una maggiore tutela degli interessi in gioco. Ancora, non soddisfa la risposta dei funzionalisti al caso della scoperta di inadempienze del delegato da parte del delegante. Infatti, in linea teorica, si dovrebbe escludere che il delegante abbia il dovere di attivarsi, mentre proprio i teorici, per ragioni politico-criminali, affermano che la responsabilità del delegante concorrerebbe con quella del delegato. Tale conclusione appare

⁵⁷ G. Grasso, *Organizzazione aziendale e responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, in *Arch. Pen.*, 1982, 744.

⁵⁸ A. Gullo, *Il reato proprio*, cit., 135.

evidentemente illogica. Infatti, non si può affermare che il delegante, in tali casi, torni a riassumere le funzioni delegate, né tanto meno che egli concorra quale *extraneus* nel reato proprio. Ciò in quanto, nel primo caso si dovrebbe affermare il permanere, in capo al delegante, di una posizione di garanzia, demolendo, così, le fondamenta stesse della teoria, mentre nel secondo caso si ignorerebbero le chiare disposizioni legislative, poiché il soggetto originariamente destinatario di queste norme risponderebbe, appunto, *solo* come *extraneus*. Né varrebbe a risolvere il problema la tesi secondo cui insieme alle funzioni venga trasferita anche la qualifica perché in tal caso il delegante non dovrebbe rispondere affatto. Infine, risulta problematica anche l'asserita identificazione tra esercizio effettivo delle funzioni e qualifica soggettiva. Quest'ultima porta ad ignorare le scelte politico-criminali del legislatore ed a svalutare lo stesso ruolo della qualifica nella struttura del reato proprio.

Sul criterio dell'affidamento, invece, il problema investe le norme organizzative interne. Questo criterio vale ad escludere la responsabilità del delegante laddove egli possa confidare nell'adempimento degli obblighi da parte del delegato, ma il presupposto del ragionamento è che si possa attribuire alle suddette norme funzione cautelare, di cui esse sono peraltro carenti, salvo che detta funzione derivi da altre fonti. V'è di più! Come sottolineato da Gullo, l'applicazione di tale principio porterebbe ad una eccessiva riduzione della responsabilità del delegante ed escluderebbe la possibilità di ricorrere all'istituto del concorso, anche ove opportuno.

In ogni caso, tra tutte, pare meritevole di condivisione la teoria intermedia. Essa sembra la più *“attenta alle moderne esigenze di divisione del lavoro senza tuttavia mortificare i principi cardine del nostro*

*ordinamento*⁵⁹. Nell'applicazione di tale teoria, inoltre, si può rilevare una distinzione in ragione della diversa natura della posizione di garanzia: posizione di protezione (consistente in un obbligo di proteggere un determinato bene contro ogni possibile pericolo) ovvero posizione di controllo (consistente nel neutralizzare determinate fonti di pericolo, in modo da tutelare tutti i beni giuridici che potrebbero esserne minacciati)⁶⁰. La differenza consiste, più specificamente, nel fatto che il delegante nella posizione di controllo resta titolare di un obbligo di garanzia. Si può osservare, ancora, come questa teoria intermedia sia anche vicina alla teoria soggettivista per quanto riguarda gli effetti della delega. Questi ultimi, infatti, non consistono mai nella creazione di una nuova tipicità, bensì nell'esclusione della responsabilità dell'originario titolare del dovere solo nel caso in cui egli si sia attenuto alla misura di diligenza richiesta, ovvero non fosse in concreto esigibile il comportamento dovuto⁶¹.

L'unico contributo della giurisprudenza sul tema riguarda la persistenza, in capo al delegante, dell'obbligo di sorveglianza. L'intensità e l'ampiezza di questo dovere dipendono sicuramente dalla dimensione dell'impresa nonché dalla configurazione e natura delle funzioni delegate, ma si può comunque escludere l'obbligo di un controllo puntuale (atto per atto), il quale vanificherebbe la stessa delega, in favore di possibili verifiche a consuntivo, a campione, ecc.

A titolo esemplificativo, merita menzione la sentenza della Cassazione

⁵⁹A. Gullo, *Il reato proprio*, cit., 150.

⁶⁰G. Fiandaca – E. Musco, *Diritto penale, parte generale*, cit., 612.

⁶¹A. Gullo, *Il reato proprio*, cit., 152. Inoltre, sul tema dell'accertamento della responsabilità in presenza di delega, cfr.: F. Bellagamba, *Sulla responsabilità penale nella delega di funzioni*, in nota a Cassazione Penale 27/01/1994, sez. IV. In questi termini, la citata sentenza rimarca come *"in materia di sicurezza nel lavoro, è esonerato da responsabilità penale il datore di lavoro che abbia delegato ad altri soggetti i compiti antinfortunistici, a condizione che la delega sia conferita e provata per iscritto."*

penale, sez. III, 01/07/1998, n. 9160, per la quale: *“in materia di tutela delle acque dall'inquinamento è posto a carico di chi abbia poteri di rappresentanza e gestione dell'impresa un dovere positivo di controllo degli impianti, onde evitare scarichi illegittimi; così che questi risponde penalmente dell'operato dei propri dipendenti a meno che non dimostri di avere scelto personale adeguatamente preparato ed in numero sufficiente. Qualora l'azienda abbia notevoli dimensioni, l'esonero di responsabilità del gestore dello stabilimento ricorre solo in caso di delega a terzi, tecnicamente e professionalmente qualificati, ai quali sia attribuita completa autonomia decisionale e finanziaria per provvedere all'adeguamento delle situazioni produttive ai dettati normativi”*⁶².

A tal proposito, De Vito afferma che, nel verificare la responsabilità penale all'interno dell'azienda, si dovrà compiere una *“duplice operazione: in un primo tempo si tratta di individuare la persona fisica a cui imputare, oggettivamente e soggettivamente, la decisione di far operare i fattori produttivi in modo da cagionare o non impedire l'evento (il destinatario del precetto); in un secondo momento bisogna vagliare la corrispondenza del rimprovero penalistico con l'articolazione strutturale ed istituzionale dell'impresa e, quindi, con la sua traduzione in termini di decentramento funzionale”*⁶³.

⁶² In materia di tutela delle acque, cfr. altresì Cassazione penale, sez. III, 07/02/1996, in cui la Suprema Corte si esprime, in termini analoghi, sulla trasformazione dell'obbligo originario in obbligo di garanzia.

Inoltre, cfr. Cassazione penale, sez. III, 03/12/1999. In questa sede, la Suprema Corte ritiene che la responsabilità del delegante possa sussistere in due casi: *“uno oggettivo, allorché l'inquinamento sia riconducibile a cause strutturali dovute a scelte generali; l'altro soggettivo, allorché il dovere generale di controllo, secondo diligenza e prudenza, non sia stato esercitato dal delegante sulla attività o inattività del delegato”*.

⁶³ D. Di Vito, nota a *Cass. pen.* 1999, 09, 2652, cit.

4. IL CONCORSO DI PERSONE NEL REATO PROPRIO

In origine, la dottrina ha palesato propensione ad analizzare le singole problematiche del reato proprio piuttosto che approfondirne fondamento ed essenza, come invece si è inteso fare in questa sede. In tale contesto, il tema del concorso di persone è stato senza dubbio uno dei più dibattuti, non solo dalla stessa dottrina ma anche dalla giurisprudenza, e diverse sono le questioni ad esso connesse.

In linea generale, possiamo notare come la possibilità di configurare il fenomeno del concorso di persone nel reato proprio non sia mai stata messa in discussione in dottrina⁶⁴. Tuttavia, sono state fornite diverse spiegazioni del fenomeno stesso, condizionate dalle differenti teorie in tema di essenza del reato proprio. È opportuno, allora, dar conto della *ratio* della punibilità dell'*extraneus* per un reato proprio, rispetto al quale (ed è questo il nodo da sciogliere) egli non possiede la qualifica indicata dalla legge. Ebbene, alla base della punibilità dell'*extraneus* v'è sempre un disvalore di evento (collegato al disvalore della sua condotta), al quale si affianca, ovviamente, la volontà del legislatore di tutelare in maniera rafforzata determinati beni. Se è vero, dunque, che l'autore di un reato proprio viene punito in maniera più severa per il particolare rapporto intercorrente tra lo stesso e il bene giuridico tutelato, analogamente l'*extraneus* sarà punito laddove anch'egli si venga a trovare in una posizione "privilegiata" con lo stesso bene. Illuminanti, in proposito, le parole di Bettiol: *"se il bene protetto dalla norma può essere lesa solo dal soggetto che si trova rispetto al medesimo in una posizione favorevole, è pur vero che quando l'intraneo agisce cade anche la barriera che si*

⁶⁴ Sul tema, cfr. G. Chiaraviglio, *Il concorso di persone nei reati d'impresa*, in *Riv. dottori comm.* 2010, 03, 0649.

*frapponeva tra l'estraneo e il bene tutelato, di guisa che questi si viene a trovare con la lesione effettuata in una relazione indiretta che reclama una punizione a titolo di concorso*⁶⁵.

Pertanto, di per se' non esiste alcun obbligo particolare che si rivolge all'estraneo e fonda la punibilità, ma questo nasce, di volta in volta, dalla combinazione tra la norma di parte speciale e le norme in tema di concorso di persone (artt. 110 e 117 cp).

In particolare, il disposto di cui all'art. 117 cit. è stato al centro di un autonomo dibattito, nato dalla convinzione che l'analisi di questa norma potesse fornire un contributo significativo alla risoluzione delle problematiche legate al tema, più generale, del concorso di persone nel reato proprio. Ciò comportava, prima di tutto, la risoluzione di implicazioni legate, nello specifico, all'art. 117 cit., tradizionalmente considerato un'ipotesi di responsabilità oggettiva, in difficile rapporto con i principi costituzionali del nostro ordinamento. Per superare tali difficoltà, parte della dottrina ha affermato che l'art.117 cit. sarebbe espressione di un generale principio secondo cui l'estraneo verrebbe chiamato a rispondere laddove sia a conoscenza delle condizioni personali di uno dei compartecipi e che le medesime condizioni personali possano modificare il titolo del reato. Altri, invece, riconoscendo la particolarità (o meglio, il carattere eccezionale) della norma in esame, affermano che questa troverebbe applicazione solo nei casi in cui la qualifica soggettiva, non riflettendosi sul momento effettuale del reato, non rientri nell'oggetto del dolo. Una terza e più recente dottrina finisce invece per riconoscere apertamente il carattere repressivo della disposizione, affermando che essa istituirebbe una deroga ai principi generali di imputazione soggettiva

⁶⁵G. Bettiol, *Sul concorso di persone nel reato proprio*, in *Scritti giuridici, I*, Padova 1966, 453.

e concorso di persone nel reato.

Del resto, la stessa giurisprudenza ha sottolineato questo carattere repressivo, anche se, in alcune pronunce, limita l'applicabilità della norma ai casi in cui l'estraneo non sia a conoscenza della qualifica dell'intraneo.

Peraltro, rispetto alle diverse elaborazioni della dottrina, si mostra scettico Gullo⁶⁶, affermando che si è voluto assegnare all'art 117 cit. un compito troppo arduo, al di là di quelle che erano le intenzioni del legislatore. La norma, invece, occupa una posizione marginale nella tematica del concorso di persone nel reato proprio, e, più che in riferimento all'art 110 cp, rispetto al quale introduce un'ipotesi derogatoria, essa deve essere letta insieme con l'art 116 cp (la "vicinanza" testuale ne è la riprova). La differenza tra le due norme consiste semplicemente nel fatto che nel primo caso (art. 116 cit.) si hanno più soggetti che si accordano per commettere un dato reato ma poi ne commettono uno diverso, nel secondo (art.117 cit.) si integrano due diverse fattispecie criminose. La chiave di lettura, però, è comune e consiste nella "*sublimazione delle inclinazioni repressive del codice Rocco, in ossequio, in particolar modo, al dogma dell'unicità del titolo di responsabilità*"⁶⁷.

L'*excursus* sinora svolto è funzionale a comprendere come la norma di parte generale, che deve fondare la punibilità dell'estraneo nel caso di concorso nel reato proprio, non sia l'art 117 cit., bensì l'art. 110 cit. A tal proposito la Suprema Corte ha osservato che: "*il disposto dell'art. 117 c.p. altro non è che l'applicazione di un principio generale, per il quale anche gli "estranei" concorrono in un reato proprio quando conoscano che altro partecipe si trova in condizione da determinare il mutamento del reato o*

⁶⁶ A. Gullo, *Il reato proprio*, cit.

⁶⁷ A. Gullo, *Il reato proprio*, cit., 265/266.

*addirittura l'incriminazione "ex novo" dell'azione collettiva altrimenti lecita"*⁶⁸.

Ora, il fenomeno del concorso di persone nel reato proprio è stato spiegato diversamente dalla dottrina, in dipendenza della teoria accolta in tema di fattispecie in grado di incriminare la condotta del concorrente. Per citare le teorie di maggior rilievo, si contrappongono la teoria dell'accessorietà e la teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale. La prima postula che la condotta dell'estraneo assuma rilevanza penale laddove si colleghi alla condotta principale dell'intraneo; la seconda invece individua, come effetto del combinarsi delle due diverse condotte, la nascita di una nuova autonoma fattispecie, derivante dalla combinazione tra l'art 110 cit. e una disposizione di parte speciale. Tra le due è la prima a mostrare da subito evidenti limiti. Infatti, essa escluderebbe la possibilità di parlare di concorso ogniqualvolta la condotta principale sia posta in essere dall'estraneo. Così, vediamo come le due teorie portano a circoscrivere in maniera diversa l'ambito di applicazione della disciplina del concorso con riferimento ai reati propri. In effetti, è proprio questo il punto più dibattuto, dal momento che, come sopra accennato, a livello generale nessuno esclude la configurabilità del concorso. Anche la teoria della fattispecie plurisoggettiva, allora, presenta dei limiti, in quanto porta con se', all'opposto, il rischio di un eccessivo ampliamento dell'ambito di applicazione del concorso. Sarà sufficiente, infatti, la presenza di un soggetto che sia titolare di una certa qualifica per imputare a tutti i co-autori il reato proprio. Così, si viene anche a svalutare il ruolo della qualifica soggettiva nell'elemento del fatto di reato, in contraddizione con quanto detto in riferimento alla struttura del reato proprio.

⁶⁸ Cassazione penale, sez. II, 19/03/1992.

A proposito della *divisione* di ruoli tra intraneo ed estraneo, la giurisprudenza di merito ha evidenziato che: *“per la dichiarazione di responsabilità a titolo di concorso dell'estraneo nel reato proprio occorre: a) l'accertamento del fatto in capo al soggetto intraneo; b) l'influenza causale dell'estraneo (che viene evidenziata nella determinazione o nel rafforzamento del proposito criminoso dell'intraneo); c) la consapevolezza della qualifica esistente in capo al soggetto intraneo”*⁶⁹. Sul medesimo aspetto, la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che: *“ai fini della configurabilità della responsabilità dell'“extraneus” per concorso nel reato proprio (nel caso di specie, nel reato di cui all'art. 151 c.p.m.p.), è indispensabile, oltre alla cooperazione materiale ovvero alla determinazione o istigazione alla commissione del reato, che l'“intraneo” esecutore materiale del reato sia riconosciuto responsabile del reato proprio, indipendentemente dalla sua punibilità in concreto per la eventuale presenza di cause personali di esclusione della responsabilità”*⁷⁰.

Altro aspetto problematico è costituito dal dolo dell'intraneo. La soluzione prevalente in dottrina, infatti, è che la sua sussistenza non sia indispensabile ai fini dell'imputabilità, purché sussista, quanto meno, in uno dei correi estranei. Questa soluzione viene peraltro ancorata agli artt. 111, 112, ult.co. e 119, 2° co., cp. Al contrario, l'estraneo *“deve sapere di concorrere con un soggetto qualificato, quando la qualifica subiettiva si riflette nell'offesa tipica”*⁷¹. Sorvolando ora sulle ulteriori argomentazioni spese sul tema dalla dottrina, basti dire che il problema deriva dalla

⁶⁹ Tribunale Milano, 28/04/1994.

⁷⁰ Cassazione penale, sez. VI, 18/06/2004, n. 36166. Analogamente, la responsabilità dell'extraneus nel caso in cui debba essere esclusa la punibilità dell'intraneo era stata già riconosciuta da: Cassazione penale, sez. V, 12/04/1983.

⁷¹ A. Pagliaro, *Il reato*, Milano 2007.

difficoltà di “*definire i rapporti di forza all’interno delle varie fattispecie delittuose tra disvalore di condotta e disvalore d’evento*”⁷².

In conclusione, pare chiaro che la materia del concorso di persone nel reato proprio necessita di un intervento di riforma del legislatore, sia per eliminare alcuni profili di dubbia legittimità costituzionale (l’art.117 cp) sia per definire i rapporti tra i concorrenti e i criteri di accertamento dell’elemento soggettivo del reato.

⁷² A. Gullo, *Il reato proprio*, cit., 301/302.

CAPITOLO 2

L'AMMINISTRATORE DI FATTO PRIMA DELLA RIFORMA

SOMMARIO: 1. L'amministratore di fatto: nozione e fondamento della punibilità – 2. Il rapporto tra norme civili e norme penali – 3. La posizione della dottrina – 3.1 La teoria formale – 3.1.1 I limiti della teoria formale – 3.2 La teoria sostanziale – 3.2.1 I limiti della teoria sostanziale 4. L'evoluzione della giurisprudenza penale – 5 Dottrina e giurisprudenza a confronto – 6. Responsabilità civile dell'amministratore di fatto

1. L'AMMINISTRATORE DI FATTO: NOZIONE E FONDAMENTO DELLA PUNIBILITÀ

Il tema della responsabilità penale (e civile) del c.d. amministratore di fatto è stato oggetto di acceso dibattito, iniziato ancor prima dell'adozione del codice civile del 1942 e terminato solo con l'intervento legislativo del 2002. In questo considerevole arco temporale, dottrina e giurisprudenza hanno sostenuto posizioni oscillanti e spesso in contrasto.

Due le teorie di maggior rilievo: la teoria formale e la teoria sostanziale (o funzionale). La prima individua il soggetto penalmente responsabile sulla base della formale attribuzione di una qualifica da parte della legge civile. La principale critica rivolta a tale indirizzo attiene al rispetto del principio di colpevolezza di cui all'art. 27 Cost. (sì come interpretato dalla Corte Cost. con le note sentenze 364/1988 e 1085/1988)

⁷³. Nell'ottica di superare tale censura è stata elaborata la seconda teoria, che valorizza l'effettivo svolgimento di funzioni, a prescindere dal possesso della qualifica.

Tuttavia, i termini del problema in esame sono ben più complessi, riguardando non solo il rapporto tra responsabilità penale e civile dell'amministratore di fatto, ma anche il rapporto tra norme civili e norme penali, nonché tra responsabilità dell'amministratore di diritto e di fatto. Inoltre, il dibattito ha portato ad una riflessione sul significato di alcuni principi fondamentali del diritto penale, dal già citato principio di colpevolezza al divieto di analogia.

Prima di approfondire tali questioni, pare opportuno tentare di delineare la figura dell'amministratore di fatto.

In via di prima approssimazione, si può ritenere amministratore di fatto il soggetto che assume in concreto le funzioni tipiche dell'amministratore pur senza essere stato nominato con le forme normativamente previste, ovvero il soggetto correttamente nominato, e successivamente decaduto, che continui a svolgere tali funzioni⁷⁴. In altre parole, è tale l'amministratore, il direttore generale, il sindaco, il liquidatore che, *“pur senza una regolare nomina, o senza nomina, pur non potendo essere eletto, o essendo decaduto dall'ufficio, eserciti di fatto i poteri di gestione dell'impresa”*⁷⁵.

Attenta dottrina⁷⁶ osserva però come la definizione sia stata oggetto di dibattito. Infatti, sono state elaborate molteplici definizioni, tenendo conto di fattispecie eterogenee, quali: concreto esercizio di funzioni in assenza

⁷³ Sull'argomento, più diffusamente, cfr. infra 38 ss..

⁷⁴ F. Mucciarelli, *Responsabilità penale dell'amministratore di fatto*, in *Società*, II, 1989, 121.

⁷⁵ M. La Monica, *Il delitto di false comunicazioni sociali*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 1985, 129.

⁷⁶ A. Borgioli, *Amministratori di fatto e direttori generali*, in *Giur. Comm.*, 1975, I, 595.

di regolare investitura; situazioni di ineleggibilità, decadenza o mancanza di determinati requisiti; mancato rispetto degli adempimenti pubblicitari; rinuncia alla carica o revoca. Queste variegate impostazioni possono essere ricondotte a due diversi orientamenti, incentrati sulla necessità o meno dell'esistenza di un formale atto di nomina (per quanto viziato o non adeguatamente pubblicizzato).

Se queste sono le posizioni della dottrina, poco chiare paiono altresì quelle della giurisprudenza⁷⁷, che solo in alcune decisioni ha richiesto l'esistenza di una legittimazione civilistica. Nella maggior parte dei casi, però, essa ha riconosciuto l'esistenza di un amministratore di fatto in presenza dei seguenti requisiti: *“mancanza assoluta della nomina ed esercizio di fatto delle funzioni di amministratore; sopravvenuta decadenza; sopravvenuta valida rinuncia, revoca o cessazione dalla carica senza riconferma; nullità iniziale della nomina; annullabilità della nomina senza esercizio dell'azione di annullamento; mancata pubblicità della nomina, mandato tacito o implicito”*⁷⁸.

Non si registrano incertezze, invece, circa le ragioni a sostegno della punibilità dell'amministratore di fatto.

In primo luogo, si osserva che la mancata incriminazione dell'amministratore di fatto porterebbe a risultati assurdi, in quanto garantirebbe allo stesso una sorta di immunità dai reati⁷⁹. La conclusione è ancor più sconcertante ove si pensi che spesso è un'inadempienza dello stesso amministratore ad escludere che possa acquisire la qualifica di amministratore di diritto. Dunque, sarebbe semplice per il soggetto in

⁷⁷ *Ex multis*: Cassazione penale, 28/02/1936; Cassazione penale, 11/01/1960.

⁷⁸ Per la giurisprudenza di merito, cfr.: Corte App. Roma, 30/09/1971; Corte App. Firenze, 28/03/1968. Analogamente, nella giurisprudenza di legittimità, cfr.: Cassazione penale, 03/12/1970; Cassazione penale, 12/10/1964; Cassazione penale, 05/01/1972.

⁷⁹ A. Borgioli, *Amministratori di fatto e direttori generali*, cit., 598.

questione omettere volontariamente tali adempimenti, così da premunirsi di un motivo di esonero da responsabilità in vista della commissione di un illecito.

In secondo luogo, la responsabilità penale viene basata sul principio secondo cui si dovrebbe privilegiare *“il contenuto sostanziale delle situazioni rispetto agli aspetti formali delle medesime. [...] Ne segue che – con riferimento alla materia in discorso- dovrà aversi preminente riguardo alla funzione e alle attività effettivamente esercitate dall’agente all’interno della società. E proprio da questo concreto esercizio della funzione – sebbene non formalmente ricoperta- si trae argomento per sostenere che da tale situazione di fatto, particolarmente connotata sul piano personale e societario, sorgono per il soggetto non qualificato quegli obblighi di lealtà e correttezza inerenti alla funzione medesima. In altri termini, cioè, il concreto esercizio delle attività inerenti alla funzione costituirebbe il momento genetico dei doveri normativamente fissati anche nei confronti di colui che non rivesta, sul piano formale, alcuna delle posizioni di garanzia tipiche di una compagine sociale”*⁸⁰.

Nell’enunciare detto principio, la giurisprudenza ha affermato: *“L’amministratore di fatto risponde del reato di cui agli art. 223 e 216 l. fall. non già quale “extraneus” in concorso con gli organi legali della società, ma quale diretto destinatario della norma, che indica (fra gli altri soggetti) gli amministratori non con riferimento all’aspetto formale della qualifica bensì alle concrete funzioni inerenti alla qualifica stessa”*⁸¹.

⁸⁰ F Mucciarelli, *Responsabilità penale dell’amministratore di fatto*, cit..

⁸¹ Cassazione penale, sez. I, 06/02/1980.

2. IL RAPPORTO TRA NORME CIVILI E NORME PENALI

Il rapporto intercorrente tra norme civili e penali ha rappresentato la tematica che ha ostacolato, più delle altre, il riconoscimento della figura dell'amministratore di fatto⁸². A tal proposito si è sottolineata *“l'impossibilità di concepire una funzione che risulti isolata dalla qualifica soggettiva che essa estrinseca. [...] L'indagine sul fatto tipico costitutivo del reato non può prescindere dalla rigorosa osservanza delle qualifiche soggettive. [...] Infatti, una qualifica che non possa considerarsi validamente attribuita dal diritto civile non acquisterebbe rilievo neppure nell'ambito dei reati societari e di bancarotta impropria”*⁸³.

Ancora, si è affermato che *“anche quando pone vincoli ulteriori e originali all'esercizio del potere, la norma penale si salda alla disciplina civilistica e la completa, rendendo esplicite e operanti talune direttive in essa latenti. In seno alla fattispecie criminosa la qualificazione civilistica conserva una posizione dominante: alla norma penale compete una funzione sanzionatoria, sia pure in senso più lato”*⁸⁴.

Tale “subordinazione” della norma penale rispetto a quella civile avrebbe come conseguenza il dover intendere le qualifiche soggettive nel loro esatto significato civilistico. Tale conclusione sarebbe imposta dall'esigenza di uniformità concettuale tra ramo civile e penale dell'ordinamento, e rafforzata dalla *sedes materiae* della disciplina penale e fallimentare, costituita da testi di contenuto privatistico. Sarebbe quindi illogico ritenere che, all'interno della stessa legge, un medesimo termine possa essere stato utilizzato dal legislatore con diversi significati.

⁸² Il più risalente contributo in materia è di G. Escobedo, *I cosiddetti amministratori di fatto delle società anonime e il reato di quasi bancarotta semplice*, in *Giust. Pen.*, 1933, III, 685.

⁸³ A. Borgioli, *Amministratori di fatto e direttori generali*, cit., 599.

⁸⁴ C. Pedrazzi, *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. Soc.*, 1962, 228.

Diversamente argomentando, si arriverebbe a rappresentare una funzione scissa dalla qualifica che ne costituisce il presupposto e il fondamento, e la norma penale opererebbe al di fuori delle premesse dalle quali dipende la configurabilità del fatto tipico. In conseguenza di ciò, il soggetto verrebbe incriminato per la violazione di un precetto che non lo riguarda o per aver infranto un dovere che non era tenuto a rispettare⁸⁵.

Nonostante ciò, non sono mancati tentativi di superare questi rilievi e ristabilire l'autonomia della norma penale rispetto a quella civile⁸⁶.

3. LA POSIZIONE DELLA DOTTRINA

3.1 La teoria formale

Si è detto che la “teoria formale” si caratterizza per individuare il soggetto penalmente responsabile sulla base di un formale atto di nomina. Prendendo le mosse dal già esaminato rapporto tra norme civili e penali, i sostenitori di tale indirizzo evidenziano molte altre ragioni per le quali si dovrebbe negare la stessa esistenza della figura dell'amministratore di fatto.

È opportuno, dunque, riassumere i punti salienti di tale orientamento⁸⁷.

Se è vero che a qualificare un soggetto come imprenditore non è soltanto lo svolgimento dell'attività d'impresa ma anche la spendita del nome, come è vero che le norme penali devono trovare un soggetto al quale applicarsi all'interno dell'impresa, tale soggetto non deve

⁸⁵ F. Mucciarelli, *Responsabilità penale dell'amministratore di fatto*, cit..

⁸⁶ Sul tema, cfr.: A. Borgioli, *Amministratori di fatto e direttori generali*, cit., 599; F. Mucciarelli, *Responsabilità penale dell'amministratore di fatto*, cit..

⁸⁷ C. Pedrazzi, *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. Soc.*, 1962, 220 ss..

necessariamente coincidere con l'imprenditore, laddove, ad esempio, costui non sia imputabile. Tuttavia, tale scissione tra titolarità ed esercizio della funzione è ammissibile solo con riferimento ai reati comuni. In tal caso, se imprenditore è la società, non è lecito irrogare la sanzione nei confronti di coloro che in suo nome e per suo conto agiscono. Ciò sarebbe contrario al principio di personalità della responsabilità penale ex art. 27 Cost.. Lo stesso discorso varrà per il legale rappresentante, qualora l'amministratore sia un soggetto incapace.

Segue una serie di paralleli tra la figura dell'amministratore di fatto e altre figure regolarmente ammesse nell'ordinamento.

Primo, fra questi, l'amministratore di diritto di società irregolari o di fatto. Infatti, alcuni autori hanno sostenuto come l'amministratore di un ente irregolare non possa che essere, a sua volta, *irregolare*, cioè amministratore di fatto. Ne consegue che, se la disciplina penalistica viene applicata a questi soggetti senza problemi, a maggior ragione dovranno esservi assoggettati gli amministratori di fatto di una società regolarmente costituita⁸⁸.

A tale posizione si obietta che l'amministratore di una società irregolare non è affatto, per ciò solo, amministratore di fatto, potendo essere in possesso dei requisiti necessari per essere legittimato a svolgere le relative funzioni anche ove la società manchi di taluni elementi non aventi, peraltro, carattere costitutivo⁸⁹.

Per quanto concerne, poi, il parallelo tra amministratore di fatto e funzionario di fatto - che potrebbe essere un altro elemento a sostegno

⁸⁸ G. Ondei, *I reati di quasi bancarotta e gli amministratori di fatto*, in *Ann. Dir. Proc. Pen.*, 1934, 357.

⁸⁹ A tal proposito, cfr. G. Toesca di Castellazzo, *La responsabilità penale degli amministratori e dei liquidatori di fatto delle società commerciali*, in *Giust. Pen.*, 1937, III.

della possibilità di scindere tra funzione e titolo - si argomenta che il funzionario di fatto non è figura elaborata *ad hoc* per estendere i confini della responsabilità penale, ma è creazione del diritto pubblico e presuppone una legittimazione da parte della pubblica autorità (per quanto difettosa per mancanza di un qualche requisito). Inoltre, a differenza di quanto avviene per l'amministratore di fatto, l'atto di un eventuale funzionario "usurpatore" potrebbe essere considerato come un valido atto amministrativo. Questa è anche la posizione della Suprema Corte⁹⁰, sostenuta in più occasioni e non solo con riferimento alla figura del funzionario di fatto. Relativamente al caso di equiparazione tra liquidatore di fatto e di diritto, infatti, la Suprema Corte già affermava: *"l'esame delle norme concernenti le suindicate situazioni di fatto, che la legge parifica a quelle di diritto, induce a ritenere che la parificazione può aversi soltanto ove ricorrano tutti i requisiti essenziali a costituire una determinata situazione giuridica, nel caso, cioè, in cui siano imperfetti o manchino soltanto requisiti formali"*⁹¹. Tale posizione è stata favorevolmente accolta dalla dottrina più risalente, che ha commentato nei seguenti termini: *"...la conseguenza, che si suole trarre dall'analogia della situazione di fatto con quella di diritto, viene necessariamente meno quando ne faccia difetto il presupposto..."*⁹².

Dunque, si è ben lontani dalla scelta di equiparare il semplice svolgimento di funzioni all'esistenza di una perfetta investitura.

Altra conferma dell'impossibilità di ammettere la figura dell'amministratore di fatto deriva, secondo la dottrina in esame, dalla

⁹⁰ Cassazione penale, 07/12/1953, in cui si legge: *"la figura del funzionario di fatto nasce nel caso che il titolo sia irregolare per vizi di forma o di contenuto"*.

⁹¹ Cass. Pen., sez. I, 28/02/1936.

⁹² G. Toesca di Castellazzo, *La responsabilità penale degli amministratori e dei liquidatori di fatto delle società commerciali*, cit., 129 ss..

legge fallimentare. Infatti, questa punisce esclusivamente il *soggetto dichiarato fallito*, senza contare che le disposizioni penali relative all'imprenditore si applicano ai soci illimitatamente responsabili di società in nome collettivo e in accomandita semplice indipendentemente dallo svolgimento effettivo di atti di amministrazione. Tale prevalenza della responsabilità patrimoniale sul concreto esercizio di funzioni ci riporta all'inscindibile nesso esistente tra norma civile e penale. Coerente con tale ragionamento è la circostanza che nel processo penale faccia stato l'accertamento della qualifica contenuto nella sentenza che dichiara il fallimento, dal chiaro valore pregiudiziale. Al giudice penale, in definitiva, non spetta accertare alcunché, ma solo irrogare l'eventuale sanzione. Ciò soprattutto per evitare contraddittorietà di giudicati⁹³.

Citando un autore tra i più convinti sostenitori della teoria formale: *"...nel quadro della procedura fallimentare non c'è posto per un gestore di fatto, ma solo per i soggetti che al momento della dichiarazione si trovavano legalmente investiti di determinate funzioni. Il fallimento lascia in vita le gerarchie costituite, e vi connette nuovi doveri; ma non può non spezzare un legame fondato su di un fatto incompatibile con il nuovo clima."*⁹⁴
Ancora: *"L'art. 227 l. fall. si applica in quanto sussista una preposizione institoria efficace..."*⁹⁵.

A riprova di ciò, si ricorda la differenza tra la figura di amministratore di fatto e di pubblico ufficiale (art. 357 cp). Quest'ultima figura non solo è costruita sulla funzione, ma è riflesso dell'esercizio della stessa, così che potrebbe essere considerato pubblico ufficiale anche il privato che solo

⁹³ Sul punto, cfr. I. Formaggia, commento all'art.216 l. fall., in *Codice del fallimento*, a cura di P. Pajardi, Milano 1997, 1310.

⁹⁴ C. Pedrazzi, *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, cit., 261.

⁹⁵ C. Pedrazzi, *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, cit., 264.

occasionalmente svolgesse dette funzioni.⁹⁶ Nulla di simile vale per l'amministratore, per il quale le norme incriminatrici guardano all'organo e non alla funzione.

Similmente, confrontando l'amministratore di fatto con il sindaco, ci si rende conto che, nel nostro ordinamento, quest'ultima qualifica mai verrebbe riconosciuta a chi abbia svolto di fatto una funzione di controllo. Nemmeno in questo caso, quindi, il profilo funzionale prevale su quello organico.

Identico discorso vale per il direttore generale, che è tale solo se sussiste un formale atto di nomina.

È ora il caso di puntualizzare che tale ragionamento è implicitamente riferito alle sole società di capitali, ma ciò non vuol dire che le affermazioni che precedono siano del tutto prive di validità con riferimento alle società di persone. A tal proposito, la citata dottrina nega, *in primis*, il riconoscimento della qualifica di amministratore al socio che solo occasionalmente eserciti poteri gestori, richiedendo, al contrario, un'investitura derivante dall'atto costitutivo, dalla legge o da una nomina espressa o tacita. Ciò vale, a maggior ragione, per il socio accomandante della società in accomandita semplice, il quale non assume certo la qualifica per il fatto di aver violato alcuni divieti a lui imposti dalla legge.

Si registra, qui, l'ennesimo caso di contrasto tra dottrina e giurisprudenza, che invece estende la responsabilità penale a tutti i soci illimitatamente responsabili⁹⁷.

⁹⁶ Il primo comma dell'articolo citato così recita: "Nozione di pubblico ufficiale. Agli effetti della legge penale, sono pubblici ufficiali coloro i quali esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa."

⁹⁷C. Pedrazzi, *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, cit., 271.

Dunque, per trovare un'unica ipotesi nella quale la teoria formale ammetta l'autonomia dell'ordinamento penale rispetto a quello civile, bisogna guardare al caso di impugnabilità dell'atto di nomina, ex art. 2377 cc. Infatti, si nega che l'eventuale annullamento della delibera di nomina produca effetti nel procedimento penale, essendo questo ormai regolarmente avviato e rilevando, ai suoi fini, soltanto la situazione giuridica esistente al *tempus commissi delicti*.

A questo punto, però, i sostenitori della teoria si trovano a fare i conti con le lacune di tutela penale che inevitabilmente derivano dalle loro asserzioni. Questa conseguenza viene dapprima contestata facendo riferimento alle varie norme che sanzionano il comportamento di soggetti, diversi dall'imprenditore, ai quali la gestione può essere affidata. Si nota, inoltre, la precisione del legislatore stesso, il quale non fa mai riferimento ad una generica figura di gestore *nomine alieno*, ma chiarisce, di volta in volta, i requisiti alla cui presenza è ricollegata l'applicazione del precetto penale, considerando, però, solo le ipotesi più frequenti (non tutte!). Questo ci riporta all'esistenza di lacune. Eppure, ciò non basta a far accettare l'esistenza dell'amministratore di fatto, in quanto più forte appare la preoccupazione di evitare un'applicazione analogica della legge penale. Una maggior elasticità sarebbe ammissibile laddove il legislatore penale si fosse limitato a punire la violazione di determinati obblighi, lasciando alla legge civile il compito di individuare i soggetti obbligati, ma dal momento che è esso stesso a dettare l'elenco dei soggetti attivi del reato, tale elenco non può che considerarsi tassativo. Si denuncia, inoltre, persino il tentativo della giurisprudenza (e di altra parte della dottrina) di superare l'ostacolo attraverso un'interpretazione estensiva che in realtà nasconde un procedimento analogico.

D'altra parte, se il legislatore avesse inteso assumere una *prospettiva di fatto*, accanto alla figura dell'amministratore non avrebbe indicato altre figure, come quella dell'istitutore, del liquidatore, ecc. Analogamente, non si capirebbe per quale motivo la disciplina penale applicabile agli amministratori non coincida con quella applicabile ai direttori generali, mentre le funzioni degli uni e degli altri si sovrappongono nella pratica. Invece, per evitare che il gestore di fatto sia automaticamente esonerato da alcuna responsabilità penale si sostiene una tesi, se si vuole, più originale. Si afferma, cioè, che egli diventi imprenditore in proprio, pienamente assoggettabile alla legge fallimentare! Inoltre, si equipara la spendita del nome proprio alla spendita abusiva del nome altrui, arrivando a sostenere che il nome altrui, abusivamente utilizzato, diventi uno pseudonimo del soggetto che agisce. Coerentemente con questo ragionamento, il soggetto regolarmente investito, ma che travalichi i limiti del suo potere, risponderà sia a titolo di amministratore, sia a titolo di imprenditore in proprio. Anche in questo caso, peraltro, la dichiarazione di fallimento da parte del giudice civile viene considerata un presupposto imprescindibile.

L'unica lacuna davvero impossibile da colmare resta quella relativa a soggetti legittimati da un titolo diverso da quelli indicati dalla legge penale⁹⁸, nonché i gestori di fatto veri e propri, qualora la loro attività possa essere ricondotta all'imprenditore di cui *spendono il nome*, a causa, ad esempio, di una ratifica, o dell'applicazione dell'istituto della gestione di affari, e simili.

⁹⁸ Si fa l'esempio del legale rappresentante dell'incapace, dei preposti a gestioni coattive, e simili.

In questi casi, forse, l'unico modo per *assicurare il colpevole alla giustizia* potrà essere l'applicazione della disciplina del concorso di persone⁹⁹, ma si tratta, come è agevole intuire, di una mera eventualità.

Dal discorso sinora svolto risulta con chiarezza che l'elaborazione della teoria formale risponde all'esigenza di rispetto del principio di legalità, di cui agli artt. 25 Cost. e 1 cp. Infatti, principi quali il divieto di analogia, il principio di tassatività (così come il principio della riserva di legge e dell'irretroattività della legge penale), non sono altro che "sotto-principi", ovvero esplicitazione della regola generale "*nullum crimen, nulla poena sine lege*"¹⁰⁰. Avendo già fatto riferimento alle preoccupazioni circa il rispetto del divieto di analogia in materia penale, occorre ora soffermarci sul principio di tassatività, che impone al legislatore di formulare con precisione la norma (cosicché sia possibile individuare con sufficiente grado di certezza il comportamento vietato ed i soggetti ai quali la norma stessa si riferisce) ed al giudice di condurre un'interpretazione che rifletta il tipo descrittivo. In tale prospettiva, è ovvio che la scissione della qualifica dal titolo potrebbe portare ad attribuire responsabilità penale a soggetti diversi da quelli specificamente indicati dalla norma e ad attribuire un eccessivo potere interpretativo al giudice. Una tale argomentazione andrebbe per certo a sostegno della teoria formale, a scapito della teoria sostanziale.

3.1.1 I limiti della teoria formale

La prima critica rivolta alla teoria formale è relativa al rispetto del principio di colpevolezza, che subordina l'applicazione della pena alla

⁹⁹ Infra, 23 ss..

¹⁰⁰ G. Fiandaca – E. Musco, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna 2009.

possibilità di attribuire il fatto alla volontà del soggetto. In altre parole, il soggetto deve rispondere del fatto a titolo di dolo o colpa, e laddove un qualche elemento del fatto sia “sganciato” dall’elemento psicologico, verrà meno il carattere personale dell’addebito, con conseguente impossibilità di attribuire la responsabilità penale a quel soggetto¹⁰¹. In quest’ottica, l’interprete deve evitare che la ricerca formale di un centro di imputazione finisca per colpire un soggetto che non è in alcun modo autore del fatto¹⁰². Ebbene, la teoria formale si pone in potenziale contrasto con tale principio in quanto concentra la responsabilità verso il vertice della struttura organizzativa e fa valere l’eventuale responsabilità di terzi solo attraverso l’applicazione della disciplina del concorso di persone nel reato.

Tuttavia, a questa si affiancano diverse altre censure. Ad esempio, si nota come essa porti ad un’evidente asimmetria tra responsabilità civile e penale, atteso che l’esercizio di fatto di poteri non vale ad escludere la prima, grazie alla possibilità di applicare un procedimento analogico.

Parte della dottrina¹⁰³, inoltre, colpisce il cuore stesso della teoria formale, mettendo in discussione l’argomento secondo cui, nelle disposizioni civilistiche, il vocabolo “amministratore” avrebbe un significato limitativo. A sostegno della critica si riportano numerosi esempi. Con riferimento al conflitto di interessi, si ricorda come l’art. 2391 cc sia considerato applicabile non solo all’amministratore di diritto, ma anche all’amministratore di fatto. Né si potrebbe affermare che quest’ultimo, proprio in quanto *figura irregolare*, possa essere ammesso a votare al pari degli altri soci in deliberazioni riguardanti la sua responsabilità,

¹⁰¹ G. Fiandaca – E. Musco, *Diritto penale, Parte generale*, cit..

¹⁰² F. Bricola, *Lo statuto penale dell’impresa: profili costituzionali*, in *Trattato di diritto penale dell’impresa*, diretto da A. Di Amato, Padova 1990.

¹⁰³ M. La Monica, *Il delitto di false comunicazioni sociali*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 1985, 130 ss..

contrariamente a quanto previsto dall'art. 2373 cc. È vero che il divieto di esercitare il diritto di voto potrebbe discendere dal primo comma dell'art. 2373 cc, ma in questo caso l'eventuale violazione non costituirebbe illecito, bensì solo motivo di impugnazione della delibera, a differenza di quanto previsto dall'art. 2393 cc.

Più in generale, si denunciano come apodittiche (o non sufficientemente dimostrate, o semplici petizioni di principio) le affermazioni sulle quali la teoria formale si basa. Di conseguenza, si nega che le norme civilistiche utilizzino il termine "amministratore" solo in riferimento all'amministratore di diritto e non possano, invece, comprendere anche l'amministratore di fatto.

In questa prospettiva, dovrebbe essere ammessa anche la figura del sindaco di fatto, per lo meno quando tale si intenda il sindaco che, dopo essere decaduto, continui a svolgere le sue funzioni in assenza di una sostituzione o conferma, ovvero il sindaco che non abbia dichiarato l'esistenza di una causa di ineleggibilità o decadenza.

Lo stesso discorso vale per i direttori generali ed i liquidatori.

3.2 La teoria sostanziale

La teoria sostanziale si caratterizza per il fatto di individuare il soggetto penalmente responsabile sulla base del concreto svolgimento delle funzioni tipiche dell'amministratore (o del direttore generale). Quindi, per l'acquisto della qualifica di imprenditore, non è richiesta né l'esistenza di un formale atto di nomina, valido o viziato che sia¹⁰⁴, né la spendita del nome. Il caso tipico è quello in cui l'amministratore di diritto esiste, ma è

¹⁰⁴ A. Alessandri, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna 2000, 52.

un mero prestanome o “testa di paglia”, mentre chi gestisce effettivamente la società è l’amministratore di fatto. Quest’ultimo può essere chiamato a rispondere per reati fallimentari e societari anche se non ha, per così dire, le “carte in regola”, cioè non è stato nominato con le modalità previste dalla legge o dall’atto costitutivo, o è decaduto dall’ufficio.¹⁰⁵ Più precisamente, la dottrina in esame si esprime nei seguenti termini: “Se si considera che la terminologia adottata per designare i soggetti tende a sottolineare non tanto le qualifiche formali quanto l’attività svolta, così che il sistema della legge accentua la valutazione degli aspetti funzionali, si intende come, anche avuto riguardo ai soggetti in esame, più che alla denominazione dei singoli deve porsi attenzione al tipo di potere concretamente esercitato”¹⁰⁶. Successivamente, si sottolinea l’importanza del ruolo dell’interprete, incaricato di accertare, caso per caso, se le funzioni e gli obblighi del soggetto possano essere ricondotti a regole di condotta la cui violazione è penalmente sanzionata.

In particolare, rispetto ai reati fallimentari “è stato messo in rilievo sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza che quando la legge indica i soggetti che possono commettere i reati in esame si riferisce non all’aspetto formale delle loro qualifiche ma alle funzioni inerenti a tali qualifiche di fatto esercitate”¹⁰⁷. La regola vale tanto per l’amministratore, quanto per l’instatore. Infatti, “secondo la giurisprudenza anche per quanto concerne l’instatore, così come per gli amministratori, per la sussistenza della qualità soggettiva richiesta per la configurazione del reato, è decisiva non tanto la formale investitura quanto l’effettiva natura dei poteri esercitati”¹⁰⁸. Altra

¹⁰⁵ F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, Milano 1987, 119.

¹⁰⁶ F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, cit., 545.

¹⁰⁷ I. Formaggia, commento all’art. 223 l. fall, in *Codice del Fallimento*, cit., 1355.

¹⁰⁸ I. Formaggia, commento all’art. 227 l. fall, in *Codice del Fallimento*, cit., 1364.

parte della dottrina¹⁰⁹, però, chiarisce che per parlare di amministratore di fatto non è sufficiente un'ingerenza *una tantum* nell'attività sociale, ma è necessaria continuità nello svolgimento di determinate funzioni, quali, ad esempio, il controllo amministrativo e contabile sulla gestione, nonché la gestione dell'organizzazione interna e dell'attività esterna della società. Inoltre, alcuni autori traggono un ulteriore argomento a sostegno della prevalenza della funzione sulla formale qualifica proprio dall'art. 216 l.fall.. Infatti, la norma indica quale autore del reato l' "imprenditore", anche se tale qualifica è senz'altro venuta meno con la dichiarazione di fallimento¹¹⁰.

Per quanto concerne i reati societari, invece, si è sottolineato come nel punire tali illeciti il legislatore abbia preso in considerazione *“non già l'aspetto formale (investitura) della qualifica di amministratore, di direttore generale eccetera, bensì l'esercizio effettivo delle funzioni inerenti a tale qualifica, in relazione all'interesse protetto dalla legge, nella particolare situazione personale e sociale da cui scaturisce l'obbligo di lealtà e della correttezza nell'espletamento delle funzioni medesime”*¹¹¹. In altri termini: *“del reato proprio del soggetto formalmente investito di una funzione tipica all'interno di un organismo societario, risponde anche colui che, con investitura irregolare o senza investitura, eserciti di fatto le funzioni proprie*

¹⁰⁹ L. D'Orazio, *I reati fallimentari: bancarotta semplice e fraudolenta*, in *Giur. Merito*, 2000, III, 769 ss..

¹¹⁰ I. Scalera, *Amministratore di fatto e concorso di persone nel reato di bancarotta*, in *Dir. Fall.*, 1967, II.

¹¹¹ Commento all'art. 2621 cc, in *Rassegna di giurisprudenza sul codice civile* (seconda appendice di aggiornamento) diretta da R. Nicolò – M. Stella Richter, Milano 1980, 3248.

Nello stesso contributo, inoltre, si legge: *“Il delitto di false comunicazioni sociali è un reato a qualificazione soggettiva [...] ma non v'è dubbio che possa essere commesso anche da chi ha esercitato di fatto le funzioni di direttore generale non essendo richiesta la esistenza, tra reo e società, di un rapporto formale”*.

dell'amministratore o del direttore generale, nella qualità di diretto destinatario della norma"¹¹².

In verità, l'indirizzo riportato si spinge oltre, estendendo i principi e le regole testé esposti anche ai reati tributari. Infatti, l'obbligo di versare il tributo viene ricondotto al soggetto che esercita poteri di gestione o controllo dell'ente. Più generalmente, si ha riguardo al "*rappresentante legale e, in mancanza, a chi esercita, anche di fatto, funzioni corrispondenti*"¹¹³. Va tuttavia osservato che la soluzione non è qui il risultato del ragionamento della dottrina, ma è stata imposta dal legislatore nell'art. 62, D.P.R. 29/09/1973, n. 600¹¹⁴.

Per ultimo, è necessario un accenno ai reati bancari. Tale materia già si differenziava dalle altre in quanto il legislatore aveva individuato con maggior precisione i possibili autori del reato. Infatti, l'art. 134 T.U.L.B. indicava, quali soggetti attivi del reato di false comunicazioni alla Banca d'Italia, coloro che svolgessero "*funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso banche*"¹¹⁵. Questa disposizione dimostrava l'intento del legislatore di evitare dubbi interpretativi e sottolineare il ruolo dell'effettivo svolgimento di funzioni. Ciò appare chiaro, soprattutto, ove si consideri che il reato in questione era già previsto dall'art. 4, L. 114/1986, in cui i

¹¹² Commento all'art. 2621 cc, in *Rassegna di giurisprudenza sul codice civile, Anni 1984-1988*, diretta da R. Nicolò – M. stella Richter, Milano 1990, 3990. Nella stessa opera, inoltre, è scritto che: "*Ai fini della responsabilità ex art. 2621, la nozione di direttore generale è più ampia di quella che risulta dall'art. 2369 stesso codice e, come per gli altri soggetti indicati nel citato art. 2621, anche per il direttore generale devesi aver riguardo non tanto all'esistenza di una formale investitura, quanto all'esercizio di fatto delle funzioni connesse con tale qualifica*".

¹¹³ F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, cit., 653.

¹¹⁴ La disposizione citata testualmente recita: "*La rappresentanza di soggetti diversi dalle persone fisiche, quando non sia determinabile secondo la legge civile, è attribuita a fini tributari alle persone che ne hanno l'amministrazione anche di fatto*".

¹¹⁵ Art. 134 T.U.L.B., poi abrogato dal d.lgs. 61/2001. La stessa formula, tuttavia, si trova nell'art. 135 del medesimo testo normativo, relativamente ai reati societari.

soggetti attivi erano individuati mediante elencazione (amministratore, direttore generale, commissario straordinario, ecc.).

3.2.1 I limiti della teoria sostanziale

Come evidenziato dalla dottrina, il criterio funzionale risponde meglio alle esigenze punitive, permettendo un miglior adeguamento alla realtà e dando la possibilità di “*assorbire eventuali scarti tra l’effettiva dislocazione dei poteri e l’attribuzione delle cariche*”¹¹⁶.

Questi vantaggi non hanno però evitato che allo stesso venissero rivolte (fondate) critiche. La principale riguarda il *deficit* di tassatività al quale la teoria necessariamente conduce, nonché l’oggettiva incertezza nel distinguere tra diverse figure. Ciò pare paradossale, ove si consideri che i suoi sostenitori parlano di maggior realismo al quale essa dovrebbe condurre. Accade, cioè, che proprio quello che dovrebbe essere un presidio al rispetto dell’art. 27 Cost. può condurre alla sua violazione.

Inoltre, questo fa sì che venga attribuita una certa autonomia all’interprete, con tutti i rischi che ne conseguono.

Vero è che l’affermata autonomia delle norme penali rispetto a quelle civili costituisce più che altro un’affermazione di principio, non dimostrabile nel quadro normativo attuale e non universalmente riconosciuta.

Infine, non c’è perfetta corrispondenza tra posizione dell’amministratore sul piano penalistico e civilistico, nel senso che ci sono alcuni poteri che derivano solo da una formale investitura¹¹⁷.

¹¹⁶ A. Alessandri, *Manuale di diritto penale dell’impresa*, cit., 52.

¹¹⁷ A. Borgioli, *Amministratori di fatto e direttori generali*, cit., 601.

4. L'EVOLUZIONE DELLA GIURISPRUDENZA PENALE

La giurisprudenza ha elaborato il concetto di amministratore di fatto essenzialmente per estendere le possibilità di intervento della giustizia penale ed evitare situazioni in cui si sarebbe altrimenti avuto un vuoto di tutela. In particolare, si voleva estendere la punibilità agli alti dirigenti della società, non formalmente qualificati come amministratori.

In questi termini, già nel 1876, la Cassazione di Torino afferma che il termine amministratore costituisce un'espressione generica per indicare tutti coloro che gestiscono gli affari sociali¹¹⁸. La formula "amministratore di fatto", però, viene usata dalla Corte nel 1878, quando la stessa chiarisce che la locuzione "amministratori" ricomprende "*tanto gli amministratori di diritto che di fatto*", con la conseguenza di poter incriminare un "*direttore, che per certo fu amministratore di fatto*"¹¹⁹, il quale aveva portato la società al dissesto economico-finanziario.

Tale nuovo concetto viene ripreso e consolidato nella giurisprudenza del codice di commercio del 1882, così come viene rafforzato il rapporto di vicinanza tra amministratore e direttore. L'art. 863 cod. comm., che menziona espressamente i direttori tra i soggetti attivi dei delitti di bancarotta semplice e fraudolenta, viene interpretato come una norma dichiarativa e non innovativa, cioè come norma che semplicemente conferma la tesi, già sostenuta dalla giurisprudenza, secondo la quale il direttore sarebbe un "*amministratore dirigente ed operante, nel quale si incarna l'amministrazione stessa*"¹²⁰. Ricapitolando, chi esercita di fatto le funzioni di direttore è di fatto direttore, e il direttore è di fatto un

¹¹⁸ Cassazione di Torino, 31/03/1876. Analoga posizione è espressa, inoltre, in: Cass. Torino, 26/04/1876.

¹¹⁹ Cassazione di Torino, 24/07/1878.

¹²⁰ Cassazione di Torino, 03/12/1884.

amministratore. Questa posizione viene sostenuta senza variazioni dalla giurisprudenza fino agli anni '30, quando il concetto di amministratore di fatto diventa autonomo rispetto alla figura del direttore (anche se la dottrina osserva come, nel concreto, le situazioni nelle quali si parla di amministratore di fatto sono situazioni nelle quali si sarebbe potuto individuare un direttore¹²¹). Segue una serie di pronunce in cui si valorizza il dato dell'effettiva gestione o rappresentanza della società e si torna a parlare di direttore di fatto¹²². In varie decisioni, inoltre, l'effettivo esercizio di funzioni viene fatto prevalere sull'esistenza di un atto formale di investitura¹²³.

Dalla risalente giurisprudenza esaminata si può dedurre, quindi, che sia possibile parlare di responsabilità penale dell'amministratore di fatto laddove ricorrano i seguenti requisiti: esercizio continuativo e sistematico di poteri tipici dell'amministratore o direttore generale e mancanza di opposizione da parte degli amministratori di diritto, ossia presenza di un mandato tacito, senza il quale si avrebbe un "semplice" usurpatore.

La giurisprudenza più recente, invece, chiarisce i termini della responsabilità dell'amministratore di fatto, anche rispetto a diverse tipologie di illecito.

¹²¹ A. Borgioli, *Amministratori di fatto e direttori generali*, cit., 605.

¹²² Cfr. Cass. Torino, 21/12/1897; Cass. Pen. 09/11/1896; Cass. 7/02/1914; Cass. 22/10/1926.

Tra queste decisioni, in particolare, l'ultima fa riferimento a "*pseudo vigilanti, in effetto amministratori*", i quali sono come tali ritenuti responsabili "*anche se astutamente credettero coprirsi sotto altra veste*".

¹²³ Si veda, in particolare, Cass. 14/02/1930, in cui si prende in esame la condotta di soggetti che avevano assunto funzioni di sottordine, ma esercitato funzioni di amministratori e direttori; nonché Cass. 12/12/1934, in cui la Suprema Corte ha affermato che gli esercenti di fatto funzioni di direttore rispondono dei reati di bancarotta semplice o fraudolenta pur non avendo assunto formalmente suddetta carica.

Per la giurisprudenza di merito, invece, cfr.: Corte App. Roma, 15/12/1956, in cui la Corte si è occupata del concetto di direttore generale di fatto con riferimento ad un caso di bancarotta per omessa ed irregolare tenuta dei libri e delle altre scritture.

In riferimento ai reati fallimentari, la Suprema Corte ha affermato: *“L'amministratore di fatto risponde del reato di cui agli art. 223 e 216 l. fall. non già quale extraneus in concorso con gli organi legali della società, ma quale diretto destinatario della norma, che indica (fra gli altri soggetti) "gli amministratori" non con riferimento all'aspetto formale della qualifica bensì alle concrete funzioni inerenti alla qualifica stessa. Pertanto l'amministratore di fatto può ben rispondere del predetto reato in concorso con altro amministratore di fatto quand'anche non sia ritenuto responsabile l'amministratore legale od altro organo ufficiale della società.”*¹²⁴

In altre circostanze, la Suprema Corte ha rimarcato come *“qualsiasi soggetto che di fatto si sia inserito nell'attività amministrativa di una società, poi dichiarata fallita, risponde del reato di cui agli artt. 223 e 216 l. fall., come diretto destinatario delle disposizioni in essi contenute, le quali indicano, tra gli altri, gli amministratori, con riferimento non ad una formale attribuzione di qualifiche, ma all'esercizio concreto delle funzioni che la sostanziano. Ne deriva che l'amministratore di fatto di una società può rispondere del reato fallimentare quand'anche l'amministratore legale della stessa non sia ritenuto colpevole sul punto, dovendosi aver riguardo all'effettivo potere di gestione svolto nell'attività sociale”*¹²⁵.

Analogo orientamento, in riferimento ai reati societari, è dato rinvenire nella giurisprudenza di merito, la quale afferma che *“la responsabilità penale di colui il quale, pur non avendo formalmente la rappresentanza legale di una società o di un ente, eserciti tuttavia di fatto poteri di amministrazione”*¹²⁶. La posizione è altresì confortata dalla giurisprudenza

¹²⁴ Cass. Pen, 06/02/1980, n. 899.

¹²⁵ Cass. Pen., sez. V, 18/05/1983, n. 2061. Per decisioni di analogo contenuto, si veda: Cass. Pen., sez. V, 10/07/1984, n. 1389.

¹²⁶ Tribunale di Siracusa, 24/02/1997.

di legittimità, che si esprime nei seguenti termini: *“ai fini della responsabilità ex art. 2621 cc, la nozione di direttore generale è più ampia di quella che risulta dall’art. 2396 dello stesso codice e, come per gli altri soggetti indicati nel citato art. 2621, anche per il direttore generale deve aver riguardo non tanto all’esistenza di una formale investitura, quanto all’esercizio di fatto delle funzioni connesse con tale qualifica”*¹²⁷. Similmente, in altra occasione, si sostiene che autore del reato di false comunicazioni sociali è il *“soggetto formalmente o sostanzialmente qualificato (amministratore, direttore generale, sindaco, liquidatore)”*¹²⁸. Più in generale, quindi, *“la forma vincolata di alcuni atti non costituisce, da un punto di vista strettamente penalistico, un ostacolo alla configurazione del reato proprio anche a carico del soggetto che si sia sostituito nel compimento di detti atti”*¹²⁹.

È appena il caso di ricordare come questa diretta responsabilità dell’amministratore di fatto renda non più necessario il riferimento all’istituto del concorso, *escamotage* al quale in passato si è spesso fatto ricorso per evitare vuoti di tutela. Tale concetto viene espresso con altrettanta chiarezza dalla Suprema Corte, nel momento in cui afferma che *“l’amministratore di fatto di una società risponde dei reati fallimentari non già quale extraneus ma quale diretto destinatario della norma. Non è, pertanto, necessario che venga affermato il concorso dell’amministratore di fatto della società col soggetto, c.d. qualificato, perché investito dei poteri di rappresentanza della società, ma è sufficiente che i fatti di bancarotta fraudolenta ex art. 216 e 223 l. fall. siano ascrivibili a chi è stato riconosciuto quale amministratore di fatto della società per aver*

¹²⁷ Cassazione penale, sez. V, 08/11/1983.

¹²⁸ Cassazione penale, sez. V, 19/12/1986.

¹²⁹ Cassazione penale, sez. V, 18/03/1998, n. 6809.

apportato un concreto contributo causale alla produzione del dissesto della società."¹³⁰

Non mancano, peraltro, decisioni nelle quali i termini di tale responsabilità vengono ulteriormente specificati, chiarendo che *"l'amministratore di fatto può essere ritenuto penalmente responsabile per violazione dei doveri connessi all'attività gestoria (oltre che nelle ipotesi in cui possa ravvisarsi concorso nel fatto-reato secondo i principi generali) soltanto allorché sia provata l'estraneità alla gestione del rappresentante legale. In altri termini, se il rappresentante legale esplica funzioni gestionali non è configurabile l'amministratore di fatto, pur potendosi avere gestione di fatto in relazione a singola attività: in questi casi, però, il gestore risponde soltanto per gli atti da lui posti in essere, ma non gli si può ascrivere di non aver compiuto atti spettanti all'amministratore di diritto nei quali egli non aveva l'obbligo di ingerirsi e non si è ingerito"*¹³¹.

Volendo riassumere, quindi, la posizione della giurisprudenza formatasi fino a questo momento, non sembra possano essere usate parole più chiare di quelle utilizzate dalla stessa Suprema Corte, che in commento ad una pronuncia del 1997, così si esprime:

"i destinatari delle norme di cui agli artt. 223 e 216 l. fall. sono gli amministratori, i sindaci, i liquidatori e i direttori generali che vanno individuati sulla base, non delle qualifiche formali, ma delle funzioni concrete inerenti a tali qualifiche. In sede penale, il dato formale ha scarsa rilevanza, essendo importante il rapporto naturalistico tra persona e cosa aziendale, oggetto della distrazione, tra persona e potere di gestione dell'azienda, attraverso il quale è possibile sottrarre i beni alle garanzie dei

¹³⁰ Cass. Pen., in *Giust. pen.* 1988, II, 158.

¹³¹ Cass. Pen., sez. III, 16/11/1994, n. 2380.

creditori, rapporto che può prescindere dalla qualifica formale. La qualifica di amministratore spetta, quindi, non solo a colui che ha la rappresentanza della società di fronte a terzi, ma anche al soggetto che di fatto esercita il potere di decisione sulla gestione del patrimonio. La penale responsabilità deve sempre essere commisurata, infatti, alla stregua di un fatto proprio, per cui il criterio di individuazione, basato sul dato fattuale –gestione della società- prevale su quello dell’investitura formale. Da tale principio derivano due corollari. Prima di tutto, l’amministratore di fatto risponde del reato di cui agli artt. 223 e 216 l. fall., sia quale extraneus, in concorso con gli organi legali della società, sia autonomamente, quale diretto destinatario della norma incriminatrice. Nella prima ipotesi è necessaria la prova dell’apporto causale dato dall’extraneus al fatto proprio dell’amministratore legale. Nella seconda ipotesi, invece, è sufficiente la prova della gestione della società da parte dell’amministratore di fatto la cui responsabilità diretta è personale, e non concorsuale, prescinde da quella dell’amministratore legale e si staglia quand’anche sia esclusa la responsabilità di quest’ultimo. In secondo luogo, la qualifica di amministratore formale non comporta un automatico giudizio di colpevolezza per fatti di bancarotta fraudolenta perché, diversamente, la punizione in base alla qualifica, e non in base a fatti specifici, sarebbe in contrasto manifesto con il principio della responsabilità personale di cui all’art. 27 Cost.. La colpevolezza del legale rappresentante deve essere esclusa, infatti, quando la concreta gestione da parte dell’amministratore di fatto –quale dominus della società, imprenditore occulto o procuratore ad negotia- sia così complessiva e sostitutiva da ridurre l’amministrazione legale ad un mero atto formale, nominale. In queste ipotesi, plasticamente riconducibili alle inequivocabili categorie del prestanome,

dell'amministratore apparente e dell'uomo di paglia, si staglia, da una parte, l'innocenza del legale rappresentante, al quale non è attribuibile nessuna attività specifica e, dall'altra parte, la colpevolezza dell'amministratore di fatto, unico gestore e unico autore dei fatti di bancarotta. La posizione del primo ha una peculiarità che non è apprezzabile dal punto di vista sostanziale, essendo indiscutibile che la responsabilità penale va sempre commisurata, per civiltà giuridica e per esigenze costituzionali, al fatto proprio e non al mero dato formale della qualifica. È una posizione peculiare, invece, processualmente, in quanto compromessa, pur se in modo relativo, sotto il profilo probatorio. A fronte di una investitura formale, alla quale sono ricollegabili giuridicamente, anche se astrattamente, oneri, obblighi ed attività di gestione, grava sul soggetto l'onere della prova contraria. L'onere, cioè, di allegare o almeno addurre, sotto il profilo oggettivo, di non aver gestito la società, di essere stato un amministratore nominale e non effettivo, di essere stato un prestanome o uomo di paglia e, specificamente, che la società era gestita e controllata, anche per l'attività amministrativa e contabile, esclusivamente dal dominus, e, sotto il profilo soggettivo, di essersi prestato, in buona fede, al ruolo apparente e di essere stato strumento inconsapevole dell'amministratore di fatto"¹³².

¹³² Cass. Pen., sez. V, 19/01/1996.

Per quanto riguarda la responsabilità dell'amministratore di diritto, però, bisogna dar conto di alcune sentenze che chiariscono i limiti entro cui egli è "esonerato" da responsabilità. Afferma infatti la giurisprudenza di legittimità che "l'amministratore di diritto che, in violazione degli obblighi di controllo di cui agli artt. 2392 e 2394 c.c., abbia consentito o non abbia impedito all'amministratore di fatto di compiere atti illeciti penalmente sanzionati, risponde degli stessi a titolo di concorso a norma dell'art. 40 c.p., a nulla rilevando che detto amministratore abbia ricoperto il ruolo di mero prestanome e si sia mantenuto estraneo all'amministrazione della società". (Cass. Pen., Sez. V, 07/07/1992). La stessa posizione si ritrova espressa anche in: Cass. Pen., sez. V, 27/05/1996, n. 580. Ancora, in Cass. Pen., Sez. V, 05/02/1998, n. 3328, leggiamo: "In tema di reati fallimentari, se all'amministratore di diritto (c.d. "testa di legno") sotto il profilo

Tale posizione, espressa con riferimento ai reati fallimentari, è altrettanto valida per quanto riguarda i reati societari, in forza dei principi generali affermati dalla Suprema Corte. Questa, infatti, ha ribadito che *“del reato proprio del soggetto formalmente investito di una funzione tipica all'interno di un organismo societario risponde anche colui che, in presenza di un'investitura irregolare, o non investito di incarico formale alcuno, eserciti di fatto le funzioni proprie dell'amministratore o del direttore generale o di altro responsabile della società, non quale estraneo in concorso con gli organi legali della società, ma nella sua qualità di diretto destinatario della norma”*¹³³.

Richiamando la distinzione tra teoria formale e teoria sostanziale, quindi, la posizione della giurisprudenza sembrerebbe essere di certo più affine alla seconda.

5. DOTTRINA E GIURISPRUDENZA A CONFRONTO

Come si è visto, dottrina e giurisprudenza hanno sviluppato, nel tempo, due linee evolutive diverse in riferimento al tema in esame. Tuttavia, sembra possibile individuare un importante momento di raccordo. Infatti, sia la giurisprudenza penale sia la dottrina prevalente sottolineano il fatto che la distribuzione delle competenze all'interno dell'impresa, per essere

oggettivo devono essere ascritte le conseguenze della condotta dell'amministratore di fatto che egli, in virtù della carica, aveva l'obbligo giuridico di impedire, sotto il profilo soggettivo possono a lui ricollegarsi quegli eventi di cui ha avuto anche semplice generica consapevolezza, sicché non è necessario per integrare l'elemento psicologico della bancarotta che tale consapevolezza investa i singoli episodi di distrazione ed occultamento, fermo restando che essa non può presumersi in base al semplice dato di avere il soggetto acconsentito a ricoprire formalmente la carica predetta”.

¹³³ Cassazione penale, sez. V, 19/12/1986.

penalmente rilevante, deve essere effettiva. Ciò significa che non può essere fittizia o arbitraria, ma deve riflettere le reali articolazioni funzionali dell'impresa ed i centri propulsivi dell'attività dell'ente. Viceversa, l'unico effetto prodotto da un'articolazione scritta su carta, ma non rappresentativa della realtà, consiste in uno slittamento verso l'alto della responsabilità.

Per il resto, si può forse giungere ad una sintesi tra le opposte teorie analizzate. *In medio stat virtus*. L'organizzazione degli enti complessi non è mai riconducibile al solo esercizio di funzioni ovvero alla mera realtà regolamentare. Conseguentemente, tanto la teoria formale quanto la teoria sostanziale non appaiono del tutto prive di fondamento.

In linea generale, la commissione di un reato è sempre segno di uno scorretto esercizio di funzioni, ma poiché la funzione è un concetto astratto ed impersonale, questa deve essere ricondotta ad un ruolo, e quindi ad una persona fisica, così da soddisfare il dettato costituzionale (art. 27 Cost.). In altre parole, occorre rendere personale il rimprovero¹³⁴.

6. RESPONSABILITÀ CIVILE DELL'AMMINISTRATORE DI FATTO

Nonostante alcuni dissensi manifestati in dottrina, si è visto come la giurisprudenza penalistica sia sempre stata abbastanza decisa nell'affermare la responsabilità dell'amministratore di fatto. Fondamentalmente, tale posizione si basa sulla considerazione che amministratore di diritto e amministratore di fatto occupano la stessa posizione nei confronti del bene giuridico tutelato dalla norma

¹³⁴ A. Alessandri, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, cit., 48.

incriminatrice e possono entrambi realizzare la condotta lesiva. In diritto civile, invece, assume assoluta preminenza il profilo della legittimazione formale, o investitura. Ciò avviene in quanto il legislatore civile si concentra sul rapporto intersoggettivo di volta in volta considerato, e sul giusto temperamento degli interessi ad esso legati, mentre il legislatore penale prende in considerazione la condotta ed il modo in cui essa incide su determinati interessi. Per questi motivi, ai fini civilistici ciò che rileva è solo la possibilità di individuare una ragione per imputare degli effetti alla sfera giuridica di un soggetto, riferendo ad esso una certa attività. Tale ragione sta, appunto, nella legittimazione del soggetto rispetto agli interessi impegnati nella sua attività¹³⁵.

In sede civile, dunque, non è possibile scindere l'esercizio di fatto di un'attività dalla formale investitura per far prevalere il primo sulla seconda. Al contrario, tra società e soggetto deve sussistere un rapporto organico, in forza del quale il secondo sia stato stabilmente inserito nell'organizzazione aziendale e la sua attività possa essere direttamente riferita all'ente¹³⁶.

Prima di approfondire tale ragionamento, è importante precisare che la stessa nozione di amministratore di fatto cambia, allorché si muova dalla sede penale a quella civile. Qui, infatti, l'espressione viene utilizzata da un lato con riferimento a *“colui che, indipendentemente da ogni investitura, si ingerisca nella amministrazione della società, esercitando di fatto i poteri che competono agli amministratori regolarmente nominati”*; dall'altro lato, con riferimento a chi è amministratore *“in seguito ad una nomina che però*

¹³⁵ Per approfondimenti, vedi: I. Scalera, *Amministratore di fatto e concorso di persone nel reato di bancarotta*, cit., 976.

¹³⁶ G. Lo Cascio, *La responsabilità dell'amministratore di fatto di società di capitali*, in *Giur. Comm.*, 1986, I, 190.

*non è avvenuta con l'osservanza delle norme di legge*¹³⁷. Secondo l'opinione tradizionale, la responsabilità civile del soggetto in questione potrebbe farsi valere solo nel secondo caso e particolarmente: quando la nomina non sia stata pubblicata a norma di legge; quando vi sia una nomina implicita, desumibile da una certa deliberazione assembleare; quando la nomina sia desumibile dal comportamento dei soci. Parte della dottrina sottolinea come non basterebbe invece un consenso o mandato dei soci o dell'amministratore di diritto, in quanto nel primo caso mancherebbe la nomina assembleare, mentre nel secondo caso si avrebbe una sostituzione nel mandato non autorizzata dal mandante¹³⁸.

L'opinione tradizionale, tuttavia, è stata fortemente criticata dalla dottrina, preoccupata che potesse portare a creare dolosamente le condizioni per non poter considerare responsabile l'amministratore, comportando, tra l'altro, una situazione paradossale, in cui chi sia chiamato a rispondere di qualche reato sia poi esonerato da responsabilità civile¹³⁹.

Di qui il tentativo di riconoscere la responsabilità civile dell'amministratore di fatto, in base a diverse argomentazioni¹⁴⁰.

¹³⁷ Così, testualmente: F. Bonelli, *La responsabilità dell'amministratore di fatto*, in *Giur. Comm.*, 1984, I, 108.

¹³⁸ G. Lo Cascio, *La responsabilità dell'amministratore di fatto di società di capitali*, cit., 190. Non manca, però, chi risolve il problema della responsabilità proprio qualificando l'amministratore di fatto come un sostituto del mandatario (Mozzarelli).

In merito alla definizione di "amministratore di fatto" in diritto civile, cfr.: F. Bonelli, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano 1992, 123 ss..

¹³⁹ G. Lo Cascio, *La responsabilità dell'amministratore di fatto di società di capitali*, cit., 191/192. Per analoghi rilievi, cfr.: F. Bonelli, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, cit., 126/127.

¹⁴⁰ In argomento, v.: M. Mozzarelli, *Amministratori di fatto: fine di una contesa*, in nota a Corte d'Appello Milano, 26/09/2000, *Giur. Comm.*, 2001, IV, 562 ss.; F. Bonelli, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, cit..

In primis, si è sostenuto che gli adempimenti posti a carico dell'amministratore da norme civili prescindano dalla sussistenza di un rapporto formale, in quanto dirette a regolare il corretto svolgimento dell'attività di gestione. Per dirla diversamente: "gli obblighi previsti dalla legge per gli "amministratori", più che adempimenti previsti per determinati e individuati soggetti aventi una determinata veste formale, sono regole che disciplinano il corretto svolgimento dell'attività di gestione della società, indipendentemente dalla qualifica formale del soggetto che pone in essere l'attività"¹⁴¹.

Un secondo tentativo ha fatto leva sulla figura del direttore generale. In tale prospettiva, si è affermato che l'amministratore di fatto potrebbe essere considerato un direttore generale, in quanto per questo non è richiesta nessuna investitura formale. Inoltre, vi è analogia in merito al novero di poteri esercitati e alla disciplina della responsabilità (anche ai direttori generali si applicano le disposizioni relative agli amministratori, a norma dell'art. 2396 cc). Questa tesi, però, si espone a due critiche. Per un verso, poteri e responsabilità dei direttori generali sono più limitati di quelli degli amministratori¹⁴². Di conseguenza, qualificare l'amministratore di fatto come un direttore generale significherebbe negare la responsabilità del primo proprio per gli atti di gestione più delicati ed importanti, quali quelli attinenti all'organizzazione o agli obiettivi generali della società. Per altro verso, occorre ricordare che la nomina del direttore generale, per la quale pure non sono richieste particolari formalità, spetta solo all'assemblea, a meno che lo statuto non la attribuisca ad altri organi,

¹⁴¹ F. Bonelli, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, cit., 129.

¹⁴² Se così non fosse, la stessa distinzione tra le due figure perderebbe significato.

come ad esempio il consiglio d'amministrazione. Si ritorna, così, alla posizione tradizionale, che richiede necessariamente una nomina.

Ancora, per superare l'ostacolo rappresentato dalla necessaria esistenza di un rapporto organico tra amministratore e società, si è proposto di classificare la responsabilità dell'amministratore di fatto come "responsabilità aquiliana", ex art. 2043 cc. In particolare, taluni autori osservano come la responsabilità dell'amministratore di fatto non possa che avere tale natura, dal momento che esso è un soggetto estraneo rispetto all'organizzazione sociale¹⁴³. Tuttavia, tale tesi incontra un limite nel momento in cui si considera l'esercizio di un'azione di responsabilità da parte della società, dal momento che questa presuppone una responsabilità contrattuale. A tale rilievo critico si è replicato che anche la società potrebbe far valere una responsabilità ex art. 2043 cc, "*aggirando così il problema di un'eventuale trasformazione della natura dell'azione sociale da contrattuale a extracontrattuale*"¹⁴⁴. Non mancano inoltre altre censure. La soluzione in esame richiede infatti di ammettere la risarcibilità in sede extracontrattuale del danno patrimoniale, ma non c'è accordo in dottrina sul punto. Inoltre, non convince l'idea di affermare una responsabilità che non sia fondata sull'inosservanza di specifiche norme di condotta. Il riferimento a tali norme, però, farebbe assumere natura contrattuale alla responsabilità stessa, vanificando così l'intero ragionamento.

Infine, nonostante il dissenso suscitato, non sono mancate voci a sostegno dell'applicazione della disciplina del mandato, "*se non altro per mutuare principi normativi inerenti all'espletamento dell'incarico, alla sua*

¹⁴³ A. Schermi, *Annotazioni sull'amministratore di fatto di società per azioni*, in nota a Cass. Civile, sez. I, 14/09/1999, n. 9795, *Giust. Civ.*, 2000, I, 79 ss..

¹⁴⁴ M. Mozzarelli, *Amministratori di fatto: fine di una contesa*, cit..

eventuale gratuità, e noi aggiungiamo anche all'attività svolta dal sostituto del mandatario e quindi di chi sia stato di fatto preposto all'amministrazione sociale da parte dell'organo di diritto"¹⁴⁵. Infatti, tale dottrina ritiene si possa dare applicazione estensiva alla citata disciplina e fonda la propria posizione su diverse pronunce della stessa Suprema Corte.

A fronte delle variegate posizioni della dottrina, la giurisprudenza civile ha intrapreso un percorso che l'ha gradualmente portata ad estendere la punibilità dell'amministratore di fatto, arrivando, per altra via, alla stessa soluzione già ampiamente consolidatasi nella giurisprudenza penale.

Ad onor del vero, non sono mai mancate decisioni nelle quali si accordasse prevalenza, *de plano*, all'effettivo esercizio di funzioni. La maggior parte delle pronunce, tuttavia, abbracciavano la tesi tradizionale, riconducendo la responsabilità all'esistenza di un atto di nomina, seppur tacito.

Un primo strumento del quale ci si è frequentemente serviti per raggiungere suddetto scopo è stato il ricorso all'istituto della gestione di affari altrui. In una sentenza della Corte d'Appello di Bologna, datata 26/03/1977, si affermava, a tal proposito, che l'amministratore di fatto non potesse essere dichiarato fallito, in quanto aveva agito sempre e solo in nome della società, ed era stato considerato, da terzi, quale valido rappresentante della stessa. Conseguentemente, era la società a dover essere dichiarata fallita, mentre nei confronti dell'amministratore di fatto si sarebbe potuta esercitare azione di responsabilità ex art. 2393 cc, dal momento che la sua gestione poteva considerarsi, nel caso di specie, ratificata mediante approvazione del bilancio. Nel commentare tale

¹⁴⁵ G. Lo Cascio, *La responsabilità dell'amministratore di fatto di società di capitali*, cit., 200.

decisione, la dottrina¹⁴⁶ ha osservato come l'applicazione dell'istituto nel campo del diritto societario richieda un qualche "adattamento", dal momento che la relativa disciplina è stata elaborata con riferimento a persone fisiche, e non giuridiche. Infatti, tra i presupposti dell'applicazione di tale disciplina figura l'*absentia domini*, vale a dire l'impossibilità dell'interessato a provvedere ai propri interessi. Tale presupposto è, nel caso di specie, assente, perché il *dominus* (l'assemblea dei soci) era presente! Il suo silenzio, quindi, può essere interpretato in due modi: rifiuto di provvedere o delibera implicita. Quest'ultima si ha quando esiste, tra delibera espressa e (presunta) delibera implicita, un legame così diretto e necessario che non si potrebbe concepire l'una senza l'altra. Nel caso esaminato, la Corte giudicante ha ritenuto tale legame sussistente, in quanto l'assemblea si sarebbe di certo rifiutata di approvare la delibera espressa, concernente l'approvazione del bilancio, nel caso in cui non avesse adottato implicitamente la decisione di considerare amministratore il gestore di fatto, non solo per l'attività svolta, ma anche per il futuro.

In altre occasioni, la giurisprudenza ha più semplicemente presunto l'esistenza di un tacito atto di nomina¹⁴⁷. Tale ragionamento presuntivo è stato spesso abusato dalla giurisprudenza per non ammettere che l'unico elemento, la cui sussistenza era ritenuta davvero rilevante per affermare la responsabilità, era in realtà il concreto esercizio di funzioni. Tale (debole) argomento era suffragato, talvolta, dal riferimento al silenzio-assenso degli amministratori di diritto¹⁴⁸, (per quanto questo non possa

¹⁴⁶ A. Borgioli, *L'amministratore "di fatto" non fallisce*, in *Giur. Comm.*, 1979, II, 595 ss..

¹⁴⁷ F. Bonelli, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, cit., 128.

In particolare, l'autore richiama la sentenza della Cass. Civ. 19/12/1985, n. 6493, in cui la Suprema Corte ha desunto la nomina dal mero "*compimento di atti di gestione di primaria rilevanza per l'attività sociale*".

¹⁴⁸ Emblematica la sentenza della Corte d'Appello di Milano, 27/04/1982.

avere alcun valore, in quanto l'atto di nomina non spetta agli amministratori bensì all'assemblea), ovvero ricorrendo al già discusso tema delle delibere implicite.

In tema di amministratore di fatto, un'importante svolta nella giurisprudenza civile si è avuta con due sentenze del 1999¹⁴⁹. Sinteticamente, la prima decisione riconosce finalmente la figura dell'amministratore di fatto, mentre la seconda individua le condizioni che devono presentarsi affinché la si possa individuare.

Prima di tutto, la Suprema Corte prende fermamente le distanze dalla tesi tradizionale, secondo la quale la responsabilità sarebbe potuta derivare solo da un rapporto organico tra il soggetto e la società, affermando che *“indipendentemente da un atto di nomina, il concreto esercizio delle funzioni è sufficiente a far sorgere in capo all'amministratore di fatto gli obblighi e le responsabilità previsti dalla legge per gli amministratori di diritto”*¹⁵⁰. Precisamente, la situazione nella quale si viene a trovare l'amministratore di fatto viene ricondotta all'istituto dei rapporti contrattuali di fatto, e la fonte di responsabilità sarebbe rappresentata da un fatto giuridico del tipo di quelli cui fa riferimento l'art.1173 cc.

Inoltre, si qualifica la responsabilità dell'amministratore di fatto come responsabilità contrattuale, e non più aquiliana. Infatti, la distinzione tra i due tipi di responsabilità non è più basata sulla ricerca di un vincolo di carattere negoziale tra società e soggetto, ma sull'esame della natura della situazione giuridica violata.

¹⁴⁹ Cass. Civ., sez. I, 06/03/1999, n. 1925; Cass. Civ., sez. I, 14/09/1999, n. 9795.

¹⁵⁰ Cass. Civ., sez. I, 06/03/1999, n. 1925.

In conclusione, ad oggi l'amministratore di fatto può essere chiamato a rispondere: in sede penale, autonomamente o a titolo di concorso; in sede civile, per violazione degli obblighi imposti agli amministratori, ovvero mediante lo schema dell'induzione all'inadempimento o del concorso nell'illecito aquiliano¹⁵¹.

Per quanto riguarda, invece, le condizioni in presenza delle quali si può parlare di amministratore di fatto, la citata giurisprudenza sembra per certi versi anticipare il successivo intervento normativo. Infatti, essa richiede il continuativo svolgimento di funzioni, escludendo che un singolo atto basti a far sorgere la responsabilità. Dunque, l'esercizio di fatto di funzioni gestorie deve avere carattere sistematico e non si deve esaurire nel compimento di atti eterogenei ed occasionali. Si sottolinea, quindi, la necessità di una connessione tra durata e rilevanza del rapporto di fatto. Gli atti compiuti, inoltre, devono essere quelli tipici degli amministratori, ossia quelli diretti a conseguire l'oggetto sociale o eseguire delibere, nonché quelli giustificati dal potere di iniziativa all'interno della *corporate governance*. Infine, è necessario che l'amministratore di fatto abbia agito con autonomia decisionale rispetto all'amministratore di diritto.

Con tali pronunce, la giurisprudenza civile assume una posizione non solo innovativa, ma coerente con la giurisprudenza penale, la dottrina più affermata e la giurisprudenza di altri paesi europei. Per questi motivi le decisioni di cui si è argomentato hanno ricevuto il plauso della dottrina¹⁵².

¹⁵¹ La differenza tra queste diverse ipotesi si coglie solo sul piano processuale, perché in caso di concorso si ha un aggravamento dell'onere della prova. Inoltre, soprattutto in sede penale, la contestazione del concorso costituisce spesso ipotesi subordinata al mancato accertamento degli elementi richiesti per l'attribuzione della qualifica di amministratore.

¹⁵² N. Abriani, *Dalle nebbie della finzione al nitore della realtà: una svolta nella giurisprudenza civile in tema di amministratore di fatto*, in *Giur. Comm.*, 2000, III, 167 ss.; M. Mozzarelli, *Amministratori di fatto: fine di una contesa*, cit.; R. Guidotti, *Amministratore di fatto e negotiorum gestio*, in *Giur. It.*, 2000, IV; P. Balzarini, *I nuovi orientamenti della Corte di Cassazione in tema di responsabilità degli amministratori*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 1999, VI, 1326 ss..

CAPITOLO 3

LE QUALIFICHE DI FATTO DOPO LA RIFORMA

SOMMARIO: 1. *Ratio* e strumenti della riforma – 2. L'art 2639 cc – 2.1 Considerazioni generali – 2.2 La prima equiparazione: i soggetti incaricati di svolgere la “*stessa funzione, diversamente qualificata*” – 2.3 La seconda equiparazione: i soggetti di fatto - 2.3.1 I “*poteri tipici*” – 2.3.2 La “*significatività*” – 2.3.3 La “*continuatività*” - 2.3.4 L'amministratore di fatto – 2.3.5 Il direttore generale di fatto – 2.3.6 Il liquidatore di fatto – 2.3.7 Il sindaco di fatto – 2.3.8 Il revisore di fatto - 2.3.9 Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari – 2.3.10 La responsabilità dell'amministratore di diritto – 2.4 La terza equiparazione: i soggetti “*incaricati dall'autorità giudiziaria e dall'autorità pubblica di vigilanza*”

1. *RATIO* E STRUMENTI DELLA RIFORMA

L'acceso dibattito in dottrina e giurisprudenza, di cui si è dato conto nel capitolo 2, circa la controversa figura dell'amministratore di fatto, ha sollecitato senz'altro l'intervento chiarificatore del legislatore. In risposta a tali istanze, il D. Lgs. 61/2002, di attuazione della legge delega 366/2001, ha sostituito l'art. 2639 cc con la norma attuale, rubricata, significativamente, “*Estensione delle qualifiche soggettive*”.

In generale, la riforma dei reati societari ha avuto un duplice scopo: riportare il diritto penale al suo ruolo di *ultima ratio* di intervento e dare effettività allo stesso nel rispetto del principio di legalità¹⁵³.

In particolare, come si legge nella Relazione al decreto, alla base della delega legislativa stava l'esigenza di “*razionalizzare il sistema penale societario*”, “*colmare lacune di tutela da tempo segnalate dalla dottrina*”.

¹⁵³ A. M. Castellana, *L'equiparazione normativa degli autori di fatto agli autori di diritto per i reati del riscritto titolo XI, libro V cc*, in *L'indice penale*, 2005, n. 3.

penalistica”, eliminare potenziali contrasti rispetto a fondamentali profili costituzionali quali determinatezza e tassatività dell’illecito, generalità, sussidiarietà ed offensività intesa sia come selezione sia come tipizzazione delle sole condotte lesive. Queste finalità sono state realizzate attraverso i seguenti interventi: riduzione del numero dei reati; creazione di nuove fattispecie; abbandono della tecnica del rinvio (cosicché la descrizione delle fattispecie penali non sia più legata alla matrice civilistica di riferimento); introduzione di sanzioni amministrative e del regime di procedibilità a querela; repressione di comportamenti direttamente lesivi del bene giuridico tutelato; depenalizzazione e ridefinizione delle pene pecuniarie.

Per la verità, la riforma dei reati societari ha suscitato in dottrina reazioni contrastanti.

Alcune novità sono state salutate con favore. Si pensi, ad esempio, alla sostituzione dei reati di pericolo presunto con fattispecie che puniscono quei soli comportamenti realmente in grado di ledere il bene giuridico tutelato. Da questo punto di vista, le norme previgenti *“formalizzavano eccessivamente la tutela penale”* e contestualmente *“lasciavano impunita molte altre condotte di aggressione del patrimonio sociale”*¹⁵⁴.

Altri aspetti, invece, sono risultati di gran lunga meno convincenti. Alcuni autori¹⁵⁵, ad esempio, riscontrano il non totale abbandono della tecnica del rinvio, ancora presente in alcune delle nuove disposizioni. Vero è che esso risulta meno esasperato, dato che in passato rendeva spesso difficile addirittura ricostruire il precetto penale dal punto di vista semantico, ma è ancora presente, come testimoniano i richiami alla

¹⁵⁴ F. Giunta, *La riforma dei reati societari ai blocchi di partenza. Prima lettura del D. Lgs. 11 Aprile 2002, n. 61*, in *Studium iuris*, 2002, 833 ss..

¹⁵⁵ A. Carmona, *Premesse a un corso di diritto penale dell’economia*, cit., 182 ss..

disciplina civilistica effettuati tramite l'impiego di elementi normativi della fattispecie o il ricorso a clausole di salvezza concernenti i casi consentiti dalle leggi extrapenali. L'unica differenza consiste nel fatto che in passato la legge civile condizionava l'ambito applicativo delle fattispecie incriminatrici in positivo, cioè come base descrittiva del precetto penale, mentre oggi lo condiziona in negativo, ossia come limite di tipicità¹⁵⁶. Da ciò nasce il sospetto che l'intento del legislatore della riforma fosse non tanto quello di rendere autonoma la nuova fattispecie penale, quanto quello di evitare che questa potesse entrare in conflitto con la riforma civilistica che sarebbe stata di lì a poco attuata con il D. Lgs. 6/2003¹⁵⁷.

Inoltre, un gran numero di critiche sono state mosse al nuovo reato di false comunicazioni sociali¹⁵⁸. La più grave tra queste consiste nella denuncia di un *deficit* di trasparenza (cui si accompagna una riduzione della libertà di mercato), causato dalla "*fragile difesa della contravvenzione prevista al nuovo art. 2621 cc*". In più, si contesta la scelta di tutelare non più l'interesse collettivo all'informazione societaria, bensì il patrimonio individuale dei soci o dei creditori. In particolare, il legislatore dimostra di considerare il capitale sociale meritevole di tutela solo in quanto bene strumentale, cioè funzionale a garantire i creditori, dimenticando che esso è finalizzato anche al perseguimento degli scopi sociali, e deve essere tutelato anche contro la lesione di interessi endosocietari¹⁵⁹. Ancora, non è condivisa la scelta di prevedere la pena della contravvenzione, la cui applicazione è condizionata al superamento

¹⁵⁶ F. Giunta, *La riforma dei reati societari ai blocchi di partenza*, cit..

¹⁵⁷ Invero, questo non è stato l'unico inconveniente insorto dal fatto che la riforma penale abbia preceduto quella civile.

¹⁵⁸ Per un'analisi approfondita, v.: T. Padovani, *Una riforma difficile*, in *Legislazione penale*, 2002, n. 1/3, 543 ss..

¹⁵⁹ F. Giunta, *La riforma dei reati societari ai blocchi di partenza*, cit..

di determinate soglie quantitative. Tali aspetti hanno fatto parlare di un *“arretramento di tutela eversivo dell’ordine economico liberale”*¹⁶⁰.

Parimenti avversata è la tecnica normativa utilizzata, che non consente di realizzare uno degli obiettivi dichiarati della riforma: porre un limite al dilagare della giurisprudenza, che aveva occupato spazi lasciati troppo a lungo liberi dal legislatore. Il giudice si era infatti trasformato da *“interprete dei comandi posti dal legislatore a interlocutore o controllore della fase legislativa”*. Egli *“finiva per ricostruire la disciplina normativa secondo un, non meglio specificato, spirito della legge, con il risultato di conferire alla disposizione una diversa ratio. Si concretava, anche nel settore societario, una nuova figura, quella del magistrato legiferante che poneva veti o puntava ad imporre determinati contenuti al legislatore stesso”*¹⁶¹. A fronte di tale situazione, il D. lgs. 61/2002 ha rappresentato la (tardiva) reazione legislativa, volta a *“porre un freno a quel processo di dilatazione operato dalla giurisprudenza”*¹⁶², in particolare con riferimento ad alcune fattispecie¹⁶³. Ebbene, in tale prospettiva si è dubitato dell’effettiva capacità dello strumento di raggiungere lo scopo. L’effettivo rispetto del principio di tassatività-indeterminatezza imponeva una formulazione chiara e specifica della fattispecie incriminatrice. Al contrario, la riforma sembra orientata ad un *“diritto penale dell’indeterminatezza”*¹⁶⁴. Così, il giudice ha di nuovo la possibilità (e la necessità), di sostituirsi ad un legislatore

¹⁶⁰ A. Carmona, *Premesse a un corso di diritto penale dell’economia*, cit..

¹⁶¹ E. Lo Monte, *La continuità tra il vecchio e il nuovo diritto penale societario: la “supplenza giudiziaria”*, in *Critica del diritto*, 2004, n. 1/3, pp. 49/68.

¹⁶² Relazione al d. lgs. 61/2002.

¹⁶³ L’esigenza di un intervento normativo *ad hoc* dimostra, una volta di più, come la previgente disciplina fosse carente in termini di rispetto dei principi di frammentarietà, offensività, tassatività-determinatezza, riserva di legge, effettività dell’intervento penale, giacché la puntuale osservanza di tali principi avrebbe automaticamente limitato gli spazi a disposizione della giurisprudenza.

¹⁶⁴ E. Lo Monte, *La continuità tra il vecchio e il nuovo diritto penale societario: la “supplenza giudiziaria”*, cit..

troppo generico. *“In altri termini, fattispecie vaghe e indefinite finiscono per rimettere alla giurisprudenza - o meglio alla discrezionalità creativa del potere giudiziale – il non facile compito di ricostruire confini certi a disposizioni innegabilmente caratterizzate da un’insanabile indeterminazione”*¹⁶⁵. La conseguenza di ciò sarà, presumibilmente, un *vulnus* al principio della certezza del diritto, un rischio di applicazioni oscillanti delle nuove norme, una maggior difficoltà della prova in sede processuale.

Altrettanto poco convincente risulta essere il processo di depenalizzazione. In materia, la dottrina auspica un nuovo intervento legislativo, sebbene il legislatore, negli undici anni che hanno seguito la riforma, non abbia dato alcun segno di voler provvedere in tal senso. Ciononostante, essa sembra convinta del fatto che sia necessaria *“una seria riflessione su nuovi assetti punitivi maggiormente rispettosi anche delle istanze di protezione provenienti dal sistema economico nel suo complesso”*¹⁶⁶.

In conclusione, si può dire che a fronte delle aspettative manifestate da dottrina e giurisprudenza, la risposta del legislatore sia stata alquanto deludente. Non si può negare, infatti, che la riforma fosse improcrastinabile ed ineludibile, a causa dell’evoluzione dei rapporti giuridici dell’impresa (che imponeva un aggiornamento di politica legislativa) e dell’eccessivo formalismo della disciplina preesistente¹⁶⁷. Nondimeno, le nuove norme sono state ben presto condannate, in quanto mal scritte ed inefficaci, dal momento che *“non c’è un solo reato che*

¹⁶⁵ E. Lo Monte, *La continuità tra il vecchio e il nuovo diritto penale societario: la “supplenza giudiziaria”*, cit..

¹⁶⁶ S. Seminara, *I reati societari*, in *Le Società*, n. 10, 2013, pp. 1111 ss..

¹⁶⁷ A. Cristiani, *Commentario di diritto penale delle società e del credito*, Torino, 2003.

sembri idoneo a svolgere un'effettiva funzione di controllo". Inoltre, esse "includono precetti logicamente e formalmente contraddittori, contenenti ingiunzioni paradossali che recano in sé i germi della loro paralis". Per queste ragioni, il nuovo diritto penale societario ha meritato l'originale qualifica di "ricco giacimento di leggi penali simboliche per ineffettività disnomica"¹⁶⁸.

Sarà opportuno, allora, analizzare come si inserisca in tale contesto (e quale peso abbia) il nuovo art. 2639 cc.

2. L'ART. 2639 CC

2.1 Considerazioni generali

Nell'ambito di una riforma dibattuta, la riformulazione dell'art. 2639 cc rappresenta una delle poche soluzioni ben accolte dalla dottrina. Dal punto di vista strutturale, esso si compone di due commi e contiene tre equiparazioni: il primo comma, ai fini dei reati previsti nel titolo XI, libro V, cc, equipara, al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile, sia colui che è tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata, sia colui che esercita in maniera continuativa e significativa i poteri tipici inerenti alla stessa qualifica o funzione; il secondo comma rende applicabili le sanzioni previste per gli amministratori anche a coloro che sono legalmente incaricati, dall'autorità pubblica o di vigilanza, di amministrare la società o i

¹⁶⁸ C. E. Paliero, *Nasce il sistema delle soglie quantitative: pronto l'argine alle incriminazioni*, in *Guida al diritto*, 2002, n. 16, 37 ss.. In senso conforme: A. M. Castellana, *L'equiparazione normativa degli autori di fatto agli autori di diritto per i reati del riscritto titolo XI, libro V cc*, cit..

beni della stessa, posseduti o gestiti per conto di terzi¹⁶⁹. Elemento comune ai tre precetti riportati consiste evidentemente nell'ampliare la sfera della tipicità, ossia dei soggetti "legittimati" al compimento dei reati propri a cui si fa riferimento¹⁷⁰. Nondimeno, subito dopo l'entrata in vigore della norma, la dottrina¹⁷¹ ha sottolineato come il novero dei soggetti attivi risultante dall'articolo in commento fosse destinato ad essere puntualmente definito solo con l'attuazione della parte civilistica della legge delega, vale a dire con la riforma poi operata dal d. lgs. 6/03.

La norma ha il merito di sciogliere molti dubbi sorti in passato e di risolvere l'annosa disputa tra sostenitori della teoria formale e sostenitori della teoria sostanziale. Ad un primo esame, sembrerebbe che il legislatore abbia condiviso il criterio sostanziale, così da evitare vuoti di tutela derivanti dalla necessità di rispettare il principio di stretta legalità (a fronte della natura "propria" della maggior parte dei reati in questione¹⁷²), e tacitare le preoccupazioni di chi vedeva nell'estensione soggettiva di creazione giurisprudenziale una violazione del principio di tassatività¹⁷³. Tuttavia, la più attenta dottrina evidenzia che la scelta compiuta ha piuttosto ricongiunto le diverse istanze, "*traducendo in legalità formale quell'esigenza di giustizia sostanziale che si era vista sottesa all'orientamento giurisprudenziale*"¹⁷⁴. Così, il legislatore non ha optato per una equiparazione automatica (*sic et simpliciter*) bensì condizionata a

¹⁶⁹ Art. 2639 cc.

¹⁷⁰ P. Veneziani, *Art. 2639, Estensione delle qualifiche soggettive*, in *I nuovi reati societari*, a cura di A. Lanzi – A. Cadoppi, Padova 2002.

¹⁷¹ C. E. Paliero, *Nasce il sistema delle soglie quantitative: pronto l'argine alle incriminazioni*, cit.; P. Veneziani, *Art. 2639, Estensione delle qualifiche soggettive*, cit..

¹⁷² *Art. 2639, Codice commentato delle società*, a cura di G. Bonfante - D. Corapi - L. De Angelis - V. Napoleoni - R. Rondorf - V. Salafia, Milano 2011. Per analoghe considerazioni, v.: A. Rossi, *I soggetti nella sistematica del diritto punitivo societario*, in *Giurisprudenza italiana*, 2010, n. 4.

¹⁷³ C. E. Paliero, *Nasce il sistema delle soglie quantitative: pronto l'argine alle incriminazioni*, cit..

¹⁷⁴ O. Di Giovine, *L'estensione delle qualifiche soggettive (art. 2639)*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A. Giarda – S. Seminara, Padova 2002.

parametri normativi nonché ad una valutazione caso per caso. In tal modo, esso non si è limitato a dare riconoscimento formale a figure di fatto già esistenti in giurisprudenza, ma ha dato risposta alle plurime richieste di precisare esattamente presupposti e limiti della responsabilità, analogamente a quanto previsto in ordinamenti giuridici stranieri di tradizione affine alla nostra¹⁷⁵. Infatti, la norma ha lo scopo di coniugare le esigenze di effettività della tutela con le garanzie proprie del sistema penale e ricondurre ad equilibrio la necessità di potenziare il controllo e le esigenze di certezza nell'individuazione dei soggetti attivi del reato¹⁷⁶. È possibile ritenere la scelta compiuta coerente con il contesto della riforma, giacché testimonia la volontà di rendere il sistema penale autonomo rispetto alla disciplina civilistica. Allo stesso tempo, però, essa è originale, poiché rappresenta un'estensione nell'ambito di una generale restrizione degli spazi di intervento penale. Così, si potrebbe pensare, da un lato, che l'estensione in esame sia più fittizia che reale, a fronte di fattispecie così specifiche da impedire eventuali abusi dello strumento di repressione penale, e si potrebbe ritenere, dall'altro lato, che la riformulazione delle fattispecie stesse in termini di evento (cioè la trasformazione da fattispecie di pericolo a fattispecie di danno), abbia privato di senso la norma, consentendo un più ampio ricorso all'incriminazione ex art. 40 cp. A tali riflessioni si può obiettare, rispettivamente, che non mancano fattispecie descritte in termini più elastici che tassativi e che la difficoltà di fornire la prova circa l'elemento soggettivo del reato, in tema di concorso, fa sì che in assenza di una formale equiparazione l'area del penalmente rilevante avrebbe subito un'ulteriore riduzione. Infine, la norma ben si armonizza

¹⁷⁵ E. Musco, *I nuovi reati societari*, Milano 2007, 18.

¹⁷⁶ Art. 2639, *Codice civile commentato*, a cura di G. Bonilini - M. Confortini - C. Granelli, Torino 2012.

con gli ampi spazi lasciati dal legislatore all'autonomia statutaria, evitando che, a fronte dell'attuale e composito quadro societario, si aprano spazi di impunità¹⁷⁷. Al contrario, la maggiore duttilità delle qualifiche soggettive consente soluzioni interpretative più agevoli, evitando vuoti di tutela. In tal modo, la norma guida l'interprete in tutti quei casi in cui egli si imbatte in situazioni non ordinarie e difficili da inquadrare dal punto di vista civilistico.

Nonostante i meriti ascrivibili al novellato art. 2639 cc, tuttavia, non si può dire che esso abbia eliminato ogni problema interpretativo. Il pericolo maggiore posto dalla nuova disciplina consiste nel fatto che l'interprete non dispone di indicazioni per individuare e distinguere tra le diverse figure. Di talché, il divieto di analogia, formalmente rispettato, risulta sostanzialmente aggirato, a causa del potere discrezionale di cui dispone il giudice, la cui decisione, in mancanza di elementi di fattispecie oggettivi indicati dal legislatore, è insindacabile¹⁷⁸. D'altro canto, la soluzione era volta, come si è accennato, ad evitare ulteriori restrizioni di tutela, a fronte delle quali il divieto di analogia è sembrato - sia consentita l'espressione - "sacrificabile".

2.2 La prima equiparazione: i soggetti incaricati di svolgere la "stessa funzione, diversamente qualificata"

La prima equiparazione contenuta nell'art. 2639 cc riguarda coloro che sono tenuti a "svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata", del soggetto formalmente investito della qualifica. Alla base della scelta legislativa vi è il principio dell'irrelevanza della denominazione formale

¹⁷⁷ A. Rossi, *I soggetti nella sistematica del diritto punitivo societario*, cit..

¹⁷⁸ M. Capirossi, *Legem non curat praetor. Responsabilità civili e penali dell' "amministratore di fatto"*, in *Riv. trim. dir. pen.econ.*, 2005, n. 3, 755 ss..

rispetto al contenuto della funzione¹⁷⁹. Conseguentemente, si tratta di una formula “aperta”, motivata dall’obbiettivo di evitare che la diversità di “etichette” possa condurre a vuoti di tutela¹⁸⁰, e suscettibile di trovare applicazione in tutti i casi di divaricazione nominalistica a fronte di una sostanziale coincidenza di funzioni¹⁸¹. In particolare, sono casi in cui *“l’agente abbia una qualifica oppure svolga una funzione che non corrisponde nominalmente a quella indicata nella norma incriminatrice”*¹⁸². Si tratta di casi in cui *“soggetti corrispondenti a quelli richiamati nelle fattispecie incriminatrici dei reati societari (amministratori, direttori generali, sindaci, liquidatori, responsabili della revisione) vengano denominati con una differente terminologia”*¹⁸³. La dottrina dominante¹⁸⁴ ritiene che il legislatore abbia inteso far riferimento ai modelli c.d. “alternativi” di amministrazione e controllo della società, introdotti mediante il d. lgs. 6/03 (interpretazione avallata dall’art. 223 septies, disp. att. cc¹⁸⁵). La riforma civilistica ha previsto che, nell’esercizio della riconosciuta autonomia statutaria, si possa optare per due diversi sistemi: dualistico o monistico. Il primo, di tradizione germanica, è caratterizzato dalla presenza di un consiglio di sorveglianza (incaricato principalmente

¹⁷⁹ I. Merenda, “Esercizio dei poteri tipici” e amministrazione “di fatto” nel nuovo diritto penale societario, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, n. 3/4, 925 ss..

¹⁸⁰ *Codice commentato delle società*, cit..

¹⁸¹ *Codice commentato delle società*, cit..

¹⁸² P. Palladino, *L’amministratore di fatto tra reati fallimentari e reati societari*, in *Cassazione penale*, 2005.

¹⁸³ F. C. Palazzo – C. E. Paliero, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova 2007.

¹⁸⁴ E. Musco, *I nuovi reati societari*, cit., 19.

¹⁸⁵ Art 223 septies, disp. att. cc: *“Se non diversamente disposto, le norme del codice civile che fanno riferimento agli amministratori e ai sindaci trovano applicazione, in quanto compatibili, anche ai componenti del consiglio di gestione e del consiglio di sorveglianza, per le società che abbiano adottato il sistema dualistico, e ai componenti del consiglio di amministrazione e ai componenti per il comitato per il controllo sulla gestione, per le società che abbiano adottato il sistema monistico. Ogni riferimento al collegio sindacale o ai sindaci presente nelle leggi speciali è da ritenersi effettuato anche al consiglio di sorveglianza e al comitato di controllo sulla gestione o ai loro componenti, ove compatibile con la disciplina di tali organi”*.

del controllo, i cui membri sono nominati direttamente dall'assemblea dei soci) ed un consiglio di gestione (incaricato dell'amministrazione). Il secondo, di derivazione anglosassone, è connotato dalla presenza di un unico organo, incaricato della gestione (il consiglio di amministrazione), al cui interno viene istituito un comitato per il controllo sulla gestione.

In mancanza di espressa opzione statutaria tra i due sistemi, si applicherà invece il c.d. modello tradizionale, strutturato sulla presenza di due organi: il consiglio di amministrazione, incaricato della gestione, ed il collegio sindacale, incaricato del controllo.

Molteplici le difficoltà interpretative legate a questa prima disposizione.

Prima di tutto, esso nascono dal fatto che la riforma penalistica ha anticipato quella civilistica. Di conseguenza, determinati precetti sono stati posti dal legislatore penale in assenza della relativa cornice civilistica. Ciò ha fatto sì, ad esempio, che il criterio di coordinamento ed adeguamento delle qualifiche soggettive, previsto dalla legge delega, non abbia potuto essere ulteriormente specificato, così che *“sarà rimessa all'interprete la delicata opera di coordinamento fra le fattispecie incriminatrici e la nuova modellistica sull'amministrazione e controllo delle società per azioni”*. In assenza di parametri derivanti dal legislatore civile, il legislatore penale è stato costretto a prevedere una formula di equiparazione assai generale, o *“mera clausola di equiparazione generale”*, presuntivamente idonea a rapportarsi a figure di prossima, nuova creazione.

Secondariamente, occorre chiarire che l'equiparazione non può avvenire *tout court*, ma occorrerà verificare, caso per caso, la compatibilità delle fattispecie incriminatrici con il contenuto dei poteri e doveri di tali nuovi organismi, non tanto per ciò che concerne consiglieri di gestione ed amministratori, quanto con riferimento a consiglieri di sorveglianza,

membri del comitato interno e sindaci¹⁸⁶. In altre parole, si dovrà stabilire se le relative funzioni siano assimilabili, anche se diversamente qualificate, ovvero siano totalmente diverse. Le sovrapposizioni, infatti, potrebbero essere parziali e problematiche, a causa di profonde differenze esistenti tra i diversi modelli¹⁸⁷. Ciò vale soprattutto per il consiglio di sorveglianza, titolare di funzioni di controllo ma anche di alta amministrazione. Vale altresì per il comitato interno, organo autonomo ma facente parte del consiglio di amministrazione, il che significa che si determina una commistione tra funzioni di controllo e di gestione, che potrebbe avere conseguenze anche a fini penalistici¹⁸⁸. In definitiva, se non si vuole relegare la clausola all'inoperatività, occorre ammettere che il giudizio da compiere non potrà mai essere un giudizio di identità, bensì di analogia¹⁸⁹.

Infine, l'implicito riferimento alla riforma civilistica fa sì che il tema delle qualifiche soggettive sarà condizionato, presumibilmente, da ogni evoluzione nel dibattito sulla *corporate governance*. Si pensi ai vari comitati per il controllo interno (*internal auditing*), ovvero al nuovo organismo di vigilanza sul funzionamento e sull'osservanza dei modelli di organizzazione e gestione. Queste (ed altre) figure potrebbero assumere il ruolo di garanti dei beni giuridici penalmente tutelati, proprio grazie all'applicazione di tale disposizione estensiva, ampliando così ulteriormente (e forse senza controllo) il novero dei soggetti attivi¹⁹⁰.

¹⁸⁶ E. Musco, *I nuovi reati societari*, cit., 19.

¹⁸⁷ *Codice civile commentato*, cit..

¹⁸⁸ *Codice commentato delle società*, cit.. Per una trattazione più approfondita, cfr.: G. Morgante, *Art. 2639 – Estensione delle qualifiche soggettive*, in *Legislazione penale*, 2003, n. 3/4.

¹⁸⁹ ...con tutti i dubbi di legittimità che questo comporta, in quanto il compito affidato all'interprete risulterà estremamente vago e censurabile quanto a determinatezza. In questi termini: G. Alpa – V. Mariconda, in *Art. 2639. Codice civile commentato*, a cura di G. Alpa – V. Mariconda, Milano 2009.

¹⁹⁰ F. C. Palazzo – C. E. Paliero, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, cit..

Invero, questo punto non è unanimemente condiviso in dottrina. Non mancano, infatti, autori i quali asseriscono che l'equiparazione non potrà mai operare nei confronti di figure che, per quanto eventualmente previste *ex lege*, siano state create in base a scelte organizzative endosocietarie, e perciò siano da considerare estranee ai disposti penali perché non assimilabili alle figure classiche di amministratore e sindaco. Ci si riferisce, ad esempio, ad organismi denominati genericamente “di controllo”, ma ispirati a filosofie differenti e dunque concettualmente distinti. Viceversa, un organo quale il consiglio di sorveglianza potrà essere equiparato al collegio sindacale anche laddove non svolga esattamente le stesse funzioni, per identità di “sostanza” del controllo¹⁹¹. In tal ottica, l'identità di funzioni andrebbe intesa in senso lato, ossia come corrispondenza di un “nucleo essenziale” di compiti, senza che occorra la coincidenza dell'intero spettro delle attribuzioni¹⁹². Non a caso, l'art 223 septies, disp. att. cc, precisa che l'estensione dell'ambito di applicazione delle norme dettate per gli organi tradizionali ad organi di altri sistemi potrà avvenire solo “*in quanto compatibili*”¹⁹³.

Altri autori¹⁹⁴ rilevano come questi organismi svolgano semplicemente funzioni ausiliarie e serventi rispetto agli organi di controllo e gestione, ma siano privi di poteri comminatori o impeditivi, tali da poter essere inquadrati nel paradigma del controllo istituzionale, ovvero di competenze gestorie atte a renderli assimilabili agli amministratori.

¹⁹¹ A. Rossi, *I soggetti nella sistematica del diritto punitivo societario*, cit..

¹⁹² *Codice commentato delle società*, cit..

¹⁹³ Più diffusamente: A. Bianconi, *Commento all'art. 2639 cc*, in *Leggi penali complementari*, a cura di T. Padovani, Milano 2007.

¹⁹⁴ A. M. Castellana, *L'equiparazione normativa degli autori di fatto agli autori di diritto per i reati del riscritto titolo XI, libro V cc*, cit.. Analogamente, cfr.: F. Galgano, *Commentario compatto al codice civile*, Piacenza 2008.

Si deve dar conto, tuttavia, anche di quelli che sono i meriti di tale prima equiparazione. Parte della dottrina ritiene infatti che essa potrà superare le incertezze dovute ad imprecisioni terminologiche, forme organizzative inusuali o fusioni di compiti e poteri, derivate dall'autonomia statutaria. Si pensi addirittura al caso di una società in cui sia stato soppresso l'organo amministrativo o assembleare e la gestione sia stata affidata a patti di sindacato. In tal caso, proprio la clausola di equiparazione in questione eviterebbe inaccettabili elusioni della sanzione penale, consentendo di chiamare a rispondere i soci, quali autori qualificati¹⁹⁵.

Per completezza, occorre segnalare che non sempre la prima parte dell'art 2639 è stata interpretata nel senso anzidetto. In una pronuncia più volte menzionata dalla dottrina¹⁹⁶, la Suprema Corte mostra di riferire la prima equiparazione al caso di "*invalida investitura nella carica*". Diversamente, in caso di investitura assente, si avrebbe un soggetto di fatto ai sensi della seconda parte dell'art. 2639, 1° comma. Sulla base di tali indicazioni è possibile evidenziare l'importante differenza sussistente tra prima e seconda equiparazione: la norma testé descritta, infatti, non si riferisce ai casi di esercizio "di fatto" di funzioni, ma al caso in cui un'investitura esista, per quanto diversa da quelle proprie del c.d. sistema tradizionale. Parte della dottrina¹⁹⁷, invece, ritiene che la disposizione potrebbe riferirsi a soggetti che sono tradizionalmente ricompresi nell'ambito di operatività della seconda equiparazione, vale a dire direttori e amministratori che compiano atti di liquidazione dopo la nomina dei liquidatori, in quanto soggetti non imputabili di autonomi titoli di reato.

¹⁹⁵ A. M. Castellana, *L'equiparazione normativa degli autori di fatto agli autori di diritto per i reati del riscritto titolo XI, libro V cc*, cit..

¹⁹⁶ Cassazione penale, 14/04/2003, n. 22143.

¹⁹⁷ G. Morgante, *Art. 2639 – Estensione delle qualifiche soggettive*, cit..

2.3 La seconda equiparazione: i soggetti di fatto

La seconda equiparazione di cui all'art. 2639 cc riguarda i c.d. soggetti di fatto, vale a dire coloro che, pur privi di una formale investitura, esercitano “*in modo continuativo e significativo*” i “*poteri tipici*” inerenti ad una determinata qualifica. Delle tre equiparazioni in esame, questa può essere considerata, di certo, la più importante, a fronte dell'acceso dibattito che ha suscitato prima dell'intervento legislativo. La tematica dei soggetti di fatto investe, *in primis*, “l'amministratore di fatto”, che rappresenta l'ipotesi più diffusa, ma ricomprende tutte le qualifiche in cui sia riscontrabile un analogo fenomeno: imprenditore, datore di lavoro, liquidatore, direttore generale, sindaco e revisore (sebbene queste ultime rappresentino ipotesi molto rare).

Parte della dottrina¹⁹⁸ ritiene che la soluzione legislativa non sia stata, in realtà, particolarmente originale, limitandosi a recepire un orientamento già presente e consolidato. Oltretutto, trattasi di soluzione già applicata in altri settori. Solo per citare alcuni esempi, si richiamano: la definizione di pubblico ufficiale ed incaricato di un pubblico servizio, di cui, rispettivamente, agli artt. 357 e 358 cp.; l'art 135, d. lgs. 01/09/1993, n. 385, che rendeva applicabili le disposizioni penali allora contenute nel codice civile anche agli organi *lato sensu* gestionali delle banche, mediante la formula “*chi svolge funzioni di amministrazione, direzione e controllo*”; l'art. 299, d. lgs. 09/04/2008, n. 81, il quale, in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, prevede che le posizioni di garanzia

¹⁹⁸ N. Mazzacuva – E. Amati, *Diritto penale dell'economia. Problemi e casi*, Padova 2013, 10 ss.; C. E. Paliero, *Nasce il sistema delle soglie quantitative: pronto l'argine alle incriminazioni*, cit.; O. Fabe Dal Negro – C. Castellano, *Il decreto legislativo 11 aprile 2002, n. 61, in attuazione della delega conferita dall'art. 11 legge 3 ottobre 2001, n. 366: la nuova disciplina degli illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, in *Responsabilità, comunicazione, impresa*, 2002, n. 2; A. Bianconi, *Commento all'art. 2639 cc*, cit..

sussistenti in capo al datore di lavoro, al dirigente e al preposto, gravino *“altresì su colui il quale, pur sprovvisto di regolare investitura, eserciti in concreto i poteri giuridici riferiti a ciascuno”* di tali soggetti; l'art. 2 del d. lgs. 19/09/1994, n. 626, che definisce il datore di lavoro attraverso un duplice criterio, formale e sostanziale.

Tale norma, quindi, sarebbe da considerare una “novità relativa”¹⁹⁹, ed il suo merito sarebbe più che altro quello di aver fornito finalmente una base normativa ad un indirizzo giurisprudenziale, assicurando la certezza del diritto. Tuttavia, non sarebbe corretto affermare che il legislatore si sia limitato a recepire la posizione della giurisprudenza, per il semplice fatto che questa non era univoca. Infatti, accanto a pronunce che effettivamente richiedevano un esercizio sistematico e rilevante delle funzioni, ve ne erano altre che, per estendere la responsabilità, applicavano un criterio di mera effettività. Di conseguenza, è più corretto concludere che la riforma abbia recepito solo un determinato indirizzo, discostandosi da quelli che *“con eccessiva ampiezza configuravano l'amministratore di fatto [...] sulla base del semplice presupposto di un'effettiva ingerenza nell'amministrazione e comunque prescindendo dal suo significato”*²⁰⁰.

In presenza dei requisiti indicati dalla norma (esercizio in maniera continuativa e significativa di poteri tipici²⁰¹), il soggetto di fatto è da ritenersi *“gravato dell'intera gamma dei doveri cui è soggetto l'amministratore di diritto, per cui, ove concorrano le altre condizioni di*

¹⁹⁹ P. Veneziani, *Art. 2639, Estensione delle qualifiche soggettive*, cit..

²⁰⁰ I. Merenda, *“Esercizio dei poteri tipici” e amministrazione “di fatto” nel nuovo diritto penale societario*, cit..

²⁰¹ Questi rappresentano requisiti positivi, ai quali può essere affiancato un implicito requisito negativo consistente nel difetto di formale investitura. Per approfondimenti, v.: *Art. 2639, Codice commentato delle società*, cit..

*ordine oggettivo e soggettivo, egli assume la penale responsabilità per tutti i comportamenti penalmente rilevanti a lui addebitabili*²⁰². Il che significa che egli potrà essere ritenuto responsabile a titolo commissivo, così come a titolo omissivo, poiché *“assume rilievo anche la colpevole (e consapevole) inerzia a fronte del verificarsi di ogni evento da altri cagionato ed a costui imputato ex art. 40 cp, comma 2, perché pregiudizievole per la società*”²⁰³. Tali criteri, inoltre, dovrebbero essere idonei ad assicurare certezza, pur essendo piuttosto “elastici”, dal momento che la loro efficacia è condizionata dalla ridefinizione dei poteri tipici e delle attribuzioni dei soggetti che operano all’interno della società, attuata dalla successiva riforma civilistica²⁰⁴.

Proprio tale elasticità rappresenta uno degli elementi più contestati della nuova disposizione, in quanto si pone in potenziale conflitto con il principio di tassatività. Ulteriore perplessità origina dalla considerazione che l’esecutore materiale spesso non agisce per propria iniziativa, ma in esecuzione di direttive del gruppo di comando. Conseguentemente, *“responsabilizzare solo chi ha in concreto tenuto la condotta tipica significa deresponsabilizzare i vertici dell’impresa, cosicché i primi diventano i capri espiatori dei secondi*”²⁰⁵.

D’altro canto, *“con la disposizione in esame, che realizza la teoria realistica delle qualifiche soggettive, si compie nel diritto penale societario una precisa scelta di autonomia rispetto al tradizionale ruolo ancillare e meramente sanzionatorio dei precetti civilistici; emerge, in altre parole, il*

²⁰² Cassazione penale, sez. V, 16/10/2012, n. 45007.

²⁰³ Cassazione penale, 14/02/2008, n. 239040.

²⁰⁴ Invero, la dottrina è divisa tra chi ritiene tali requisiti troppo vaghi per poter soddisfare il canone della tassatività e chi invece li apprezza, ritenendo che eventuali lacune potranno essere colmate dal diritto vivente.

²⁰⁵ S. Bolognini – E. Busson – A. D’Avirro, *I reati di false comunicazioni sociali*, Milano 2002, 32 ss..

*bisogno di elaborare categorie proprie e nozioni peculiari, emancipate dallo stretto vincolo al significato privatistico e più rispondenti alle differenti esigenze che il diritto penale è chiamato a soddisfare*²⁰⁶.

Nel complesso, quindi, l'intervento va valutato positivamente per varie ragioni.

In primis, è indispensabile per conciliare legalità ed effettività delle fattispecie sotto il profilo del soggetto attivo, consentendo di punire il reale *dominus* dell'azione²⁰⁷. Vero è che questo potrebbe portare ad un'eccessiva estensione della sfera della punibilità e, in definitiva, ad una analogia *in malam partem*²⁰⁸. Peraltro, tale rischio dovrebbe essere scongiurato proprio dal rispetto dei requisiti legislativi.

In secondo luogo, detto intervento riflette il cambiamento subito dalle organizzazioni aziendali più complesse, caratterizzate da diverse forme di decentramento: verticale, operato tramite delega; orizzontale, caratterizzato dal trasferimento delle funzioni all'esterno, attraverso la consulenza di esperti; un terzo stadio, in cui si hanno entrambe le forme precedentemente descritte, in quanto gli "esperti" sono gli stessi operatori aziendali²⁰⁹.

In terzo ed ultimo luogo, esso è coerente con il diritto societario a livello europeo. In tale contesto, infatti, la soluzione era imposta dal riconoscimento della libertà di stabilimento, dalla globalizzazione dell'economia e dei mercati finanziari, nonché dalla sua adozione da parte

²⁰⁶ C. E. Paliero, *Nasce il sistema delle soglie quantitative: pronto l'argine alle incriminazioni*, cit.

²⁰⁷ Così, alcuni autori, tra cui il citato P. Veneziani, sottolineano come la soluzione adottata dal legislatore sia in realtà più rispettosa del principio di legalità.

²⁰⁸ G. Morgante, *Art. 2639 – Estensione delle qualifiche soggettive*, cit..

²⁰⁹ O. Di Giovine, *L'estensione delle qualifiche soggettive (art. 2639)*, cit.. Per analoghe considerazioni, cfr.: S. Bolognini – E. Busson – A. D'Avirro, *I reati di false comunicazioni sociali*, cit., 32.

di altri ordinamenti. Senza contare che in tale direzione spingevano molteplici direttive²¹⁰.

Un'ultima nota conclusiva attiene al caso in cui non dovessero essere verificati i requisiti di cui all'art. 2639 cc. In tal caso, infatti, nulla vieta che il soggetto privo della qualifica possa comunque essere chiamato a rispondere del reato proprio del soggetto di diritto, a titolo di concorso²¹¹. Tuttavia, l'esatta qualificazione del soggetto di fatto come *intraneus* o *extraneus* risulta molto importante dal punto di vista pratico. A tal riguardo possono verificarsi due ipotesi: se il soggetto qualificato non è punibile e mancano i requisiti soggettivi necessari per incriminare l'*extraneus*, non si potrà riconoscere alcuna responsabilità; se, invece, entrambi i soggetti sono qualificati come *intranei*, potranno essere chiamati a rispondere come titolari di autonome posizioni di garanzia²¹².

2.3.1 I "poteri tipici"

Il requisito della tipicità di poteri e funzioni rimanda alle definizioni poste dal legislatore societario (o fallimentare o delle leggi speciali), così evidenziando il legame con gli istituti civilistici, ancora esistente nonostante la maggior autonomia del sistema penalistico. Nell'applicare la norma, dunque, il giudice dovrà indicare il potere "tipico" nel cui esercizio è stato commesso il fatto illecito. Tale operazione potrà essere più o meno agevole in ragione del soggetto considerato. Infatti, risulta molto più

²¹⁰ A. M. Castellana, *L'equiparazione normativa degli autori di fatto agli autori di diritto per i reati del riscritto titolo XI, libro V cc*, cit..

²¹¹ C. E. Paliero, *Nasce il sistema delle soglie quantitative: pronto l'argine alle incriminazioni*, cit..

²¹² G. G. Sandrelli, *Il soggetto "di fatto" nei reati societari e fallimentari e l'introduzione del "nuovo" art. 2639 cc*, in *Il fallimento*, 2007, n. 10; P. Veneziani, *Art. 2639, Estensione delle qualifiche soggettive*, cit..

agevole definire le funzioni dell'amministratore o del liquidatore piuttosto che, ad esempio, quelle del direttore²¹³.

Quanto ai poteri il cui esercizio funge da indizio rilevante di una gestione di fatto, "*indici di riconoscimento*"²¹⁴ sono individuati dalla Suprema Corte nella già citata sentenza 14/04/2003, n. 22143. In tale sede, si è chiarito che "*la nozione di amministratore di fatto, introdotta dall'art. 2639 cc, postula l'esercizio in modo continuativo e significativo dei poteri tipici inerenti alla qualifica od alla funzione. Nondimeno, significatività e continuità non comportano necessariamente l'esercizio di tutti i poteri propri dell'organo di gestione, ma richiedono l'esercizio di un'apprezzabile attività gestoria, svolta in modo non episodico od occasionale*". Del resto, vi sono dei poteri che, anche volendo, non potrebbero mai essere esercitati dal soggetto di fatto, proprio per la mancanza di una formale investitura (si pensi alla convocazione dell'assemblea o all'approvazione del progetto di bilancio). "*L'accertamento degli elementi sintomatici di tale gestione o cogestione societaria costituisce oggetto di apprezzamento di fatto che è insindacabile in sede di legittimità, se sostenuto da motivazione congrua e logica*". Inoltre, la Suprema Corte avalla l'opinione del giudice di merito²¹⁵, che aveva riconosciuto la figura del soggetto di fatto argomentando "*dalle garanzie personali fornite alle banche, che dimostravano il diretto interesse nella gestione della società fallita, ma soprattutto dalle deposizioni dei dipendenti e fornitori in ordine al ruolo gestorio svolto*" nonché "*dagli interventi falsificatori posti in essere sui bilanci e sulla contabilità*". Da ciò la Corte territoriale aveva desunto

²¹³ G. G. Sandrelli, *Il soggetto "di fatto" nei reati societari e fallimentari e l'introduzione del "nuovo" art. 2639 cc*, cit..

²¹⁴ F. C. Palazzo – C. E. Paliero, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, cit..

²¹⁵ Corte App. Bologna, sent. 22/06/2001.

“l’esistenza di un interesse (del soggetto agente) nelle vicende della società che non si spiegherebbe in assenza dell’attività gestoria posta in essere, attività gestoria peraltro che è stata direttamente accertata sulla base delle dichiarazioni dei testi escussi”. Di conseguenza, la Suprema Corte ha rimarcato che *“l’analisi non si è esaurita nella considerazione di alcuni elementi soltanto, a carattere episodico e privi di significatività. La Corte di merito, al contrario, ha preso in esame una serie di fattori che possono essere considerati validi parametri dal punto di vista della significatività e della continuità dell’esercizio dei poteri gestori”*. In altra analoga decisione²¹⁶, la Corte ha desunto la qualità di amministratore di fatto dell’imputato dal ritrovamento di lettere da lui sottoscritte quale amministratore delegato della società; dall’avvenuto incasso, da parte sua, di alcuni assegni intestati alla società, per mezzo di terzi; dal fatto che egli abbia speso la propria qualifica di “dirigente”, ovvero di amministratore delegato; dal fatto che abbia dato disposizioni in ordine a pagamenti ricevuti dal cliente, dal fatto che abbia interloquuto circa la possibilità di trovare lavoro nell’azienda.

Particolare la posizione di certa dottrina²¹⁷, secondo cui *“il riferimento all’esercizio di poteri tipici significa che l’art. 2639 cc richiede comunque il perfezionarsi di un meccanismo acquisitivo del potere riconoscibile al di là delle mere situazioni fattuali”*. In altre parole, pur in assenza di una formale qualifica o investitura, si devono verificare, sul piano extrapenale, i requisiti che determinano l’attribuzione del potere ad un soggetto, atteso che il potere stesso, *“in quanto elemento normativo della fattispecie, non*

²¹⁶ Cassazione penale, sez. V, 17/10/2005, n. 232456.

²¹⁷ I. Merenda, *“Esercizio dei poteri tipici” e amministrazione “di fatto” nel nuovo diritto penale societario*, cit.. Condivide siffatta impostazione M. Capirossi, *Legem non curat praetor. Responsabilità civili e penali dell’ “amministratore di fatto”*, cit..

può essere spogliato del suo rivestimento di giuridicità". Dunque, partendo dal presupposto che andrebbe sempre accertata l'effettiva titolarità del potere e il relativo dovere di corretto esercizio, perché solo il titolare si trova in posizione di garanzia rispetto al corrispondente bene tutelato, eventuali dubbi circa la sussistenza della titolarità andrebbero risolti sulla base dei requisiti indicati dall'art. 2639, ma si esclude che questo abbia voluto valorizzare l'esercizio "di fatto" di funzioni, poiché ciò porterebbe a *"stravolgere il significato e la funzione che la qualifica riveste nella struttura della fattispecie penale"*.

2.3.2 La "continuatività"

Il requisito della continuità di esercizio dei poteri tipici ha carattere quantitativo – temporale e ha la funzione di *"escludere che atti isolati possano essere forieri di conseguenze sul piano della responsabilità penale"*²¹⁸. Esso *"toglie rilevanza ad interventi operativi che si esauriscono in singoli atti di natura eterogenea e ad intromissioni sporadiche nella esecuzione di singole operazioni"*²¹⁹. In tal modo, si evita che la "legittimazione" venga derivata dalla mera commissione del fatto illecito, ed è questo il motivo per cui viene considerato, tra tutti, il requisito più importante²²⁰. Sono esclusi, quindi, dalla categoria dei soggetti di fatto coloro che compiano sporadici atti di gestione (ad es. la sottoscrizione di un unico contratto, la prestazione di una singola garanzia, ecc.), richiedendosi piuttosto un'ingerenza sistematica²²¹, vale a dire una

²¹⁸ A. Rossi, *I soggetti nella sistematica del diritto punitivo societario*, cit..

²¹⁹ A. M. Castellana, *L'equiparazione normativa degli autori di fatto agli autori di diritto per i reati del riscritto titolo XI, libro V cc*, cit.

²²⁰ F. Marengi, *Amministratore di fatto*, in *Studium iuris*, 2004, n. 9, 1135 s.

²²¹ A. M. Castellana, *L'equiparazione normativa degli autori di fatto agli autori di diritto per i reati del riscritto titolo XI, libro V cc*, cit..

condotta protratta nel tempo, che sia segno di un inserimento organico del soggetto nell'attività dell'impresa²²².

Più in generale, tale primo requisito svolge una funzione politico-criminale di fondamentale importanza, evitando che i vertici decisionali possano assicurarsi l'impunità mediante deleghe o preordinate ingerenze di terzi²²³.

2.3.3 La "significatività"

Il requisito della significatività ha carattere qualitativo ed è strettamente legato al carattere dei poteri esercitati. A differenza del requisito di durata, più agevole da accertare, questo è un requisito di intensità, la cui puntuale definizione dipenderà soprattutto dall'attività della giurisprudenza²²⁴. Il legislatore, infatti, non ha fornito ulteriori indicazioni, mancando di specificare, ad esempio, se il requisito debba essere valutato dal punto di vista quantitativo, della rilevanza economica, ovvero qualitativo, dell'importanza degli affari trattati.

Dunque, in base alle valutazioni di dottrina e giurisprudenza, i poteri esercitati possono dirsi significativi quando siano "*pregnanti*", ossia esprimano il "*nucleo essenziale della funzione interessata*"²²⁵. Ai fini della significatività rileva l'esercizio di poteri decisionali e deliberativi tipici della gestione apicale, ovvero poteri di rappresentanza consistenti nella

²²² N. Mazzacuva – E. Amati, *Diritto penale dell'economia. Problemi e casi*, cit..

²²³ A. M. Castellana, *L'equiparazione normativa degli autori di fatto agli autori di diritto per i reati del riscritto titolo XI, libro V cc*, cit..

²²⁴ F. Giunta, *La riforma dei reati societari ai blocchi di partenza*, cit.. Per un'opinione conforme, v.: E. Lo Monte, *La continuità tra il vecchio e il nuovo diritto penale societario: la "supplenza giudiziaria"*, cit..

²²⁵ A. M. Castellana, *L'equiparazione normativa degli autori di fatto agli autori di diritto per i reati del riscritto titolo XI, libro V cc*, cit..

manifestazione, all'esterno, della volontà sociale²²⁶. In particolare, una dottrina ritiene che sia significativo il potere che attiene al *core business* della società, ossia all'ambito qualificante del suo oggetto statutario o della effettiva attività qualificante²²⁷. Così, la giurisprudenza ha attribuito rilievo, ad esempio, alle seguenti circostanze: partecipazione alla spogliazione patrimoniale in esecuzione di un programma preordinato al fallimento della società²²⁸; interessamento alla buona riuscita della gestione, tale da indurre a prestare garanzie personali a favore della società²²⁹; abuso della qualifica di "amministratore" in calce alle lettere ed incasso di assegni destinati alla società²³⁰. A questi si potrebbe aggiungere, secondo alcuni autori, la scelta di determinate alleanze strategiche ovvero la scelta di possibili finanziamenti o soluzioni concordatarie in caso di crisi²³¹. Al contrario, non rileva il compimento di attività marginali o accessorie²³², come l'incarico dato di risanare la posizione debitoria della società²³³.

Tale secondo requisito è volto ad "*evitare che attività gestionali settoriali o di limitata tipologia possano attrarre soggetti nell'ambito di responsabilità penali invece esclusivamente proprie di chi presiede appunto alla complessiva gestione della società*"²³⁴. Tali espansioni della sfera di responsabilità sarebbero infatti eccessive e prive di coerenza sistemica²³⁵.

²²⁶ N. Mazzacova – E. Amati, *Diritto penale dell'economia. Problemi e casi*, cit..

²²⁷ G. G. Sandrelli, *Il soggetto "di fatto" nei reati societari e fallimentari e l'introduzione del "nuovo" art. 2639 cc*, cit..

²²⁸ Cassazione penale, sez. V, 11/11/2004.

²²⁹ Cassazione penale, sez. V, 14/04/2003.

²³⁰ Cassazione penale, sez. V, 17/10/2005.

²³¹ G. G. Sandrelli, *Il soggetto "di fatto" nei reati societari e fallimentari e l'introduzione del "nuovo" art. 2639 cc*, cit..

²³² A. M. Castellana, *L'equiparazione normativa degli autori di fatto agli autori di diritto per i reati del riscritto titolo XI, libro V cc*, cit..

²³³ Cassazione penale, sez. V, 7/12/2005.

²³⁴ A. Rossi, *I soggetti nella sistematica del diritto punitivo societario*, cit..

²³⁵ A. M. Castellana, *L'equiparazione normativa degli autori di fatto agli autori di diritto per i reati del riscritto titolo XI, libro V cc*, cit..

2.3.4 L'amministratore di fatto

Tra i soggetti di fatto, la figura dell'amministratore è sicuramente la più frequente e dibattuta. In una recente pronuncia²³⁶, la Suprema Corte ha identificato l'amministratore di fatto in base ad una serie di atteggiamenti sintomatici. In particolare: la gestione in veste di preposto, da parte dell'imputato, al settore commerciale in un organismo operante sul mercato del commercio; l'attribuzione a sé del settore contabile, seppure in via concorrente; l'esercizio di svariate operazioni bancarie e di finanza; l'utilizzo di assegni destinati alla società; l'esercizio di un potere di interlocuzione su diversi settori della società; la condivisione di prassi del tutto irregolari nel comparto cui era preposto. Con decisione ancor più recente²³⁷, Essa ha ribadito che *"il coinvolgimento dell'imputato in una singola operazione distrattiva non è, in assenza di indici sintomatici ulteriori, di per sé sufficiente a giustificare l'attribuzione di tale qualifica a soggetto formalmente estraneo al ceto gestorio della società, ferma restando la possibilità di configurare il concorso del medesimo in qualità di extraneus"*, pur non essendo necessario, come più volte ribadito, l'esercizio di tutti i poteri tipici dell'amministratore. In altra decisione²³⁸, la Suprema Corte ha enunciato: *"...la prova della posizione di amministratore di fatto si traduce nell'accertamento di elementi sintomatici dell'inserimento organico del soggetto con funzioni direttive in qualsiasi fase della sequenza organizzativa, produttiva o commerciale dell'attività della società, quali sono i rapporti con i dipendenti, i fornitori o i clienti"*

²³⁶ Cassazione penale, sez. V, 13/04/2006, n. 19145.

²³⁷ Cassazione penale, sez. V, 9/06/2014, n. 24051.

²³⁸ Cassazione penale, sez. V, 20/06/2013, n. 35346. Del resto, tale posizione era già stata sostenuta dalla giurisprudenza di merito. V., a titolo esemplificativo, Trib. Milano, sez. VIII, 27/02/2012, per cui: *"L'attività di amministratore di fatto presuppone un'ingerenza completa e sistematica nella gestione sociale da parte di un soggetto privo di investitura formale"*.

ovvero in qualunque settore gestionale di detta attività, sia esso aziendale, produttivo, amministrativo, contrattuale o disciplinare...”.

Il giudizio in esame non può quindi essere condotto in base a criteri astratti e predeterminati, o mere considerazioni di carattere quantitativo, ma impone di appurare la rilevanza ed il peso dell'atto compiuto, unitamente agli effetti dallo stesso prodotti nell'ambito dell'attività societaria²³⁹.

Altrettanto puntuali risultano le indicazioni della dottrina²⁴⁰, secondo le quali per qualificare un soggetto “amministratore di fatto” bisognerà esaminare *“la globalità dei comportamenti tenuti dal soggetto in un contesto di attività che, di solito, soltanto un amministratore può porre in essere: andranno enucleati i comportamenti gestori in effetti realizzati, la qualità degli stessi, il quantum dei fatti di gestione tecnico-economica e gli orientamenti di indirizzo volti alla realizzazione ed all'attuazione dell'oggetto sociale in concreto realizzati, unitamente alla correlativa (ed essenziale) presenza di un quid non certo esiguo di autonomia decisionale, la libera conduzione di strategie gestionali, la continuità gestionale, l'esteriorizzazione personale della volontà sociale, le attività deliberative direttamente esplicate, l'eventuale vigilanza e l'avvenuta esecuzione delle delibere assembleari, l'organizzazione interna della società, nonché, come ulteriore prospettazione, l'affidamento riposto dagli altri – organi della società o terzi – nei comportamenti del soggetto in parola e la consequenziale accettazione degli atti dallo stesso perfezionati quali atti dell'amministratore. Il tutto con la variabile, per una maggiore*

²³⁹ Cassazione penale, 11/01/2008, n. 7203.

²⁴⁰ A. Rossi, *I soggetti nella sistematica del diritto punitivo societario*, cit..

personalizzazione della qualifica di fatto, del tipo di società e delle dimensioni della stessa”.

Riassumendo, i “poteri tipici” dell’amministratore, che possono essere ampliati dall’autonomia statutaria, sono sintetizzabili in tre direzioni: iniziativa, vale a dire potere di promuovere l’attività deliberativa dell’assemblea (artt. 2363-2366 cc); esecuzione e gestione (c.d. amministrazione interna), cioè potere di attuare o meno le decisioni dell’assemblea²⁴¹; rappresentanza (c.d. amministrazione esterna), ossia potere di manifestare all’esterno la volontà sociale agendo in nome e per conto della società. A questi va poi affiancato il potere decisionale²⁴². In realtà, la Relazione ministeriale al d. lgs. 61/2002 non forniva alcuna indicazione a tal proposito. Il che potrebbe portare a ritenere tale elemento irrilevante ai fini dell’individuazione dell’amministratore di fatto. Tuttavia, l’opinione tradizionale resta la più accreditata, anche perché in assenza di autonomia non avrebbe nemmeno senso parlare di significatività delle funzioni esercitate. Infatti, si esorbita dalla fattispecie di fatto quando un soggetto si limita ad eseguire decisioni altrui. Diverso, invece, il caso di un soggetto che non agisca direttamente ma condizioni l’operato dell’autore formale, quale l’amministratore c.d. ombra o indiretto²⁴³.

²⁴¹ ...importante, in tale ambito, è il potere di conferire deleghe.

²⁴² O. Di Giovine, *L’estensione delle qualifiche soggettive (art. 2639)*, cit.; G. G. Sandrelli, *Il soggetto “di fatto” nei reati societari e fallimentari e l’introduzione del “nuovo” art. 2639 cc*, cit.; *Art. 2639, Codice commentato delle società*, cit., in cui si ritiene sufficiente, per l’individuazione di un amministratore di fatto, un’attività di gestione puramente interna, ma che rifletta l’esercizio di poteri di “alta direzione”. Altra dottrina (Marenghi, cit.) peraltro, distingue tra attività amministrativa *strictu sensu*, consistente nella cura degli assetti contabili, patrimoniali ed organizzativi della società, ed attività di gestione dell’impresa sociale, consistente nella direzione e svolgimento dell’attività d’impresa. Se il potere esercitato rientra nella prima tipologia, viene automaticamente considerato “tipico” e “significativo”; altrimenti occorrerà aver riguardo alle concrete modalità di esercizio dello stesso.

²⁴³ A. M. Castellana, *L’equiparazione normativa degli autori di fatto agli autori di diritto per i reati del riscritto titolo XI, libro V cc*, cit..

L'esistenza di un amministratore di fatto potrebbe inoltre desumersi dal rilascio, operato dall'amministratore di diritto, di mandati o procure generali *ad negotia* (sulla cui ammissibilità, peraltro, la dottrina si divide²⁴⁴).

Storicamente, la figura dell'amministratore di fatto ha trovato origine nelle piccole società. Qui, l'ingerenza poteva attuarsi in due distinte forme: diretta, attraverso il rilascio di procure generali o l'assunzione in veste di lavoratore subordinato della società; indiretta, ossia agendo "dietro le quinte" come amministratore occulto (*shadow director*)²⁴⁵. Tuttavia, la figura si è ben presto diffusa in contesti di maggiori dimensioni. Ad oggi, particolari sono le esperienze dei gruppi e dei c.d. *management contracts*²⁴⁶. Nel primo caso, si potrebbe giungere a qualificare, come "amministratori di fatto" delle società controllate, gli amministratori di diritto della società *holding*, laddove l'ingerenza sia così pregnante da comportare un condizionamento delle normali dinamiche infragruppo²⁴⁷.

Nel secondo caso, si ha a che fare con contratti aventi ad oggetto la gestione di una società da parte di altra società dello stesso gruppo, esperta in quel particolare settore, ed i cui amministratori potrebbero dunque rientrare nel novero dei soggetti di fatto *ex art 2639 cc* (quali amministratori di fatto ovvero, eventualmente, direttori generali di fatto).

L'espressa presa di posizione in tema di "amministratore di fatto" ha indotto a ritenere ormai superata la disputa tra sostenitori delle due note teorie (formale e sostanziale). Tuttavia, in dottrina²⁴⁸ prudentemente si osserva come non tutte le questioni possano dirsi risolte, dal momento

²⁴⁴ O. Di Giovine, *L'estensione delle qualifiche soggettive (art. 2639)*, cit..

²⁴⁵ *Art. 2639, Codice commentato delle società*, cit..

²⁴⁶ Per *management contracts* si intendono contratti con i quali la gestione di una società viene affidata ad altra società esperta nel campo.

²⁴⁷ O. Di Giovine, *L'estensione delle qualifiche soggettive (art. 2639)*, cit..

²⁴⁸ P. Palladino, *L'amministratore di fatto tra reati fallimentari e reati societari*, cit..

che l'equiparazione di cui all'art. 2639 cc è testualmente riferita ai soli reati descritti nel titolo XI, libro V, del codice. Conseguentemente, il dibattito relativo all'individuazione del soggetto attivo del reato, che ha caratterizzato il periodo antecedente la riforma, potrà facilmente riproporsi con riferimento al settore fallimentare e tributario²⁴⁹.

2.3.5 Il direttore generale di fatto

Com'è noto, direttore generale è quel soggetto che, all'interno della società, è posto al vertice della gerarchia dei lavoratori subordinati, ed è incaricato di dare esecuzione alle direttive degli amministratori. Egli dispone di ampi poteri gestionali, delimitati in negativo rispetto a quelli dell'amministratore.

Si potrà parlare di direttore generale di fatto quando il direttore di uno specifico settore della società venga a svolgere funzioni che esorbitano dal ruolo ufficialmente assegnatogli (e dai confini del settore di riferimento). Ovviamente, anche in tal caso sarà determinante l'accertamento dei requisiti di continuità e significatività, dovendosi negare la loro sussistenza nei casi di occasionalità, operatività gerarchicamente sotto-ordinata, scarsità di autonomia organizzativa e gestionale. Decisivo, invece, potrà essere il cumulo di poteri, normalmente esercitati da più direttori di settore, nelle mani di un unico soggetto²⁵⁰. Tuttavia, attesa la scarsità delle norme dedicate a tale figura, occorre ammettere che i suoi contorni sono piuttosto indefiniti, cosicché

²⁴⁹ Per una trattazione approfondita della questione, v. *infra*, capitolo 4.

²⁵⁰ A. Rossi, *I soggetti nella sistematica del diritto punitivo societario*, cit..

l'individuazione del direttore di fatto risulta molto più complicata rispetto, ad esempio, a quella dell'amministratore di fatto²⁵¹.

2.3.6 Il liquidatore di fatto

La figura del liquidatore di fatto, al pari dell'amministratore di fatto, era già conosciuta prima della novella legislativa dell'art 2639 cc. Tale era infatti considerato il socio o l'amministratore che, dopo la dichiarazione di fallimento e la cessazione dalla carica, svolgesse atti di liquidazione dei beni della società nonostante la nomina dei liquidatori di diritto. In questo caso, dunque, l'espressa equiparazione normativa trova fondamento soprattutto con riferimento ad una fattispecie particolare, l' "*indebita ripartizione dei beni sociali da parte dei liquidatori*", di cui all'art. 2633 cc, che contempla come unico soggetto attivo proprio il liquidatore²⁵². In questo caso, cioè, la significatività della condotta si restringe all'attività di ripartizione del patrimonio ed alle azioni strettamente connesse, giacché negli altri casi la figura sarà assorbita in quella dell'amministratore di fatto²⁵³.

2.3.7 Il sindaco di fatto

Della figura del sindaco di fatto si potrà parlare in tutti i casi di svolgimento di funzioni in base ad una nomina viziata, ovvero nel caso di esercizio arbitrario di poteri tipici dei sindaci da parte di altri soggetti di

²⁵¹ O. Di Giovine, *L'estensione delle qualifiche soggettive (art. 2639)*, cit.; G. G. Sandrelli, *Il soggetto "di fatto" nei reati societari e fallimentari e l'introduzione del "nuovo" art. 2639 cc*, cit.; *Art. 2639, Codice commentato delle società*, cit..

²⁵² A. Rossi, *I soggetti nella sistematica del diritto punitivo societario*, cit..

²⁵³ O. Di Giovine, *L'estensione delle qualifiche soggettive (art. 2639)*, cit.; G. G. Sandrelli, *Il soggetto "di fatto" nei reati societari e fallimentari e l'introduzione del "nuovo" art. 2639 cc*, cit..

vigilanza²⁵⁴. Per la prima ipotesi, si consideri il caso di sindaci supplenti, che partecipino all'attività del collegio sindacale in difetto delle condizioni che la legge prevede per poter subentrare ai sindaci effettivi²⁵⁵. Per la seconda, si considerino gli organismi di controllo diversi dal classico collegio sindacale, ma le cui funzioni sono molto simili, come, ad esempio: le strutture di controllo la cui costituzione può essere imposta dalla Banca d'Italia ex artt. 53, lett. d), e 67, comma 1, lett. d), d. lgs. 385/1993; gli organi di *internal auditing* di cui la società può dotarsi a norma del codice di autodisciplina approvato dalla Borsa Italiana nel 1999; l'apposito organismo di controllo relativo all'elaborazione e verifica del rispetto dei programmi comportamentali, di cui all'art. 6, d. lgs. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti²⁵⁶.

2.3.8 Il revisore di fatto

Tra i soggetti di fatto, questa risulta essere una delle ipotesi più rare. In linea teorica, non si può escludere che le relative funzioni siano esercitate in maniera continuativa e significativa da un soggetto diverso rispetto ad una società di revisione iscritta all'albo speciale della Consob, ex art. 161 d. lgs. 52/1998. Tuttavia, nella pratica è difficile immaginare che qualcun altro possa svolgere tale compito di vigilanza esterna. Di conseguenza, in questa ipotesi, *“la clonazione del soggetto attivo sul piano de facto appare una cautela in sé apprezzabile, ma forse eccedente rispetto allo scopo”*²⁵⁷.

²⁵⁴ G. G. Sandrelli, *Il soggetto “di fatto” nei reati societari e fallimentari e l'introduzione del “nuovo” art. 2639 cc*, cit..

²⁵⁵ Art. 2639, *Codice commentato delle società*, cit..

²⁵⁶ Trattasi, in entrambi i casi, di organismi che si affiancano al collegio sindacale, senza sostituirlo.

²⁵⁷ O. Di Giovine, *L'estensione delle qualifiche soggettive (art. 2639)*, cit..

2.3.9 Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari

Poiché indicato quale possibile autore dei reati di cui agli artt. 2621, 2622, 2635, 2638 cc, anche per la figura del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari sarà possibile distinguere tra soggetto di diritto e di fatto, ed estendere a quest'ultimo l'applicabilità dell'art 2639.

Nondimeno, anche questa figura è difficile da definire, perché, alla luce dei poteri che possono essergli conferiti in via statutaria, nonché del regime di responsabilità previsto dalla legge, si colloca a metà strada tra un direttore generale ed un amministratore²⁵⁸.

Inoltre, parte della dottrina osserva che, in base alla formulazione dell'art. 154 bis, 4° comma, t.u.i.f., la responsabilità penale può essere estesa a tale soggetto solo nell'ambito di società quotate²⁵⁹.

2.3.10 La responsabilità dell'amministratore di diritto

La trattazione dell'attuale regime di responsabilità penale dei soggetti di fatto induce, da ultimo, ad interrogarsi in merito alle sorti dell'amministratore di diritto. Ebbene, il fatto che il legislatore abbia adottato norme che incriminano l'amministratore di fatto non significa che possa essere automaticamente esentato l'amministratore di diritto²⁶⁰. A tal proposito, è certamente vero che esiste, tra i due soggetti, un rapporto tale per cui tanto più il soggetto di diritto svolge le sue funzioni, tanto meno l'esercizio di fatto delle stesse sarà continuo e significativo. Allo stesso

²⁵⁸ G. G. Sandrelli, *Il soggetto "di fatto" nei reati societari e fallimentari e l'introduzione del "nuovo" art. 2639 cc*, cit..

²⁵⁹ Art. 2639, *Codice commentato delle società*, cit..

²⁶⁰ A tal proposito, v.: N. Mazzacuva – E. Amati, *Diritto penale dell'economia. Problemi e casi*, cit.; A. Carmona, *Premesse a un corso di diritto penale dell'economia*, cit., 235 ss..

modo, è chiaro che tanto più è il soggetto di fatto ad occuparsi della gestione, tanto meno può chiamarsi in causa il soggetto di diritto²⁶¹. Tuttavia, la varietà delle situazioni concrete impone una valutazione caso per caso, tesa ad accertare il contenuto e l'entità delle responsabilità di ciascuno.

Così, l'amministratore di diritto può essere chiamato a rispondere in base allo schema del concorso omissivo improprio ex art. 40 cpv, cp, per non aver controllato l'operato dell'amministratore di fatto. Per giurisprudenza consolidata, la posizione di garanzia nella quale egli si trova nasce dall'art. 2392 cc²⁶². In passato, la giurisprudenza prevalente presumeva l'esistenza di un accordo originario tra i due soggetti, tale che il soggetto di diritto avrebbe previamente acconsentito all'ingerenza del soggetto di fatto nella gestione, dando così il proprio consenso permanente. Di conseguenza, la sua responsabilità veniva desunta dalla semplice consapevolezza che dalla propria condotta omissiva potessero derivare eventi tipici di reato, ovvero dall'accettazione del rischio che gli stessi si verificassero²⁶³. Più di recente, invece, *“la giurisprudenza di*

²⁶¹ A. M. Castellana, *L'equiparazione normativa degli autori di fatto agli autori di diritto per i reati del riscritto titolo XI, libro V cc*, cit., 1080 ss.; P. Veneziani, *Art. 2639, Estensione delle qualifiche soggettive*, cit..

²⁶² Art. 2392, secondo comma, cc: *“In ogni caso gli amministratori, fermo quanto disposto dal comma terzo dell'articolo 2381, sono solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose”*.

²⁶³ In tal senso, cfr.: Cassazione penale, sez. V, 12/12/2005; Cassazione penale, sez. V, 27/04/2000. Più recentemente, v.: Cassazione penale, sez. III, 6/04/2006, n. 22919, per cui: *“L'amministratore di diritto di una società, ancorché sia un mero prestanome di altri soggetti che abbiano agito come amministratori di fatto, risponde del reato omissivo contestato quale diretto destinatario degli obblighi di legge, poiché la semplice accettazione della carica attribuisce dei doveri, anche di vigilanza e controllo, la cui violazione comporta responsabilità penale, per l'affermazione della quale sono sufficienti la sola consapevolezza che dalla condotta omissiva possano scaturire gli eventi tipici del reato (dolo generico) ovvero l'accettazione del rischio che questi si verificino (dolo eventuale)”*. Analogamente, cfr.: Cassazione penale, sez. V, 23/06/2009, n. 31885, in cui si afferma la responsabilità dell'amministratore *“che, ancorché estraneo alla gestione dell'azienda – esclusivamente riconducibile all'amministratore di fatto – abbia ommesso, anche per colpa, di esercitare il controllo sulla regolare tenuta dei libri e delle scritture contabili,*

*legittimità [...] non ha ritenuto probatoriamente corretto desumere la penale responsabilità del soggetto di diritto dalla mera accettazione di ricoprire la carica societaria*²⁶⁴. Sul punto, la Suprema Corte ha chiarito che: *“la responsabilità dell’amministratore, che risulti essere stato soltanto un prestanome, nasce dalla violazione dei doveri di vigilanza e di controllo che derivano dalla accettazione della carica, cui però va aggiunta la dimostrazione non solo astratta e presunta ma effettiva e concreta della consapevolezza dello stato delle scritture...”* (si trattava, nello specifico, di un caso di bancarotta documentale)²⁶⁵. Inoltre, per quanto concerne l’elemento soggettivo, si richiede la ricorrenza del dolo eventuale, la cui sussistenza non può desumersi dalla semplice accettazione della qualifica (c.d. *dolus in re ipsa*) ma va accertata caso per caso senza ricorrere a facili presunzioni. In particolare, si è precisato che esso è da escludersi quando l’amministratore di diritto è *“estraneo alle vicende societarie, di fatto gestite da altri, ovvero se ne dimostra la totale dissociazione dall’operato degli stessi gestori”*²⁶⁶. Nel pieno rispetto dell’art. 27 Cost., quindi, non ci si può accontentare del totale disinteresse dell’amministratore di diritto per quanto riguarda la gestione della società, ma occorre dimostrare detta consapevolezza in base a puntuali indici probatori (c.d. “segnali di allarme” o “indici di rischio”²⁶⁷). Pronunce di tal

poiché l’accettazione della carica di amministratore, anche quando si tratti di mero prestanome, comporta l’assunzione dei doveri di vigilanza e controllo di cui all’art. 2392 cc”.

²⁶⁴ G. G. Sandrelli, *Il soggetto “di fatto” nei reati societari e fallimentari e l’introduzione del “nuovo” art. 2639 cc*, cit..

²⁶⁵ Cassazione penale, 17/11/2005, n. 44293.

²⁶⁶ Cassazione penale, 3/06/2005.

²⁶⁷ G. G. Sandrelli, *Il soggetto “di fatto” nei reati societari e fallimentari e l’introduzione del “nuovo” art. 2639 cc*, cit.; *Art. 2639, Codice commentato delle società*, a cura di G. Bonfante - D. Corapi - L. De Angelis - V. Napoleoni - R. Rondorf - V. Salafia, cit.. Per una completa esposizione della “teoria dei segnali d’allarme”, v.: D. Pulitanò, *Amministratori non operativi e omesso impedimento di delitti commessi da altri amministratori*, in *Società*, 2008, n. 7, 899 ss..

Non si può tacere, tuttavia, l’esistenza di una dottrina che ritiene insufficiente persino un accertamento basato su tali “segnali”, in quanto li ritiene riconducibili a delle semplici

genere sono evidentemente volte ad evitare casi di responsabilità oggettiva o “per posizione”, e la giurisprudenza è diventata, al riguardo, progressivamente più severa²⁶⁸.

In subiecta materia, la dottrina²⁶⁹ ha evidenziato tre questioni piuttosto problematiche.

La prima concerne l'elemento soggettivo del reato. Si è infatti osservato che l'apprezzamento del fatto in chiave di dolo eventuale lascia al giudice ampi spazi di discrezionalità valutativa, difficili da ridurre attraverso parametri e regole astratte. Inoltre, sorge il rischio di una sostanziale trasformazione dell'elemento psicologico da doloso in colposo, per colpa intendendosi la violazione del dovere di diligenza cui l'amministratore è tenuto. Invero, anche in quei casi in cui la responsabilità dell'amministratore di diritto è stata fondata sulla colpa, invece che sul dolo, non si può dire che il giudice abbia rispettato i principi penali che governano la materia, verificando compiutamente la sussistenza di questo diverso elemento soggettivo. Piuttosto, si è frequentemente rischiato di abusare di schemi presuntivi²⁷⁰. Di conseguenza, eccettuate le ipotesi estreme dell'inerzia assoluta dell'amministratore di diritto, come pure della sussistenza di prove certe dell'esistenza di un accordo tra i due soggetti, il giudice dovrà usare cautela nell'applicazione dell'art. 40 cp.

presunzioni: G. Falotico, *In tema di responsabilità del prestanome per concorso nel reato mediante omissione*, in *Cassazione penale*, 2010, n. 12, 4347 ss..

²⁶⁸ G. G. Sandrelli, *Il soggetto “di fatto” nei reati societari e fallimentari e l'introduzione del “nuovo” art. 2639 cc*, cit..

²⁶⁹ G. G. Sandrelli, *Il soggetto “di fatto” nei reati societari e fallimentari e l'introduzione del “nuovo” art. 2639 cc*, cit.; M. Bendoni, *La responsabilità dell'amministratore in carica per i reati commessi dall'amministratore di fatto*, in *Cassazione penale*, 2011, n. 2, 691 ss.; G. Falotico, *In tema di responsabilità del prestanome per concorso nel reato mediante omissione*, cit..

²⁷⁰ G. Falotico, *In tema di responsabilità del prestanome per concorso nel reato mediante omissione*, cit..

La seconda questione consiste nella configurabilità in capo all'amministratore di diritto di una posizione di garanzia. Si impone infatti la necessità di distinguere tra "colpa per assunzione", che consentirebbe di rimproverare un soggetto per il solo fatto di aver assunto formalmente una carica, senza poter garantire lo standard di diligenza, capacità e conoscenza richiesti per svolgere le relative funzioni, e "posizione di garanzia", la quale implica che un individuo sia in grado di impedire un evento lesivo del bene giuridico tutelato esercitando un potere giuridico o fattuale. Ebbene, è ovvio che incriminare un soggetto per l'assunzione della qualifica significa anticipare il fondamento dell'addebito ad una fase precedente il sorgere del potere impeditivo in capo al garante. In altre parole, si fa "retroagire" il presupposto della punibilità ad un momento in cui non si può ancora sapere quali saranno i poteri e gli obblighi del soggetto stesso. Soluzione, questa, che contrasta evidentemente con i principi costituzionali in materia penale²⁷¹. A tal proposito, particolarmente importante è la conversione degli obblighi di controllo ex art. 2392 cc in obblighi di impedimento del reato. A tal riguardo, occorre ricordare che un obbligo di vigilanza può dar origine ad una posizione di garanzia solo se ad esso si accompagna il potere di impedire l'evento pregiudizievole. Di conseguenza, la responsabilità dell'amministratore di diritto non potrà mai essere affermata, laddove questo non avesse né il potere di compiere l'azione doverosa né di impedire la condotta illecita dell'amministratore di fatto²⁷². Oltretutto, è necessario dimostrare che l'evento non si sarebbe prodotto laddove l'obbligo di attivarsi fosse stato adempiuto. In tal guisa, il

²⁷¹ G. Falotico, *In tema di responsabilità del prestanome per concorso nel reato mediante omissione*, cit..

²⁷² M. F. Artusi, *Sulla correttezza dell'amministratore formalmente investito della funzione con l'amministratore di fatto*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012.

fatto che il novellato art. 2392 non faccia più riferimento all'obbligo di vigilare sul generale andamento della gestione comporta un'ulteriore riduzione della sua area di responsabilità.

La terza questione attiene all'ambito di operatività della fattispecie di concorso mediante omissione nell'altrui reato commissivo. Da questa prospettiva si riscontra, infatti, una certa indeterminatezza, che è conseguenza del carattere vago di due disposizioni quali gli artt. 110 e 40 cp. Tra l'altro, accade frequentemente che la rilevanza dall'apporto causale fornito dal soggetto di diritto non venga puntualmente verificata, bensì automaticamente desunta dalla violazione di doveri di controllo.

Alla luce di questi aspetti problematici, ed al fine di evitare una eccessiva "flessibilizzazione" del diritto penale, sarebbe senz'altro opportuno limitare l'applicazione della disciplina del concorso alle sole ipotesi in cui vi siano un autentico obbligo di garanzia ed un effettivo coefficiente psicologico doloso, oltre che introdurre, *de jure condendo*, nuove fattispecie incriminatrici della violazione dei doveri di controllo a carico degli amministratori.

2.4 La terza equiparazione: i soggetti "*incaricati dall'autorità giudiziaria e dall'autorità pubblica di vigilanza*"

Tale ultima disposizione di cui all'art. 2639 cc "*si ricollega ad un'esigenza di razionalizzazione dell'intera materia*"²⁷³ ed è conseguenza dell'abrogazione delle norme che punivano i delitti degli amministratori giudiziari e dei commissari governativi. Queste costituivano un vero e proprio "micro-sistema" speciale di reati propri degli amministratori giudiziari e dei commissari governativi, la cui sostituzione rappresenta una

²⁷³ Relazione al D. Lgs. 61/2002, cit..

precisa scelta di carattere politico-criminale²⁷⁴. Da un lato, quindi, sostituisce i previgenti artt. 2636-2639 cc, che ricomprendevano questi soggetti tra gli autori del reato di false comunicazioni sociali di cui all'art 2621 cc, dall'altro può trovare applicazione anche nei confronti di altri soggetti. Come la dottrina non ha mancato di sottolineare, infatti, *“la formula legislativa prescelta appare più ampia di quella contenuta nel previgente art. 2636 cc, non tipizzando espressamente le singole figure (commissari governativi e giudiziari), seppure non sia possibile prescindere del tutto da una qualche qualifica formale”*²⁷⁵. In particolare, per amministratore giudiziario si intende prima di tutto quello nominato dal tribunale ai sensi dell'art. 2409 cc²⁷⁶, mentre per commissari si intendono in primo luogo quelli nominati in ipotesi di “gestione commissariale” delle società cooperative ex art. 2545 *sexiesdecies* cc. Tuttavia, la nozione si presta ad interpretazioni estensive e potrebbe applicarsi anche ai commissari nominati dalla Banca d'Italia, nelle procedure di amministrazione straordinaria delle banche o gruppi bancari; ai commissari nominati dalla Consob, nel caso di sospensione degli organi amministrativi delle Sim, delle Sgr o delle Sicav; agli amministratori

²⁷⁴ F. C. Palazzo – C. E. Paliero, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, cit..

²⁷⁵ E. Musco, *I nuovi reati societari*, cit., 20.

²⁷⁶ Art. 2409 cc, primo comma: *“Se vi è fondato sospetto che gli amministratori, in violazione dei loro doveri, abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione che possono arrecare danno alla società o a una o più società controllate, i soci che rappresentano il decimo del capitale sociale o, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, il ventesimo del capitale sociale possono denunciare i fatti al tribunale con ricorso notificato anche alla società. Lo statuto può prevedere percentuali minori di partecipazione”*.

Art. 2409 cc, settimo comma: *“I provvedimenti previsti da questo articolo possono essere adottati anche su richiesta del collegio sindacale, del consiglio di sorveglianza o del comitato per il controllo sulla gestione, nonché, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, del pubblico ministero; in questi casi le spese per l'ispezione sono a carico della società”*.

giudiziari di aziende sottoposte a sequestro di prevenzione, nominati dal tribunale²⁷⁷.

Entrambe le figure alle quali la norma fa espresso riferimento rientrano nella nozione di “pubblico ufficiale” ai sensi dell’art. 357 cp e sono chiamate a svolgere le funzioni dell’organo che vanno a sostituire.

Al pari delle prime due equiparazioni, anche questa è stata piuttosto discussa in dottrina²⁷⁸.

In primo luogo, vi sono delle incertezze che nascono dal riferimento alla “autorità pubblica di vigilanza”. Infatti, questa costituisce nozione piuttosto vaga: mancando di un significato tecnico-giuridico preciso, la locuzione può adattarsi - come abbiamo visto - a diverse figure, nonché, ad esempio, all’attività di diverse autorità c.d. indipendenti. Di conseguenza, l’ambito di applicazione di tale equiparazione potrà estendersi ben oltre i limiti della *voluntas legis*, con il rischio di una violazione del principio di tassatività. Ad ogni modo, prescindendo da quanti e quali saranno i soggetti ai quali la norma si applicherà, è sempre e comunque richiesta, in questo caso, la sussistenza di un’investitura formale.

In secondo luogo, si noti che la disposizione in esame non contiene limitazioni in ordine all’ambito di applicazione di questa terza equiparazione. Tuttavia, in virtù di un’interpretazione sistematica, si deve ritenere che anche questa operi solo con riferimento alle “*disposizioni*

²⁷⁷ N. Mazzacuva – E. Amati, *Diritto penale dell’economia. Problemi e casi*, cit., 18; Art. 2639. *Codice civile commentato*, a cura di G. Alpa – V. Mariconda, cit..

²⁷⁸ F. Galgano, *Commentario compatto al codice civile*, cit.; A. Rossi, *I soggetti nella sistematica del diritto punitivo societario*, cit.; A. Rossi, *L’estensione delle qualifiche soggettive nel nuovo diritto penale delle società*, in *Diritto penale e processo*, 2003, n. 7, 897 ss.; S. Bolognini – E. Busson – A. D’Avirro, *I reati di false comunicazioni sociali*, cit., 35 s.; A. Cristiani, *Commentario di diritto penale delle società e del credito*, cit., 238; Art. 2639, *Commentario al codice civile*, a cura di P. Cendon, Milano 2009; Art. 2639, *Codice civile commentato*, a cura di G. Bonilini - M. Confortini - C. Granelli, cit.; Art. 2639, *Codice commentato delle società*, a cura di G. Bonfante - D. Corapi - L. De Angelis - V. Napoleoni - R. Rondorf - V. Salafia, cit..

sanzionatorie relative agli amministratori di cui al Titolo XI e, in particolare, sia alle fattispecie di reato sia agli illeciti depenalizzati-amministrativi.

In terzo luogo, vi è un problema di concorso formale di reati che nasce dalla precisazione, forse non necessaria, che ai soggetti indicati sono applicabili le norme in materia di reati dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione. Al riguardo, la Relazione ministeriale sembra qualificare l'art. 2639 cc come norma speciale esclusiva ex art. 15 cp, mentre la formulazione della norma stessa sembrerebbe, al contrario, far ritenere che sussista illecito penale societario in tutti quei casi in cui non sussiste reato del pubblico ufficiale contro la p.a.. In ogni caso, il possibile concorso apparente di norme viene risolto attraverso una c.d. clausola di riserva, che vale da clausola di sussidiarietà espressa, in base alla quale gli articoli richiamati saranno applicabili solo laddove manchi altra norma incriminatrice. La *ratio* di tale scelta può essere individuata nella volontà di eliminare aree di sovrapposizione tra diritto penale societario (o dell'economia) e diritto penale della pubblica amministrazione. In tal senso, la terza equiparazione troverà applicazione in via residuale, ossia ove non sia direttamente applicabile lo statuto penale della pubblica amministrazione.

CAPITOLO 4

AMBITO DI APPLICAZIONE DELL'ART. 2639 CC

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. I reati fallimentari – 3. Gli illeciti amministrativi – 4. I reati bancari – 5. I reati tributari – 6. La responsabilità dell'amministratore di diritto

1. PREMESSA

La legge delega che ha determinato la riforma del testo dell'art. 2639 cc espressamente prevedeva che l'equiparazione della materiale attività amministrativa all'attività svolta "di diritto" dovesse essere considerata un principio fondamentale della materia, di cui tener conto nella formulazione delle nuove fattispecie in ambito societario e materie "connesse". Contrariamente a quanto richiesto, il punto non è stato discusso dal legislatore delegato, che si è limitato a riferire la nuova disposizione agli illeciti descritti dal Titolo XI, libro V, cc. Se ci si attiene al dato letterale, dunque, non possono sorgere dubbi circa la portata applicativa della norma in esame²⁷⁹. Nondimeno, dottrina e giurisprudenza sono tutt'ora coinvolte in un acceso dibattito volto a stabilire se tale interpretazione, letterale e restrittiva, possa essere superata, così da applicare la norma non ai soli reati societari, ma anche ad altre fattispecie di reato. La questione non riguarda tanto la prima parte del comma 1, per la quale soccorre il disposto dell'art. 223, comma 2, disp. att. cc, ma la seconda parte, relativa ai c.d. soggetti di fatto.

²⁷⁹ E. Musco, *I nuovi reati societari*, cit., 20.

È opportuno, di conseguenza, analizzare tale diatriba con riferimento alle singole tipologie di illecito, evidenziando altresì gli esiti conseguenti all'adozione di ciascuna posizione.

2. I REATI FALLIMENTARI

Storicamente, la figura dell'amministratore di fatto ha trovato origine proprio con riferimento alle fattispecie dei reati fallimentari, sicché, una volta riconosciuta espressamente la figura dell'amministratore di fatto con riferimento ai reati societari, sarebbe paradossale escluderla per quelle fattispecie che ne hanno "determinato" la nascita²⁸⁰. Tale è l'espressa posizione della giurisprudenza di legittimità²⁸¹. Il problema consiste, piuttosto, nel determinare se la materia dei reati fallimentari resti assoggettata esclusivamente ai principi che sono stati espressi dalla giurisprudenza antecedente alla riforma, ovvero se debba ritenersi applicabile alla stessa la nuova disposizione, con la conseguenza di imporre, anche in quest'ambito, la verifica dei requisiti di significatività e continuità nell'esercizio dei poteri tipici da parte del soggetto di fatto. Ebbene, tale è precisamente la questione che divide la dottrina.

Secondo un primo orientamento, favorevole all'estensione, la norma non va drasticamente interpretata nel senso di riconoscere rilevanza alle figure

²⁸⁰ Non a caso, tale soluzione viene avversata dalla prevalente dottrina e giurisprudenza.

²⁸¹ Cassazione penale, sez. V, 5/06/2003, n. 36630, per cui: "*l'art. 2639 cc, nella formulazione introdotta dall'art. 1 d. lgs. 11 aprile 2002, n. 61, lungi dal contraddire il precedente consolidato orientamento giurisprudenziale, secondo cui anche l'amministratore di fatto della società fallita poteva rispondere dei fatti di bancarotta previsti dall'art. 223 l. fall., ne costituisce esplicita conferma, non essendovi, d'altra parte, ragione alcuna, una volta ritenuta la responsabilità dell'amministratore di fatto, in base al citato art. 2639, per i reati societari, di escluderla per quelli fallimentari*". Ciò dal momento che la materia fallimentare costituisce "*settore diverso dotato di autonoma disciplina e suscettibile, quindi, di altrettanto autonoma equiparazione*".

di fatto solo entro certi limiti. Al contrario, il legislatore avrebbe introdotto una regola “di sistema”, o norma “di principio” di tutto il sistema²⁸², avente una funzione “definitoria” e non già “incriminatrice”. In altri termini, la norma fisserebbe i canoni interpretativi cui ci si dovrebbe attenere per stabilire se il soggetto di fatto sia o meno legittimato al compimento del reato proprio. Questa interpretazione consentirebbe di superare l’ostacolo rappresentato dal divieto di analogia in materia penale, applicare i criteri di cui all’art. 2639 cc anche al di fuori dell’ambito espressamente indicato²⁸³, ed evitare le disparità di trattamento ed il difetto di ragionevolezza ai quali condurrebbe l’opposta soluzione²⁸⁴. Infatti, la mancanza di un “ponte di collegamento” tra soggetti di diritto e di fatto potrebbe condurre a “trattare” diversamente amministratori e soggetti “equivalenti”, con il rischio di una reintroduzione di estensioni soggettive non normativizzate, come avveniva, di fatto, prima della riforma²⁸⁵.

In dottrina, questo orientamento è stato suffragato da diversi autori con varie argomentazioni²⁸⁶.

Si è sostenuto, *in primis*, che il legislatore abbia inteso positivizzare la tesi corrente in tema di soggetti di fatto, delineandone i caratteri in modo tale che non divergessero, nella sostanza, da quelli indicati dalla giurisprudenza, e limitandosi a precisare alcuni importanti profili²⁸⁷. In tale

²⁸² E. M. Ambrosetti – E. Mezzetti – M. Ronco, *Diritto penale dell’impresa*, Bologna 2008.

²⁸³ Art. 2639, *Codice commentato delle società*, a cura di G. Bonfante – D. Corapi – L. De Angelis – V. Napoleoni – R. Rondorf – V. Salafia, cit.; A. Lanzi – A. Cadoppi, *I nuovi reati societari*, cit..

²⁸⁴ Art. 2639, *Codice civile commentato*, a cura di G. Bonilini – M. Confortini – C. Granelli, cit..

²⁸⁵ A. Rossi, *L’estensione delle qualifiche soggettive nel nuovo diritto penale delle società*, cit..

²⁸⁶ A. Bianconi, *Commento all’art. 2639*, cit..

²⁸⁷ G. G. Sandrelli, *Il soggetto “di fatto” nei reati societari e fallimentari e l’introduzione del “nuovo” art. 2639 cc*, cit.. In proposito, cfr.: E. Fontana, *Amministratore di fatto e di diritto: quando dalla responsabilità commissiva nasce quella omissiva*, in *Diritto e giustizia*, 2013, per il quale: “...il suddetto orientamento giurisprudenziale si era sviluppato, invero, intorno soprattutto alla fattispecie di bancarotta, più che in relazione alle ipotesi dei c.d. reati societari. Non appare dunque possibile dubitare, in alcun modo, della piena applicabilità del dettato di cui al novellato art. 2639 cc anche alle ipotesi di bancarotta e, dunque, al di là dello stretto dato letterale di

prospettiva, sarebbe opportuno sostituire i criteri individuati dalla norma alle ben più generiche affermazioni giurisprudenziali²⁸⁸.

Un secondo argomento è fondato sull'art 223 l. fall., che fa espresso rinvio ai reati societari, ed impone, dunque, di adottare una definizione unica di amministratore di fatto. Più in generale, si osserva che il reato di bancarotta societaria *“rinvia ai fatti dei reati societari nella loro specificità, compresa la qualificazione che i soggetti devono avere per realizzare i medesimi”*²⁸⁹. Conseguentemente, non si avrebbe violazione del divieto di analogia in quanto le condotte descritte sono realizzabili solo quando l'autore è titolare della relativa situazione soggettiva.

Altri autori²⁹⁰ rilevano che la mancata estensione sarebbe da imputare ad una omissione del legislatore delegato, mentre era chiaramente voluta dal legislatore delegante, come risulta dall'art. 11, lett. e) del testo della legge delega. La citata disposizione, tra i principi e criteri direttivi della riforma, indica: *“prevedere che, qualora l'autore della condotta punita sia individuato mediante una qualifica o la titolarità di una funzione prevista dalla legge civile, al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione è equiparato, oltre a chi è tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata, anche chi, in assenza di formale investitura, esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione; stabilire altresì che, fuori dei casi di*

applicazione di tale norma”. Analogamente, v.: R. Bricchetti – R. Targetti, *Bancarotta e reati societari*, Milano 2003: *“La disposizione potrebbe essere utilizzata come ausilio all'elaborazione della figura dell'amministratore di fatto anche nei reati fallimentari, atteso che per decenni la giurisprudenza ha applicato la figura dell'amministratore di fatto a tale reati senza alcun supporto normativo”*. La medesima opinione risulta espressa anche in: R. Bricchetti – L. Pistorelli, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, Milano 2011.

²⁸⁸ A. Lanzi, *La nuova bancarotta societaria*, in *Fallimento*, 2002, n. 8, 812 ss.

²⁸⁹ G. Schiavano, *La nuova bancarotta fraudolenta societaria*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003.

²⁹⁰ M. Capirossi, *Legem non curat praetor. Responsabilità civili e penali dell' “amministratore di fatto”*, cit.. In senso conforme, v.: Art. 2639, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, F. C. Palazzo – C. E. Paliero, cit..

*applicazione delle norme riguardanti i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, le disposizioni sanzionatorie relative agli amministratori si applichino anche a coloro che sono legalmente incaricati dall'autorità giudiziaria o dall'autorità pubblica di vigilanza di amministrare la società o i beni dalla stessa posseduti o gestiti per conto di terzi*²⁹¹. Il dato sistematico, affiancandosi al dato letterale, consentirebbe quindi di dare per acquisita l'equiparazione come principio fondamentale della materia amministrativa e ritenere che il diritto commerciale sia stato integrato direttamente attraverso la legge delega, senza bisogno di modificare specificamente le relative norme. Tuttavia, non paga di tali riflessioni, la citata dottrina prosegue argomentando dall'individuazione di una nozione funzionalistica tipica di amministratore²⁹². Una volta data questa definizione generale, ci si dovrà domandare se essa valga al di là del campo civile. A tal proposito, nonostante il divieto del procedimento analogico in sede penale, sarà obbligatorio dare univoca interpretazione del pari univoco istituto dell'amministratore. Tutto ciò vale ad escludere l'esistenza di una lacuna, risolvendo così in radice la questione del rispetto del divieto di analogia.

Per giunta, come già accennato, vi è la preoccupazione di evitare disparità di trattamento dello stesso soggetto (l'amministratore di fatto) con riferimento a diverse tipologie di illecito, e preservare un'esigenza di

²⁹¹ Art. 11, lett. e), l. 3/10/2001, n. 366.

²⁹² Insiste sulla necessità di ridefinire la figura dell'amministratore anche F. Consulich, *Poteri di fatto ed obblighi di diritto nella distribuzione delle responsabilità penali societarie*, cit., in cui si legge: "le qualifiche di amministratore dovrebbero essere riformulate ad usum poenale a partire dall'art. 2639 cc [...] Significatività e continuità come elementi costitutivi non più della responsabilità dell'amministratore di fatto, ma dell'amministratore tout court. Si tratta, più precisamente, di procedere ad una ri-definizione penalistica della qualifica normativa civile [...] Così procedendo si ottiene anche l'identificazione in negativo di chi non è amministratore: tale è colui che, pur essendo dotato di qualifica, si astiene dal compiere gli atti tipici della funzione o comunque li pone in essere in modo sistematico".

“*simmetria di sistema*”²⁹³. In altre parole, se non si desse estensione all’art. 2639 anche nel campo dei reati fallimentari, si rischierebbe, in questa materia, di ancorare il giudizio di responsabilità penale dell’amministratore di fatto a criteri non prestabiliti e meno rigidi rispetto a quelli fissati in materia societaria, con conseguente violazione dell’art. 3 Cost. Inoltre, l’estensione avrebbe l’ulteriore merito di evitare “*derive dal principio di determinatezza della fattispecie penale*”, ossia colmare deficit di tassatività²⁹⁴. Questa conclusione può ritenersi auspicata già dal legislatore delegante. La relazione di accompagnamento al disegno di legge n. 1741 (*Delega al governo per il riordino della legislazione in materia di gestione delle crisi aziendali*) demandava al legislatore delegato il compito di riformare il delitto di bancarotta fraudolenta impropria - optando, per quanto riguarda i soggetti, per una formulazione di tipo funzionale anziché nominalistico - e contemplava un diffuso coordinamento con la disciplina penale societaria²⁹⁵.

Per le ragioni sopra esposte, attenta dottrina²⁹⁶ sottolinea come la norma in esame avrebbe trovato miglior collocazione nella parte generale del codice penale, nel contesto dei criteri generali di attribuzione della responsabilità (come avvenuto in altri ordinamenti²⁹⁷).

²⁹³ F. Consulich, *Poteri di fatto ed obblighi di diritto nella distribuzione delle responsabilità penali societarie*, cit..

²⁹⁴ F. Cerqua, *L’amministratore di fatto nei reati fallimentari: brevi riflessioni*, in *Società*, 2008, n. 10, 1303 ss.; F. Tetto, *Gli evanescenti profili di responsabilità penale dell’amministratore di fatto di società di persone dichiarata fallita*, in *Fallimento*, 2010, n. 6.

²⁹⁵ F. Tetto, *Gli evanescenti profili di responsabilità penale dell’amministratore di fatto di società di persone dichiarata fallita*, cit..

²⁹⁶ A. Gullo, *Amministratore di diritto, amministratore di fatto e bancarotta documentale*, in *Il corriere del merito*, 2005, n. 12.

²⁹⁷ In particolare: l’ordinamento tedesco e l’ordinamento spagnolo.

Questo orientamento sembra condiviso dalla giurisprudenza della Suprema Corte²⁹⁸. Infatti, nonostante Essa abbia sottolineato la differenza tra disciplina dei reati fallimentari e societari - rivendicando, con riferimento ai primi, autonomia interpretativa - nondimeno ha rimarcato: *“...con la riforma dei reati societari del 2002, non si è espressamente prevista per la bancarotta societaria l’equiparazione dell’amministratore di fatto al soggetto titolare delle funzioni o investito della qualifica ex lege. [...] In proposito, appare ragionevole l’interpretazione proposta dalla dottrina di considerare la nuova norma in tema di reati societari quale principio generale in base al quale possono essere chiamati a rispondere di reati propri soggetti formalmente privi della qualifica richiesta dalla legge. Con la conseguenza che, pure per i reati fallimentari, l’individuazione della figura del soggetto di fatto deve essere compiuta attraverso i criteri normativi stabiliti dall’art. 2639 cc”*²⁹⁹. Di recente, la Corte si è espressa in termini ancor più chiari asserendo che *“la nozione di amministratore di fatto, rilevante a fini penali, non può essere limitata ai soli reati societari; pertanto, anche in tema di reati fallimentari l’amministratore di fatto risponde delle condotte da lui poste in essere e che integrano i reati di bancarotta”*³⁰⁰. In altra pronuncia³⁰¹, inoltre, Essa evidentemente si avvale, nel giudizio, dei criteri indicati nell’art. 2639, sostenendo che *“in tema di bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione, il ruolo dell’amministratore di fatto ben può emergere dall’esercizio del controllo e della gestione di un folto gruppo di imprese e di società commerciali, nonché dalla costante e preponderante presenza*

²⁹⁸ Cfr., tra le altre: Cassazione penale, 11/01/2008, n. 7203; Cassazione penale, 12/05/2006, n. 18464; Cassazione penale, sez. V, 17/12/2008, n. 1137.

²⁹⁹ Cassazione penale, sez. V, 5/06/2003.

³⁰⁰ Cassazione penale, sez. V, 20/06/2012, n. 39535.

³⁰¹ Cassazione penale, sez. V, 12/02/2013, n. 27993.

del soggetto individuato di fatto come l'unico titolare di tutti i poteri di controllo, verifica, direzione, programmazione ed indirizzo strategico, oltre che dell'autonomia decisionale e della rappresentanza verso terzi".

Altrettanto decisamente prende posizione la giurisprudenza di merito³⁰², per la quale *"l'art. 2639 cc ha introdotto per via normativa i presupposti per il riconoscimento della qualifica di amministratore di fatto nell'ambito dei reati fallimentari"*³⁰³ e *"in materia di reati fallimentari è applicabile in via analogica la l. n. 61 del 2002"*³⁰⁴.

A questa opinione si contrappone altra dottrina³⁰⁵, contraria all'estensione, che valorizza il dato letterale ed "endosistemico". La principale ragione a fondamento di questa diversa posizione risiede nella preoccupazione circa il rispetto del divieto di analogia in materia penale³⁰⁶. Questa dottrina, infatti, critica la citata giurisprudenza, asserendo che essa *"finisce per dar luogo non ad una semplice interpretazione estensiva, bensì ad una vera e propria analogia in malam partem, laddove argomenta in base ad una identità di ratio fra i due diversi ambiti societario e fallimentare"*. Lo stesso vale per le argomentazioni della dottrina "pro-estensione"³⁰⁷. L'estensione potrebbe inoltre essere esclusa sulla base del tradizionale argomento *"ubi lex voluit, dixit"*. Infatti, se il legislatore non avesse inteso circoscrivere la portata applicativa della norma non avrebbe introdotto un'espressa equiparazione, limitandola ad un unico settore. Tale argomento logico impone di dare un significato di "coerenza logica" alla

³⁰² In tal senso, cfr.: Trib. Modena, 19/07/2005, n. 35.

³⁰³ Trib. Milano, sez. I, 30/09/2010.

³⁰⁴ Trib. Milano, 27/05/2006.

³⁰⁵ Sul tema, tra gli altri, cfr.: G. Izzo, *L'amministratore di fatto risponde dell'occultamento o distruzione dei documenti contabili*, in *Fisco*, 2004; D. Galasso, *Schermo societario fittizio? Sussiste la bancarotta documentale dell'amministratore di fatto*, in *Diritto e giustizia*, 2013.

³⁰⁶ ... dal momento che l'art. 223 l. fall., ad esempio, nemmeno richiama l'art. 2639 cc.

³⁰⁷ *Corso di diritto penale dell'impresa*, a cura di A. Manna, Padova 2010.

norma, operando un'interpretazione penale dei concetti civilistici che prescinda dalle “*acquisizioni di altri momenti di rilevanza giuridica delle medesime figure richiamate*”³⁰⁸. Non è possibile, quindi, ignorare *tout court* la clausola di riserva di cui all'art. 2639. Questo, a ben riflettere, non significa negare autonomia ermeneutica al penalista, dal momento che non esiste, nel diritto civile, né una nozione pura di amministratore di diritto, né di amministratore di fatto.

Ciò non toglie che l'art. 2639 cc possa essere considerato un esempio di difetto di coordinamento tra fattispecie, a causa del quale sarebbe impossibile dichiarare responsabili per bancarotta gli amministratori, i direttori generali, i sindaci ed i liquidatori di fatto di società dichiarate fallite, i quali abbiano concorso a determinare il dissesto della società stessa³⁰⁹. Tuttavia, questo non potrà portare a colmare la lacuna in via analogica. Nell'attesa di un (auspicato) intervento legislativo, eventuali vuoti di tutela potranno essere colmati esclusivamente attraverso la disciplina del concorso di persone nel reato³¹⁰.

Invero, tra i descritti orientamenti estremi ve n'è uno intermedio, che non nega l'estensione, pur limitandone la portata. Questa originale posizione ammette l'applicazione dell'art. 2639 cc, al di fuori dei reati previsti dal Titolo XI, libro V, solo per le condotte attive. Al contrario, un'analogia applicazione alle condotte omissive comporterebbe una violazione del principio di legalità³¹¹, poiché il soggetto non qualificato verrebbe caricato

³⁰⁸ M. Capirossi, *Legem non curat praetor. Responsabilità civili e penali dell' "amministratore di fatto"*, cit..

³⁰⁹ G. Morgante, *Art. 2639 – Estensione delle qualifiche soggettive*, cit..

³¹⁰ N. Mazzacuva, *Il falso in bilancio*, cit..

³¹¹ *Art. 2639, Codice civile commentato*, a cura di G. Alpa – V. Mariconda, cit..

di una posizione di garanzia troppo ampia, in assenza dei requisiti di continuità e significatività³¹².

3. GLI ILLECITI AMMINISTRATIVI

Nell'attesa di un intervento normativo chiarificatore, il problema dell'estensione dell'ambito di applicazione dell'art. 2639 cc anche al di fuori dei limiti espressamente previsti resta aperto anche per quanto riguarda gli illeciti amministrativi. Tuttavia, anche in questo caso la dottrina rileva come l'esclusione di queste fattispecie dall'ambito applicativo della norma sarebbe illogica, in quanto il principio di personalità assume maggior pregnanza con riferimento alla responsabilità penale che non amministrativa³¹³.

4. I REATI BANCARI

Le considerazioni innanzi espresse in tema di reati fallimentari ed illeciti amministrativi possono essere altresì svolte per i reati bancari. In tale materia, una valorizzazione del dato funzionale rispetto a quello formale poteva già discendere dall'art. 135 t.u.b. (che pone in evidenza l'attività svolta da determinati soggetti piuttosto che la loro qualifica formale) e da altre norme dello stesso testo unico, le quali accolgono tale flessibile canone oggettivo-funzionale. Nondimeno, anche in questa sede, l'eventuale applicazione dell'art. 2639 cc potrebbe far sorgere

³¹² F. Cerqua, *L'amministratore di fatto nei reati fallimentari: brevi riflessioni*, cit..

³¹³ A. Rossi, *L'estensione delle qualifiche soggettive nel nuovo diritto penale delle società*, cit.. per analoghe considerazioni, v.: A. Bianconi, *Commento all'art. 2639*, cit..

preoccupazioni relative al rispetto del divieto di analogia, a meno di non considerare la norma come una clausola generale³¹⁴. Tuttavia, proprio in virtù dell'espresso richiamo operato dall'art. 135 t.u.b. ai reati societari, si potrebbe risolvere la questione concludendo per una prevalenza della più garantista disposizione codicistica, con conseguente necessità di un accertamento preciso dei requisiti della significatività e continuità dell'esercizio delle funzioni³¹⁵.

5. I REATI TRIBUTARI

Tra le varie materie prese in considerazione, quella tributaria è singolare e merita particolare approfondimento. Il primo elemento di interesse consiste nel fatto che il legislatore tributario, già prima della riforma del 2002, riconosceva valenza e responsabilità all'amministratore di fatto in ben due norme: l'art. 62 del D. P. R. 29 settembre 1973, n. 600, che attribuisce la rappresentanza delle persone giuridiche, ai fini tributari, alle persone che ne hanno l'amministrazione anche di fatto (allorché non sia determinabile secondo la legge civile); l'art. 1, comma 4, del D. P. R. 22 luglio 1998, n. 322, che, in tema di redazione e sottoscrizione delle dichiarazioni in materia di imposte sui redditi ed Irap, prevede che le dichiarazioni delle persone giuridiche debbano essere sottoscritte dal rappresentante legale e, in mancanza, da chi ne ha l'amministrazione anche di fatto. Alla luce di ciò, sembra potersi ritenere l'amministratore di fatto quale autore dei reati tributari (descritti dal d. lgs. 10 marzo 2000, n.

³¹⁴ E. M. Ambrosetti – E. Mezzetti – M. Ronco, *Diritto penale dell'impresa*, cit..

³¹⁵ A. Rossi, *L'estensione delle qualifiche soggettive nel nuovo diritto penale delle società*, cit..

74, ovvero in altre sedi). Tale conclusione consente di evitare molti casi di frodi, nella prassi attuate proprio attraverso la figura dell'amministratore "testa di paglia", soggetto spesso nullatenente e privo di possidenze patrimoniali³¹⁶. Conformemente, anche la giurisprudenza ha affermato in più occasioni la responsabilità dell'amministratore di fatto per reati tributari³¹⁷.

Dunque, che ne è dell'estensione dell'art. 2639 cc in questo ambito? Ebbene, si ripresenta la contrapposizione, già riscontrata in riferimento ai reati fallimentari, tra autori favorevoli e contrari.

I primi³¹⁸ muovono, anche in questo caso, dalla considerazione dei requisiti di continuità e significatività come clausole generali funzionali all'identificazione della figura dell'amministratore. Peraltro, le sentenze della Corte di Cassazione che hanno espressamente applicato l'art. 2639 cc ai reati fallimentari fornirebbero la prova di una possibile e generalizzata estensione della norma al di fuori dei confini espressamente tracciati (e dunque anche ai reati tributari). Inoltre, la Suprema Corte, Sezione tributaria, ha equiparato l'amministratore di fatto a quello di diritto, facendo espresso rinvio all'art. 2639 cc³¹⁹. In particolare, si rileva che *"in giurisprudenza è stata riconosciuta la responsabilità penale autonoma del*

³¹⁶ Si pensi alle c.d. frodi carosello.

³¹⁷ A titolo esemplificativo, v.: Cassazione penale, sez. III, 28/04/2011, n. 23425, in cui si afferma: *"Se il rappresentante di un'azienda è solo un prestanome, chi risponde penalmente della mancata presentazione della dichiarazione dei redditi è l'amministratore di fatto"*; nonché: Cassazione penale, sez. III, 05/07/2012, n. 33385, in cui la Suprema Corte rimarca: *"Risponde del delitto di omessa presentazione delle dichiarazioni obbligatorie, ai fini del pagamento delle imposte dirette e dell'imposta sul valore aggiunto, colui che abbia svolto mansioni di amministratore di fatto, anche se risulti l'attribuzione ad altro soggetto della qualifica di legale rappresentante della società obbligata agli adempimenti fiscali"*.

³¹⁸ G. Bersani, *"Amministratore di fatto" e reati tributari*, in *Fisco*, 2005, n. 47; A. Bianconi, *Commento all'art. 2639*, cit..

³¹⁹ Cassazione penale, sez. tributaria, 19/02/2010, n. 19049.

*soggetto non qualificato anche in materia tributaria sulla scorta dei criteri dettati dall'art. 2639 cc*³²⁰.

I secondi³²¹, invece, evidenziano le particolarità del settore, per il quale il regime di responsabilità sarebbe diverso per ragioni strutturali interne all'obbligazione tributaria. Questa, infatti, è personale: di regola, gli obblighi fiscali fanno capo esclusivamente ai titolari legali delle funzioni³²². Non a caso, la giurisprudenza considera non delegabili i relativi adempimenti, a differenza di tutti gli altri settori del diritto penale dell'impresa. Inoltre, questa dottrina rileva che la responsabilità dell'amministratore di fatto per i reati tributari è ammessa dal legislatore in ipotesi eccezionali, in cui manchi (ovvero non possa essere individuato) l'amministratore di diritto, ed è finalizzata a consentire comunque il rispetto dei termini per la presentazione delle dichiarazioni. A maggior ragione, dunque, non parrebbe opportuna l'estensione dell'art. 2639 cc. La materia resterebbe invece assoggettata ai principi enunciati dalla giurisprudenza, peraltro simili a quelli in seguito dettati dal legislatore. Infatti, per qualificare un soggetto "amministratore di fatto" della società si richiedeva uno svolgimento di funzioni caratterizzato da sistematicità e che non si esaurisse nel compimento di atti di natura eterogenea ed occasionale³²³, ossia un'ingerenza stabile dell'amministratore di fatto, protrattasi per un

³²⁰ V. Cardone – F. Pontieri, *Bancarotta fraudolenta e responsabilità penale dell'amministratore*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006, n. 1/2.

³²¹ I. Caraccioli, *L'art. 2639 del codice civile ed i reati tributari*, in *Fisco*, 2003, n. 46. La medesima opinione è espressa in: I. Caraccioli, *Reati societari e fiscali*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2012, n. 3. Similmente: I. Caraccioli, *Sul problema della responsabilità degli "amministratori di fatto" nei reati tributari*, in *Rivista di diritto penale tributario*, 2013, in cui l'Autore chiaramente si esprime per un'applicazione dei requisiti di cui all'art. 2639 cc alla "sola ed esclusiva materia dei reati societari".

³²² È questo il motivo per il quale la dottrina (Consulich) rileva come, al di là delle specifiche indicazioni normative, tale settore sia il più refrattario alla configurazione della figura dell'amministratore di fatto.

³²³ Cassazione penale, sez. III, 14/09/1999, n. 9795.

rilevante intervallo di tempo e consistente in atti tipici dell'amministratore di diritto³²⁴.

Scendendo nei particolari, poi, la dottrina in esame opera una distinzione a seconda della fattispecie considerata. V'è, infatti, un primo gruppo di reati che presuppone la presentazione della dichiarazione ai fini delle imposte sui redditi o sul valore aggiunto (artt. 2, 3, 4, 5, d. lgs. 70/2004). Questi costituiscono reati di cui potrebbero essere chiamati a rispondere soltanto coloro che sono tenuti alla presentazione delle relative dichiarazioni. V'è, invece, un secondo gruppo di reati, non legati alla presentazione della dichiarazione (artt. 8, 10, 11, d. lgs. 70/2004), per i quali risponde il rappresentante legale (cioè il soggetto formalmente qualificato). In conclusione, l'unico caso per il quale potrebbe aversi applicazione dell'art. 2639 cc sarebbe quello di un bilancio falso (rilevante ex art. 2622 cc) che venga posto alla base di una dichiarazione fraudolenta o infedele. Secondo tale impostazione, quindi, in ogni altro caso l'amministratore di fatto potrà rispondere solo a titolo di concorso (ad esempio ove abbia collaborato attivamente con l'amministratore di diritto per la presentazione di una dichiarazione mendace).

6. LA RESPONSABILITÀ DELL'AMMINISTRATORE DI DIRITTO

Come in materia societaria, così anche negli altri ambiti esaminati, il fatto che si accetti la responsabilità diretta dell'amministratore di fatto quale intraneo non esclude analogha responsabilità dell'amministratore di diritto.

³²⁴ Cassazione penale, sez. III, 17/01/1996.

In questi casi, semplicemente, si assiste ad una sorta di “ribaltamento”, per cui se prima era l’amministratore di fatto ad essere chiamato a rispondere quale concorrente nel reato proprio dell’amministratore di diritto, oggi potrà essere quest’ultimo a concorrere nel reato dell’amministratore di fatto. In dottrina³²⁵ si è anche parlato di un “rovesciamento di paradigma”, a causa del quale l’amministratore di diritto, da autore indefettibile del reato d’impresa, diventa concorrente nel reato del gestore effettivo.

Trattasi di una regola chiaramente applicata dalla giurisprudenza, secondo la quale *“va affermata la responsabilità per il delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale dell’amministratore di società che, pur in presenza di amministratori di fatto ed oltre a ricoprire formalmente la carica, abbia effettuato operazioni economiche riconducibili alla gestione della società”*³²⁶. In termini più generali: *“In tema di bancarotta fraudolenta patrimoniale, l’amministratore di diritto risponde penalmente dei reati commessi dall’amministratore di fatto, sia se abbia agito di comune accordo con lui, sia in virtù dei principi generali che regolano la responsabilità penale”*³²⁷.

In particolare, per quanto riguarda l’elemento soggettivo del reato (con riferimento ad un caso di bancarotta fraudolenta) la Suprema Corte ha evidenziato che *“in caso di concorso ex art. 40, comma secondo, cp, da parte dell’amministratore di diritto nel reato commesso dall’amministratore di fatto, ad integrare il dolo del primo è sufficiente la generica consapevolezza che il secondo compia una delle condotte indicate nella*

³²⁵ F. Consulich, *Poteri di fatto ed obblighi di diritto nella distribuzione delle responsabilità penali societarie*, cit..

³²⁶ Cassazione penale, sez. V, 03/07/2012, n. 42708.

³²⁷ Cassazione penale, sez. V, 20/01/2012, n. 16942.

*norma incriminatrice, senza che sia necessario che tale consapevolezza investa i singoli episodi delittuosi, potendosi configurare l'elemento soggettivo sia come dolo diretto, che come dolo eventuale, salva la prova della volontà del mancato impedimento dell'evento*³²⁸.

Fermi restando i rilievi già effettuati³²⁹ (e ribaditi dalla dottrina penal-fallimentare e penal-tributaria³³⁰), ulteriori considerazioni sono necessarie in riferimento ai reati fallimentari. Nello specifico, la posizione della giurisprudenza varia, in dipendenza delle diverse tipologie di illecito, in due casi particolari.

Una prima differenziazione è operata dalla Suprema Corte, secondo la quale, in tema di bancarotta fraudolenta per distrazione, *“la pur consapevole accettazione del ruolo di amministratore apparente non necessariamente implica la consapevolezza dei disegni criminosi attuati*

³²⁸ Cassazione penale, sez. V, 11/04/2012, n. 25432. Negli stessi termini, cfr.: Cassazione penale, sez. V, 05/05/2009, n. 31142: *“In tema di bancarotta fraudolenta, mentre, dal punto di vista oggettivo, non è dubbio che l'amministratore di diritto ne può rispondere unitamente all'amministratore di fatto per non aver impedito l'evento che aveva l'obbligo giuridico di impedire (art. 40 comma 2 cp), dal punto di vista soggettivo si richiede tuttavia, per poter fondare la responsabilità, la consapevolezza, da parte del primo, che l'amministratore effettivo distrae, occulta, dissimula distrugge o dissipa i beni sociali ovvero espone o riconosce passività inesistenti: tale consapevolezza a tal fine basta che sia generica, nel senso che non è necessario che investa i singoli episodi nei quali l'azione dell'amministratore di fatto si è estrinsecata. Tuttavia, tale consapevolezza non può essere desunta dal fatto che il soggetto abbia acconsentito a ricoprire la carica di amministratore”*.

³²⁹ *Infra*, 84 ss..

³³⁰ V. Cardone – F. Pontieri, *Bancarotta fraudolenta patrimoniale e documentale: responsabilità penale dell'amministratore di diritto per gli illeciti commessi dall'amministratore di fatto*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2010, n. 1/2; E. Fontana, *Amministratore di fatto e di diritto: quando dalla responsabilità commissiva nasce quella omissiva*, cit.; F. M. Iacoviello, *La prova della responsabilità dell'amministratore di diritto e dell'amministratore di fatto nella bancarotta fraudolenta*, in *Fallimento*, 2005, n. 6; V. Cardone – F. Pontieri, *Bancarotta fraudolenta e responsabilità penale dell'amministratore*, cit.; AA. VV., *I reati fallimentari*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2009; S. Di Paola, *Orientamenti giurisprudenziali sulla responsabilità dell'amministratore di fatto nei reati tributari e fallimentari*, in *Il foro italiano*, 2013; M. F. Artusi, *Sulla correttezza dell'amministratore formalmente investito della funzione con l'amministratore di fatto*, cit.; E. M. Ambrosetti – E. Mezzetti – M. Ronco, *Diritto penale dell'impresa*, cit.; G. Izzo, *L'amministratore di fatto risponde dell'occultamento o distruzione dei documenti contabili*, cit.; A. Iorio – S. Sereni, *La responsabilità dell'amministratore senza delega e della “testa di legno”*, in *Fisco*, 2009, n. 25; F. Consulich, *Poteri di fatto ed obblighi di diritto nella distribuzione delle responsabilità penali societarie*, cit..

*dall'amministratore di fatto, sicché, al contrario di quanto avviene per la bancarotta documentale, il mancato reperimento di alcuni beni in assenza di adeguata giustificazione sulla loro destinazione non implica necessaria responsabilità dell'amministratore solo apparente ex art. 40, comma 2, cp*³³¹. Nel commentare tale decisione, la dottrina ha rilevato che nel caso di bancarotta documentale la colpevolezza dell'amministratore di diritto nasce facilmente dal combinato disposto degli artt. 2392 cc e 40 cp. Infatti, ben può ritenersi la responsabilità del soggetto di diritto, sul quale grava l'obbligo di tenere e conservare le scritture contabili. Viceversa, nell'ipotesi della distrazione, esso non può essere considerato automaticamente responsabile, in quanto l'accettazione della carica non è prova della sua consapevolezza dei disegni criminosi del soggetto di fatto³³². Peraltro, tale soluzione espone di nuovo la giurisprudenza alle critiche della dottrina in tema di rispetto del principio di responsabilità personale di cui all'art. 27 Cost.³³³, e non solo! Altra dottrina³³⁴, infatti, amaramente sostiene che “la

³³¹ Cassazione penale, sez. V, 25/10/2012, n. 8775.

³³² R. Bricchetti – L. Pistorelli, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., in cui si fa riferimento a Cassazione penale, sez. V, 19/02/2010, nonché a Cassazione penale, sez. V, 04/06/2004, n. 28007, nella quale la Suprema Corte chiarisce che “in tema di bancarotta fraudolenta, mentre con riguardo a quella documentale per sottrazione delle scritture contabili, ben può ritenersi la responsabilità del soggetto investito solo formalmente dell'amministrazione dell'impresa fallita (cosiddetto “testa di legno”), atteso il diretto e personale obbligo dell'amministratore di diritto di tenere e conservare le suddette scritture, non altrettanto può dirsi con riguardo all'ipotesi della distrazione, relativamente alla quale non può, nei confronti dell'amministratore apparente, trovare automatica applicazione il principio secondo il quale, una volta accertata la presenza di determinati beni nella disponibilità dell'imprenditore fallito, il loro mancato reperimento, in assenza di adeguata giustificazione della destinazione ad essi data, legittima la presunzione della dolosa sottrazione, dal momento che la pur consapevole accettazione del ruolo di amministratore apparente non necessariamente implica la consapevolezza di disegni criminosi nutriti dall'amministratore di fatto”. Lo stesso principio è stato enunciato dalla Corte in altre pronunce, tra le quali cfr.: Cassazione penale, sez. V, 19/02/2010.

Per i medesimi rilievi, cfr.: G. G. Sandrelli, *Il soggetto “di fatto” nei reati societari e fallimentari e l'introduzione del “nuovo” art. 2639 cc*, cit.; A. Mari, *Fallire per conto di terzi: le conseguenze nel caso della “testa di legno”*, in *Diritto e giustizia*, 2004, n. 30.

³³³ E. Fontana, *Amministratore di fatto e di diritto: quando dalla responsabilità commissiva nasce quella omissiva*, cit.. In argomento, cfr.: E. Fontana, *Responsabilità della “testa di legno” per fatti di bancarotta?*, in *Diritto e giustizia*, 2013.

giurisprudenza assume un atteggiamento non sistematico, non pragmatico”, interpretando il diritto sostanziale in modo tale che serva il diritto processuale (ossia consenta la prova del reato). Così, essa adotta un atteggiamento garantista in riferimento alla bancarotta fraudolenta patrimoniale, ed inspiegabilmente rigido per la bancarotta fraudolenta documentale³³⁵.

La seconda distinzione coinvolge bancarotta patrimoniale propria ed impropria. Secondo certa dottrina³³⁶, infatti, nel primo caso il soggetto qualificato, una volta delegate le sue funzioni, potrebbe essere chiamato a rispondere a titolo di concorso, ma non per omesso impedimento dell'evento, avendo trasferito ad altri la propria posizione di garanzia. Diversamente, laddove egli non sia ricorso all'istituto della delega, potrebbe essere ritenuto direttamente responsabile. Nel secondo caso, invece, sarebbe sempre ammissibile il concorso mediante omissione (connotato da dolo generico) in forza del combinato disposto degli artt. 223, comma 2, l. fall. e 40, comma 2, cp, atteso che la qualifica di imprenditore compete alla società.

³³⁴ F. M. Iacoviello, *La prova della responsabilità dell'amministratore di diritto e dell'amministratore di fatto nella bancarotta fraudolenta*, cit..

³³⁵ V. Cardone – F. Pontieri, *Bancarotta fraudolenta patrimoniale e documentale: responsabilità penale dell'amministratore di diritto per gli illeciti commessi dall'amministratore di fatto*, cit.. Gli Autori, peraltro, rilevano come tale indirizzo non sia seguito da parte della giurisprudenza di merito, che richiede la prova della consapevolezza dell'amministratore di diritto circa l'attività illecita dell'amministratore di fatto anche per la bancarotta fraudolenta documentale.

³³⁶ G. Gliatta, *L'onere per l'amministratore formale di vigilare sull'operato dell'amministratore di fatto*, in *Società*, 2008, n. 4.

CAPITOLO 5

L'INTERPRETAZIONE ANALOGICA DELL'ART. 2639 CC

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. L'analogia: definizione, storia, *ratio* – 3. Fondamento – 4. Struttura – 5. I limiti dell'analogia – 6. Il divieto dell'analogia: le norme eccezionali – 7. Il divieto di analogia: le norme penali – 7.1 L'analogia *in bonam partem* – 8. L'applicazione giurisprudenziale del procedimento per analogia – 9. L'interpretazione analogica dell'art. 2639 cc: considerazioni conclusive

1. PREMESSA

Secondo quanto trattato nel capitolo che precede, la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria hanno concluso per l'estensione dell'ambito di operatività della norma di cui all'art. 2639 cc al di fuori degli stretti confini derivanti da un'interpretazione letterale, attraverso il ricorso ad una pluralità di validi argomenti: esigenza di assicurare coerenza sistematica, volontà di evitare discriminazioni, necessità di rispettare un principio di ragionevolezza.

Tuttavia, pare doveroso vagliare se tale soluzione meriti altresì di ricevere ulteriore valenza in ragione del ricorso all'applicazione del procedimento analogico³³⁷. Pertanto, occorrerà ripercorrere i principali aspetti che caratterizzano, in linea più generale, l'istituto dell'analogia, per poi verificare quanto il procedimento analogico risulti conferente nel supportare la tesi della estensibilità.

³³⁷ In realtà, parte della dottrina si è già adoperata nel propugnare la valenza di tale argomento: v. infra 159 ss..

2. L'ANALOGIA: DEFINIZIONE, STORIA, *RATIO*

L'analogia è un procedimento mediante il quale l'interprete del diritto (il giudice o, più genericamente, il giurista) colma una lacuna dell'ordinamento, applicando le norme previste per casi simili o materie analoghe, in base al disposto dell'art. 12 disp. prel. cc. Più specificamente, si definisce "analogia giuridica" quel procedimento mediante il quale si attribuisce ad un caso o ad una materia, non espressamente regolati dall'ordinamento, la disciplina prevista dal legislatore per un caso o una materia simili.

Le origini del procedimento analogico sono risalenti nel tempo³³⁸. Esso, infatti, è stato studiato già da Aristotele, con il nome di "paradigma". Sulla scia dell'analisi del filosofo greco, i logici medievali lo descrissero come un procedimento autonomo rispetto alle categorie del procedimento deduttivo ed induttivo, in quanto procede dal particolare al particolare (mentre negli altri due casi abbiamo una progressione dal generale al particolare e viceversa). I logici moderni, al contrario, lo qualificarono come un ragionamento induttivo, e precisamente di "induzione imperfetta", perché conduce a conclusioni solo probabili. Ad ogni modo, nonostante le differenze di qualificazione, i filosofi hanno sempre riconosciuto nell'analogia il fattore dinamico e propulsivo di ogni procedimento gnoseologico e di ricerca, la legge interna di ogni pensiero. Il significato dell'analogia, infatti, sta nel portare alla luce la struttura dell'essere, in quanto tale ed in rapporto alla totalità. Lo stesso termine "analogia" rimanda con immediatezza alla diversità tra due termini e, contemporaneamente, ad una relazione fra gli stessi. In base

³³⁸ N. Bobbio, *Analogia*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino 1957; G. Zaccaria, *L'analogia come ragionamento giuridico*, in *Enciclopedia Giuffrè*.

all'etimologia della parola, la diversità viene ricondotta ad un punto di riferimento (*analogos* significa infatti "secondo il *logos*" o "corrispondente al *logos*"). Analogamente, nel diritto, l'interpretazione (che è sempre collocabile nel campo dell'analogico) consente, da un lato, di percepire quanto vi è di identico nel differente, dall'altro, di individuare l'elemento di coerenza ed unità nella frammentarietà del molteplice. Infatti, l'esperienza (giuridica) è contrassegnata da analogie e differenze, e l'unità dell'ordinamento non va realizzata sacrificando queste ultime, ma riconducendole ad unità. In caso contrario, il diritto apparirebbe come un dato sempre identico a se stesso, restando così preclusa ogni forma di arricchimento successivo. I processi logico-giuridici (tra cui, *in primis*, la sussunzione) sono sempre caratterizzati da un progressivo avvicinamento di fattispecie astratta e concreta. Nella concezione giuspositivistica dell'ordinamento, l'analogia veniva impiegata di rado per colmare le poche ed eccezionali lacune, in quanto era generalmente ritenuto che lo sviluppo logico delle norme consentisse di risolvere ogni possibile questione giuridica. In altri termini, era compito del giudice risolvere il caso in base ad un'attività meramente conoscitiva ed applicativa della legge e tutti i giuristi si riconoscevano nel dato dell'unità. Attualmente, invece, il caso eccezionale è la regola ed il presupposto della coerenza dell'ordinamento è ormai da tempo superato, ma questo non vuol dire che l'analogia sia divenuta superflua. Tutt'altro! Essa costituisce un fattore essenziale grazie al quale il giurista può orientarsi e procedere negli ordinamenti attuali, frammentati e sconnessi³³⁹.

Nella tradizione giuridica, il riferimento all'analogia si fa risalire a Giuliano, al quale glossatori e commentatori si riferirono per elaborare i

³³⁹ G. Zaccaria, *L'analogia come ragionamento giuridico*, cit..

principi della dottrina dell'*extensio legis*, tra i quali figurava quello dell'*argumentum a simili*. Nel quattrocento e nel cinquecento, questa dottrina venne distinta da quella della *comprehensio legis* (relativa alla interpretazione delle parole e dell'intenzione del legislatore), e designò i procedimenti di integrazione della legge tra cui, appunto, il procedimento analogico. Dunque, l'analogia ha rappresentato una costante della sapienza pratica del giurista, il cui compito consiste, in gran parte, nell'istituire raffronti analogici tra casi diversi. Tuttavia, il termine "analogia" per indicare l'estensione basata sulla somiglianza tra diversi casi cominciò ad essere utilizzata solo verso la fine del XVIII secolo. Inoltre, il primo riferimento non fu all'*analogia legis*, bensì all'*analogia juris*. Si deve al Savigny, in effetti, la definizione di analogia che abbiamo poc'anzi fornito. Attualmente, l'analogia è uno dei procedimenti più utilizzati per l'integrazione dell'ordinamento e il suo adattamento alla realtà sociale. Cionondimeno, spesso non se ne trova traccia nelle legislazioni moderne. Infatti, non è contemplata nel codice civile francese del 1804 ed in quello tedesco del 1900. Un riferimento compare, al contrario, nel codice civile austriaco³⁴⁰ del 1811, al quale si è ispirato dapprima il nostro codice civile albertino (1838) e poi l'art. 12 dell'attuale codice civile. L'art. 14 cc, invece, riproduce le leggi penali del Regno delle Due Sicilie³⁴¹.

Come già accennato, la funzione dell'analogia è quella di colmare le lacune dell'ordinamento, dove per "lacuna" si intende la mancanza di una

³⁴⁰ L'art. 6 di tale codice recita: "Qualora un caso non si possa decidere né secondo le parole, né secondo il senso naturale della legge, si avrà riguardo ai casi consimili, precisamente dalle leggi decise ed ai motivi di altere leggi analoghe".

³⁴¹ Altri codici che (al pari di quello italiano) menzionano l'analogia sono: il codice civile sassone (1863), il codice civile portoghese (1867), il codice civile argentino (1882), il codice civile brasiliano (1916), il codice civile venezuelano (1916). I codici spagnolo (1889) e messicano (1928) fanno riferimento solo ai principi generali dell'ordinamento. Particolare, infine, il codice svizzero del 1907, che, nei casi di lacuna, autorizza il giudice a decidere come se fosse il legislatore.

norma atta a regolare un caso controverso, o meglio di problematica sussunzione sotto la norma “in materia” prevista. Nello specifico, si ha lacuna soggettiva (o primaria) quando la mancanza dipende dal legislatore, come nel caso di negligenza, dimenticanza o, all’opposto, consapevole scelta di regolare solo i casi ritenuti più frequenti³⁴². Diversamente, si ha lacuna oggettiva (o secondaria) quando la suddetta mancanza dipende dalla naturale evoluzione della società e della tecnica, che ha determinato casi che il legislatore non poteva prevedere. Ebbene, per colmare tali lacune esistono due diversi metodi: l’eterointegrazione, in base al quale la soluzione viene individuata al di fuori dell’ordinamento (ad es., in fonti diverse dalla legge o norme di altri ordinamenti); l’autointegrazione, in base al quale la soluzione viene individuata all’interno dell’ordinamento, come avviene, precisamente, mediante il procedimento analogico³⁴³.

L’art. 12 disp. prel. cc, in particolare, sembra essere espressione della volontà del legislatore di soddisfare le esigenze di completezza dell’ordinamento, dal momento che è impossibile, come noto, dettare una disciplina che possa contemplare ogni caso che concretamente si presenti all’interprete. Tale norma è dunquepregna di contenuto normativo, giacché, in forza di essa, anche il “caso analogo”, non espressamente disciplinato, trova adeguata regolamentazione. La disposizione in esame non è, quindi, una semplice regola interpretativa, ma una formula che riassume più fattispecie incriminatrici e consente di constatare la validità di una disciplina, ipotizzata per una situazione determinata, anche per

³⁴² Parte della dottrina (Zaccaria) definisce queste seconde lacune come “lacune di regolamentazione” ed evidenzia come esse si producano all’emergere di nuovi processi economico-tecnologici, soprattutto nelle fasi di veloce mutamento sociale e tecnologico.

³⁴³ N. Bobbio, *Analogia*, cit..

situazioni simili. Per ragioni di economia, il legislatore ha preferito utilizzare l'espressione "casi simili e materie analoghe" in un'unica disposizione, di carattere generale, piuttosto che in singole norme incriminatrici³⁴⁴.

3. FONDAMENTO

Nell'indagare il fondamento dell'analogia, la dottrina³⁴⁵ suole distinguere tra fondamento "logico", fondamento "giuridico" e fondamento "politico". Questi tre aspetti vengono poi ricondotti alla c.d. "legge di validità dell'analogia".

Dal punto di vista logico³⁴⁶, l'analogia è legittima quando il caso non espresso condivide con il caso espresso quella che è la ragion sufficiente dell'attribuzione allo stesso di quella determinata regolamentazione. La ragion sufficiente è ciò che rende tale un ente, e senza la quale esso non sarebbe. Analogamente, la ragion sufficiente di una norma è ciò senza cui la norma non sarebbe, cosicché, se venisse meno questo elemento, verrebbe meno la norma stessa. Si tratta, in definitiva, di ciò che i giuristi hanno tradizionalmente appellato *ratio legis*. Dunque, l'estensione della norma, prevista per un determinato caso, ad altro caso non regolato sarà valida solo ove sussista identità di *ratio*, ossia quando i due casi abbiano *eadem ratio*. Di qui il noto brocardo: "*ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio*". Il cardine del ragionamento, dunque, è il concetto di somiglianza tra due fattispecie (principio dell'universabilità), ma il criterio

³⁴⁴ C. F. Grosso, *L'art. 121 T. U. delle leggi di pubblica sicurezza 18-6-1931 n. 773 e il divieto di analogia in diritto penale*, in *Giurisprudenza italiana*, 1961, I.

³⁴⁵ L. Caiani, *Analogia (teoria generale)*, Encicl. *Giuffrè*.

³⁴⁶ N. Bobbio, *Analogia*, cit..

attraverso il quale viene realmente colmata la lacuna è il principio d'eguaglianza giuridica, che impone di disciplinare allo stesso modo casi che, per quanto diversi, presentino identità degli elementi essenziali³⁴⁷. Naturalmente, è di fondamentale importanza che tale assunto venga dimostrato sul terreno del diritto positivo. Per far ciò, è indispensabile un'attività di interpretazione che non sia fondata su considerazioni meramente soggettive, ma sia concretizzazione dell'apprezzamento proprio dell'intero ordinamento³⁴⁸.

Altro principio fondamentale su cui fonda il procedimento analogico è il principio di giustizia distributiva, in base al quale a fattispecie analoghe debbono corrispondere gli stessi effetti giuridici. Questo principio non è estraneo all'ordinamento, ma viene impiegato in tutti quegli argomenti (ad. es., casi di interpretazione sistematica) fondati sulla coerenza di contenuto tra norme diverse. In tale prospettiva, appare decisivo il criterio adottato per stabilire quali elementi debbano considerarsi essenziali al fine di attribuire a fatti diversi il medesimo valore giuridico³⁴⁹.

Ultimo principio, strettamente legato al divieto di analogia, è il principio di precisione. Infatti, il divieto in esame presuppone che il legislatore abbia rispettato tale principio nella formulazione delle norme, in quanto solo norme chiare e precise consentono di verificare se il giudice abbia svolto un'opera di interpretazione o di creazione di norme. Se, al contrario, il legislatore utilizza termini così vaghi ed elastici da poter assumere qualunque significato, il divieto di analogia perde la sua ragion d'essere, e

³⁴⁷ Tale principio, ovviamente, può operare sia in senso positivo, sia in senso negativo, se l'interprete ritiene che a fatti diversi vada riservato un trattamento diverso.

³⁴⁸ G. Zaccaria, *L'analogia come ragionamento giuridico*, cit..

³⁴⁹ Tale principio risale alla concezione aristotelica di analogia come proporzione, che è equità di rapporti e presuppone almeno quattro termini. Affinché possa parlarsi di analogia, infatti, è necessario un contesto razionale, che leghi tra loro diversi rapporti giuridici.

un eventuale sconfinamento dall'ambito di applicazione della norma non può essere imputato al giudice. Ne è responsabile, al contrario, lo stesso legislatore, che ha "abdicato al suo monopolio nella creazione delle norme penali, autorizzando il singolo giudice a divenire legislatore nel caso concreto"³⁵⁰.

Pur essendo, dunque, logicamente ineccepibile, il ragionamento analogico è stato spesso tacciato di insufficiente precisione. A siffatte critiche è possibile rispondere che nessun linguaggio scientifico può mai rinunciare alla metafora e all'interpretazione, perché insite nella lingua, e che il progresso ha spesso avuto luogo proprio attraverso di esse. In effetti, la stessa analogia è preceduta e seguita da un'attività interpretativa. Infatti, la prima operazione consiste nella scelta dell'interprete di inserire o meno il caso concreto nella categoria di fatti prevista da una norma esistente. Segue il cuore del procedimento analogico: la creazione della nuova norma, che qualifica allo stesso modo atti diversi ma simili. Infine, l'interprete stabilisce un rapporto inclusivo tra la nuova norma ed i fatti da qualificare³⁵¹.

Dal fondamento logico dell'analogia è ora opportuno distinguere il fondamento giuridico³⁵², giacché il fatto che l'analogia sia logicamente possibile non vuol dire che sia anche giuridicamente lecita. Del resto, che i due piani non coincidano è testimoniato dal fatto che in ogni ordinamento vi sono sfere in cui il ragionamento analogico, pur logicamente possibile, è giuridicamente illecito e vietato. Dal punto di vista giuridico, dunque, l'analogia fonda su una norma interna all'ordinamento. Nel nostro caso, si tratta del (già menzionato) art. 12, capov., disp. prel. cc., a norma del

³⁵⁰ G. Marinucci – E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, Milano 2001, 180.

³⁵¹ G. Zaccaria, *L'analogia come ragionamento giuridico*, cit..

³⁵² N. Bobbio, *Analogia*, cit..

quale: “Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell’ordinamento giuridico dello Stato”³⁵³.

Ora, la liceità (talvolta: la obbligatorietà) del procedimento analogico si basa su uno dei postulati cui si ispira l’attività interpretativa: la ragionevolezza del legislatore. In altre parole, si presume che egli, in quanto essere ragionevole, si ponga liberamente dei fini, scegliendo, di conseguenza, i mezzi più adeguati a realizzarli. Tale postulato è il presupposto in base al quale l’interprete procede all’estensione dell’ambito di applicazione di una norma per analogia³⁵⁴. Parte della dottrina³⁵⁵, tuttavia, ritiene che il problema del fondamento giuridico (ossia della giustificazione dell’analogia come mezzo di integrazione del diritto) possa essere ricondotto al più ampio problema del valore delle norme interpretative. In tale prospettiva, esso è un “falso problema”, poiché richiede soluzione solo nell’ambito di quelle concezioni fondate sul presupposto della completezza formale dell’ordinamento, le quali ritengono l’analogia un mezzo non naturale d’integrazione, pretendendo una giustificazione del suo impiego eccezionale. Questa giustificazione, a sua volta, può essere ricavata da una norma giuridica positiva ovvero, implicitamente, dal principio della volontà presunta³⁵⁶.

Resta da esaminare il fondamento “politico” dell’analogia, per il quale essa potrebbe giustificarsi in ragione del principio dell’egual trattamento di

³⁵³ Peraltro, la dottrina (Bobbio) sottolinea come, in quegli ordinamenti in cui manchi una norma *ad hoc*, si dovrebbe parlare di una norma non scritta implicita nel sistema.

³⁵⁴ N. Bobbio, *Analogia*, cit.; G. Zaccaria, *L’analogia come ragionamento giuridico*, cit..

³⁵⁵ L. Caiani, *Analogia (teoria generale)*, cit..

³⁵⁶ Principio della volontà presunta: si presume che se il legislatore ha voluto in un certo modo per un determinato caso, voglia lo stesso trattamento giuridico per casi analoghi.

fronte alla legge. In questo caso, il problema si riduce a quello delle lacune, o meglio della necessità “politica” di risolvere ogni problema o dubbio giuridico, anche non previsto dal legislatore. Tale problematica rientra, quindi, nella più ampia questione dei rapporti tra legalità e giustizia, ovvero dei rapporti tra giustizia come certezza e giustizia come equità. In tal senso, le giustificazioni dell’analogia possono variare in rapporto alle diverse prospettive politico-ideologiche, nonché alla diversa prospettiva di interpreti e teorici del diritto³⁵⁷.

4. STRUTTURA

Dopo aver individuato il fondamento del ragionamento analogico, è opportuno descriverne la struttura. In tale prospettiva, si definisce analogia il procedimento per cui, posti in rapporto di somiglianza due termini, si estende al secondo il predicato del primo, secondo la formula: S è simile a M, M è P, S è P³⁵⁸. Ovviamente, affinché i due termini possano dirsi simili è necessario che abbiano delle proprietà in comune³⁵⁹. In secondo luogo, la somiglianza deve essere rilevante, ossia il termine in favore del quale opererà l’estensione deve avere, in comune con l’altro, l’elemento che costituisce la ragion sufficiente dell’attribuzione, a questo, della proprietà da estendere. In base a ciò il principio di validità dell’analogia può essere riformulato come segue: da S simile a M si può concludere che, Q essendo P, S è P, se S ha in comune con Q una proprietà tale che essa sia la ragion sufficiente per cui Q è P³⁶⁰.

³⁵⁷ L. Caiani, *Analogia (teoria generale)*, cit..

³⁵⁸ N. Bobbio, *Analogia*, cit..

³⁵⁹ ... una o più, ma non tutte! Diversamente, si avrebbe identità.

³⁶⁰ N. Bobbio, *Analogia*, cit..

Nella pratica, poi, l'interprete che si trovi dinanzi ad un caso non regolato dal legislatore si trova a dover scegliere tra due possibilità: negare identità giuridica e, applicando un *argumentum a contrario*, ritenere che la presunta lacuna sia in realtà frutto di una precisa scelta del legislatore; affermare la somiglianza tra caso regolato e caso non regolato e, in base all'*argumentum a simili*, colmare la lacuna. Dunque, è come se ogni norma particolare dell'ordinamento fosse sempre accompagnata da due norme generali ed implicite: l'una, inclusiva, stabilisce che tutti i comportamenti giuridicamente simili a quello regolato devono avere la stessa qualificazione; l'altra, esclusiva, postula che tutti i comportamenti non simili allo stesso debbano avere qualificazione opposta. Pertanto, l'interprete è chiamato a scegliere quale delle suddette possibilità risponde al caso concreto, ossia, analogamente, quale norma generale implicita applicare.

Risulta evidente che un tale procedimento logico è ben diverso rispetto a quello che si svolge nel sussumere un caso di una fattispecie molto ampia e di difficile delimitazione. In tal caso, infatti, l'interprete deve in primo luogo individuare l'esatto significato della norma tramite gli ordinari criteri interpretativi, per poi stabilire se il fatto presenti gli elementi costitutivi della fattispecie astratta e sia quindi giuridicamente rilevante. Nel caso dell'analogia si svolge invece un'indagine più complessa, che integra il procedimento testé descritto con il giudizio di somiglianza³⁶¹.

Ricapitolando, il ragionamento per analogia si scinde in due rapporti di identità tra due termini di un rapporto ed il loro *quid commune*. Di qui la formula: Q è P; Q è M; S è M; S è P. Muovendo da tali premesse, la

³⁶¹ C. F. Grosso, *L'art. 121 T. U. delle leggi di pubblica sicurezza 18-6-1931 n. 773 e il divieto di analogia in diritto penale*, cit..

dottrina³⁶² evidenzia una serie di conseguenze. *In primis*, il ragionamento per analogia è un ragionamento “composto”, cioè formulazione abbreviata di un ragionamento complesso. In quanto tale, esso può essere risolto in un procedimento deduttivo (o di logica dimostrativa) se la proposizione “Q è P” è assunta come esemplificazione dimostrativa della principale “M è P”, ovvero in un procedimento induttivo (o di logica inventiva) se la medesima proposizione è il risultato di un’osservazione volta a trovare la ragione per cui Q è P. Infine, il ragionamento analogico non è un tipo particolare di ragionamento, ma una formulazione tipica di qualunque tipo di ragionamento, induttivo o deduttivo. Inoltre, per quanto riguarda la ragion sufficiente, si constata che essa può essere intesa in due modi: “rapporto di fondamento a conseguenza”, in quanto M è il genere di cui P è il predicato (cosicché tutti gli M sono P), ovvero “rapporto di causa ad effetto”, in quanto M rappresenti la causa di P. In termini giuridici, questo comporta che se Q ha le conseguenze giuridiche P, e S è simile a Q, anche S deve avere le medesime conseguenze giuridiche P. Dunque, la ragion sufficiente può rappresentare, a seconda dei casi, il fatto storico di cui ricercare la causa o il giudizio di cui bisogna individuare il fondamento. Nel primo caso, si cercherà il “motivo” della norma; nel secondo, il suo fondamento o “verità”. In effetti, l’interprete, nell’estendere una regola per analogia, non fa altro che dimostrare che le due situazioni prese in esame presentano lo stesso motivo o lo stesso fondamento. Ora, la dottrina in esame ritiene che tale schema formale non sia adeguato per comprendere l’effettiva funzione che l’analogia esplica nell’applicazione del diritto. Questo per varie ragioni, tra cui il fatto che si tratta di uno schema derivato dalla logica formale, che risponde alle esigenze e finalità proprie di tipi di

³⁶² L. Caiani, *Analogia (teoria generale)*, cit..

ricerca diversi (come quella logico-matematica o logico-sperimentale). Per questo motivo, si contesta la stessa equiparazione della ragion sufficiente alla *ratio legis*. La ragion sufficiente, tanto nella sua accezione di “causa efficiente” quanto di “fondamento”, è qualcosa di diverso dalla *ratio*, intesa come principio superiore di diritto e scopo pratico di una norma. Infatti, la *ratio* si ricollega ad un’indagine storica, non naturalistica. Un’indagine, cioè, volta ad individuare e comprendere una serie di elementi teleologici e fini pratico-politici. Il principio superiore, in particolare, non è un principio logico da cui ricavare deduttivamente delle conseguenze, ma è da intendersi piuttosto come un criterio di valutazione, frutto di una precisa scelta legislativa, la quale rappresenta più un giudizio di valore che non un giudizio logico o di fatto. E’ questa la ragione per la quale il ragionamento per analogia non è un ragionamento di “certezza”, ma di “probabilità”, difficile da ancorare a criteri di rigorosa obbiettività perché richiede l’individuazione del motivo “storico” della norma, che evidentemente non coincide con la causa di un evento naturale, né consiste nell’esplicitazione dei passaggi logici di un ragionamento. Del resto, aleatori sono anche i criteri in base ai quali si procede a tale valutazione: l’interprete, infatti, opera in virtù di un atto intuitivo, ed è condizionato dalla situazione ambientale, dalla sua cultura giuridica, dallo scopo che intende perseguire. Tutto ciò lo porta a scegliere di estendere al caso non regolato la disciplina di una determinata norma rispetto ad altre. In conclusione, fermo restando lo schema del ragionamento analogico come ragionamento per somiglianza, sarebbe opportuno evitare ogni riferimento alla *ratio legis*, sostituendolo con il più generico “principio”.

5. I LIMITI DELL'ANALOGIA

L'art. 14 disp. prel. cc stabilisce: *“le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati”*. In tanto consistono i limiti di applicabilità del procedimento analogico. Ora, anche rispetto a tale dibattuto aspetto è possibile effettuare una distinzione tra fondamento giuridico e logico (del divieto). Siffatte questioni rinviano a svariate problematiche, tra cui: l'ammissibilità giuridica del divieto; l'ammissibilità logica dello stesso, ossia la possibilità di qualificare determinate norme come incompatibili, per loro natura, con il ragionamento analogico (ciò vale soprattutto per le norme eccezionali); l'opportunità e validità politico-ideologica del divieto. A tal ultimo riguardo, occorre ulteriormente distinguere a seconda che si tenti di ricostruire la *ratio* del divieto rispetto alle due categorie di norme che ne sono interessate (norme eccezionali e norme penali), ci si interroghi sull'opportunità del divieto nel contesto attuale (intesa come sua capacità di conseguire lo scopo assegnatogli), ovvero si dibatta sulla sua giustizia in senso assoluto (cioè la sua accettabilità rispetto ad un dato sistema di valori). Ulteriori problemi consistono nell'efficacia del divieto, in considerazione della frequente sua elusione da parte della giurisprudenza, e nell'identificazione delle norme alle quali esso dovrebbe applicarsi (si pensi alle norme eccezionali, non definite dal legislatore).

Dunque, per quanto concerne la questione del fondamento giuridico, ci si domanda se, essendo il procedimento per analogia un procedimento naturale e non eccezionale nell'applicazione del diritto³⁶³, possa avere valore una norma di divieto. Così formulato, il problema è di difficile

³⁶³ Si è detto che, laddove mancasse una norma che lo prevedesse esplicitamente, sarebbe comunque possibile farvi ricorso.

risoluzione giacché involge anche i rapporti tra logica naturale e logica giuridica, ed investe quello sulla validità delle norme sull'interpretazione e di quelle che disciplinano il processo di formazione del convincimento del giudice. Ebbene, per sostenere la validità del divieto, può argomentarsi che sarebbe arbitrario ritenere valide le norme sull'interpretazione solo ove pongano prescrizioni positive. Al contrario, come si ammette la possibilità di disciplinare un certo procedimento, così deve ammettersi anche la facoltà di vietarlo. Diversamente, si dovrebbe sostenere l'invalidità di tutte le norme proibitive, che prescrivono un "non fare" anziché un "fare", giungendo a risultati paradossali ed equiparando il divieto di analogia al (giustificato) divieto di imporre un comportamento impossibile (dal momento che *ad impossibilia nemo tenetur*) ovvero un ragionamento contraddittorio o assurdo. Analogamente, non si può far discendere l'invalidità dall'inefficacia del divieto, vale a dire dal fatto che non sia frequentemente osservato dalla giurisprudenza. Tale elusione, infatti, non è determinata da ragioni giuridiche, ma politico-sociali. Anzi, proprio la negazione della validità giuridica non è che un espediente, talvolta sfruttato dai giudici per "scavalcare" il divieto e rispondere ad esigenze di certezza.

Chiarito il fondamento giuridico del divieto di analogia, si può muovere ad esaminarne il fondamento logico. In questo caso, ci si domanda se possano esistere norme rispetto alle quali l'analogia non possa aver luogo per mancanza di qualche requisito essenziale al ragionamento, ossia per impossibilità logica. S'immagini una norma la cui *ratio* non possa ripetersi in nessun'altra situazione, ovvero una norma che non sia espressione di alcun principio, ma che fa capo solo a se stessa. È il caso, rispettivamente, delle norme in favore/sfavore di un determinato soggetto

e delle norme c.d. “a fattispecie esclusiva”.

Dimostrata la validità del divieto di analogia dal punto di vista giuridico e dal punto di vista logico, resta da esaminarne il fondamento politico. In tale prospettiva, è opportuno premettere che non è possibile fornire una soluzione obbiettiva e rigorosa, giacché il problema dipende dalla scelta del sistema di valori da cui si muove. Ad ogni modo, è possibile svolgere qualche considerazione di carattere generale. Prima di tutto, si osserva che il divieto di analogia è uno strumento volto a soddisfare esigenze di certezza e staticità dell'ordinamento, che vanno sempre bilanciate con quelle di equità e rinnovamento. Inoltre, va osservato che il divieto assume motivazione politica diversa a seconda che si parli di norme eccezionali o penali. Nel primo caso³⁶⁴, in particolare, il fondamento è rappresentato dai principi dell'eguaglianza e della coerenza, unità ed organicità dell'ordinamento. Come tale, non può aversi disparità o contraddizione di criteri di valutazione in ordine ai diversi rapporti di uno stesso ordinamento. Qualora ciò sia imposto da esigenze particolari o casi specifici, il divieto in esame interverrà come strumento di conservazione o restrizione, per contenere la portata di una disciplina essenzialmente anomala³⁶⁵.

6. IL DIVIETO DI ANALOGIA: LE NORME ECCEZIONALI

La nozione di norma eccezionale è di difficile precisazione, e diverse sono le posizioni della dottrina sul punto. Alcuni definiscono la norma eccezionale come “*norma che deroga ad una norma generale (valevole*

³⁶⁴ Per quanto concerne le norme penali, sia consentito rinviare ai paragrafi successivi.

³⁶⁵ L. Caiani, *Analogia (teoria generale)*, cit..

*cioè per la generalità dei casi), ovvero che regola un determinato comportamento in modo opposto a quello in cui verrebbe regolato se la norma eccezionale non esistesse. [...] La norma eccezionale insomma è quella che sottrae in determinate circostanze o per determinati tempi un comportamento alla regola generale*³⁶⁶. Altri, invece, la descrivono come *“norma che costituisce una deroga ad una norma comune, nel senso che di esse si possa dire che, ove non esistessero, quella fattispecie che da esse è regolata non sarebbe stata una fattispecie non regolata o indifferente al diritto, ma sarebbe stata regolata dalla norma di diritto comune*³⁶⁷.

Dunque, talvolta viene definita “legge eccezionale” quella che disciplina un ristretto numero di casi, che sarebbero altrimenti regolati da una norma generale. A tale definizione si può contestare il fatto che essa porterebbe ad escludere completamente le norme di diritto speciale, senza contare le difficoltà di accertamento dell’ampiezza dell’ambito applicativo delle norme confrontate. Tal’altra, si definisce “eccezionale” la norma che non costituisce complemento o specializzazione di una norma più ampia, ma anzi un’interruzione della consequenzialità giuridica di questa. In altri termini, si sarebbe davanti ad una norma eccezionale ove si consideri una norma che non solo è particolare o diversa, ma del tutto contrastante o antinomica rispetto alla norma generale. Tuttavia, tale definizione appare così ampia da poter comportare applicazioni diverse e portare a conclusioni diametralmente opposte. La soluzione migliore, probabilmente, consiste nel ritenere che l’art. 14 disp. prel. cc faccia riferimento a direttive generali dell’ordinamento giuridico, nel senso che, a

³⁶⁶ N. Bobbio, *Analogia*, cit..

³⁶⁷ G. Vassalli, *Analogia nel diritto penale*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino 1957.

fronte di una norma generale che disciplini una serie di casi conformemente a tali direttive generali, eccezionale sarebbe la norma che introduca delle limitazioni o deroghe particolari³⁶⁸. Ad ogni modo, la nozione è non solo vaga ed imprecisa, ma anche relativa, poiché una norma può perdere nel tempo il carattere di eccezionalità e diventare (se non normale) speciale, in rapporto alla maggior rilevanza e consistenza sociale dei rapporti che essa contempla o alla modificazione dei principi dell'ordinamento. Inoltre, è storicamente condizionata, perché dipende dal concetto di norma comune (anch'esso, peraltro, relativo)³⁶⁹.

Parte della dottrina³⁷⁰ evidenzia che anche le norme eccezionali potrebbero, in astratto, essere suscettibili di applicazione analogica, avendo una propria *ratio* ed essendo riconducibili a sistema. Dunque, non ci sono ragioni logico-giuridiche di inammissibilità dell'analogia, ma il divieto discende semplicemente da una scelta legislativa. Vero è che la norma è mal formulata, in quanto non definisce la legge eccezionale, ma da questo non può farsi derivare *tout court* l'inammissibilità del divieto. Tuttavia, ciò è causa sia della sua elusione da parte della giurisprudenza, sia del fatto che esso possa concretamente operare solo con riferimento a norme logicamente incompatibili rispetto ad esso, essendo necessario supplire alla mancanza di un criterio o direttiva giuridica con un criterio o direttiva logica. Viceversa, se il legislatore avesse individuato con precisione i criteri ai quali riferirsi per individuare le norme da ricomprendere nel divieto, esso potrebbe essere operante ed obbligatoriamente si imporrebbe al giudice. Tutto ciò porta ad auspicare non la rimozione, ma una più precisa riformulazione del divieto. Peraltro,

³⁶⁸ F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano 2003, 100 ss..

³⁶⁹ L. Caiani, *Analogia (teoria generale)*, cit..

³⁷⁰ L. Caiani, *Analogia (teoria generale)*, cit..

nell'attesa di un intervento normativo, è possibile attribuire al concetto di "norma eccezionale" un significato storicamente valido e scientificamente determinabile, in base ad una valutazione, da effettuarsi caso per caso, sull'eventuale contrasto tra norma in esame e norma generale. È possibile, altresì, raffrontare tali norme ai principi generali vigenti in un dato momento storico, per stabilire se vi derogano o vi consentano.

Secondo altra dottrina³⁷¹, il fondamento del divieto di analogia per le leggi eccezionali consisterebbe nel fatto che lo *ius singulare* non è fondato sulla *ratio* (come la legge comune) ma è istituito *propter aliquam utilitatem*. In altre parole, esso è accolto nell'ordinamento non per una ragione che lo giustifichi, ma solo perché posto dall'autorità, di talché non può essere sviluppato in via razionale ma solo autoritativa. È evidente come questa argomentazione non possa ritenersi soddisfacente, poiché: da un lato, le stesse norme comuni sono poste per una qualche utilità; dall'altro, le norme eccezionali non sono certo prive di una loro *ratio*! Né sembra poter discendere una tale conclusione dall'art 14 disp. prel., il cui scopo consiste nel vietare ai giudici di trattare la norma come qualunque altra legge, potendone quindi estendere il significato e l'ambito di applicazione. Ciò non può avvenire piuttosto perché trattasi di una norma che si discosta da un principio, laddove l'analogia ha quale presupposto proprio la possibilità di estendere al caso non regolato il principio base della legge che si applica al caso regolato. Il carattere eccezionale, quindi, potrebbe derivare proprio dall'impossibilità di formulare un principio sovraordinato e comune, perché la norma non è riconducibile a nessun principio generale (c.d. norma eccezionale per sua natura). In altre occasioni, invece, il principio comune potrebbe essere formulato, ma dalla legge risulta che il legislatore

³⁷¹ V.: N. Bobbio, *Analogia*, cit..

non vuole che l'interprete risalga al principio inespresso e lo estenda alla fattispecie non regolata (c.d. norma eccezionale per volontà del legislatore). L'analogia è impossibile in entrambi i casi, ma nel secondo presenta un fondamento politico³⁷².

7. IL DIVIETO DI ANALOGIA: LE NORME PENALI

Relativamente alle norme penali, il divieto di analogia è ribadito dall'art. 1 cp, in forza del quale: *“nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, nonché con pene che non siano in essa stabilite”*. Ancora, l'art. 199 cp, in tema di misure di sicurezza, recita: *“nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza che non siano espressamente stabilite dalla legge e fuori dei casi dalla legge stessa preveduti”*. Il divieto, inoltre, può senz'altro ritenersi costituzionalizzato, implicitamente³⁷³, ovvero quale sottoprincipio del principio di legalità (art. 25 Cost.)³⁷⁴.

In linea generale, la previsione di un divieto di analogia in materia penale origina da ragioni politiche inerenti alla tutela della libertà del cittadino nei confronti di possibili abusi del giudice. Ciò soprattutto in considerazione della particolare categoria di beni di cui la sanzione penale comporta privazione, come pure della nota d'infamia che l'accompagna. Non a caso, storicamente, l'abrogazione del divieto di analogia è coincisa con situazioni di prevalenza delle ideologie politiche dell'esecutivo sull'interesse del singolo. Sono i casi, emblematici, dei codici penali

³⁷² G. Vassalli, *Analogia nel diritto penale*, cit..

³⁷³ G. Fiandaca – E. Musco, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 107.

³⁷⁴ Cfr. A. Pagliaro, *Principi di diritto penale, Parte generale*, cit., 92 s..

sovietici del 1922 e 1926, e della modifica dell'art. 2 del codice penale tedesco sotto il regime nazista.

Nell'ordinamento italiano, l'art. 14 disp. prel. cc tratta l'argomento "in negativo", ossia limitandosi a stabilire che non si possono integrare analogicamente le disposizioni penali, ponendo la necessità di individuare un diverso principio in base al quale procedere all'integrazione. A tale esigenza rispondono i citati artt. 1 e 199 cp, individuando tale principio in quello in base al quale "tutto ciò che non è espressamente proibito è permesso". Questo principio vale tanto per le pene, quanto per le misure di sicurezza, dal momento che queste si applicano in quei casi in cui, se il soggetto fosse stato capace di intendere e di volere, avrebbe trovato applicazione una pena. Tale soluzione discende inoltre univocamente dal testo dell'art. 199, in cui il legislatore ha ommesso, per errore, di riferire l'avverbio "espressamente" anche ai casi in cui le misure di sicurezza possono essere applicate³⁷⁵. Da tali disposizioni si deduce anche che il divieto di analogia in materia penale opera esclusivamente per le norme incriminatrici, vale a dire quelle disposizioni che si risolvono in danno dell'imputato. Di qui la nota distinzione tra *analogia in malam partem*, vietata, ed *analogia in bonam partem*, consentita.

Inoltre, il principio si impone al rispetto tanto del giudice quanto del legislatore penale. In primo luogo, occorre evitare che il primo si sostituisca al secondo, creando norme incriminatrici non solo nuove, ma più ampie, sulla base delle proprie convinzioni e scelte politico-criminali. Il principio di tassatività si impone al giudice come i principi di precisione e determinatezza si impongono al legislatore. Quest'ultimo, in effetti, non

³⁷⁵ D'altro canto, la precisazione sarebbe stata probabilmente superflua, giacché statuire sanzioni penali diverse da quelle indicate *ex lege* sarebbe stato contrario al principio di legalità. In materia, cfr.: A. Pagliaro, *Principi di diritto penale, Parte generale*, Milano 2003, 86 ss..

può né eliminare le disposizioni che vietano l'analogia *in malam partem*, né creare fattispecie c.d. ad analogia esplicita. Trattasi di alcune norme incriminatrici che, dopo aver descritto specifiche fattispecie, contengono espressioni come: "e altri simili", " e altri analoghi", "o in una condizione analoga", ecc.. Peraltro, la presenza di una di queste espressioni non individua necessariamente una norma a fattispecie esplicita. Ad esempio, vi sono casi in cui le ipotesi omogenee descritte dal legislatore possono essere ricondotte ad un genere. Se l'elenco ha carattere esemplificativo, può tradursi in una formula sintetica che abbraccia un novero di casi comunque circoscritto. Per norme di tal fatta, il ricorso all'analogia è solo apparente, ma in realtà il giudice non fa altro che sussumere il caso concreto sotto il genere individuato dal legislatore. In altre occasioni, invece, il legislatore elenca una serie di ipotesi eterogenee, tali che non è possibile individuare un unico genere. In questo caso il giudice non può interpretare, ma è chiamato a creare una norma per i casi simili non regolati. Sono queste le vere fattispecie ad analogia esplicita, come tali in contrasto con il principio di tassatività. Residuano casi in cui il legislatore descrive un'unica ipotesi, seguita dal riferimento a casi simili ad essa. In questo caso, individuare un genere è impossibile, cosicché si ha un'ulteriore caso di fattispecie ad analogia esplicita, parimenti in contrasto col principio di tassatività. La questione della legittimità costituzionale di queste norme è stata affrontata anche dal giudice delle leggi, nella sentenza 27/05/1961, n. 27, relativa all'art. 121 T.U.L.P.S.. Nella pronuncia, la Corte ha praticamente svuotato di contenuto il principio di tassatività, negando l'illegittimità di tali disposizioni, e sostenendo che "*in tali casi l'ufficio dell'interprete non è di applicare per analogia la norma a casi non previsti, bensì di attuare il procedimento ordinario di*

*interpretazione*³⁷⁶. Nel commentare la decisione, la dottrina³⁷⁷ ha mostrato di condividere la soluzione, ma non la motivazione fornita. La Corte ha infatti ritenuto che la disposizione in esame non costituisse deroga al divieto di analogia. Tale soluzione potrebbe, *prima facie*, sembrare convincente, poiché il “caso simile” è effettivamente oggetto di esplicita previsione normativa. Tuttavia, il ragionamento che sulla base di essa si conduce sembra essere, né più né meno, un procedimento analogico. Ciò che ci si domanda, quindi, è se sia lecito parlare di interpretazione ordinaria pur in presenza di un ragionamento proprio dell’analogia, ovvero se l’uso di un tale ragionamento debba portare necessariamente a qualificare il procedimento come analogico. In effetti, l’assunto in base al quale non vi sarebbe analogia in quanto il caso sarebbe previsto dalla norma non convince, perché a fronte dell’esistenza di una norma che espressamente vieta l’analogia, una deroga alla stessa dovrebbe essere parimenti esplicita. In tale prospettiva, l’impiego, in una norma, di espressioni come “e altri simili”, “e altro comportamento analogo”, ecc, sarebbe significativo dell’impiego dell’analogia come strumento di definizione giuridica nel diritto penale, in deroga a quanto stabilito dall’art. 14 disp. prel. cc e dall’art. 1 cp. Disposizioni come le fattispecie ad analogia esplicita servirebbero, dunque, a rendere ammissibile l’impiego eccezionale dell’analogia anche in materia penale³⁷⁸.

Ora, come per l’istituto dell’analogia in generale, così per il relativo

³⁷⁶ Nella successiva sentenza 09/06/1963, n. 120, invece, la Corte discrimina tra norme legittime e non proprio in base al carattere omogeneo o meno dell’elenco esemplificativo contenuto nella norma.

³⁷⁷ C. F. Grosso, *L’art. 121 T. U. delle leggi di pubblica sicurezza 18-6-1931 n. 773 e il divieto di analogia in diritto penale*, cit..

³⁷⁸ Per ulteriori approfondimenti, v.: C.F. Grosso, *L’art. 121 T. U. delle leggi di pubblica sicurezza 18-6-1931 n. 773 e il divieto di analogia in diritto penale*, cit..

divieto è doveroso indagare quale ne sia il fondamento. Alla base di esso sta *in primis* l'illusione di poterne fare a meno, dal momento che *in claris non fit interpretatio*. Si è parlato di illusione perché l'assoluta determinatezza della fattispecie è impossibile da conseguire e nessun obbligo di tassatività sarà mai in grado di eliminare del tutto la discrezionalità nell'atto interpretativo. Così, si deve accettare che anche la norma penale possa essere oggetto di interpretazione, pur fissando un limite di determinatezza che essa deve rispettare per soddisfare il principio di tassatività. Si tratta, insomma, di realizzare non la certezza assoluta, ma la maggior certezza possibile³⁷⁹.

Ciò detto, il divieto di analogia in diritto penale ha certamente fondamento logico e razionale in quanto l'incriminazione di determinate condotte risponde ad esigenze variabili e specificamente qualificate, cosicché risulta difficile formularle *per generalia* o sostituirle con principi generali. Vi è poi un forte fondamento politico, nascente dalla preoccupazione di evitare che le norme incriminatrici possano convertirsi in un sistema di generale e indiscriminata persecuzione e repressione penale.

Nessuno, dunque, contesta la validità del divieto in sé, ma accade spesso che venga messa in discussione la sua efficacia ai fini di realizzare gli obbiettivi affidatigli. Si osserva, ad esempio, che sarebbe insufficiente estendere il divieto solo alle norme penali, perché esigenze di certezza sottendono a tutte le norme dell'ordinamento. Inoltre, il divieto ha significato e valore solo ove si intenda l'analogia non come fonte di arbitrio ed incertezza. Questo, tuttavia, potrebbe essere il risultato dell'aver confuso il ricorso all'istituto con il suo abuso. La tutela della certezza, poi,

³⁷⁹ G. Zaccaria, *L'analogia come ragionamento giuridico*, cit..

non deve mai avvenire a scapito dell'esigenza di equità, ossia contro la giustizia nel caso concreto. Infine, non si perde occasione per ricordare come il divieto venga eluso, pressoché costantemente, nella prassi applicativa. Si tratta all'evidenza, di problemi *de iure condendo*, che non sembrano, tuttavia, sufficienti a negare l'opportunità di mantenere il divieto, soprattutto nella sua funzione di limite per il legislatore³⁸⁰.

7.1 L'analogia *in bonam partem*

Per costante dottrina, il divieto di analogia nel diritto penale dovrebbe intendersi riferito esclusivamente alle norme incriminatrici, vale a dire quelle disposizioni che operano *in malam partem* o *contra reum*. In tanto consiste il tradizionale principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Al contrario, l'analogia deve ritenersi, in linea di massima, consentita per quanto riguarda le disposizioni che operano *pro reo*, a proposito delle quali si parla di analogia *in bonam partem*. È la stessa *ratio* di garanzia del divieto che porta a sostenere tale soluzione: se è vero che esso costituisce un baluardo contro violazioni del potere esecutivo (o del giudice) che possano comportare limitazioni della libertà del cittadino, un divieto generalizzazione sarebbe privo di senso. Il divieto di analogia, dunque, non è fine a se stesso, ma strumentale ad ampliare il più possibile la sfera di liceità penale³⁸¹. Tuttavia, l'analogia *in bonam partem* resta condizionata al verificarsi di tre condizioni: in primo luogo, la norma

³⁸⁰ L. Caiani, *Analogia (teoria generale)*, cit..

³⁸¹ A. Pagliaro, *Principi di diritto penale*, cit., 88 s..

A ben vedere, attenta dottrina (Caiani) sottolinea che la possibilità o meno di ammettere l'analogia *in bonam partem* dipende, in realtà, da quale valore si consideri prevalente. Infatti, è ovvio che l'esigenza di assicurare certezza porterebbe a restringere tale possibilità, mentre l'esigenza di libertà condurrebbe ad ampliarla. In definitiva, molto dipende da scelte di carattere valutativo dell'interprete. È indubbio, comunque, che attualmente l'ago della bilancia penda a favore dell'esigenza di libertà.

non deve ricomprendere il caso in esame, neppure se interpretata così estensivamente da ricomprendere tutti i suoi possibili significati letterali; in secondo luogo, la lacuna non deve essere intenzionale; in terzo luogo, la norma di favore non deve essere eccezionale.

Dunque, non è opportuno sancire l'esistenza di un generale ed onnicomprensivo principio di applicazione analogica della legge favorevole al reo, ma appare doveroso procedere ad una valutazione, caso per caso, delle varie tipologie di norme *pro reo*³⁸².

La prima categoria da prendere in considerazione è quella delle norme che pongono cause di giustificazione. In tal caso, sono state mosse due diverse obiezioni all'applicazione analogica. La prima muove dalla premessa che anche le scriminanti sarebbero norme penali, come tali ricomprese nella previsione di cui all'art. 14 disp. prel. cc, mentre la seconda si fonda invece su un loro presunto carattere eccezionale. In verità, nessuna delle due obiezioni coglie nel segno, perché le disposizioni in esame non sono norme penali né apportano eccezioni alla disciplina della responsabilità penale, essendo espressione di principi generali dell'ordinamento. Dunque, il divieto di analogia non opera per le norme che prevedono cause di giustificazione³⁸³.

La seconda categoria da esaminare è quella delle norme che pongono cause di esclusione della colpevolezza (o "scusanti"). In questo caso, l'analogia va senz'altro esclusa, perché ogni lacuna deve considerarsi voluta dal legislatore, il quale pone queste norme a seguito di un attento esame concernente: il tipo di situazione; il grado di influenza psicologica,

³⁸² G. Marinucci – E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, cit., 190 ss..

³⁸³ Negli stessi termini, v.: A. Pagliaro, *Principi di diritto penale*, cit., 90

che rende il comportamento inesigibile; i soggetti ed una determinata classe di reati.

Nel valutare l'ambito di applicazione dell'analogia in bonam partem, occorre, inoltre, considerare quelle situazioni alle quali l'ordinamento ricollega l'effetto di escludere o di attenuare l'antigiuridicità del fatto. Si parla, a tal proposito, di situazioni "quasi scriminanti" o "quasi giustificanti". Dal momento che il legislatore non ha regolato questi casi con una norma *ad hoc*, analoga a quella dettata dall'art 59, comma 4, cp (relativo all'errore sulla presenza di cause di giustificazione), sembra possibile dare estensione analogica di quest'ultimo. Sussistono, infatti, tutti i presupposti del ragionamento analogico, perché l'art. 59 non è una norma eccezionale, la sua applicazione si risolverebbe a favore dell'agente e sussiste rapporto di somiglianza tra i due casi.

Ancora, vengono in considerazione le disposizioni che escludono l'imputabilità in una serie di situazioni. Un primo gruppo di tali situazioni rappresenta una semplice applicazione del principio generale enunciato dall'art. 85 cp³⁸⁴. E' il caso del vizio di mente, della cronica intossicazione da alcool o stupefacenti, del sordomutismo e dell'età compresa tra i quattordici e i diciotto anni. Un secondo gruppo di casi rappresenta una deroga al medesimo principio. Si tratta degli stati emotivi e passionali, ubriachezza volontaria, colposa, preordinata ed abituale, nonché l'ipotesi in cui il fatto è stato commesso sotto l'effetto di sostanze stupefacenti. Invero, per entrambi i gruppi di norme si deve escludere il ricorso all'analogia: nel primo caso, non è necessario, perché il caso può essere risolto facendo applicazione del principio generale; nel secondo caso, è

³⁸⁴ *"Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se, al momento in cui lo ha commesso, non era imputabile. È imputabile chi ha la capacità di intendere e di volere".*

vietato, perché l'analogia si risolverebbe a sfavore dell'imputato (dunque sarebbe *analogia in malam partem*)³⁸⁵.

Invero, l'analogia va esclusa anche per le cause di esclusione della punibilità, poiché trattasi di norme di carattere eccezionale. Ciò è stato sostenuto anche dalla Corte Costituzionale in più di un'occasione³⁸⁶.

Infine, il problema in esame va risolto con riferimento alle norme che prevedono circostanze attenuanti. Anche in questo caso, l'analogia va esclusa, perché si tratta di norme che rispondono a precise valutazioni legislative di opportunità. Pertanto, eventuali lacune sono da considerarsi intenzionali³⁸⁷.

Invece, può sicuramente darsi estensione analogica delle regole generali sull'applicazione della legge penale e sui suoi limiti (relativi al tempo, allo spazio ed alle persone), in quanto si tratta di norme ordinarie o di diritto comune, ed eccettuate alcune norme eccezionali (ad es., le immunità).

Lo stesso discorso vale per le norme contenenti i principi generali sulla responsabilità penale, i suoi presupposti e i suoi limiti e per le regole concernenti la modificazione, applicazione ed esecuzione della pena (fatte salve, anche in questi casi, norme di carattere eccezionale).

8. L'APPLICAZIONE GIURISPRUDENZIALE DEL PROCEDIMENTO PER ANALOGIA

Muovendo dalla teoria all'applicazione pratica del divieto di analogia, si osserva, come già constatato, una sua quasi costante elusione da parte

³⁸⁵ Negli stessi termini, v.: A. Pagliaro, *Principi di diritto penale*, cit., 91.

³⁸⁶ Cfr., *inter alia*: Corte Cost., 30/10/1989, n. 487, nonché Corte Cost. 16/05/1989, n. 247.

³⁸⁷ Il divieto di analogia permane, invece, per le circostanze aggravanti, in quanto si tratterebbe di analogia *in malam partem*.

della giurisprudenza.

Per la verità, non sono del tutto assenti casi in cui la giurisprudenza si mostra rispettosa del divieto, come accade, ad es., in tema di omissione di soccorso, evasione, mancata attuazione dolosa di un provvedimento del giudice. Tuttavia, vi sono innumerevoli casi in cui il principio viene aggirato, se non apertamente violato.

In alcuni casi la violazione è addirittura dichiarata ed il giudice si sostituisce al legislatore nel colmare la lacuna. In altri casi, la violazione è occulta. In altri ancora, non è chiaro se sussista o meno una violazione, poiché ci si trova dinanzi a casi particolarmente problematici.

Del resto, parlando del procedimento analogico in generale, la giurisprudenza tende di solito a riformulare l'art. 12 (o l'art 14) disp. prel. cc, andando talvolta a circoscrivere, tal'altra a favorire, il ricorso all'analogia³⁸⁸.

Nell'esaminare più analiticamente la giurisprudenza, si può constatare che diverse sono le tecniche utilizzate per applicare o escludere il procedimento analogico.

A volte, l'analogia è esclusa in ragione della formulazione precisa della norma. Ad esempio, in una decisione relativa all'art. 38 della legge sull'equo canone, la Suprema Corte ha affermato che la disciplina in esame rappresentava *“una particolare, dettagliata e completa disciplina dell'istituto della prelazione urbana senza lacune, richiami e possibilità di rinvio ad altra normativa”*³⁸⁹, e ha escluso la somiglianza rispetto all'istituto

³⁸⁸ A titolo esemplificativo, cfr.: Corte di Cassazione, 29/04/1995, in cui la Corte sostiene che *“il ricorso al procedimento analogico è ammesso solo quando manchi nell'ordinamento una specifica norma regolante la concreta fattispecie e si renda quindi necessario porre rimedio ad un vuoto normativo altrimenti colmabile in sede giudiziaria”*. Com'è ovvio, il termine “specifica”, utilizzato dalla Suprema Corte, è più restrittivo del termine “preciso”, utilizzato dal legislatore nell'art 12 disp. prel. cc.

³⁸⁹ Cass., 21/10/1994, n. 8659.

della prelazione agraria.

In altre occasioni, l'esclusione dell'analogia poggia su basi diverse, come il ricorso all'interpretazione logico-sistematica, che consente una soluzione meno problematica e rende superfluo il ricorso al procedimento analogico³⁹⁰.

Ulteriore limite riconosciuto all'analogia consiste nell'esistenza di un rinvio, operato dal legislatore, ad altra norma dettata per un istituto diverso. In questi casi, tale complesso di norme viene generalmente considerato esaustivo di tutte le fattispecie possibili.

Un caso particolare riguarda, invece, le disposizioni di legge che facciano ricorso ad una *fictio iuris*. Infatti, questa è considerata una figura eccezionale, che esclude il ricorso all'analogia. Il caso classico è quello della finzione di avveramento della condizione ex art. 1359 cc. Nell'esaminare un caso di questo genere, la Suprema Corte avalla tale posizione, asserendo che *“se il legislatore ha previsto espressamente l'ipotesi del mancato avveramento della condizione per causa imputabile alla parte che aveva interesse contrario all'avveramento, ciò significa a contrario che ha inteso escludere l'applicabilità della medesima finzione all'ipotesi opposta dell'avveramento della condizione per fatto imputabile alla parte che aveva interesse all'avveramento”*³⁹¹.

Nel valutare, invece, la somiglianza tra due situazioni, i giudici sono portati a valorizzare più i dati di diritto che non i dati di fatto. Questo consente, infatti, ulteriori libertà interpretative, perché ci si limita a verificare che i casi siano omologhi o divergano nelle situazioni oggetto di comparazione³⁹².

³⁹⁰ A titolo esemplificativo, cfr.: Cass. penale, 17/10/1992, n. 11415.

³⁹¹ Cass., 16/12/1991, n. 13519.

³⁹² ... emblematico il caso deciso dalla Corte di Cassazione con sentenza 21/10/1982, n. 5474.

Talvolta, il ragionamento del giudice integra una forma di interpretazione estensiva. Tal'altra, invece, si tratta di vera e propria interpretazione "additiva", che non dovrebbe essere tollerata dall'ordinamento³⁹³.

Ricapitolando, laddove si trovi di fronte ad una disciplina dettagliata, o che tratti gli aspetti fondamentali di un istituto, la giurisprudenza tende ad evitare l'applicazione analogica. Viceversa, laddove la materia presenti delle lacune, sia frammentata o muta, il ricorso all'analogia è frequente e "deciso". A suffragare tale affermazione, valgano alcuni esempi: l'applicazione analogica dell'art. 7 (in tema di tutela del nome della persona fisica) alla ragione sociale della persona giuridica³⁹⁴; l'estensione della disciplina in materia di associazioni riconosciute alle associazioni non riconosciute³⁹⁵; l'applicazione delle regole sulla proprietà alle parti staccate dal corpo; l'applicazione delle regole sull'arbitrato rituale all'arbitrato irrituale; ecc..

Ad ogni modo, si può osservare che è spesso possibile distinguere tra: utilizzo del procedimento analogico per la soluzione del caso o per la motivazione della decisione; applicazione diretta ed occulta dell'analogia; dichiarazione di procedere per analogia ed effettivo rispetto del relativo procedimento; esclusione dichiarata dell'analogia ed applicazione della stessa, camuffata da interpretazione estensiva. Inoltre, l'analogia non è spesso l'unico argomento utilizzato per la decisione, e s'intreccia spesso con l'interpretazione estensiva³⁹⁶.

³⁹³ G. Contento, *Interpretazione estensiva e analogia*, in *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in materia penale*, a cura di A. M. Stile, Napoli 1991.

³⁹⁴ Cass., n. 1185/1981.

³⁹⁵ Cass., n. 4252/1976; Cass., n. 2111/1968; Cass., n. 5192/1991.

³⁹⁶ G. Alpa, *L'analogia e la finzione*, in *Le fonti del diritto, Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino 1999.

9. L'INTERPRETAZIONE ANALOGICA DELL'ART. 2639 CC: CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

L'*excursus* che precede pare corroborare la convinzione per cui l'interpretazione estensiva della norma in esame consente di tacitare quanti temono che un'estensione del suo ambito applicativo possa tradursi in una violazione del divieto di analogia *in malam partem*. Infatti, la soluzione estensiva dovrebbe per certo essere disattesa, laddove dovesse effettivamente originare un'analogia *in malam partem*, dovendo peraltro ricevere positivo apprezzamento, ove si traducesse in un'analogia *in bonam partem*.

Per consolidata dottrina³⁹⁷, secondo quanto sopra diffusamente approfondito, il divieto di analogia ha carattere relativo, nel senso che concerne soltanto l'interpretazione delle norme penali sfavorevoli al reo. Viceversa, laddove si tratti di norme *pro reo*, anche il diritto penale ammette l'analogia, in base al principio costituzionale secondo il quale la libertà è la regola e la sua limitazione costituisce un'eccezione (art. 25 Cost.). Si tratta, dunque, di dimostrare che l'art. 2639 cc possa essere applicato analogicamente come una norma *pro reo*. Ebbene, le condizioni per applicare il procedimento analogico sembrano effettivamente sussistenti.

In primis, la lacuna non sembra essere intenzionale. Si è tentato, infatti, di dimostrare come essa sia più che altro il risultato di una dimenticanza (*recte*, un'imprecisione) del legislatore, il quale non avrebbe avuto alcun motivo valido per escludere volontariamente dall'ambito di applicazione

³⁹⁷ G. Fiandaca – E. Musco, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 110.

della norma i reati diversi dai reati societari, per il quali giurisprudenza e dottrina da lungo tempo ammettevano la figura del soggetto di fatto.

Inoltre, sussiste un rapporto di somiglianza tra la situazione in cui si trova il soggetto di fatto che abbia commesso un reato societario e la situazione del soggetto di fatto responsabile di altra tipologia di reato. A nostro modesto parere, infatti, le stesse ragioni ed esigenze che portano ad incriminare il soggetto di fatto per i reati societari possono riscontrarsi ed essere poste a fondamento della sua incriminazione per reati diversi. Oltre a ciò, si può facilmente constatare come l'art. 2639 cc non rappresenti una norma eccezionale, ma anzi una norma che ha posto una regola per casi che non erano precedentemente contemplati dalla legge (dunque, non si pone in rapporto di deroga con alcuna disposizione generale dell'ordinamento).

Infine, è fuor di dubbio che l'estensione analogica dell'art. 2639 cc rappresenterebbe un'analogia *in bonam partem*. A fornire tale convincimento basti la considerazione che, in assenza dell'applicazione della nuova disposizione, la giurisprudenza potrebbe ritenere sussistente un'autonoma responsabilità penale dell'amministratore di fatto sulla base di criteri molto meno rigidi e non predeterminati³⁹⁸. Conseguentemente, si avrebbe un'estensione dei confini della responsabilità penale del soggetto di fatto, in quanto questo sarebbe chiamato a rispondere, quale intraneo, anche in mancanza dei requisiti previsti dall'art. 2639 cc³⁹⁹. Al contrario, l'applicazione dell'articolo citato appare più ossequiosa del principio di legalità, restringendo l'ambito di operatività sia della figura dell'amministratore di fatto sia della soluzione precedentemente elaborata

³⁹⁸ ... come effettivamente avveniva nella giurisprudenza ante riforma.

³⁹⁹ V. Cardone – F. Pontieri, *Bancarotta fraudolenta e responsabilità penale dell'amministratore*, cit..

in giurisprudenza⁴⁰⁰. Più precisamente, la norma svolgerebbe una funzione “di limitazione”, *“ancorando, in chiave garantistica, la rilevanza penale dell’esercizio in concreto dei poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione ai parametri della continuità e della significatività dell’esercizio di quei poteri”*⁴⁰¹. Del resto, in dottrina⁴⁰² si sottolinea come lo scopo della riforma dell’art. 2639 cc fosse precisamente quello di *“contrarre l’elasticità dei confini connotante la qualifica soggettiva dell’amministratore di fatto nell’ambito del diritto penale d’impresa”*, contribuendo alla tassatività di questa indicazione soggettiva⁴⁰³.

Conclusivamente, anche in riferimento al caso trattato, il criterio ermeneutico analogico si conferma quale fondamentale istituto che conferisce certezza ad un moderno ordinamento giuridico positivo, consentendo allo stesso di assumere una parvenza di perfezione. Com’è noto, nessun ordinamento potrà mai “stare al passo” con l’evoluzione sociale, economica e culturale, ma strumenti come quello in esame consentono di seguire tale evoluzione, soddisfacendo, per quanto possibile, l’aspirazione dell’ordinamento giuridico alla completezza. Esso, infatti, assolve la propria funzione allorquando “in principio” risulti soddisfacente, ovvero comunque idoneo alla regolamentazione delle evenienze che, in un contesto storico incalzante, insorgono con rapidità tale da sorprendere il legislatore.

Nel caso di specie, la previa valutazione in ordine alla possibilità di ricorso all’analogia decreta la necessità di ricorrere o meno alla

⁴⁰⁰ G. Bersani, *“Amministratore di fatto” e reati tributari*, cit..

⁴⁰¹ F. C. Palazzo – C. E. Paliero, *Art. 2636, Commentario breve alle leggi penali complementari*, cit..

⁴⁰² G. Izzo, *L’amministratore di fatto risponde dell’occultamento o distruzione dei documenti contabili*, cit..

⁴⁰³ Altri autori (Schiavano) sostengono che non si tratti di analogia *in malam partem* in quanto le condotte dei fatti di reato sono realizzabili da chi sia titolare, formalmente o (come vuole la nuova norma) non formalmente, della relativa situazione soggettiva.

produzione di nuove norme. L'interpretazione ivi avallata, infatti, rende meno pressante la necessità di un ulteriore intervento legislativo, che non sembra indispensabile, ove si riconosca che il problema dell'esatta configurazione dei limiti di applicazione dell'articolo 2639 cc possa essere risolto sulla base dei principi generali caratterizzanti la materia penale, pur rimanendo opportuno per rafforzare tale medesima soluzione e consentire un'applicazione certa ed omogenea della disciplina.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *I reati fallimentari*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2009.
- Abriani N., *Dalle nebbie della finzione al nitore della realtà: una svolta nella giurisprudenza civile in tema di amministratore di fatto*, in *Giur. Comm.*, 2000, III.
- Alessandri A., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna 2000.
- Alpa G., *L'analogia e la finzione*, in *Le fonti del diritto italiano, Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino 1999.
- Alpa G. – Mariconda V., in *Art. 2639. Codice civile commentato*, a cura di G. Alpa – V. Mariconda, Milano 2009.
- Ambrosetti E. M. – Mezzetti E.–Ronco M., *Diritto penale dell'impresa*, Bologna 2008.
- Antolisei F., *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, Milano 1987.
- Antolisei F., *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano 2003.
- Artusi M. F., *Sulla correttezza dell'amministratore formalmente investito della funzione con l'amministratore di fatto*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012.
- Balzarini P., *I nuovi orientamenti della Corte di Cassazione in tema di responsabilità degli amministratori*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 1999, VI.

- Bondoni M., *La responsabilità dell'amministratore in carica per i reati commessi dall'amministratore di fatto*, in *Cassazione penale*, 2011, n. 2.
- Bersani G., *“Amministratore di fatto” e reati tributari*, in *Fisco*, 2005.
- Bianconi A., *Commento all'art. 2639 cc*, in *Leggi penali complementari*, a cura di T. Padovani, Milano 2007.
- Bobbio N., *Intorno al fondamento del procedimento per analogia*, in *Giurisprudenza italiana*, 1951, I.
- Bobbio N., *Analogia*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino 1975.
- Bolognini S. – Busson E. – D'Avirro A., *I reati di false comunicazioni sociali*, Milano 2002.
- Bonelli F., *La responsabilità dell'amministratore di fatto*, in *Giur. Comm.*, 1984, I.
- Bonelli F., *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano 1992.
- Bonilini G. - Confortini M. - Granelli C., *Art. 2639, in Codice civile commentato*, a cura di G. Bonilini - M. Confortini - C. Granelli, Torino 2012.
- Borgioli A., *Amministratori di fatto e direttori generali*, in *Giur. Comm.*, 1975.
- Borgioli A., *L'amministratore “di fatto” non fallisce*, in *Giur. Comm.*, 1979, II.
- Bricchetti R. – Targetti R., *Bancarotta e reati societari*, Milano 2003.

- Bricchetti R. – Pistorelli L., *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, Milano 2011.
- Bricola F., *Lo statuto penale dell'impresa: profili costituzionali*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, diretto da A. Di Amato, Padova 1990.
- Caiani L., *Analogia (teoria generale)*, in *Enciclopedia Giuffrè*.
- Capirossi M., *Legem non curat praetor. Responsabilità civili e penali dell'amministratore di fatto*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, n. 3.
- Caraccioli I., *L'art. 2639 del codice civile ed i reati tributari*, in *Fisco*, 2003, n. 46.
- Caraccioli I., *Reati societari e fiscali*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2012, n. 3.
- Caraccioli I., *Sul problema della responsabilità degli "amministratori di fatto" nei reati tributari*, in *Rivista di diritto penale tributario*, 2013.
- Cardone V. – Pontieri F., *Bancarotta fraudolenta e responsabilità penale dell'amministratore*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006, n. 1/2.
- Cardone V. – Pontieri F., *Bancarotta fraudolenta patrimoniale e documentale: responsabilità penale dell'amministratore di diritto per gli illeciti commessi dall'amministratore di fatto*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2010, n. 1/2.
- Carmona A., *Premesse a un corso di diritto penale dell'economia. Mercato, regole e controllo penale nella post modernità*, Padova 2002.

- Castellana A. M., *L'equiparazione normativa degli autori di fatto agli autori di diritto per i reati del riscritto titolo XI, libro V cc*, in *L'indice penale*, 2005, n. 3.
- Cendon P., *Art. 2639, Commentario al codice civile*, a cura di P. Cendon, Milano 2009.
- Cerqua F., *L'amministratore di fatto nei reati fallimentari: brevi riflessioni*, in *Società*, 2008, n. 10.
- Chiaraviglio G., *Il concorso di persone nei reati d'impresa*, in *Riv. dottori comm.* 2010, 03. 0649.
- Contento G., *Interpretazione estensiva e analogia*, in *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di A. M. Stile, Napoli 1991.
- Conti L., *Il diritto penale dell'impresa*, a cura di L. Conti, Padova 2001.
- Cristiani A., *Commentario di diritto penale delle società e del credito*, Torino, 2003.
- Demuro G.P., *Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1998.
- Di Giovine O., *L'estensione delle qualifiche soggettive (art. 2639)*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A. Giarda – S. Seminara, Padova 2002.
- Di Paola S., *Orientamenti giurisprudenziali sulla responsabilità dell'amministratore di fatto nei reati tributari e fallimentari*, in *Il foro italiano*, 2013.
- Di Vito D., nota a *Cass. pen.* 1999, 09, 2652.
- D'Orazio L., *I reati fallimentari: bancarotta semplice e fraudolenta*, in *Giur. Merito*, 2000, III.

- Escobedo, G., *I cosiddetti amministratori di fatto delle società anonime e il reato di quasi bancarotta semplice*, in *Giust. Pen.*, 1933, III.

- Fabe Dal Negro O. – Castellano C., *Il decreto legislativo 11 aprile 2002, n. 61, in attuazione della delega conferita dall'art. 11 legge 3 ottobre 2001, n. 366: la nuova disciplina degli illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, in *Responsabilità, comunicazione, impresa*, 2002, n. 2.

- Falotico G., *In tema di responsabilità del prestanome per concorso nel reato mediante omissione*, in *Cassazione penale*, 2010, n. 12.

- Fiandaca G. – Musco E., *Diritto penale, Parte generale*, Bologna 2009.

- Fontana E., *Amministratore di fatto e di diritto: quando dalla responsabilità commissiva nasce quella omissiva*, in *Diritto e giustizia*, 2013.

- Fontana E., *Responsabilità della “testa di legno” per fatti di bancarotta?*, in *Diritto e giustizia*, 2013.

- Formaggia I., commento all'art. 216 l. fall., in *Codice del fallimento*, a cura di P. Pajardi, Milano 1997.

- Franzheim H., *Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat*, Berlino 1961.

- Frigenti M., *Gli obblighi antinfortunistici e la responsabilità penale del datore di lavoro dopo il d.lgs. n. 626/1994, in Il sistema di tutela degli infortuni e delle malattie professionali*, a cura di F. Facello, Milano 2005.

- Galasso D., *Schermo societario fittizio? Sussiste la bancarotta documentale dell'amministratore di fatto*, in *Diritto e giustizia*, 2013.

- Galgano F., *Commentario compatto al codice civile*, Piacenza 2008.
- Giunta F., *La riforma dei reati societari ai blocchi di partenza. Prima lettura del D. Lgs. 11 Aprile 2002, n. 61*, in *Studium iuris*, 2002.
- Gliatta G., *L'onere per l'amministratore formale di vigilare sull'operato dell'amministratore di fatto*, in *Società*, 2008, n. 4.
- Grosso C. F., *L'art. 121 T. U. delle leggi di pubblica sicurezza 18-6-1931 n. 773 e il divieto di analogia in diritto penale*, in *Giurisprudenza italiana*, 1961, I.
- Guidotti R., *Amministratore di fatto e negotiorum gestio*, in *Giur. It.*, 2000, IV.
- Gullo A., *Il reato proprio*, Milano 2005.
- Gullo A., *Amministratore di diritto, amministratore di fatto e bancarotta documentale*, in *Il corriere del merito*, 2005, n. 12.
- Iacoviello F. M., *La prova della responsabilità dell'amministratore di diritto e dell'amministratore di fatto nella bancarotta fraudolenta*, in *Fallimento*, 2005, n. 6.
- Iorio A. – Sereni S., *La responsabilità dell'amministratore senza delega e della "testa di legno"*, in *Fisco*, 2009, n. 25.
- Izzo G., *L'amministratore di fatto risponde dell'occultamento o distruzione dei documenti contabili*, in *Fisco*, 2004.
- Karstedt H. P., *Der Begriff der Amtsdelikte im geltenden Strafrecht und seine Refor*, Dissertation, Leipzig 1931.
- La Monica M., *Il delitto di false comunicazioni sociali*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 1985.

- Langer W., *Das Sonderverbrechen*, Berlino 1972.
- Lanzi A., *La nuova bancarotta societaria*, in *Fallimento*, 2002, n. 8.
- Lo Cascio G., *La responsabilità dell'amministratore di fatto di società di capitali*, in *Giur. Comm.*, 1986, I.
- Lo Monte E., *La continuità tra il vecchio e il nuovo diritto penale societario: la "supplenza giudiziaria"*, in *Critica del diritto*, 2004, n. 1/3.
- Manna A., *Corso di diritto penale dell'impresa*, a cura di A. Manna, Padova 2010.
- Mantovani F., *Diritto penale, Parte generale*, Padova 2001.
- Marengi F., *Amministratore di fatto*, in *Studium iuris*, 2004, n. 9.
- Mari A., *Fallire per conto di terzi: le conseguenze nel caso della "testa di legno"*, in *Diritto e giustizia*, 2004, n. 30.
- Marinucci G. – Dolcini E., *Corso di diritto penale*, Milano 2001.
- Marinucci G. – Dolcini E., *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano 2006.
- Mazzacuva N. – Amati E., *Diritto penale dell'economia. Problemi e casi*, Padova 2013.
- Merenda I., *"Esercizio dei poteri tipici" e amministrazione "di fatto" nel nuovo diritto penale societario*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, n. 3/4.
- Morgante G., *Art. 2639 – Estensione delle qualifiche soggettive*, in *Legislazione penale*, 2003, n. 3/4.

- Mozzarelli M., *Amministratori di fatto: fine di una contesa*, nota a Corte d'Appello Milano, 26/09/2000, in *Giur. Comm.*, 2001, IV.
- Mucciarelli F., *Responsabilità penale dell'amministratore di fatto*, in *Società*, II, 1989.
- Musco E., *I nuovi reati societari*, Milano 2007.
- Nicolò R. – Stella Richter M., *Rassegna di giurisprudenza sul codice civile* (seconda appendice di aggiornamento) diretta da R. Nicolò – M. Stella Richter, Milano 1980.
- Nicolò R. – Stella Richter M., *Rassegna di giurisprudenza sul codice civile, Anni 1984-1988*, diretta da R. Nicolò – M. stella Richter, Milano 1990.
- Ondeì G., *I reati di quasi bancarotta e gli amministratori di fatto*, in *Ann. Dir. Proc. Pen.*, 1934.
- Padovani T., *Una riforma difficile*, in *Legislazione penale*, 2002, n. 1/3.
- Pagliaro A., *Il reato*, Milano 2007.
- Pagliaro V., *Principi di diritto penale, Parte generale*, Milano 2003.
- Pagliaro V., *Il concorso dell'estraneo nei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Dir. Pen. Proc.*, 1995.
- Palazzo F. C. – Paliero C. E., *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova 2007.
- Paliero C. E., *Nasce il sistema delle soglie quantitative: pronto l'argine alle incriminazioni*, in *Guida al diritto*, 2002, n. 16.
- Palladino P., *L'amministratore di fatto tra reati fallimentari e*

reati societari, in *Cassazione penale*, 2005.

- Pedrazzi C., *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. Soc.*, 1962.
- Pulitanò D., *Amministratori non operativi e omesso impedimento di delitti commessi da altri amministratori*, in *Società*, 2008, n. 7.
- Rossi A., *L'estensione delle qualifiche soggettive nel nuovo diritto penale delle società*, in *Diritto penale e processo*, 2003, n. 7.
- Rossi A., *I soggetti nella sistematica del diritto punitivo societario*, in *Giurisprudenza italiana*, 2010, n. 4.
- Sandrelli G. G., *Il soggetto "di fatto" nei reati societari e fallimentari e l'introduzione del "nuovo" art. 2639 cc*, in *Il fallimento*, 2007.
- Scalera I., *Amministratore di fatto e concorso di persone nel reato di bancarotta*, in *Dir. Fall.*, 1967, II.
- Schermi A., *Annotazioni sull'amministratore di fatto di società per azioni*, nota a Cass. Civile, sez. I, 14/09/1999, n. 9795, in *Giust. Civ.*, 2000, I.
- Schiavano G., *La nuova bancarotta fraudolenta societaria*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003.
- Seminara S., *I reati societari*, in *Le Società*, n. 10, 2013.
- Stock U., *Entwicklung und Wesen der Amtsverbrechen*, Leipzig 1932.
- Tetto F., *Gli evanescenti profili di responsabilità penale dell'amministratore di fatto di società di persone dichiarata fallita*, in *Fallimento*, 2010, n. 6.

- Toesca di Castellazzo G., *La responsabilità penale degli amministratori e dei liquidatori di fatto delle società commerciali*, in *Giust. Pen.*, 1937, III.

- Vassalli G., *Analoga nel diritto penale*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino 1957.

- Veneziani P., *Art. 2639, Estensione delle qualifiche soggettive*, in *I nuovi reati societari*, a cura di A. Lanzi – Cadoppi A., Padova 2002.

- Veneziani P., *Art. 2639, Codice commentato delle società*, a cura di G. Bonfante - D. Corapi - L. De Angelis V. Napoleoni - R. Rondorf - V. Salafia, Milano 2011.

- Zaccaria G., *L'analogia come ragionamento giuridico*, in *Enciclopedia Giuffrè*.

