



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto penale dell'economia

**LA RESPONSABILITÀ PENALE
DELL'AMMINISTRATORE DI FATTO**

Prof. Antonino Gullo

RELATORE

Prof.ssa Francesca Minerva

CORRELATORE

Rosy Cina

CANDIDATO

Matr. 145173

ANNO ACCADEMICO 2020/2021

INDICE

INTRODUZIONE.....	1
-------------------	---

CAPITOLO I

SOGGETTI ATTIVI E POSIZIONI DI GARANZIA NEL DIRITTO PENALE SOCIETARIO

1. I reati d'impresa come reati propri	4
1.1. Premessa.....	4
1.2. La nozione di reato proprio nel diritto penale commerciale	9
2. Criteri di imputazione della responsabilità nell'ambito delle società	13
2.1. La responsabilità nelle organizzazioni complesse	13
2.2. La delega di funzioni.....	20
2.3. Il c.d. reato collegiale e le forme di responsabilità "pluripersonale"	36
3. Le posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse	41
3.1. Criteri oggettivi e soggettivi di imputazione della responsabilità.....	41
3.2. L'obbligo di impedimento del reato altrui	44
3.3. Distinzione tra obblighi di impedimento e obblighi di sorveglianza	47

CAPITOLO II

LA FIGURA DELL'AMMINISTRATORE DI FATTO PRIMA DELLA RIFORMA

1. Le qualifiche di fatto	50
1.1. Premessa.....	50
1.2. L'amministratore di fatto	55
2. Il quadro di riferimento prima del d.lgs. n. 61/2002	58
2.1. La posizione della dottrina	58
2.2. L'atteggiamento della giurisprudenza.....	63
2.3. La sorte dell'amministratore di diritto in presenza del "gestore di fatto"	65
2.4. Prassi giurisprudenziale e canone di determinatezza	70
2.5. Le evoluzioni civilistiche	73
3. La responsabilità penale dei componenti degli organi collegiali	78
3.1. Premessa.....	78
3.2. La responsabilità in concorso degli amministratori	79
3.2. La responsabilità in concorso dei sindaci.....	88

CAPITOLO III
L'ART. 2639 C.C.

1. L'estensione delle qualifiche soggettive.....	96
1.1. Premessa.....	96
1.2. Prima clausola di equiparazione.....	100
1.3. Terza clausola di equiparazione	105
2. Seconda clausola di equiparazione	110
2.1. Premessa.....	110
2.2. I tratti qualificanti l'amministratore di fatto.....	114
2.3. Riflessi pratici	119
3. L'ambito di operatività.....	125
3.1. Premessa.....	125
3.2. I reati fallimentari.....	127
3.3. I reati tributari	132
3.4. I reati bancari.....	134
3.5. Gli illeciti amministrativi	135
 CONCLUSIONI.....	 137
 INDICE BIBLIOGRAFICO	 140
 INDICE DELLA GIURISPRUDENZA	 153

INTRODUZIONE

«Potentemente ripugna al senso comune e ad ogni sentimento di giustizia il dover punire l'amministratore semplice e non colui che amministrò (...) Certa cosa che il reato non cessa quando, *mercé* quelle funzioni, di fatto esercitate, si perviene similmente a consumare la bancarotta dolosa o colposa; poiché rimpetto alla violazione della legge penale è l'egual cosa»¹.

L'espressione "amministratore di fatto" è, tradizionalmente, adoperata dalla giurisprudenza penalistica con l'obiettivo di riconoscere colpevoli del reato di bancarotta quei soggetti che, pur non essendo stati formalmente nominati amministratori della società, esercitano di fatto poteri di gestione della stessa. Invero, la tematica della responsabilità penale dei soggetti di fatto, con particolare riferimento all'amministratore di fatto, è da lungo tempo protagonista di un intenso e serrato dibattito, in seno alla dottrina e alla giurisprudenza penalistiche e civilistiche, circa la possibilità o meno di ascrivere la responsabilità penale propria degli amministratori a carico del gestore di fatto: dibattito che ha rivestito un fondamentale ruolo di impulso nell'evoluzione di questo particolare ambito di disciplina.

In tale incerto quadro, relativo ai criteri di individuazione dei soggetti responsabili dei reati commessi nello svolgimento dell'attività d'impresa, è intervenuta la riforma del diritto societario che, con d.lgs. 11/04/2002, n. 61, ha introdotto l'art. 2639 c.c.², il quale risolve l'annosa questione operando un'equiparazione tra attribuzione formale della qualifica ed esercizio di fatto delle funzioni relative alla qualifica stessa, con la conseguenza di allargare la sfera della tipicità ad ulteriori soggetti, suscettibili di realizzare i reati propri societari e di essere ritenuti penalmente responsabili per gli stessi.

¹ Cass. Torino, 03/12/1884, in *Rivista penale*, 1885, 334.

² Art. 2639 c.c.: «Per i reati previsti dal presente titolo al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile è equiparato sia chi è tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata, sia chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione (co. 1). Fuori dei casi di applicazione delle norme riguardanti i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, le disposizioni sanzionatorie relative agli amministratori si applicano anche a coloro che sono legalmente incaricati dall'autorità giudiziaria o dall'autorità pubblica di vigilanza di amministrare la società o i beni alla stessa posseduti o gestiti per conto di terzi (co. 2)».

Ebbene, il presente elaborato si propone di esaminare, dapprima, in via generale, le questioni relative ai soggetti attivi e alle posizioni di garanzia nel diritto penale societario, quale specifico contesto di riferimento per l'evoluzione della figura dell'amministratore di fatto, la quale assume pregnanza con riferimento alle fattispecie penali proprie, in cui la qualifica soggettiva tipizzata dal legislatore palesa una precipua relazione di affidamento tra il soggetto che versa in quella specifica condizione personale richiesta dalla norma ed il bene tutelato.

L'indagine prosegue con l'obiettivo di analizzare, in modo sistematico, i tratti essenziali dell'amministratore di fatto, ricostruendo le linee evolutive maturate in seno alla più che secolare prassi giurisprudenziale³, la quale, accompagnata dalla dottrina prevalente⁴, ritiene determinante l'attività sostanzialmente esercitata a fronte della titolarità formale della qualifica, sulla base di insopprimibili esigenze di giustizia sostanziale e di realismo, e, al tempo stesso, evidenziando le ragioni poste a fondamento del forte scetticismo manifestato da altra parte autorevole della dottrina⁵, la quale giunge a contrapposti risultati valorizzando il rispetto del principio di legalità in materia penale, con particolare riferimento al divieto di analogia *in malam partem*.

³ V., tra le pronunce antecedenti alla riforma del 2002, Cass. pen., Sez. V, 23/05/1979; Cass. pen., Sez. V, 10/05/1982; Cass. pen., Sez. V, 19/12/1986; Cass. pen., Sez. V, 06/09/1993; Cass. pen., Sez. III, 16/11/1994; Cass. pen. Sez. V, 19/10/1999.

⁴ Cfr. CONTI, *I soggetti*, in DI AMATO (diretto da), *Trattato di diritto penale dell'impresa*, I, Padova, 1990; CONTI, BRUTI LIBERATI, *Esercizio di fatto dei poteri di amministrazione e responsabilità penali nell'ambito delle società irregolari*, in NUVOLONE (a cura di), *Il diritto delle società commerciali*, Milano, 1971; DI GIOVINE, *L'estensione delle qualifiche soggettive*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di GIARDA, SEMINARA, Padova, 2002; FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1984; ID., *I principi generali del diritto penale dell'impresa*, in CONTI (a cura di), *Il diritto penale dell'impresa*, Padova, 2001; MUCCIARELLI, *Responsabilità penale dell'amministratore di fatto*, in *Le Società*, 1989; ROSSI, *Reati ed illeciti amministrativi in materia societaria, finanziaria e bancaria* in ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. I, XV ed. a cura di GROSSO, Milano, 2018; ROSSI, VANNINI, *La responsabilità penale degli amministratori e dei sindaci*, in GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, XIX, Padova, 1994; PAGLIARO, *Problemi generali del diritto penale d'impresa*, in *Indice penale*, 1985.

⁵ Cfr. ALESSANDRI, *Impresa (responsabilità penale)*, in *Digesto discipline penalistiche*, V, Torino, 1992; ESCOBEDO, *I cosiddetti amministratori di fatto delle società anonime e il reato di quasi bancarotta semplice*, in *Giustizia Penale*, 1933; GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983; MARRA, *Legalità ed effettività delle norme penali. La responsabilità dell'amministratore di fatto*, Torino, 2002; MIRTO, *Il diritto penale delle società*, Milano, 1954; PADOVANI, *Reato proprio del datore di lavoro e persona giuridica*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1979; PEDRAZZI, *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, in *Rivista Societaria*, 1962; ID., *Profili problematici del diritto penale dell'impresa*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1988.

Infine, l'analisi si sofferma analiticamente sull'art. 2639 c.c. e, in particolar modo, realizza un approfondimento dei problemi interpretativi sollevati dalla seconda clausola di equiparazione di cui allo stesso articolo, la quale, sebbene abbia il merito di rappresentare il punto di arrivo del lungo e tortuoso cammino legislativo volto ad ammettere la parificazione del soggetto di fatto a quello di diritto e, segnatamente, di aver indicato con precisione i presupposti per l'imputazione della responsabilità a soggetti formalmente estranei ad un certo ruolo all'interno dell'impresa, evitando così il protrarsi di affermazioni incontrollate della responsabilità penale⁶, non è tale da permettere di risolvere tutte le questioni che ruotano intorno alla configurabilità dell'amministratore di fatto: *in primis*, l'estensione dell'equiparazione al di là dei confini segnati dalla lettera della disposizione, rappresentati dal settore dei reati societari, e, quindi, la sua applicazione anche in relazione alle altre norme incriminatrici, altrove collocate.

⁶ Concordemente, v. AMBROSETTI, MEZZETTI, RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2016, 32; GULLO, *Il reato proprio. Dai problemi tradizionali alle nuove dinamiche d'impresa*, Milano, 2005, 213 ss.; FIORELLA, *I principi generali del diritto penale dell'impresa*, in CONTI (a cura di), *Il diritto penale dell'impresa*, Padova, 2001, 65 ss.; LA SPINA, *Art. 2639 c.c. Estensione delle qualifiche soggettive* in CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA, (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, vol. 1, Torino, 2017, 343; MACCARI, *Art. 2639 cod. civ.*, in GIUNTA, (a cura di), *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali: commentario del D.lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, Torino, 2002, 220; MAZZACUVA, AMATI, *Diritto penale dell'economia*, Milano, 2020, 6; VENEZIANI, *Art. 2639 c.c.*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: commentario al Decreto legislativo 11 aprile 2002, n. 61*, a cura di LANZI, CADOPPI, Padova, 2002, 191.

CAPITOLO I
SOGGETTI ATTIVI E POSIZIONI DI GARANZIA NEL DIRITTO PENALE
SOCIETARIO

Sommario: 1. I reati d'impresa come reati propri – 1.1. Premessa – 1.2. La nozione di reato proprio nel diritto penale commerciale – 2. Il problema dei soggetti responsabili nel diritto penale societario – 2.1. La responsabilità nelle organizzazioni complesse – 2.2. La delega di funzioni – 2.3. Il c.d. reato collegiale e le forme di responsabilità “pluripersonale” – 3. Le posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse – 3.1. Criteri oggettivi e soggettivi di imputazione della responsabilità – 3.2. L'obbligo di impedimento del reato altrui – 3.3. Distinzione tra obblighi di impedimento e obblighi di sorveglianza

1. I reati d'impresa come reati propri

1.1. Premessa

I reati societari di cui al codice civile costituiscono uno dei pilastri portanti del diritto penale dell'economia, insieme ai reati fallimentari e ai reati bancari, e ricomprendono le ipotesi di reato che vengono in rilievo nell'esercizio di un'attività imprenditoriale.

Il *corporate crime* trova il suo nucleo esistenziale nella struttura organizzata e rappresenta l'aspetto patologico di un'attività indirizzata al perseguimento di un fine lecito: ciò che costituisce un efficace schermo protettivo, il quale rende il comportamento criminoso difficilmente percepibile, atteso che il reato è commesso in un contesto di base lecito.

Le fattispecie incriminatrici disciplinate dal diritto penale dell'economia sono, per la maggior parte dei casi, reati propri, che si caratterizzano per il fatto di essere realizzabili solo da determinate categorie di soggetti, individuati dal legislatore in base ad una loro particolare posizione, che è espressione di una relazione qualificata con il bene protetto. La qualifica propria individua uno specifico disvalore della condotta, introducendo una «peculiare modalità di lesione o di messa in pericolo

dell'oggetto giuridico»¹. Nel campo dei reati societari, le oggettività giuridiche si possono enucleare precisamente nell'informazione societaria, nel capitale sociale, nel patrimonio sociale, nella salvaguardia delle funzioni di controllo esterno ed interno, nel regolare funzionamento degli organi sociali nonché nella stabilità e nella affidabilità dei mercati finanziari². La riforma del 2002 ha previsto come unico reato comune l'aggiotaggio, considerato che tutte le altre ipotesi di cui al d.lgs. n. 61/2002, seppur astrattamente a soggettività generale, appaiono concretamente addebitabili a soggetti qualificati, intranei alla compagine sociale.

Dunque, soggetti attivi sono i vari attori societari, coloro che operano all'interno dell'organizzazione, compiendo scelte gestionali ed operative sulla base di conoscenze scientifiche, tecnologiche, finanziarie e giuridiche. Le peculiari competenze elencate, che costituiscono il «substrato della posizione professionale del soggetto attivo»³, rappresentano l'essenza della condotta penalmente rilevante, realizzabile solo per mezzo di conoscenze tecniche, tipiche del sistema economico e, quindi, sconosciute ai più.

All'interno di questo contesto, si colloca l'art. 2639 c.c., introdotto dal citato decreto legislativo, il quale realizza l'equiparazione del soggetto di fatto che eserciti «in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione»⁴ al corrispondente soggetto di diritto «formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile» ed assimila a quest'ultimo altresì il soggetto «tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata». La portata innovativa della norma si coglie nella possibilità di rendere anche il soggetto che solo di fatto e non formalmente riveste le qualità richieste dalla legge, suscettibile di ascrizione dei reati societari contenuti nel riformato

¹ Testualmente, ROSSI, *Premesse ad uno studio sui reati societari*, in ROSSI (a cura di), *Reati societari*, Torino, 2005, 10. Per osservazioni sul concetto di qualifica propria, riferito ai reati societari, v. GULLO, *Il reato proprio. Dai problemi tradizionali alle nuove dinamiche d'impresa*, Milano, 2005, 145 ss.; MANNA, (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, Milano, 2018, 41 ss.; ROSSI, *Premesse ad uno studio sui reati societari*, 103 ss.

² Così, ROSSI, *Reati ed illeciti amministrativi in materia societaria, finanziaria e bancaria* in ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. I, XV ed. a cura di Grosso, Milano, 2018.

³ Così, ROSSI, *Premesse ad uno studio sui reati societari*, cit., 2. Nello stesso senso, CONTI, *La riforma dei reati societari*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2002, in cui si legge «ciò che individua i reati in esame è soprattutto la particolare conoscenza nel campo economico di situazioni complesse e del modo di padroneggiarle in maniera apparentemente legale».

⁴ Testualmente, Art. 2639 c.c.

Titolo XI del codice civile. All'interno del quadro legislativo societario composito in cui si inserisce, la disposizione in discorso trova la ragione giustificatrice della sua esistenza nel fatto che, in assenza della specifica formula di equiparazione, «si sarebbe aperto uno spazio considerevole a preoccupanti sacche di impunità»⁵: la necessità di dare prevalenza all'effettivo esercizio di funzioni gestorie consente di risolvere un problema nominalistico, dando prevalenza ad un criterio contenutistico-funzionale di individuazione dei soggetti responsabili dei reati societari.

L'attuale situazione normativa relativa al diritto penale societario si presenta decisamente mutata rispetto a quella del passato. Infatti, l'intera disciplina dei reati societari, contenuta nel codice civile del '42, è rimasta invariata per sessant'anni, finché una serie di recenti interventi legislativi non ne ha stravolto l'impianto complessivo.

Il diritto penale d'impresa ha conosciuto il primo intervento riformatore nell'anno 2002, con il già menzionato d.lgs. n. 61/2002, nel più vasto quadro di riforma dell'intero diritto societario. A tale riforma hanno fatto seguito quella del 2005 e quella del 2015.

Ad oggi, il sistema penale societario si presenta come un «mosaico a più tessere»⁶, che si adegua gradualmente ed incessantemente alle trasformazioni incidenti sul tessuto economico e sociologico del nostro Paese. La materia dei reati societari risulta caratterizzata da una produzione, definita da Alessandri, «vertiginosa» e con «connotati alluvionali»⁷, di nuove fattispecie incriminatrici e dall'emersione di beni giuridici superindividuali meritevoli di protezione. Da tempo, infatti, sia in dottrina che in giurisprudenza, si discuteva a proposito dell'esigenza di tutelare non soltanto interessi endosocietari, ossia quelli relativi alla tutela del patrimonio e del capitale sociale, ma anche interessi emergenti sul piano extra-societario, come quelli legati alla tutela del risparmio ed al corretto svolgimento delle attività sui mercati finanziari. Si tratta di nuovi beni giuridici la cui protezione risulta inevitabilmente

⁵ In questi termini, ROSSI, *Reati ed illeciti amministrativi in materia societaria, finanziaria e bancaria*, cit., 33.

⁶ ROSSI, *Premesse ad uno studio sui reati societari*, cit., 1.

⁷ ALESSANDRI, *I reati societari: prospettive di rafforzamento e di riformulazione della tutela penale*, in *Rivista italiana*, 1992, 487.

legata ad una corretta gestione della società. Tuttavia, a parere della dottrina maggioritaria⁸, tali impulsi non hanno trovato conforto in regole operative.

Come già anticipato, il d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61 ha provveduto ad una riscrittura della materia, ordinando un complesso normativo stratificato e confuso. In particolare, il legislatore si proponeva di raggiungere una serie di obiettivi diretti alla «razionalizzazione»⁹ del sistema penale societario, *medio tempore* resosi obsoleto¹⁰ rispetto alle nuove esigenze emergenti in ambito commerciale e concernenti la tutela del mercato e dei risparmiatori. Tuttavia, il legislatore del 2002 sembra disattendere le citate istanze di protezione “allargata” dei soggetti coinvolti nelle vicende delle società commerciali, considerata l’introduzione di due nuove fattispecie criminose¹¹ con qualificazioni fortemente patrimoniali e privatizzate. Da ciò si evince che la primaria volontà del legislatore non fosse quella di tutela generale di beni di matrice collettiva e strumentale, come la trasparenza e la completezza dell’informazione societaria, ma di interessi finali di stampo privatistico, *in primis* il patrimonio. Indici di tale scelta sono rappresentati dalla previsione di specifiche soglie di rilevanza penale per i reati di false comunicazioni sociali, dalla necessità della presentazione della querela per alcune fattispecie punitive, dalla possibilità di realizzare condotte riparatorie premiali e ad effetti estintivi per altre. Trattasi di modificazioni che si inseriscono in un quadro di tutela di interessi direttamente “ristorabili” e, quindi, non superindividuali. Dunque, le rivendicazioni di protezione di valori collettivi, con contenuti non patrimoniali, appaiono sostanzialmente estranee alle scelte del legislatore del 2002, che, invece, ad eccezione dell’art. 2638 c.c. («Ostacolo alle funzioni delle Autorità pubbliche di vigilanza») e, parzialmente, dell’art. 2637 c.c. («Aggiotaggio»), privilegia aspetti patrimoniali pressoché esclusivi¹².

⁸ Si rinvia ad ALESSANDRI, *Alcune considerazioni generali sulla riforma*, in *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di ALESSANDRI, Milano, 2002, 3 ss. ed a PULITANÒ, *La riforma del diritto penale societario tra dictum del legislatore e ragioni del diritto*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002, 934.

⁹ Come riporta testualmente la Relazione del decreto legislativo in discorso nella parte riguardante le linee generali dell’intervento riformatore.

¹⁰ Si veda ALESSANDRI, *Alcune considerazioni generali sulla riforma*, cit., 22.

¹¹ Si tratta dell’infedeltà patrimoniale di cui all’art. 2634 c.c. e dell’infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità di cui all’art. 2635 c.c., inedita ipotesi di corruzione tra privati nel nostro sistema.

¹² ROSSI, *Premesse ad uno studio sui reati societari*, cit., 6.

Alla denunciata «mitezza»¹³ complessiva della novella del 2002 hanno fatto seguito i più recenti provvedimenti legislativi del 2005, stimolati dalla necessità di adattamento del nostro sistema penale alle esigenze di corretta regolamentazione dell'attività delle società commerciali. In questa fase, il legislatore ha agito su due binari, operando dapprima sul diritto penale dei mercati finanziari, specialmente attraverso il T.U.F. (Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria), con il c.d. «decreto Draghi» del 24 febbraio 1998, n. 58, modificato dalla Legge 18 aprile 2005, n. 62, e successivamente sul vero e proprio diritto penale delle società commerciali, con la Legge 28 dicembre 2005, n. 262.

In particolare, con la Legge n. 62/2005, si assiste ad una reviviscenza dell'esigenza di tutela dei beni intermedi e strumentali, intimamente connessi alla protezione degli strumenti finanziari, ed il rigore sanzionatorio risulta molto accentuato dalla convergenza di un duplice sistema di sanzioni amministrative e penali.

La Legge n. 262/2005, determinata dalla crisi di fiducia dei risparmiatori, che aveva causato una netta contrazione del capitale circolante, caratterizza il sistema penale societario con una ancora maggiore afflittività punitiva. Nata come risposta al crack Parmalat e ad altri scandali finanziari, nazionali ed internazionali, esplosi nel corso degli ultimi anni, con il coinvolgimento di un numero considerevole di risparmiatori, la Legge per la tutela del risparmio (n. 262/2005), nell'ottica di incentivare la trasparenza dell'informazione societaria, in particolare, ha ampliato il novero dei soggetti attivi di taluni reati¹⁴ e ha inasprito i riflessi sanzionatori collegati alle diverse ipotesi di false comunicazioni sociali. L'intervento ha inoltre introdotto alcune nuove fattispecie criminose¹⁵, ha eliminato delle ipotesi di procedibilità a querela e ha smantellato il sistema delle soglie di punibilità.

Sul fondamento della ritenuta inadeguatezza del sistema sanzionatorio introdotto dagli interventi riformatori elencati, la Legge n. 69/2015 ha nuovamente

¹³ Termine utilizzato da ALESSANDRI, *Alcune considerazioni generali sulla riforma*, cit., 22. V., altresì, nello stesso senso, GIUNTA, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, Torino, 2004.

¹⁴ Il legislatore del 2005 ha aggiunto ai soggetti attivi delle fattispecie di «False comunicazioni sociali» (art. 2621 c.c.) e «False comunicazioni sociali con danno» (art. 2622 c.c.), «Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità» (art. 2635 c.c.), «Ostacolo alle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza» (art. 2638 c.c.) e «Rivelazione di segreto professionale» (art. 622, co. 2, c.p.), i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari.

¹⁵ Si ricorda l'introduzione della nuova fattispecie incriminatrice dell'omessa comunicazione del conflitto di interessi dell'amministratore di cui all'art. 2629 c.c. e di un'ipotesi aggravata per il caso di grave documento ai risparmiatori di cui all'art. 2622 c.c.

rimodellato la disciplina delle falsità nelle comunicazioni sociali, al fine di rafforzare gli strumenti a difesa delle regole di trasparenza e della libera concorrenza.

In conclusione, da questa breve disamina storica del diritto penale d'impresa si evince che, da un'origine assai limitata e statica, quest'ultimo ramo del diritto si è non solo progressivamente ampliato, ma soprattutto diversificato.

1.2. La nozione di reato proprio nel diritto penale commerciale

La centralità del tema relativo ai soggetti attivi nel ramo del diritto penale d'impresa deriva dalla presenza, in tale ambito, di reati propri, ossia reati a soggettività ristretta predeterminata dal legislatore.

Per affrontare esaurientemente il tema, si ritiene necessario svolgere una premessa con riguardo all'opzione legislativa di preferire la struttura del reato proprio a quella del reato comune nella materia del diritto penale dell'economia. Infatti, il legislatore ha fatto un grande ricorso alla tecnica del reato proprio nel settore di cui si discorre perché ivi «affiorano con maggiore evidenza le caratteristiche della “società del rischio”, da cui discende la necessità di investire alcuni soggetti di specifici doveri strumentali alla salvaguardia di beni giuridici»¹⁶. La necessità dell'esistenza di una particolare posizione di garanzia in capo a determinati soggetti, destinatari della norma, deriva dalla vicinanza di quest'ultimi al bene giuridico oggetto di tutela e dalla loro possibilità di esercitare poteri diretti ad assicurarne una efficace protezione. «Questa naturale “inerenza” del soggetto all'insieme degli interessi in possibile conflitto», come affermato da Gullo, «giustifica dunque la particolare “responsabilizzazione” di cui costui è gravato, in relazione alla protezione del bene giuridico in questione»¹⁷.

In definitiva, la *ratio legis* sottesa a questo gemmare di fattispecie proprie nell'ambito del diritto penale d'impresa sembra essere quella di ridurre la distanza

¹⁶ Testualmente, MANNA, (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, Milano, 2018, 41.

¹⁷ Con queste parole si esprime GULLO, *Il reato proprio*, cit., 122. Sul tema, si veda anche DEMURO, *Tipicità e offesa del bene giuridico nelle fattispecie proprie del diritto penale dell'economia*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1998, 825 ss.

che intercorre tra la vittima e l'autore del reato e, al contempo, di garantire una più intensa protezione della molteplicità di interessi potenzialmente aggredibili¹⁸.

Come già anticipato, la natura propria del reato comporta che lo stesso appare imputabile solo a soggetti che presentano una determinata qualifica naturalistica o giuridica, preesistente al fatto illecito e indipendente da esso, e ne delinea lo specifico disvalore, «rendendosi funzionale all'incriminazione di fatti altrimenti non meritevoli di pena o invece meritevoli di una pena più grave o meno grave»¹⁹. Oltretutto, nel diritto penale commerciale, si riscontra una netta prevalenza di reati propri esclusivi, riguardanti fatti che sarebbero penalmente irrilevanti se commessi da soggetti non qualificati, rispetto ai reati semi esclusivi, i quali hanno ad oggetto fatti che, ove realizzati in assenza della qualifica, costituirebbero un diverso reato. All'interno di tale settore del diritto penale, la categoria del reato proprio è costruita come categoria di genere, nella quale confluiscono «non solo i reati per la cui integrazione è espressamente richiesta dal legislatore una particolare qualifica in capo al soggetto attivo, secondo la nozione “classica” di reato proprio, ma anche reati che, a prescindere da un espresso richiamo normativo in tal senso, presuppongono una particolare posizione personale del soggetto attivo, in virtù della quale lo stesso è posto in una relazione “qualificata” rispetto al bene protetto»²⁰.

Di conseguenza, la categoria comprende sia i reati propri, intesi nella loro accezione tradizionale, sia i reati omissivi, che «si innestano su una relazione specifica dei soggetti con il bene in forza di un obbligo giuridico (penale o extra-penale) che essi sono tenuti a salvaguardare»²¹, nonché quei reati commissivi comuni che, qualora vengano realizzati nell'ambito di un'impresa, si mostrano ancorati ad una

¹⁸ GULLO, *Il reato proprio*, cit., 122. Nello stesso senso, si veda VOLK, *Sistema penale e criminalità economica*, Napoli, 1998, 43 ss.

¹⁹ ALESSANDRI, SEMINARA, *Diritto penale commerciale. I principi generali*, vol. I, Torino, 2018, 43. Nello stesso senso, con specifico riferimento al diritto penale societario, cfr. PEDRAZZI, *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, in *Rivista Societaria*, 1962, 224 ss. Con riguardo alla questione generale, *ex multis*, DEMURO, *Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998, 860 ss.; GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Torino, 2020, 45 ss.; GULLO, *Il reato proprio*, cit., 43 ss.; PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio*, Milano, 2004, 186 ss.

²⁰ BAIMA BOLLONE, *La delega di funzioni e il problema dei soggetti responsabili nel diritto penale dell'impresa*, in ROSSI (cura di), *Reati societari*, Torino, 2005, 104.

²¹ ALESSANDRI, *Impresa (responsabilità penale)*, in *Digesto discipline penalistiche*, V, Torino, 1992, 200.

particolare posizione funzionale ricoperta nell'organizzazione aziendale. Infatti, così come nei reati propri la qualifica soggettiva tipizzata dal legislatore palesa una precipua relazione di affidamento tra il soggetto che versa in quella specifica condizione personale richiesta dalla norma ed il bene tutelato²², anche nelle altre categorie di reato citate in precedenza, pur non tecnicamente definibili come "proprie", la struttura delle varie fattispecie incriminatrici presuppone la sussistenza di un rapporto di tutela "privilegiata" tra soggetto e bene.

Pertanto, anche laddove la norma non faccia riferimento a delle specifiche qualifiche soggettive e si presenti strutturata come un reato comune, realizzabile da chiunque, viene ugualmente in considerazione la particolare posizione in cui si trova il soggetto operante nella struttura aziendale e, quindi, uno specifico legame di protezione con il bene giuridico da tutelare.

In particolare, quanto ai reati omissivi propri, anche nei casi in cui il destinatario del precetto venga normativamente individuato con la locuzione "chiunque", gli stessi configurano un obbligo di agire in capo al destinatario fondato su una sua particolare posizione, rispetto al bene tutelato, che consente di ritenerlo "garante" della tutela del bene stesso. In tale ottica, viene trasferito nel campo dei reati omissivi propri il concetto di "posizione di garanzia", tipico della materia dei reati omissivi impropri in cui il soggetto obbligato è considerato "garante" dell'impedimento di eventi lesivi nei confronti del bene giuridico²³. Si pensi agli artt. 437 c.p. («Rimozione od omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro») e 451 c.p. («Omissione colposa di cautele o difese contro i disastri o infortuni sul lavoro»), i quali delineano reati che presentano la struttura del reato comune, essendo quindi imputabili a "chiunque" attui la condotta in essi descritta, ma che in ogni caso «appaiono legati ad una particolare posizione funzionale presente nell'organizzazione aziendale»²⁴. In tali casi, la locuzione "chiunque" non

²² In argomento, si vedano FIORELLA, *Sui rapporti tra il bene giuridico e le particolari condizioni personali*, in AA. VV., *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, 1985; VENAFRO, *Reato proprio*, in *Digesto discipline penalistiche*, XI, Torino, 1996 e DEMURO, *Tipicità e offesa del bene giuridico nelle fattispecie proprie del diritto penale dell'economia*, cit.

²³ CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, Padova, 1988, 773.

²⁴ BAIMA BOLLONE, *La delega di funzioni e il problema dei soggetti responsabili nel diritto penale dell'impresa*, cit., 106.

può che presupporre una specifica relazione di garanzia tra soggetto e bene, tale da condurre a identificare il destinatario della norma nel datore di lavoro.

Con riguardo ai reati omissivi impropri, come già accennato, è proprio l'esistenza di una precipua relazione di garanzia tra soggetto e bene che giustifica l'equiparazione tra il commettere e il non impedire, sancita dall'art. 40 cpv. c.p., ed il conseguente dovere di intervenire incombente sul destinatario del precetto a causa dello specifico ruolo ricoperto o della qualità rivestita²⁵. L'identificazione dei soggetti responsabili nel diritto penale societario si fonda, infatti, sulla violazione di doveri funzionali (la cui conformazione normativa è rinvenibile altrove rispetto al settore penale): come affermato da Demuro, «dal bene discende la qualifica e dalla qualifica discendono i doveri»²⁶. La sussistenza dell'obbligo di impedire il verificarsi dell'evento funge da elemento selettivo dell'attribuzione della responsabilità penale, che presuppone la titolarità dell'obbligo giuridico di attivarsi in capo al soggetto attivo e, quindi, una posizione di garanzia rispetto al bene tutelato.

Infine, si è fatto cenno ai reati commissivi che pur strutturalmente comuni, assumono le caratteristiche dei reati propri quando riferiti ad una realtà imprenditoriale, atteso che la punibilità si lega ad uno scorretto esercizio di poteri funzionali necessariamente facenti capo, all'interno dell'organizzazione aziendale, a determinati soggetti²⁷. Sul punto, Alessandri osserva che «non si tratta di categorie che vengono in gioco per caratteristiche morfologiche o strutturali, bensì per il terreno fattuale sul quale si impiantano»²⁸.

In conclusione, la massiccia presenza nell'ambito del diritto penale d'impresa di categorie diverse di reato, caratterizzate dal comune denominatore del particolare rapporto di affidamento tra destinatario della norma e bene giuridico protetto, ha condotto la dottrina penalistica a rintracciare nella posizione di garanzia il criterio di selezione dei soggetti responsabili nelle strutture aziendali²⁹. Non si tratta,

²⁵ Sul punto, si veda GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983.

²⁶ DEMURO, *Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta*, cit.

²⁷ Così ALESSANDRI, *Parte generale*, in PEDRAZZI, ALESSANDRI, FOFFANI, SEMINARA E SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, 1999.

²⁸ ALESSANDRI, *Impresa (responsabilità penale)*, cit.

²⁹ PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1988.

pertanto, di un criterio meramente formale, ma «vincolato alla ricerca del particolare rapporto di affidamento tra il destinatario della norma ed il bene tutelato, o più semplicemente alla posizione di garanzia che questi riveste in relazione alle entità protette dalla legge»³⁰.

2. Criteri di imputazione della responsabilità nell'ambito delle società

2.1. La responsabilità nelle organizzazioni complesse

Il problema della responsabilità penale nell'ambito delle organizzazioni complesse deriva dalla costante diffusione nelle moderne strutture imprenditoriali del fenomeno della c.d. “spersonalizzazione”, ossia l'attribuzione di competenze ad uffici o posizioni e non alle persone in quanto tali, che sfocia nell'impossibilità, almeno ad un primo sguardo, di riconnettere una certa manifestazione dell'attività di impresa, nel caso in esame, offensiva, ad un soggetto determinato³¹.

Dal punto di vista sociologico, l'organizzazione aziendale fu esaminata e teorizzata da Max Weber³², che ne ravvisò una delle caratteristiche fondamentali, per l'appunto, nella spersonalizzazione, insieme all'orientamento strumentale ai fini, la specializzazione, alla gerarchia e alla formalizzazione³³. La struttura dell'organizzazione aziendale moderna, infatti, è tale che l'impresa, soprattutto se di grandi dimensioni, si presenta all'esterno come un corpo compatto ed unitario ed impone, quindi, di realizzare una ricerca volta a identificare la persona fisica cui imputare gli effetti del reato.

Il processo di individuazione del soggetto responsabile nelle organizzazioni complesse deve necessariamente misurarsi con la peculiare struttura dei reati d'impresa e, precisamente, con la loro natura di reati propri. L'obiettivo perseguito dal legislatore con il ricorso a tale tecnica di costruzione delle fattispecie penali d'impresa, e cioè delimitare l'ambito soggettivo di applicazione dei reati societari, viene, infatti, frustrato quando il fatto illecito sia stato commesso all'interno di un ente collettivo. Il contesto in cui viene realizzato il reato, e cioè un'organizzazione più o meno complessa, rende necessario compiere una ricerca volta ad individuare

³⁰ AMBROSETTI, MEZZETTI, RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2016.

³¹ ALESSANDRI, SEMINARA, *Diritto penale commerciale*, cit.

³² WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1922, 498.

³³ Cfr. REBORA, *Manuale di organizzazione aziendale*, 2004, 36.

la persona fisica che in via originaria deve essere considerata destinataria delle fattispecie penali d'impresa. In particolare, l'indagine deve mirare a «tradurre la qualifica soggettiva formalmente riferibile all'ente (quale ad esempio quella di datore di lavoro o imprenditore) in termini compatibili con il sistema di imputazione vigente nel nostro ordinamento, ovvero individuando la persona fisica chiamata a rispondere in vece dell'ente collettivo»³⁴. La ricerca si rende imprescindibile tanto per le fattispecie commissive, quanto per quelle omissive, rispetto alle quali occorre definire su quale soggetto operante nella struttura aziendale ricada lo specifico obbligo di condotta³⁵.

Tale analisi diventa ancora più ardua quando nella norma incriminatrice sia assente una specifica indicazione della qualifica soggettiva richiesta in capo all'agente, pur essendo deducibile, anche se non espressamente enunciato, il riferimento legislativo a particolari funzioni ed alle connesse condizioni di dovere o di potere, assunte da soggetti determinati all'interno della realtà imprenditoriale.

Il delicato problema della individuazione dei soggetti penalmente responsabili deve, inoltre, confrontarsi con il rispetto dei principi costituzionali rilevanti nella materia³⁶. *In primis*, si pone l'esigenza di tenere in considerazione il principio inderogabile di personalità della responsabilità penale, enunciato dall'art. 27, co. 1, della Costituzione, nella sua doppia esplicitazione come divieto di responsabilità per fatto altrui e come responsabilità per fatto proprio colpevole: ciò comporta che l'affermazione di responsabilità penale è conforme a Costituzione solo a condizione che all'agente sia ascrivibile un fatto proprio, ossia causato dalla sua condotta, e che allo stesso si possa muovere un rimprovero almeno di colpa³⁷.

L'impresa si caratterizza per fattori che, in fatto o in diritto, necessariamente concorrono a determinare tensioni con il principio costituzionale di colpevolezza³⁸. Tra i primi, rientrano, specialmente, la "lontananza" del soggetto che riveste una posizione apicale dalle situazioni in cui i reati sono commessi, la scissione tra

³⁴ Così, BAIMA BOLLONE, *La delega di funzioni e il problema dei soggetti responsabili nel diritto penale dell'impresa*, cit., 108.

³⁶ DI AMATO, *Diritto penale dell'impresa*, Milano, 2011, 96.

³⁷ Corte cost., 24/03/1988, n. 364, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1988, 686, con nota di PULITANÒ, e in *Foro Italiano*, 1988, I, 1385, con nota di Fiandaca.

³⁸ In questi termini, AMBROSETTI, MEZZETTI, RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., 59.

conoscenza tecnico-scientifica e potere imprenditoriale, e la conseguente esigenza di delegare le distinte funzioni aziendali, il cui esercizio richiede competenze sempre più specializzate, anche in imprese di medie dimensioni. Tra i secondi, si possono enucleare il tendenziale ampliamento del contenuto delle posizioni di garanzia, la mancanza di indicazioni specifiche sui comportamenti dovuti ed esigibili dai destinatari delle fattispecie, la forma sovente collegiale di esercizio dell'attività nell'ambito dell'impresa.

Questi elementi hanno contribuito all'emersione della tendenza, in una parte della dottrina penalistica, a concentrare le responsabilità di impresa “verso l'alto”, nei confronti dei vertici d'azienda, spesso privi di concreti poteri di impedimento del fatto illecito o, in ogni caso, incolpevoli. Alla base di tale impostazione vi è l'esigenza di rintracciare la sussistenza di posizioni di garanzia, relative all'impedimento di eventi lesivi scaturenti dall'attività d'impresa, in capo al titolare dell'iniziativa economica, al quale l'ordinamento attribuisce i poteri direttivi e gestionali idonei alla neutralizzazione delle relative fonti di rischio³⁹.

Il cardine delle posizioni di garanzia riconosciute in capo all'imprenditore o agli amministratori di società, cui spettano i poteri e le responsabilità dell'imprenditore individuale, risiede nel complesso delle disposizioni penalistiche che regolano l'attività d'impresa, dalle quali emerge una disciplina incentrata sull'imprenditore e sui titolari di cariche societarie. Infatti, è stato osservato come la previsione di precetti “propri” si mostra «espressione di un affidamento di tutela dei relativi interessi ad un tale soggetto in relazione alla specificità delle possibili aggressioni ed al loro collegamento all'esercizio dell'impresa»⁴⁰.

Dal canto suo, la giurisprudenza costituzionale, nell'ottica di escludere forme di responsabilità oggettiva o “da posizione”, necessariamente in conflitto con i principi di personalità della responsabilità penale e di colpevolezza, e di evitare che la organizzazione di responsabilità si converta irrimediabilmente in “irresponsabilità organizzata”⁴¹, ha costantemente respinto diverse questioni di

³⁹ In questo senso, si rimanda a GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983, 426 ss.; PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1988, 126 ss.

⁴⁰ Così, testualmente, GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 428.

⁴¹ L'espressione appartiene alla dottrina tedesca: si vedano BECK, *Die organisierte Unverantwortlichkeit*, Frankfurt a. M., 1988, *passim*; SCHUNEMANN, *Unternehmenskriminalität und*

legittimità sollevate soprattutto in materia antinfortunistica, previdenziale o di stampa⁴², ricusando fermamente il ricorso a meccanismi automatici o presuntivi sui quali fondare la responsabilità penale.

Altra parte della dottrina penalistica, ideologicamente opposta rispetto a quella citata precedentemente, invece, propone una soluzione al problema dell'individuazione dei soggetti responsabili nelle organizzazioni complesse che risulta svincolata dal dato formale del possesso della qualifica tipizzata dalla fattispecie incriminatrice. Tale schema muove da una lettura della qualifica soggettiva nei reati propri secondo criteri funzionali che individuano il fondamento del giudizio di responsabilità penale nel concreto svolgimento dei compiti e dei poteri presupposti dal legislatore nella descrizione della fattispecie proprie del diritto penale d'impresa. Muovendo dall'affermazione dell'autonomia del diritto penale rispetto agli altri rami dell'ordinamento che richiamano le stesse qualifiche soggettive richieste dalle norme incriminatrici dei reati penali d'impresa, l'impostazione in discorso, quindi, individua il destinatario del precetto proprio non tanto nel soggetto che risulti formalmente investito della qualifica ma in colui che eserciti effettivamente le funzioni sottese alla qualifica stessa⁴³. Seguendo lo stesso approccio, in una parte della dottrina tedesca, si afferma che «colui che possiede effettivamente questa sfera di mansioni ed è pertanto qualificato a realizzare il fatto tipico del reato, deve, per ciò stesso, considerarsi anche qualificato come autore di esso»⁴⁴.

Quella parte della dottrina che, invece, afferma la centralità del dato normativo extra-penale nel saldare la responsabilità penale ai canoni di legalità e riserva di

Strafrecht, Köln-Berlin-Bonn-München, 1979, 34; ID., *Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen Unternehmenskriminalität*, in *Zeitschrift für Wirtschaftsstrafrecht*, 1982, 43.

⁴² Cfr., Corte cost., 15/06/1956, n. 3; Id., 14/07/1976, n. 173; Id., 24/11/1982, n. 198; Id., 16/05/1983, n. 139.

⁴³ Cfr. FIORELLA, *Il soggetto attivo nelle organizzazioni pluripersonali*, in CONTI, *Il diritto penale d'impresa*, in GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, XXV, Padova, 2001, 20; VASSALLI, *La responsabilità penale per il "fatto dell'impresa"*, in prefazione a JORI, *Organizzazione dell'impresa e responsabilità penali*, Firenze, 1981, secondo cui la nozione di reato proprio «non si riferisce tanto ad un soggetto qualificato, quanto piuttosto ad una condotta tipica (...) che in virtù della loro posizione di potere, quei soggetti sono in grado di produrre».

⁴⁴ WIESENER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Stellvertretern und Organen*, Frankfurt, 1971, 147.

legge⁴⁵, rifiuta un approccio esclusivamente funzionalistico al problema dei soggetti nei reati d'impresa, ritenendo che il processo volto ad individuare la persona fisica destinataria del precetto all'interno dell'organizzazione aziendale debba tenere in considerazione quel complesso di norme che disciplinano l'attività d'impresa. L'esigenza sottesa al rigetto dell'interpretazione funzionalistica è quella di evitare che l'applicazione incondizionata del criterio funzionale determini «falle nella tenuta, già oltremodo difficoltosa, del principio di legalità, chiamato qui a governare quella che appartiene (...) non ad un momento di “definizione” di elementi già presenti nella figura tipica, ma di “completamento descrittivo della fattispecie delittuosa”»⁴⁶.

Per quanto riguarda, invece, l'approccio giurisprudenziale al problema dell'individuazione delle persone fisiche destinatarie, in via originaria, dei precetti penali nell'ambito delle organizzazioni complesse, lo stesso è fondamentalmente riconducibile a due principali orientamenti.

Un primo indirizzo fa riferimento al criterio della rappresentatività secondo il quale il destinatario del precetto è il soggetto fornito della legale rappresentanza dell'ente, in quanto legato ad esso da un rapporto organico. La giurisprudenza ha applicato tale principio in più occasioni.

In particolare, in una pronuncia del 1994, la Cassazione penale, dopo aver affermato la natura di reato proprio della contravvenzione di omessa annotazione per i rifiuti tossici e nocivi conferiti a terzi, ha chiarito che «esso è infatti ascrivibile al legale rappresentante»⁴⁷. Il principio risulta, tuttavia, temperato dal riconoscimento della

⁴⁵ V. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, Milano, 1983: «in ogni caso, la diversità di significato che un concetto di estrazione extra-penale può presentare una volta assunto in una fattispecie incriminatrice non sembra mai spingersi sino al punto di un radicale stravolgimento della sua nozione. Esso potrà assumere una portata più vasta o più ristretta rispetto al significato che gli si attribuisce in corrispondenza della sua funzione non penale, ma non rappresentare l'antitesi del significato originario. Se così fosse, non si capirebbe per quale ragione la legge penale sia ricorsa ad un concetto dotato di un determinato valore normativo, per poi costringere l'interprete ad elaborarne uno totalmente nuovo, il cui contenuto si presenta in contraddizione col primo, o gli è totalmente estraneo».

⁴⁶ Così, testualmente, ALESSANDRI, *Impresa (responsabilità penale)*, cit., 204.

⁴⁷ Cass. pen., Sez. fer., 02/08/1994. In senso conforme, anche se meno recentemente, Cass. pen., Sez. III, 29/03/1983, in cui si legge che «destinatari delle norme assicurative, previdenziali e in genere di tutela dei lavoratori sono sempre i datori di lavoro. Nelle società legalmente costituite devono considerarsi destinatari di tali precetti i direttori amministrativi, i quali, fra i loro compiti istituzionali, hanno anche quello di osservare e far osservare le dette norme, della cui inadempienza rispondono sempre per fatto proprio, anche se possono delegare ad altri il materiale adempimento di tali obblighi. Tali criteri, normalmente validi, non possono però applicarsi alle aziende di notevoli

posizione di garanzia in capo al soggetto destinatario di un atto di delega⁴⁸. Nella stessa pronuncia, si legge, infatti, che «può tuttavia essere chiamato a rispondere dell'illecito anche colui che non possieda la qualifica predetta, ma che eserciti in concreto (in base a delega o ad interna ripartizione delle competenze nell'ambito di enti di rilevanti dimensioni) le funzioni a questa sottese, avendo assunto la titolarità dei relativi poteri e doveri».

Analogamente, in una decisione del 1995, la Corte di Cassazione ha dichiarato che «il principio secondo cui l'individuazione dei destinatari degli obblighi antinfortunistici deve fondarsi sulle funzioni in concreto esercitate e non sulla qualifica rivestita, non trova applicazione “*sic et simpliciter*” al datore di lavoro, in quanto questi ha una "funzione formale" tale da esser di per sé portatore di responsabilità antinfortunistica, a meno che non conferisca apposita delega ad altri»⁴⁹.

Ancora, in una sentenza del 1998, la Suprema Corte, nell'assolvere l'imputato dai reati previsti dall'art. 21 c.1 e 3 L. 319/1976 con la formula “per non avere commesso il fatto”, ha presupposto che le contravvenzioni fossero ascritte allo stesso nella qualità di legale rappresentante di un consorzio⁵⁰. Anche in questa circostanza, la Corte ha sottolineato che il criterio della rappresentatività conosce un'eccezione nel caso in cui la presenza di una delega, dotata di precisi requisiti⁵¹, determini la trasferibilità delle funzioni imprenditoriali con connesse responsabilità penali.

Accanto al criterio della rappresentatività, la giurisprudenza ha contestualmente dato al problema dei soggetti nel diritto penale d'impresa una soluzione in senso funzionale, valorizzando le mansioni di fatto effettivamente esercitate all'interno dell'azienda. In numerose pronunce, infatti, la Corte di Cassazione ha individuato il soggetto destinatario dei precetti penali in base alla funzione concretamente

dimensioni, che impieghino moltissimi dipendenti e che dispongano della collaborazione plurima di ausiliari, quali direttori generali, capi servizio, capi personale e simili, sui quali si trasferiscono l'obbligo giuridico dell'osservanza delle norme in parola e la conseguente responsabilità penale».

⁴⁸ Argomento di cui si rimanda l'approfondimento al paragrafo successivo.

⁴⁹ Cass. pen., Sez. II, 08/03/1995, n. 6284.

⁵⁰ Cass. pen., Sez. III, 22/06/1998, n. 8821.

⁵¹ Cass. pen., Sez. III, 22/06/1998, n. 8821: «La trasferibilità di funzioni imprenditoriali con connesse responsabilità penali, si configura in presenza di una delega dotata di precisi requisiti: essa deve essere espressa, approvata dagli organi statuari, giustificata dalle dimensioni dell'azienda, effettiva e liberamente accettata dal delegato».

svolta, a prescindere dalla qualifica rivestita e dalla formale attribuzione di competenze.

Da una decisione del 1998 chiaramente si evince l'essenza del principio di cui si parla: «Posto che le esigenze dell'economia moderna impongono sempre più articolate organizzazioni delle strutture produttive soprattutto nelle società di capitali di grandi o notevoli dimensioni, la responsabilità penale va ancorata, piuttosto che al dato rigorosamente formale della legale rappresentanza, al dato sostanziale e funzionale che tiene conto della titolarità di poteri effettivi legati allo svolgimento concreto di talune attività»⁵²; e ancora, nella medesima pronuncia, si legge: «È necessario superare il dato puramente formale dalla rappresentanza e della assenza di delega per individuare se vi siano altri soggetti che, con riferimento ai compiti attribuiti ed alle concrete mansioni svolte, potessero avere assunto gli obblighi di salvaguardia dell'incolumità dei lavoratori, essendo tenuti ad attuare e sorvegliare l'attuazione delle norme di sicurezza».

Nello stesso senso, si è espressa la Corte di Cassazione, in tema di lesioni colpose da infortunio sul lavoro, statuendo che «ai fini dell'identificazione della persona responsabile, nell'ambito di un'impresa di grandi dimensioni, in cui la ripartizione delle funzioni è imposta dall'organizzazione aziendale, occorre accertare l'effettiva situazione di responsabilità all'interno delle posizioni di vertice per individuare i soggetti cui i compiti di prevenzione sono concretamente affidati con la predisposizione e l'attribuzione dei correlativi e necessari poteri di adempierli»⁵³ e, più recentemente, in una pronuncia del 2018, ribadendo che «la individuazione dei destinatari degli obblighi posti dalle norme sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro e sull'igiene del lavoro deve fondarsi non già sulla qualifica rivestita bensì sulle funzioni in concreto esercitate, che prevalgono, quindi, rispetto alla carica attribuita al soggetto (ossia alla sua funzione formale)»⁵⁴.

Tuttavia, tale criterio è stato spesso accolto con qualche temperamento dovuto all'esigenza di adeguare il processo di individuazione dei soggetti responsabili alle diverse modalità di organizzazione interna dell'impresa e, in particolare, di ripartizione dei compiti al suo interno. È significativa sul punto una decisione della

⁵² Cass. pen., Sez. IV, 03/03/1998, n. 548.

⁵³ Cass. pen., Sez. IV, 26/04/2000, n. 7402.

⁵⁴ Cass. pen., Sez. III, 10/01/2018, n. 14352.

Corte di Cassazione, in tema di violazione degli obblighi incombenti sugli amministratori, in cui la stessa così si è pronunciata: «Il legale rappresentante di una società di notevoli dimensioni non è responsabile allorché l'azienda sia stata preventivamente suddivisa in distinti settori, rami o servizi, ed a ciascuno di questi siano stati in concreto preposti soggetti qualificati ed idonei, dotati della necessaria autonomia e dei poteri indispensabili per la completa gestione degli affari inerenti a quel servizio»⁵⁵. Si tratta, quindi, di stabilire entro quali limiti la normativa interna di organizzazione e, in particolare, la distribuzione di compiti all'interno del complesso aziendale, mediante atti di delega, possa concorrere con la norma generale alla individuazione del soggetto responsabile, permettendo il trasferimento della responsabilità dell'imprenditore ad un altro soggetto. Quest'ultima considerazione permette di introdurre il tema della delega di funzioni.

2.2. La delega di funzioni

L'espressione "delega di funzioni" richiama una prassi organizzativa ampiamente presente nell'ambito delle imprese, in base alla quale un soggetto, titolare di specifiche funzioni all'interno di una realtà imprenditoriale, ne trasferisce l'esercizio ad altri che ne sia privo⁵⁶.

La delega, avente quindi natura di atto negoziale, espressione dell'autonomia privata, costituisce un elemento essenziale dell'organizzazione di impresa, che si dispiega in una rete di attribuzioni e di dislocazione delle competenze. Infatti, come anticipato, l'istituto è nato nella prassi delle imprese, proprio perché impellentemente richiesto dalle fondamentali esigenze di costituzione dell'organizzazione. In particolare, la delega di funzioni rappresenta una necessità per l'efficienza dell'impresa, considerata l'impossibilità nelle attuali strutture produttive di accentrare nell'organo di vertice tutte le funzioni di gestione⁵⁷, e per

⁵⁵ Cass. pen., Sez. III, 26/02/1998, n. 681.

⁵⁶ Per chiarezza di esposizione, occorre precisare che dalla delega di funzioni così intesa va distinta la delega interna al consiglio di amministrazione di società, la quale realizza un trasferimento di funzioni tra soggetti ugualmente dotati della qualifica formale tipizzata dal legislatore nella formulazione della norma incriminatrice.

⁵⁷ Tra i tanti, PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1988; PULITANÒ, *Organizzazione dell'impresa e diritto penale del lavoro*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 1985; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019; MANTOVANI, *Diritto penale del lavoro. Profili generali*, Milano, 1990. Il problema è avvertito anche dalla dottrina tedesca, v. GOHLER, Prot. V/1096: «nella nostra moderna economia

l'effettiva tutela dei beni posti in pericolo dall'attività di impresa, poiché la "distanza" tra il soggetto qualificato e le fonti di rischio, sia sul piano conoscitivo che su quello operativo, non garantirebbe la reale protezione dei beni stessi⁵⁸. In tal guisa, lo strumento della delega diventa, quasi, un atto dovuto in taluni casi in cui si rende necessario rispettare il «principio di civiltà giuridica che esige piena corrispondenza tra poteri e responsabilità»⁵⁹.

In un settore del diritto penale permeato, com'è il diritto penale commerciale, di reati propri, la delega assume un rilievo particolare perché le funzioni trasferite costituiscono un elemento determinante nella configurabilità delle fattispecie di reato, in quanto poste a fondamento della qualifica soggettiva richiesta dal legislatore nella descrizione della fattispecie stessa. Il tema della delega si pone, infatti, in posizione centrale nell'ambito del problema dell'individuazione dei soggetti responsabili nelle organizzazioni complesse: l'atto di delega solleva la questione relativa al criterio di imputazione della responsabilità penale da osservare in seguito alla distribuzione di compiti all'interno dell'impresa ed alla conseguente rideterminazione delle sfere di competenza.

La situazione che un trasferimento di funzioni all'interno dell'impresa determina è la seguente: il soggetto cui sono trasferite le funzioni è privo della qualifica tipizzata dal legislatore nella formulazione della fattispecie di reato e, quindi, non può considerarsi destinatario, in via originaria, del precetto proprio; però, allo stesso tempo, il soggetto che, invece, trasferisce le funzioni, pur rimanendo unico titolare della qualifica formalmente richiesta dalla norma incriminatrice, si libera in concreto dell'esercizio delle funzioni corrispondenti alla qualifica stessa⁶⁰.

Come spiegato esaustivamente da Fiorella, nel caso di reati omissivi, si rende necessario individuare il titolare dell'obbligo penalmente sanzionato, considerato che, «trattandosi di inerzia rilevante a titolo di omissione, l'inerzia medesima può naturalisticamente riscontrarsi, non meno nel dante incarico che nell'incaricato,

produttiva non è facile che sia possibile che il titolare adempia a tutti i doveri che l'azienda porta con sé. Egli è costretto a servirsi della collaborazione di altre persone che adempiano per suo conto a tali doveri».

⁵⁸ Cfr. ALESSANDRI, SEMINARA, *Diritto penale commerciale. I principi generali*, vol. I, Torino, 2018; PULITANÒ, *Igiene e sicurezza del lavoro*, in *Digesto discipline penalistiche*, VI, Torino, 1992.

⁵⁹ GULLO, *Il reato proprio. Dai problemi tradizionali alle nuove dinamiche d'impresa*, Milano, 2005, 124.

⁶⁰ ROSSI, (a cura di), *Reati societari*, Torino, 2005.

salvo a dover stabilire chi dei due sia titolare dell'obbligo di azione il cui inadempimento costituisce l'omissione»⁶¹.

Quanto ai reati commissivi propri, trattandosi di reati d'azione, non si pongono problemi nella riferibilità dell'azione tipica al soggetto che l'abbia materialmente posta in essere; tuttavia, laddove tale soggetto sia privo della qualifica soggettiva formalmente richiesta dalla norma incriminatrice, ed allo stesso siano state delegate le corrispondenti funzioni, sorgono due ordini di problemi: *in primis*, quello dell'affermazione di responsabilità, e a quale titolo, della persona fisica, priva della qualifica, che abbia concretamente agito; *in secundis*, quello di una eventuale imputazione di responsabilità in capo al soggetto delegante a titolo di concorso nel reato del soggetto delegato *ex art. 40, co. 2, c.p.*⁶², quando sia accertata la sussistenza di un obbligo di attivarsi ai fini dell'impedimento del reato medesimo. Nel tentativo di dare una risposta a tali interrogativi, è inevitabile il rischio di incorrere in due eccessi opposti: da un lato, concentrare le responsabilità di impresa “verso l'alto”, creando così forme di responsabilità c.d. “di posizione”, con la conseguente lesione del principio inderogabile di personalità della responsabilità penale, enunciato dall'art. 27, co. 1, della Costituzione⁶³; dall'altro, e al contrario, favorire una responsabilità “verso il basso”, realizzandosi così una profonda scissione tra il titolare *ex lege* della qualifica e il soggetto responsabile, tale da violare il principio di legalità, in materia penale, di cui all'art. 25, co. 2, della Costituzione⁶⁴.

⁶¹ FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1984, 16.

⁶² Testualmente, «non impedire un evento, che si l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo».

⁶³ Osserva GRASSO, *Organizzazione aziendale e responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, in *Archivio penale*, 1982, 745, come ciò vorrebbe dire gravare costoro «di una responsabilità sostanzialmente per fatto altrui giacché si imputerebbe ai soggetti in questione il mancato compimento di un'azione che essi non potevano di fatto realizzare e che era stata legittimamente affidata ad altri». Si veda, in tal senso, anche CONTENUTO, *La responsabilità senza colpevolezza nell'applicazione giurisprudenziale*, in SPAGNOLO, (a cura di), *Scritti 1964-2000*, Bari, 2002.

⁶⁴ Testualmente: «Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso».

⁶⁵ Nel senso del testo, FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, cit., 16, in cui si legge: «analisi che non fossero ispirate al più grande equilibrio rischierebbero di condurre ad una concentrazione di responsabilità verso l'alto della scala gerarchica ovvero verso il basso: verso l'alto se, considerando irrilevante il trasferimento di funzioni, le responsabilità personali venissero rigidamente fissate in capo all'imprenditore e ai vertici aziendali; verso il basso se, conferendo rilievo al trasferimento, si facesse slittare tutta la responsabilità, accollandola a meri esecutori delle scelte di “politica d'impresa”».

A quali condizioni, in che modo e con quali conseguenze la delega di funzioni sia idonea a condizionare il giudizio di imputazione del fatto di reato commesso nell'esercizio dell'attività di impresa costituiscono i temi su cui, da tempo, dottrina penalistica e giurisprudenza si sono interrogate e confrontate, giungendo, pur attraverso differenti soluzioni interpretative, derivate da una diversa concezione del reato proprio, a riconoscere a tale istituto la capacità di incidere sulla distribuzione delle posizioni di garanzia astrattamente prefigurate dal legislatore attraverso la previsione di precetti propri.

Un primo orientamento⁶⁶, di tipo soggettivo, sviluppatosi nella dottrina penalistica nega che la delega di funzioni, in quanto atto di autonomia privata, possa determinare una traslazione degli obblighi penalmente sanzionati, connessi alle funzioni trasferite, dal soggetto delegante a quello delegato. Tale impostazione muove dagli stessi presupposti interpretativi che avevano condotto una parte della dottrina penalistica a ritenere imprescindibile, già al momento dell'individuazione di colui che deve essere considerato destinatario, in via originaria, degli effetti del precetto proprio, il richiamo alle qualifiche soggettive extra-penali, formalmente tipizzate dal legislatore, che devono essere «assunte nelle fattispecie criminose in tutta la loro pregnanza normativa con la corona dei poteri e dei doveri che vi ineriscono»⁶⁷. Infatti, un significativo discostamento dal significato che le norme extra-penali attribuiscono a tali qualifiche soggettive si risolverebbe nella negazione della particolare struttura del reato proprio, svilendone la sua tassatività⁶⁸.

Coerentemente con quell'indirizzo, tale orientamento rigetta la tesi secondo cui la posizione di garante riconosciuta dal legislatore in capo a determinati soggetti possa essere trasferita mediante atti di cessione⁶⁹, ma allo stesso tempo riconosce all'atto

⁶⁶ Cfr., *ex multis*, PEDRAZZI, *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, in *Rivista Societaria*, 1962; PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, Milano, 1983; ID., *Reato proprio del datore di lavoro e persona giuridica*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1979; PULITANÒ, *Igiene e sicurezza del lavoro*, in *Digesto discipline penalistiche*, VI, Torino, 1992; VITARELLI, *Profili penali della delega di funzioni. L'organizzazione aziendale nei settori della sicurezza del lavoro, dell'ambiente e degli obblighi tributari*, Milano, 2008.

⁶⁷ Testualmente, PEDRAZZI, *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, cit., 229. Inoltre, cfr. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, cit., (vedi nota 43).

⁶⁸ PADOVANI, *Reato proprio del datore di lavoro e persona giuridica*, cit., 1183.

⁶⁹ PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, cit. Con riferimento al settore del diritto penale del lavoro, Padovani, inoltre, osserva che ove «la materia del divieto sia ancorata alla qualifica, la tipicità ne risulta condizionata in maniera invalicabile, perché la condotta di nessun altro soggetto che non sia

di delega una idoneità a variare il contenuto dell'obbligo penalmente sanzionato in capo al dante incarico. Si ammette che l'imprenditore goda della libertà di scegliere il modo in cui adempiere gli obblighi su di lui gravanti e, in relazione alla complessità degli stessi, di dotarsi di una adeguata struttura organizzativa; tuttavia, allorché l'imprenditore abbia individuato la modalità ottimale nell'attività di delegazione delle funzioni, lo stesso rimane garante della tutela del bene e si assume il rischio dell'inadempimento del delegato. In particolare, secondo l'impostazione in discorso, egli non sarà più titolare di un obbligo di adempiere personalmente, quanto piuttosto di un obbligo di vigilare che altri, in virtù della d'atto di delega, adempia e lo faccia correttamente.

In caso di mancato assolvimento del compito da parte dell'incaricato, nella prospettiva del Padovani, la responsabilità dello stesso verrà affermata attraverso il ricorso all'istituto del concorso di persone. Infatti, il trasferimento di funzioni lo attrarrà nell'area della responsabilità penale, «ma non certo quale garante per l'adempimento dell'attività omessa, ma, eventualmente, come concorrente nel fatto del datore di lavoro»⁷⁰.

Nell'analizzare la fattispecie concorsuale prospettata dal Padovani, peraltro, bisogna distinguere le ipotesi di reato commissive proprie da quelle omissive. Infatti, nel primo caso, la responsabilità del soggetto qualificato troverà fondamento nel mancato impedimento del fatto commesso dal delegato, in virtù della regola di equivalenza sancita dall'art. 40 cpv. c.p., considerato che l'atto di delega non spoglia il delegante della propria qualifica soggettiva, ma gli impone di vigilare sul regolare esercizio delle funzioni trasferite.

Nel secondo caso, ammettendo che il delegato non diventi titolare dell'obbligo penalmente sanzionato a seguito dell'atto di delega a suo favore, l'inerzia del medesimo potrà essere penalmente sanzionata, secondo i principi che disciplinano la responsabilità per omissione, in quanto normativamente qualificata dall'esistenza di un obbligo di agire. Nell'ottica del Padovani, detto obbligo deriva dal rapporto contrattuale che lega l'ausiliario all'imprenditore, in forza del quale il primo assume

il datore di lavoro può conformarsi al modello di quella fattispecie incriminatrice». Cfr. anche PULITANÒ, ult. op. cit.

⁷⁰ PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, cit., 72. Nello stesso senso, PEDRAZZI, *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, cit.; VITARELLI, *Profili penali della delega di funzioni*, cit.

l'obbligo giuridico di adempiere alla prestazione prescritta dalla legge al secondo. Infatti, l'Autore precisa che «non sembra infatti dubbio che nel concorso di persone il cpv. dell'art. 40 c.p. (...) debba essere inteso nel senso che partecipa per omissione al reato colui che è titolare di uno specifico obbligo di impedire la realizzazione del fatto commesso; sì che l'incaricato, essendo tenuto contrattualmente alla prestazione prescritta al datore di lavoro, deve considerarsi compartecipe dell'omissione»⁷¹.

Altra parte della dottrina⁷² rifiuta, invece, tale costruzione che, pur negando efficacia alla delega sul profilo dell'elemento oggettivo del reato (ovvero quello del trasferimento degli obblighi penalmente sanzionati derivanti dalle funzioni trasferite), riconosce la capacità dell'atto di delega di incidere sul contenuto degli obblighi. In particolare, il Fiorella osserva che «in definitiva, ammettere un'efficacia liberatoria del trasferimento di mansioni di una qualche incisività significa già ammettere che il trasferimento medesimo opera sul piano dell'elemento materiale», e prosegue dichiarando che «il contenuto è uno degli elementi essenziali dell'obbligo; sicché un obbligo non può permanere uguale a sé stesso se muta di contenuto. Perciò non può ritenersi che l'efficacia liberatoria operi sul solo piano soggettivo, in specie della colpa. Semmai, come ritiene la dottrina d'oltr'Alpe, dovrebbe trattarsi di “modificazione del contenuto” dell'obbligo (...), ma già operante sui suoi contenuti oggettivi»⁷³.

Questa diversa impostazione, di tipo oggettivo, che, quindi, riconosce operatività alla delega sul piano dell'elemento materiale della fattispecie, pone le sue basi sui medesimi presupposti teorici che sono a fondamento dell'approccio funzionalistico al problema dei soggetti nei reati d'impresa: la responsabilità si incardina secondo il principio della rilevanza dell'effettivo esercizio di specifici poteri e doveri, indipendentemente dalla mera titolarità formale della qualifica. L'attribuzione di tali poteri e doveri permette di giustificare l'assunzione delle correlative

⁷¹ PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, cit.

⁷² Tra molti, cfr. CRIVELLIN, *La delega di funzioni tra dottrina, giurisprudenza e interventi legislativi*, in *Diritto penale e processo*, 2009; FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, cit.; PAGLIARO, *Problemi generali del diritto penale d'impresa*, in *Indice penale*, 1985.

⁷³ FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, cit., 177. Nello stesso senso, CRIVELLIN, *La delega di funzioni tra dottrina, giurisprudenza e interventi legislativi*, cit.

responsabilità e di ovviare al problema che crea l'impostazione precedentemente riportata, ovvero quello di minare il rispetto del principio costituzionale di personalità della responsabilità penale, privando il soggetto «di una possibilità effettiva di controllo dell'operare» altrui⁷⁴.

In tale prospettiva, secondo il punto di vista del Fiorella, la delega ha quindi efficacia costitutiva della responsabilità del delegato, in quanto permette di attrarlo nell'ambito della soggettività attiva della fattispecie, in virtù del trasferimento delle funzioni relative alla qualifica richiesta dalla norma, ed efficacia liberatoria per il delegante, il quale, spogliandosi dei poteri sottesi alla funzione trasferita, si libera anche degli obblighi connessi⁷⁵. Di conseguenza, il soggetto delegato, divenuto titolare della funzione connessa alla qualifica soggettiva tipizzata dalla norma, risponderà del reato a titolo monosoggettivo; il soggetto delegante, invece, andrà esente da responsabilità, poiché il trasferimento della funzione avrà determinato un «trasferimento dell'affidamento del bene, almeno quello più diretto, quindi più essenziale, dal dante incarico all'incaricato»⁷⁶.

Infine, deve essere menzionato un orientamento intermedio⁷⁷ che, pur rifiutando la costruzione funzionalistica appena riportata, attribuisce all'atto di delega rilevanza

⁷⁴ Così, PAGLIARO, *Problemi generali del diritto penale d'impresa*, cit., 20.

⁷⁵ FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, cit., 45. Nella prospettiva dell'Autore, proprio l'operatività dell'atto di delega sul piano dell'elemento oggettivo della fattispecie di reato rappresenta, anzi, la ragione di distinzione tra la delega di funzioni e la delega di esecuzione. Mediante la prima, il dante incarico trasferisce all'incaricato i poteri relativi alla qualifica soggettiva rivestita in via originaria, rendendolo destinatario degli effetti del precetto penale. Adoperando la seconda, invece, «non si può o non si vuole assegnare la funzione all'altrui competenza», piuttosto «ci si serve di altri per darle esecuzione»; in questo caso, il delegante conserva la funzione sottesa alla qualifica soggettiva. Conseguentemente, il delegato sarà eventualmente responsabile a titolo di concorso (dell'estraneo) nel reato proprio del delegante, il quale potrà eccepire la presenza di una delega solo quale esimente della colpevolezza.

⁷⁶ FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, cit., 228. L'Autore chiarisce, inoltre, che l'atto di delega non comporta un trasferimento della posizione di garanzia o dell'obbligo penalmente sanzionato all'incaricato: infatti, «questo, in sé, non è cedibile: nessun dubbio si può coltivare al proposito. (...) La cedibilità è attribuito che in via di principio contrasta con quell'elemento di vincolatività che è essenziale al contenuto dell'obbligo». Invece, «cedibile propriamente potrà essere la situazione cui l'obbligo si collega. Nel nostro caso tale situazione potrà essere l'esercizio della funzione extrapenalistica. Al variare della titolarità dell'esercizio della medesima varierà poi anche la titolarità dell'obbligo extrapenalistico e penalistico, ma si tratta di un effetto riflesso. (...) La volontà individuale rappresenta in tal modo l'origine dello stato di cose cui si collega la qualificazione extrapenalistica e penalistica; non l'origine diretta di quest'ultima».

⁷⁷ *Ex multis*, v. ALESSANDRI, *Impresa (responsabilità penali)*, cit.; FIANDACA, *Il reato omissivo*, in FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019; GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit.; ID., *Organizzazione aziendale e responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, in *Archivio penale*, 1982.

quanto al profilo oggettivo della fattispecie. Infatti, tale impostazione, nel rispetto del principio di inderogabilità delle posizioni di garanzia prescritte dalla legge, riconosce alla delega di funzioni un'efficacia costitutiva della responsabilità in capo al soggetto incaricato, il quale diviene titolare di una posizione di garanzia che si affianca a quella del dante incarico.

In tale prospettiva, la creazione di nuove posizioni di garanzia rispetto a quelle tipizzate dal legislatore deriva da un contratto, qual è, appunto, la delega, che rappresenta una delle possibili fonti di obblighi giuridici o di posizioni di garanzia.⁷⁸ Infatti, si osserva che la posizione di garanzia prevista a tutela dei beni giuridici coinvolti nell'esercizio dell'attività di impresa, una volta individuata nel vertice aziendale dal legislatore, non può essere trasferita, rappresentando le stesse espressione del potere di gestione e di controllo sulle fonti di rischio riconosciuto all'imprenditore o, nelle imprese in forma collettiva, agli amministratori di società⁷⁹. Tuttavia, considerato che le posizioni di garanzia possono avere fonte negoziale, la delega diventa lo strumento di creazione di una rete di garanti "derivati" che permette all'imprenditore di adempiere efficacemente, ed in conformità con le istanze di tutela dei beni giuridici, agli obblighi dei quali l'imprenditore è, e resta, destinatario in via originaria. Come esaurientemente osservato da Alessandri, «la creazione di posizioni di garanzia derivate non è altro che un modo di adempiere al precetto penale»⁸⁰.

Secondo tale costruzione, la delega non è, però, priva di ricadute sul contenuto della posizione di garanzia originaria, «che non richiederà più un adempimento personale, ma piuttosto un'attività di coordinamento organizzatorio, di direzione o di controllo dell'attività del delegato (i cui contenuti varieranno in relazione ad una serie di indici quali la complessità degli obblighi in questione, le dimensioni dell'organizzazione aziendale, la capacità professionale dell'incaricato, il grado di

⁷⁸ Esaustivi sul punto GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit.; FIANDACA, *Il reato omissivo*, cit.

⁷⁹ GRASSO, *Organizzazione aziendale e responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, cit.: la posizione di garanzia, infatti, non può essere oggetto di trasferimento se non attraverso la dimissione e la conseguente cessione della situazione giuridica cui si riferisce la posizione di garanzia e che giustifica le istanze di protezione di quel determinato bene giuridico poste a fondamento della stessa.

⁸⁰ ALESSANDRI, *Impresa (responsabilità penali)*, cit.

autonomia e di poteri che gli sono conferiti ecc.)»⁸¹. Il delegante, quindi, risponderà delle violazioni del delegato, se riconducibili all'inosservanza del dovere di vigilanza⁸².

Il tema della delega è stato oggetto, inoltre, di una intensa indagine giurisprudenziale che, prendendo le mosse dallo specifico settore del diritto penale del lavoro, ove la questione della delega di funzioni si è tradizionalmente sviluppata, ha poi formulato principi riferibili all'istituto nel suo complesso, indipendentemente dal campo di applicazione.

Prima di trovare definitivo riconoscimento a livello legislativo nell'art. 16 del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 («Testo unico in materia di salute e sicurezza sul lavoro»), la delega è stata quindi elaborata e analizzata dalla giurisprudenza, in particolare, da due punti di vista: quello dei requisiti di validità, ovvero degli elementi la cui presenza è necessaria per far sì che la delega assuma rilevanza sul profilo dell'attribuzione della responsabilità penale; e quello degli effetti, per il delegante e per il delegato, con particolare riguardo alla possibile efficacia liberatoria per il dante incarico, stante il, quasi, pacifico riconoscimento di efficacia costitutiva della responsabilità dell'incaricato.

Quanto al primo profilo, la giurisprudenza ha ritenuto necessario condizionare la rilevanza penalistica dell'atto di delega alla sussistenza di determinati requisiti. Innanzitutto, si richiede che l'impresa sia di «grandi o notevoli dimensioni», con esclusione, quindi, delle piccole o medie imprese, le cui esigenze organizzative non giustificerebbero il ricorso allo strumento della delega e non limiterebbero l'esercizio di un controllo pieno e diretto sulle fonti di rischio da parte dell'imprenditore⁸³. Inoltre, la ripartizione delle funzioni che segue agli atti di

⁸¹ GRASSO, *Organizzazione aziendale e responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, cit. Sul punto si veda inoltre PULITANÒ, *Igiene e sicurezza del lavoro*, in *Digesto discipline penalistiche*, VI, Torino, 1992, 108, in cui si legge che, tuttavia, esiste un «residuo non delegabile» consistente nel «potere-dovere del quale la stessa delega è espressione (...): vale a dire, il potere-dovere di organizzare l'impresa in modo adeguato alla salvaguardia degli interessi dei terzi, messi in gioco nello svolgimento dell'attività d'impresa e perciò oggetto della garanzia dovuta dall'imprenditore».

⁸² Si vedano sul punto ALESSANDRI, *Impresa (responsabilità penali)*, cit.; PULITANÒ, *Igiene e sicurezza del lavoro*, cit.; PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1988.

⁸³ Tra le numerose pronunce in tal senso, si ricordano Cass. pen., Sez. III, 01/10/1980; Cass. pen., Sez. VI, 22/01/1983; Cass. pen., Sez. IV, 07/05/1987; Cass. pen., Sez. III, 17/10/2013; Cass. pen., Sez. III, 01/06/2017. In senso contrario, invece, Cass. pen., Sez. III, 10/03/1981; Cass. pen., Sez. IV,

delega deve emergere chiaramente dalle norme interne dell'impresa e deve essere giustificata da effettive, attuali e concrete esigenze organizzative⁸⁴. Ancora, le pronunce di legittimità fanno riferimento ad alcuni requisiti, di carattere soggettivo, costituiti dalla necessità che il soggetto delegato sia professionalmente qualificato, possieda le competenze tecniche idonee al corretto esercizio della funzione trasferita e sia dotato di sufficiente autonomia organizzativa, gestionale e di spesa, affinché possa adempiere autonomamente al compito affidatogli⁸⁵.

11/12/1986; Cass. pen. Sez. III, 09/06/1995; qui, la giurisprudenza si è dimostrata favorevole a riconoscere validità alla delega indipendentemente dalle dimensioni dell'impresa. Allo stesso modo, parte della dottrina si è espressa contrariamente all'impostazione della giurisprudenza accennata prima. In particolare, PADOVANI, *Il problema dei soggetti in diritto penale del lavoro nella più recente giurisprudenza*, in *Legislazione penale*, 1981, 416, nel senso che la giurisprudenza fa riferimento ad «uno stereotipo di impresa del tutto inadeguato a comprendere la realtà cui viene riferito». L'Autore, in particolare, spiega che «mezzo secolo fa tale ragionamento poteva considerarsi sensato: l'artigiano, il piccolo medio commerciante, il piccolo produttore di servizi erano gravati da una serie di prescrizioni normative incomparabilmente inferiore a quella attuale. Oggi il divario tra le due entità economiche, così rigidamente discriminate dalla giurisprudenza, si è, sul piano della realtà aziendale, alquanto affievolito, trasformandosi da funzione meramente quantitativa, in funzione qualitativa; tanto che nessun piccolo imprenditore può ormai rinunciare alla collaborazione di professionisti esterni. (...) La discriminazione ha quindi perduto ogni plausibilità, e deve essere superata riconoscendo che qualsiasi datore di lavoro si trova nella necessità di delegare ad altri l'esecuzione di compiti in cui può risultare coinvolto l'adempimento di precetti penalmente sanzionati». Analogamente, si veda FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, cit., 318: l'Autore rileva che «oggi soprattutto, anche il piccolo imprenditore può ben sentire l'esigenza di affidarsi a veri e propri esperti per l'adempimento di obblighi qualitativamente molto impegnativi».

⁸⁴ Tra tutte, si confrontino Cass. pen., Sez. III, 22/05/1981; Cass. pen., Sez. III, 15/01/1986; Cass. pen., Sez. III, 19/01/2011, n. 6872; e, più recentemente, Cass. pen., Sez. III, 01/06/2017, n. 31364, in cui la Corte afferma che «per attribuirsi rilevanza penale all'istituto della delega di funzioni, è necessaria la compresenza di precisi requisiti: a) la delega deve essere puntuale ed espressa, con esclusione in capo al delegante di poteri residuali di tipo discrezionale; b) il delegato deve essere tecnicamente idoneo e professionalmente qualificato per lo svolgimento del compito affidatogli; c) il trasferimento delle funzioni delegate deve essere giustificato in base alle dimensioni dell'impresa o, quantomeno, alle esigenze organizzative della stessa; d) la delega deve riguardare non solo le funzioni ma anche i correlativi poteri decisionali e di spesa; e) l'esistenza della delega deve essere giudizialmente provata in modo certo». In senso critico, si è espresso il Fiorella, secondo il quale, seguendo l'impostazione di cui prima, il trasferimento di funzioni sarebbe adoperabile solo laddove risultasse «assolutamente impossibile» non farne uso. Trattasi di una conclusione che, a parere del Fiorella, «contrasta in maniera radicale con quell'esigenza di specializzazione del lavoro che il sistema riconosce; la quale va intesa come esigenza promozionale, di sviluppo, ed è quindi qualcosa di diverso dalla costruzione dell'altrimenti impossibile»: v. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, cit., 317.

⁸⁵ Cfr. Cass. pen., Sez. II, 08/09/1994, n. 9994; Cass. pen., Sez. IV, 26/11/1996, n. 523; Cass. pen., Sez. III, 19/01/2011, n. 6872; Cass. pen., Sez. IV, 18/01/2013, n. 39158; Cass. pen., Sez. III, 12/01/2017, n. 9132; Cass. pen., Sez. III, 01/06/2017, n. 31364; Cass. pen., Sez. III, 10/01/2018, n. 14352; in quest'ultima sentenza, emessa in materia di infortunio sul lavoro, la Corte osserva che «gli obblighi di prevenzione, assicurazione e sorveglianza gravanti sul datore di lavoro, possono essere trasferiti ad altri soggetti a condizione che il relativo atto di delega, ex articolo 16 del decreto legislativo 9 aprile 2008 n. 81, riguardi un ambito ben definito e non l'intera gestione aziendale, sia espresso ed effettivo, non equivoco e investa un soggetto qualificato per professionalità ed esperienza che sia dotato dei relativi poteri di organizzazione, gestione, controllo e spesa;

L'efficacia liberatoria per il delegante è stata anche subordinata alla non ingerenza di quest'ultimo nell'operato del delegato, il quale, mediante l'atto di delega, assume «la concreta ed esclusiva direzione dell'esecuzione dell'opera»⁸⁶.

La giurisprudenza ha precisato che l'ingerenza, la quale si verifica quando il dante incarico dia ordini o suggerimenti all'incaricato sul *quomodo* di esecuzione del lavoro, priva l'incaricato di autonomia operativa: ciò che rappresenta una condizione indispensabile affinché l'atto di delega produca i suoi effetti. Il delegante, che impartisce disposizioni al delegato nello svolgimento di un'attività che quest'ultimo dovrebbe espletare nella completa autonomia, si rende, quindi, penalmente responsabile dell'illecito commesso dall'incaricato. Inoltre, è necessario che la delega sia puntuale ed espressa, indicando le funzioni trasferite, e sia accettata dal soggetto delegato⁸⁷. Infine, la giurisprudenza oscilla quanto alla forma della delega, richiedendosi, tuttavia, maggiormente che il trasferimento di funzioni sia rappresentato documentalmente. Si ricorda una pronuncia del 2014 in cui la Corte osserva che «la delega di funzioni nell'esercizio di un'attività di impresa esonera il titolare dalla responsabilità penale connessa alla posizione di garanzia se è conferita per iscritto al delegato, essendo inidonea l'attribuzione in forma orale. Ne consegue, ai fini della configurazione di una eventuale responsabilità del delegato, che questa deve essere esclusa nel caso in cui vi sia l'attribuzione meramente verbale di una qualifica, non accompagnata dalla specifica individuazione delle funzioni e delle responsabilità che a tale qualifica conseguono»⁸⁸. Tuttavia, altra parte della giurisprudenza, in applicazione del

permanendo comunque, a carico del datore di lavoro delegante, l'obbligo di vigilare e di controllare che il delegato usi correttamente la delega, secondo quanto la legge prescrive».

⁸⁶ Così, Cass. pen., Sez. IV, 24/03/1981. Nello stesso senso, si confronti Cass. pen., Sez. IV, 23/05/1986 e, già citata, Cass. pen., Sez. III, 01/06/2017, n. 31364, in cui si legge che «allorquando si tratti di aziende di non modeste dimensioni, il legale rappresentante può, a fronte della molteplicità dei compiti istituzionali o della complessità dell'organizzazione aziendale, affidare in base a precise disposizioni preventivamente adottate secondo le disposizioni statutarie, la direzione di singoli rami o impianti a persone, dotate di capacità tecnica e autonomia decisionale: in tal caso, la responsabilità penale ricade su questi ultimi soggetti, quando si accerti che il titolare stesso non abbia interferito nella loro attività».

⁸⁷ Cfr. Cass. pen., Sez. II, 08/09/1994, n. 1994; Cass. pen., Sez. III, 19/01/2011, n. 6872; Cass. pen., Sez. IV, 18/01/2013, n. 39158; Cass. pen., Sez. III, 04/03/2014, n. 27413; Cass. pen., Sez. III, 12/01/2017, n. 9132; Cass. pen., Sez. III, 01/06/2017, n. 31364; Cass. pen., Sez. III, 10/01/2018, n. 14352.

⁸⁸ Cass. pen., Sez. III, 04/03/2014, n. 27413. E, nello stesso senso, Cass. pen., Sez. IV, 23/03/1994; Cass. pen., Sez. III, 19/01/2011, n. 6872; Cass. pen., Sez. III, 17/10/2012, n. 16452.

principio della libertà di forma, ritiene sufficiente a perfezionare il trasferimento di funzioni una delega implicita o di fatto, quindi un conferimento effettivo di poteri, pur in difetto della forma scritta⁸⁹.

Quanto al secondo livello di ricerca, concernente gli effetti della redistribuzione di compiti che ad una delega fornita di tutti i requisiti di cui sopra consegue, si rende necessario distinguere la posizione del delegato da quella del delegante.

Con riguardo al primo dei due soggetti indicati, le innumerevoli pronunce in tal senso permettono di ritenere come un dato acquisito l'efficacia costitutiva della delega sul piano della responsabilità del soggetto incaricato, anche se sulla base di ragionamenti e motivazioni non sempre coincidenti.

In alcune decisioni, la Suprema Corte argomenta sul presupposto della necessità di un'interpretazione funzionale della qualifica soggettiva tipizzata dal legislatore nei reati propri, con il connesso riferimento all'attività in concreto esercitata nell'individuazione del destinatario del precetto penale, e riconosce, così, un'efficacia costitutiva alla delega sul piano della responsabilità del delegato ed un'efficacia liberatoria su quello della responsabilità del delegante⁹⁰.

In altre pronunce, la Cassazione ritiene necessario, per l'individuazione del soggetto responsabile, non solo il concreto esercizio delle relative funzioni, ma anche l'esistenza di un formale atto di delega per mezzo del quale quest'ultime siano state trasferite⁹¹. Un ultimo indirizzo giurisprudenziale riconosce alla delega efficacia costitutiva della responsabilità dell'incaricato sul presupposto che dal trasferimento di funzioni si generino autonome e derivate posizioni di garanzia, che

⁸⁹ Cass. pen., Sez. III, 04/12/2013, n. 6621: «La delega di funzioni all'interno dell'organigramma aziendale è idonea ad escludere la responsabilità penale del delegante quando risulta validamente conferita ossia, a prescindere dalla forma, quando è puntuale ed espressa, accettata dal delegato, conferita a soggetto qualificato e munito di poteri decisionali, giustificata in base a alle esigenze organizzative dell'impresa, riferita all'esecuzione di atti specifici e giudizialmente provata in modo certo».

⁹⁰ In questo senso, si vedano Cass. pen., Sez. fer., 02/08/1994 e Cass. pen., Sez. IV, 24/06/2000.

⁹¹ Cass. pen., Sez. III, 30/04/1996, n. 5407: «perché possa affermarsi la penale responsabilità di un dipendente amministrativo addetto ad un determinato servizio gestito da una p.a. occorre considerare la ripartizione interna ed istituzionale delle specifiche competenze, i limiti della delega ottenuta e le funzioni in concreto esercitate e distinguere tra carenze strutturali, addebitabili ai vertici dell'ente, e deficienze derivanti dall'ordinario buon funzionamento». E nello stesso senso, la già citata Cass. pen., Sez. II, 08/03/1995, n. 6284.

si accostano a quella originaria, la quale permane, anche se mutata nel contenuto, in capo al dante incarico⁹².

Ponendo, invece, l'attenzione sugli effetti dell'atto di delega in capo al delegante, la giurisprudenza segue due differenti orientamenti interpretativi.

Un primo indirizzo limita l'efficacia della delega sul versante costitutivo della responsabilità del delegato, negando un eventuale effetto liberatorio per il delegante. Tale impostazione muove dal presupposto che l'atto di delega non comporta la trasmissione della posizione di garanzia legislativamente prevista in capo ad un determinato soggetto, ma opera solo un mutamento del suo contenuto, sostituendo all'obbligo di adempimento diretto un dovere di vigilanza e controllo dell'operato dell'incaricato: «se la norma penale prevede un reato che è proprio del titolare dell'impresa (in qualunque modo egli sia indicato nella norma medesima), anche in caso di delega ad altri delle sue funzioni, il titolare non si spoglia delle responsabilità, poiché l'obbligo originario si trasforma in obbligo di garanzia, ed egli risponde a norma dell'art. 40 c.p. a meno che nessuna colpa gli sia addebitabile»⁹³. La Corte ha inoltre affermato che «il delegante, come “garante primario” dell'obbligo penalmente sanzionato, assume il rischio dell'inadempimento del delegato e ne risponde se viene meno ai suoi doveri di controllo. Al fine di non riportare al dante incarico qualsivoglia inadempimento, la valutazione di tali doveri deve essere data dal giudice in concreto ed ancorata a precise condizioni fattuali»⁹⁴. In tema di infortuni sul lavoro, la Corte ha anche specificato che tale sorveglianza non deve riguardare ogni atto, ma piuttosto deve essere sintetica o generale: «detta vigilanza non può avere per oggetto la concreta,

⁹² Cfr. Cass. pen., Sez. III, 29/05/1996, n. 9053, in cui la Suprema Corte, nell'annullare senza rinvio la sentenza di condanna di primo grado, ha assolto il sindaco di un Comune dal reato di cui all'art. 21, l. 319/1976 (per aver superato i limiti tabellari previsti per l'esercizio del macello comunale), osservando che il dirigente di un ufficio, “delegato” dal rappresentante legale dell'ente, risponde penalmente dell'inosservanza degli obblighi rientranti nelle funzioni trasferite, e che sul sindaco, a seguito ed in ragione della delega, grava un nuovo e specifico dovere di vigilanza e controllo dell'operato dell'incaricato, nel caso di specie, non violato, circa l'esatto adempimento di tali obblighi.

⁹³ Cass. pen., Sez. III, 07/02/1996, n. 4422. Nello stesso senso, Cass. pen., Sez. III, 22/06/1998, n. 8821: «il delegante che trasferisce ad altri funzioni di cui per legge è il diretto destinatario, rimane titolare dell'obbligo ed assume il rischio dell'inadempimento del preposto; conseguentemente, l'originario obbligo di adempiere del delegante muta il contenuto e si trasforma nel dovere di controllare il preposto ponendo in essere una pregnante vigilanza sul suo operato, e di riassumere le proprie funzioni in caso di incapacità dell'avente l'incarico».

⁹⁴ Cass. pen., Sez. III, 29/05/1996, n. 775.

minuta conformazione delle singole lavorazioni, che la legge affida al garante, concernendo, invece, la correttezza della complessiva gestione del rischio da parte del delegato; ne consegue che l'obbligo di vigilanza del delegante è distinto da quello del delegato, al quale vengono trasferite le competenze afferenti alla gestione del rischio lavorativo, e non impone il controllo, momento per momento, delle modalità di svolgimento delle singole lavorazioni»⁹⁵.

Un differente indirizzo giurisprudenziale, invece, riconosce all'atto di delega efficacia liberatoria per il dante incarico, ma sovente secondo percorsi argomentativi distinti. In alcune decisioni, la Corte ha escluso la responsabilità del delegante sulla base dell'accertamento del corretto adempimento, da parte dello stesso, dell'obbligo di vigilanza e controllo sull'attività dell'incaricato⁹⁶. In altre pronunce, la Corte è giunta al medesimo risultato ma per via diversa, e cioè verificando se la violazione contestata fosse effettivamente e concretamente riconducibile alle mansioni proprie dell'incaricato o se, invece, coinvolgesse funzioni non trasferibili (e, quindi, non delegabili) del dante incarico⁹⁷. In altri termini, il dante incarico sarebbe penalmente responsabile non tanto sul presupposto della violazione del dovere di controllo sul corretto esercizio delle funzioni delegate da parte dell'incaricato, quanto piuttosto sulla base della riconducibilità della violazione all'esercizio di poteri e di doveri non inclusi nella delega e, quindi, riferibili al delegante⁹⁸.

Nel contesto di tale orientamento interpretativo, la Cassazione si è talvolta spinta ancora oltre, ammettendo infine la non necessarietà di un formale atto di delega quale fondamento per l'individuazione del destinatario del precetto penale. In una decisione del 1998, la Corte, dopo aver riconosciuto che «il legale rappresentante di una società di notevoli dimensioni non è responsabile allorché l'azienda sia stata

⁹⁵ Cass. pen., Sez. IV, 21/04/2016, n. 22837. Nello stesso senso, Cass. pen., Sez. IV, 01/02/2012, n. 10702.

⁹⁶ Cass. pen., Sez. II, 10/08/2000, n. 8978.

⁹⁷ Cfr. Cass. pen., Sez. III, 01/06/2000, n. 6441; Cass. pen., Sez. IV, 18/05/2002, n. 20176.

⁹⁸ Espresse esclusioni sono previste dal Codice civile il quale all'art. 2381 comma 4 dispone che non possono essere delegate le attribuzioni indicate negli artt. 2420-ter (emissione di obbligazioni convertibili), 2423 (redazione del bilancio), 2443 (facoltà di aumento del capitale sociale), 2446 (riduzione del capitale per perdite), 2447 (riduzione del capitale sociale al di sotto del limite legale), 2501-ter (progetto di fusione) e 2506-bis (progetto di scissione), e dal d.lgs. n. 81 del 2008 il quale all'art. 17 vieta al datore di lavoro di delegare la valutazione dei rischi e la designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione dai rischi.

preventivamente suddivisa in distinti settori, rami o servizi ed a ciascuno di essi siano in concreto preposti soggetti qualificati ed idonei, dotati della necessaria autonomia e dei poteri indispensabili per la gestione di quel servizio o settore», ha precisato che «in tali fattispecie l'esigenza della delega è superata ed assorbita dalla predeterminata suddivisione dei servizi, delle attribuzioni e dei compiti; per altro verso essa è resa superflua dall'investimento della funzione tipica nonché dal suo concreto esercizio secondo la disciplina prestabilita dai contratti collettivi o individuali oppure secondo norme o regolamenti interni, corrispondenti ad esigenze effettive e costanti in azienda»⁹⁹. Più recentemente, in una pronuncia del 2013, la Corte ha statuito che «nelle imprese di grandi dimensioni, caratterizzate anche dal decentramento delle singole strutture produttive o commerciali, l'esigenza di una delega scritta o comunque formale, da parte degli organi di vertice, è superflua, dovendosi presumere “*in re ipsa*”, allorquando ricorra la suddivisione dell'azienda in distinti settori, rami o servizi, ai quali siano preposti soggetti qualificati e idonei»¹⁰⁰.

Come si evince da questa breve disamina, l'istituto della delega di funzioni ha rappresentato un tipico caso di diritto penale giurisprudenziale¹⁰¹, ora recepito dal legislatore all'art. 16 del Testo unico in materia di salute e sicurezza sul lavoro. Seppur destinata a disciplinare la delega di funzioni nella specifica materia della prevenzione nei luoghi di lavoro, tale disposizione enuncia principi e regole generali, applicabili anche ad altri campi del diritto penale¹⁰². A conferma di ciò è intervenuta la Corte di Cassazione affermando, in una sentenza del 2018, che «la disciplina della delega di funzioni prevista dall'art. 16 del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, sebbene espressamente dettata per la materia della sicurezza del lavoro, si estende anche alla delega conferita in altri settori, tra i quali quello relativo agli

⁹⁹ Cass. pen., Sez. III, 26/02/1998, n. 681.

¹⁰⁰ Cass. pen., Sez. III, 19/02/2013, n. 11835, in cui la Corte specifica anche che «tale principio, coerente con il dettato dell'art. 27, co. 1, Cost. e con la fondamentale regola logica secondo la quale “*ad impossibilia nemo tenetur*” (che impedisce il contemperamento, da parte di un unico soggetto, di innumerevoli mansioni, anche di vigilanza, consentendone all'interno di grandi aziende la delega e il decentramento) comporta che nei casi in cui l'apparato produttivo o commerciale della società sia articolato in una serie di unità territoriali autonome, ciascuna affidata a un soggetto all'uopo investito di mansioni direttive, il problema della responsabilità va affrontato con riferimento alla singola struttura aziendale, all'interno della quale soltanto dovrà ricercarsi il responsabile dei fatti, commissivi od omissivi, integranti reato».

¹⁰¹ MAZZACUVA, AMATI, *Diritto penale dell'economia*, Milano, 2020, 30.

¹⁰² AMBROSETTI, MEZZETTI, RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit.

obblighi previdenziali e assistenziali»¹⁰³, con l'importante conseguenza dell'impossibilità di utilizzare dei requisiti meno rigorosi di quelli tipizzati dal legislatore.

L'art. 16 del d.lgs. n. 81/2008, in parte recependo e in parte riformando i requisiti di validità dell'atto di delega sviluppati dalla giurisprudenza, esige che la delega risulti da atto scritto, sia accettata per iscritto e sia resa adeguatamente e tempestivamente pubblica, e che il delegato possieda i requisiti di professionalità ed esperienza, venga dotato di poteri di organizzazione, gestione e controllo e di autonomia di spesa. Si deve notare che le caratteristiche dimensionali dell'impresa non figurano tra i requisiti tipizzati dal legislatore. Tale scelta ha condotto la Suprema Corte a specificare che «non è più richiesto, per la validità e l'efficacia della delega di funzioni, che il trasferimento delle stesse sia reso necessario dalle dimensioni dell'impresa o, quanto meno, dalle esigenze organizzative della medesima»¹⁰⁴.

La disposizione specifica, inoltre, che persiste in capo al delegante (nel settore di specie, il «datore di lavoro») l'obbligo di vigilanza «in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite». Tuttavia, il decreto correttivo n. 106/2009 ha riformato in parte il testo dell'art. 16, introducendo una presunzione legale di adempimento dell'obbligo di vigilanza, «che si intende assolto in caso di adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all'art. 30, 4° comma», il quale a sua volta detta una disciplina sul modello di organizzazione e gestione idoneo ad escludere la responsabilità amministrativa da reato degli enti. In tal modo, il d.lgs. n. 81/2008 sembra abbandonare la concezione che intende in termini strettamente personali l'obbligo di vigilanza, tradizionalmente gravante in capo al delegante, a cui si richiedeva un intervento diretto, e, invece, apre le porte ad un'attività di vigilanza che può essere svolta anche mediante l'adozione dei modelli di gestione e controllo.

¹⁰³ Cass. pen., Sez. III, 27/03/2018, n. 31421.

¹⁰⁴ Cass. pen., Sez. III, 21/05/2015, n. 27862.

2.3. Il c.d. reato collegiale e le forme di responsabilità “pluripersonale”

All'interno della materia inerente ai soggetti del diritto penale d'impresa confluisce anche il tema dei cc.dd. reati collegiali, che prende vita da una nota definizione, ormai risalente, del Rende¹⁰⁵, il quale con tale espressione si riferisce agli illeciti penali commessi non da persone in concorso tra di loro e riunite allo scopo di commettere un reato, ma da persone costituite per legge in collegio, come organo di una persona giuridica, che realizzano uno o più reati nell'esercizio delle loro funzioni¹⁰⁶ e formano una massa inscindibile di coautori con uguali responsabilità.

La questione dei reati collegiali, quindi, si inserisce all'interno del fenomeno riguardante la responsabilità penale degli amministratori e dei sindaci, quali componenti di organi collegiali, titolari di specifici doveri e poteri, che la legge conferisce loro ai fini della tutela degli interessi dei soci, dei creditori e dei terzi.

Seppur la maggior parte delle fattispecie penali societarie sia astrattamente realizzabile in forma monosoggettiva dai diversi destinatari delle stesse, accade, tuttavia, che tali fattispecie vengano in concreto perpetrate nell'ambito di organismi pluripersonali precostituiti e per mezzo di essi¹⁰⁷. Da ciò deriva la necessità di delimitare i confini entro i quali la responsabilità penale dei singoli componenti possa estendersi.

La soluzione alla problematica in discorso appare di facile raggiungimento laddove i singoli componenti dei diversi organi pluripersonali di amministrazione e controllo, in concorso fra loro e con delibera adottata all'unanimità, partecipino direttamente alla realizzazione di un fatto illecito, inquadrabile fra i reati societari. In questo caso, troveranno applicazione gli artt. 110¹⁰⁸ e ss. del codice penale, sul

¹⁰⁵ RENDE, *Saggio di una teoria del reato collegiale*, in *Pensiero giuridico penale*, 1943, 44.

¹⁰⁶ Di conseguenza, nella categoria dei reati collegiali non rientrerebbero né l'illecito penale estraneo all'esercizio delle funzioni tipiche dei componenti degli organi pluripersonali, che venga attuato semplicemente traendo occasione dal fatto di trovarsi uniti in collegio, né quello che, per essere realizzato, non richieda la funzione del collegio nel modo previsto dalla legge. Un esempio di quest'ultima ipotesi era costituito dall'abrogato delitto di abbandono collettivo di pubblici uffici (art. 330 c.p.).

¹⁰⁷ Esempio tipico è quello dei membri del consiglio di amministrazione che, avendo un interesse in conflitto con quello della società, deliberino un atto di disposizione dei beni sociali, cagionando un danno patrimoniale alla società. Trattasi di una condotta che integra il reato di infedeltà patrimoniale di cui all'art. 2634 c.c.

¹⁰⁸ Testualmente, «quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni degli articoli seguenti». La norma disciplina il

concorso eventuale di persone nel reato, insieme alla specifica norma penale societaria violata. Allo stesso modo si procederà quando tutti i componenti dell'organo pluripersonale «abbiano attivamente compiuto o volontariamente omesso comportamenti penalmente rilevanti, così come qualora quanto di penalmente rilevante compiuto dagli amministratori/componenti degli organi di amministrazione sia stato dai sindaci/componenti degli organi di controllo consapevolmente “assecondato” o “condiviso”»¹⁰⁹.

Maggiori perplessità crea, invece, il caso in cui soltanto alcuni componenti degli organi di amministrazione e di controllo prendano parte alla deliberazione che si è risolta in un reato, mentre tutti gli altri risultino astenuti, assenti o dissenzienti. Si tratta di situazioni diffuse nelle realtà societarie che conoscono la gestione collettiva dell'impresa come un mero dato teorico, mentre nella pratica solo pochi soggetti detengono realmente il potere decisionale.

La definizione del Rende precedentemente riportata è stata poi condivisa dal Grispiigni, il quale inquadra il c.d. reato collegiale nell'ambito degli illeciti penali definiti dalla prevalente dottrina, definiti “reati plurisoggettivi” e, in particolare, nella categoria dei reati accordo, intesi come «reati plurisoggettivi a condotte omogenee e moventisi l'una verso l'altra»¹¹⁰. Ponendo alla base del suo ragionamento la speciale natura di tali condotte criminose, il Grispiigni ha ritenuto che il membro dissenziente di un consiglio di amministrazione risponda, anche penalmente, dell'atto collegiale, qualora non abbia adempiuto a quanto prescritto dalla legge, in particolare dall'art. 2392 c.c.¹¹¹, sulla responsabilità civile degli

caso in cui il reato, di norma monosoggettivo, in quanto costruito su un autore individuale, venga commesso congiuntamente da più persone, determinando un concorso di persone. Trattasi in quest'ultimo caso di concorso eventuale, che si distingue dal concorso necessario, il quale si realizza quando la pluralità dei soggetti attivi è imposta dalla norma incriminatrice tra gli elementi costitutivi dell'illecito penale.

¹⁰⁹ ROSSI, *Reati ed illeciti amministrativi in materia societaria, finanziaria e bancaria*, cit..

¹¹⁰ GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, Milano, II, 1947, 230. La configurazione della categoria dei reati collegiali è stata fortemente criticata da una parte della dottrina, la quale sostiene che la stessa si fonda su un equivoco, in quanto non esistono reati che si distinguono da altri per il fatto di essere commessi mediante atti collegiali. Infatti, la realizzazione con atto collegiale non figura mai nelle fattispecie legali quale elemento costitutivo; in più, non si tratta di una situazione costante, ma eventuale, quindi non può essere elevata a caratteristica distintiva di una specifica categoria di reati. Si vedano, in particolare, CONTI, *Diritto penale commerciale*, I, Torino, 1980; CONTI, *I soggetti*, in DI AMATO (diretto da), *Trattato di diritto penale dell'impresa*, I, Padova, 1990; DI AMATO, *Diritto penale dell'impresa*, Milano, 2011; TRAVERSI, GENNAI, *Diritto penale commerciale*, Padova, 2017.

¹¹¹ Come modificato dalla riforma del diritto societario del 2003.

amministratori, e cioè non «abbia fatto annotare senza ritardo il suo dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio, dandone immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale»¹¹².

L'Autore giustifica tale conclusione con due argomenti: la natura unitaria dell'atto collegiale, che, come affermato anche dal Rende, rende parimenti responsabili tutti coloro che partecipano all'atto collegiale, i quali costituiscono un fascio inscindibile di coautori, e il dovere sancito dall'art. 2392 c.c., a carico degli amministratori che siano a conoscenza di fatti pregiudizievoli, di fare quanto possibile «per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose»¹¹³.

Quanto alla prima delle due ragioni addotte, altra parte della dottrina penalistica¹¹⁴ ritiene, invece, che non esista alcuna correlazione tra la collegialità e la responsabilità penale. Infatti, la natura unitaria dell'atto collegiale non implica inevitabilmente la responsabilità penale di tutti i membri del collegio; ragionando diversamente si violerebbe il principio di personalità della responsabilità penale, affermato dall'art. 27, co. 1, della Costituzione. È vero che il codice civile, all'art. 2392, prevede la responsabilità solidale degli amministratori delle società quando agiscono collegialmente, stabilendo una presunzione di colpa, la quale è superata nelle ipotesi indicate nel terzo comma; tuttavia, tale presunzione inerisce alla responsabilità civile e non può estendersi a quella penale, a meno di configurare una responsabilità per fatto altrui, in pieno contrasto con i principi fondamentali che regolano la materia penale.

Con riguardo al secondo argomento portato dal Grispigni a sostegno della propria tesi, è necessario anzitutto evidenziare che lo stesso fa implicito perno sulla regola di equivalenza sancita dall'art. 40 cpv. c.p. Dal disposto dell'articolo appena citato si evince che, per rispondere penalmente del mancato impedimento di un evento, è indispensabile l'esistenza di un obbligo giuridico di attivarsi a tale scopo. Nel nostro caso, detto obbligo deriva dall'art. 2392 c.c., che, come visto, impone agli amministratori di fare quanto possibile «per impedirne il compimento o eliminarne

¹¹² Testualmente, art. 2392, co. 3, c.c.

¹¹³ Testualmente, art. 2392, co. 2, c.c.

¹¹⁴ Fra gli altri: NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955; MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956; MIRTO, *Il diritto penale delle società*, Milano, 1954; CONTI, *Diritto penale commerciale*, I, Torino, 1980.

o attenuarne le conseguenze dannose»¹¹⁵, allorché siano a conoscenza di fatti pregiudizievoli. Tuttavia, profonde incertezze trovano spazio nella dottrina privatistica circa il contenuto dell'obbligo in questione.

Una parte della dottrina penalistica¹¹⁶, muovendo dal presupposto che il terzo comma dell'art. 2392, ai fini dell'esenzione dalla responsabilità, oltre alle formalità ivi previste (annotazione senza ritardo del proprio dissenso e comunicazione immediata della notizia al presidente del collegio sindacale), richiede l'immunità da colpa, sostiene che l'obbligo debba avere un contenuto preciso, e cioè quello di impugnare la deliberazione del consiglio davanti all'autorità giudiziaria, allorché ciò possa esser utile ad eliminare o attenuare le conseguenze dannose per la società. Per altra parte della dottrina¹¹⁷, invece, il contenuto dell'obbligo è meno ampio, dovendosi trarre dalla stessa lettera dell'art. 2392, il cui comma 2 recita che gli amministratori sono solidalmente responsabili se «non hanno fatto quanto potevano» per impedire il compimento del fatto pregiudizievole. Quindi, si deve ritenere che il legislatore si è rimesso al prudente apprezzamento del giudice, il quale nella sua valutazione dovrà tener conto di tutte le particolari circostanze del caso concreto, e non solo dell'avvenuta impugnazione della delibera.

Il semplice adempimento delle formalità previste dall'art. 2392 c.c.¹¹⁸ non può liberare l'amministratore dalla responsabilità penale: infatti, è astrattamente possibile che quest'ultimo esprima il proprio dissenso per motivi di puro opportunismo o convenienza. In questo caso, il dissenso non risponde alla reale volontà del soggetto, il quale ha invece consapevolmente operato nella stessa direzione degli altri. Analogamente, le dimissioni rassegnate dopo la delibera illegale non implicano necessariamente l'estraneità dell'amministratore all'illecito

¹¹⁵ Testualmente, art. 2392, co. 2, c.c.

¹¹⁶ Si vedano, in particolare, MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, cit., 421 ss. e CRESPI, *Reato plurisoggettivo e amministrazione pluripersonale della società per azioni*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1957, 538 e 539, in cui è affermato fermamente che il consigliere, conscio dell'illiceità della deliberazione, è responsabile anche penalmente dell'evento dannoso che ne consegue, se non ha esercitato l'azione di annullamento della delibera stessa o l'azione di accertamento della nullità che inficia la delibera integrante una figura criminosa.

¹¹⁷ Fra gli altri: ROSSI, *Reati ed illeciti amministrativi in materia societaria, finanziaria e bancaria*, cit.; MANNA, (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, Milano, 2018.

¹¹⁸ Art. 2392, co. 3, c.c.: «La responsabilità per gli atti o le omissioni degli amministratori non si estende a quello tra essi che, essendo immune da colpa, abbia fatto annotare senza ritardo il suo dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio, dandone immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale».

commesso, qualora quest'ultimo abbia, con la sua precedente condotta, coscientemente operato a favore del provvedimento illegale. Infine, non in modo diverso si risolvono i dubbi relativi alla responsabilità penale dell'amministratore assente. Anche in questa ipotesi, decisivo è l'effettivo comportamento del soggetto: è necessario che l'assenza che abbia reso possibile o agevolato il compimento del reato e sia stata preordinata a tal fine, oppure che l'assente abbia precedentemente operato a favore della deliberazione illecita, suscitando o rafforzando negli altri amministratori il proposito criminoso.

Indipendentemente dal contenuto che voglia darsi all'obbligo sancito in capo agli amministratori dall'art. 2392 c.c., la dottrina maggioritaria¹¹⁹ è nel senso di ritenere che, per affermare la responsabilità penale dei membri del consiglio di amministrazione per il reato insito nel provvedimento collegiale, non sia sufficiente accertare che, se l'amministratore avesse compiuto una specifica azione, l'evento dannoso conseguente alla delibera illegale non si sarebbe prodotto. È necessario altresì che concorra l'elemento soggettivo del predetto illecito e, poiché i reati societari (escluse le contravvenzioni) sono esclusivamente dolosi, occorre la sussistenza del dolo. Dunque, deve essere dimostrato che l'amministratore si è astenuto dall'esercitare l'azione doverosa per fare in modo che la delibera fosse assunta, con la consapevolezza del suo carattere delittuoso. Ove manchi tale prova, la responsabilità penale dell'amministratore non sussiste, residuando solo una responsabilità civile, nell'ipotesi in cui possa muoversi nei suoi confronti un rimprovero di colpa.

Questa conclusione è stata contestata dal Crespi¹²⁰, il quale sostiene che, per l'affermazione della responsabilità penale in capo agli amministratori, nel caso di reati societari, perpetrati nell'ambito di organismi pluripersonali, sia sufficiente l'inadempimento volontario dell'obbligo di attivarsi per impedire l'evento dannoso conseguente alla delibera illecita, indipendentemente dal fatto che la trasgressione sia sorretta dal dolo o dalla colpa. Tuttavia, accogliendo tale tesi, si giunge al risultato di chiamare a rispondere, a titolo di concorso nello stesso reato, tanto

¹¹⁹ Tra cui, in particolare, MIRTO, *Il diritto penale delle società*, cit., 132 e 133; MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, cit., 433.

¹²⁰ CRESPI, *Reato plurisoggettivo e amministrazione pluripersonale della società per azioni*, cit., 543 ss.

soggetti che hanno agito con dolo, quanto soggetti rimproverabili per colpa, incorrendo nell'errore di equiparare condotte di differente disvalore e, soprattutto, di creare ipotesi di concorso colposo in reati dolosi. Si tratta di una conclusione che è evidentemente in contrasto con i principi che regolano l'istituto del concorso di persone nel reato e, a sostegno di ciò, si sottolinea che, quando il legislatore ha voluto punire condotte colpose che hanno reso possibile o facilitato la realizzazione di delitti dolosi, ha espressamente configurato particolari delitti di agevolazione colposa, come nei casi contemplati dagli artt. 254, 259, 335, 350 e 387 c.p.¹²¹

In conclusione, non tutti i membri del collegio, nè tutti quelli che hanno preso parte alla deliberazione collegiale illecita, ne rispondono penalmente. Infatti, nel rispetto del principio costituzionale di personalità della responsabilità penale, affinché un componente del consiglio possa essere chiamato a rispondere di un reato compiuto con provvedimento collegiale, è necessario che concorrano entrambi gli elementi essenziali del reato: quello oggettivo, sussistente se l'agente ha contribuito con la propria condotta, positiva o negativa, alla realizzazione del fatto criminoso, e quello soggettivo, consistente nell'aver operato con quella forma di volontà colpevole, dolo o colpa, pretesa dal legislatore per la punibilità del fatto stesso.

3. Le posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse

3.1. Criteri oggettivi e soggettivi di imputazione della responsabilità

Come già affermato, i reati d'impresa devono essere attribuiti all'agente secondo i consueti criteri oggettivi e soggettivi di imputazione, ispirati al principio di personalità della responsabilità penale, sancito dall'art. 27 della Costituzione, che consente la riconducibilità al soggetto di un fatto illecito che sia "proprio" e "colpevole". Infatti, da un lato, è necessaria la sussistenza di un nesso causale tra la condotta dell'agente e l'evento conseguente all'azione illecita; dall'altro, deve altresì esistere un nesso psicologico che consenta di ricondurre il fatto perpetrato al suo autore.

¹²¹ ROSSI, *Reati ed illeciti amministrativi in materia societaria, finanziaria e bancaria*, cit.; MANNA, (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, cit..

Quanto all'accertamento del collegamento causale, quale indispensabile criterio oggettivo di imputazione della responsabilità penale, lo stesso assume caratteri problematici soprattutto con riguardo ai reati omissivi e, in particolare, ai reati omissivi impropri, anche detti "reati commissivi mediante omissione", ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p. In tale ultima ipotesi, il fondamento della punibilità risiede nella violazione di specifici obblighi di impedire il verificarsi di eventi lesivi da parte di soggetti che rivestono una posizione di garanzia, in virtù della particolare relazione che li lega al bene protetto. Solo qualora l'agente abbia un obbligo giuridico di impedire l'evento e venga accertato che l'evento provocato sia causalmente riconducibile all'omissione dell'agente, e che, quindi, in presenza di un'azione positiva di quest'ultimo, non si sarebbe prodotto, può operare la regola di equivalenza, sancita dall'art. 40, co. 2, c.p.¹²², che permette di parificare il "non impedire" al "cagionare" l'evento.

Con riguardo all'accertamento del secondo criterio d'imputazione della responsabilità penale, ovvero quello soggettivo, il giudice deve verificare che il fatto illecito sia attribuibile all'agente in termini di dolo o di colpa, guardando alle singole norme incriminatrici, le quali indicano il precipuo coefficiente psichico idoneo ad integrare quel determinato reato. Laddove ciò non sia possibile, soccorre la clausola generale di cui all'art. 42, co. 2, c.p.¹²³, che riscontra nel dolo il criterio di imputazione soggettiva dei delitti, in mancanza di una espressa indicazione contraria. La maggior parte dei reati societari hanno natura dolosa: il legislatore esige la perpetrazione cosciente e volontaria del fatto, che, quindi, deve risultare intenzionalmente voluto, integrando il dolo intenzionale, o quantomeno rappresentato e voluto nella sfera psichica dell'agente come una conseguenza certa o probabile della sua condotta, trattandosi, in questi casi, di dolo diretto o eventuale. La giurisprudenza, tuttavia, ha fatto ricorso, nel corso degli anni, ad un criterio di accertamento della responsabilità dolosa, nei reati del diritto penale societario, di tipo "presuntivo": laddove mancasse la prova circa la sussistenza del dolo

¹²² Testualmente, «non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo».

¹²³ Testualmente, «nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come delitto, se non l'ha commesso con dolo, salvo i casi di delitto preterintenzionale o colposo espressamente preveduti dalla legge».

intenzionale o diretto, la giurisprudenza ha desunto il residuale dolo eventuale dall'inadempimento di doveri di vigilanza e controllo. Quindi, da tale inosservanza poteva desumersi che l'agente avesse previsto e accettato il rischio che l'evento dannoso si verificasse, prescindendo dalla necessità della prova di un nesso psicologico tra l'omissione ed il conseguente evento. In tal guisa, la presunta consapevolezza circa l'eventuale realizzazione di un reato causato dalla propria omissione era considerata sufficiente per imputare all'agente una responsabilità a titolo di concorso omissivo nel reato doloso.

A tal proposito, merita menzione il significativo caso del Banco Ambrosiano, conclusosi con sentenza definitiva del 1998¹²⁴, che ha condannato per bancarotta fraudolenta gli amministratori e i sindaci del noto Istituto di credito, a titolo di concorso, sul presupposto del mancato esercizio dei rispettivi poteri, i quali avrebbero impedito il compimento di azioni distrattive del patrimonio sociale. In particolare, la Corte di Cassazione ha presunto la consapevolezza, da parte degli amministratori e dei sindaci, della *mala gestio* dell'amministratore delegato sulla base di alcune circostanze di fatto, che, secondo la valutazione dei giudici di legittimità, sarebbero state idonee a far prevedere l'eventuale realizzazione di illeciti e a far desumere l'accettazione di tale rischio. La Corte, così, ha ritenuto sussistente la prova del dolo eventuale, indispensabile per integrare la fattispecie di bancarotta¹²⁵.

Siffatta impostazione rischiava di stravolgere la reale struttura del dolo eventuale, inteso dalla dottrina maggioritaria come accettazione del rischio del verificarsi dell'evento, non intenzionalmente voluto ma previsto come probabile¹²⁶. L'effettiva previsione dell'evento, anche se in termini di mera probabilità, e non di certezza, costituisce uno stato psicologico che deve essere provato ed accertato dal giudice mediante un'analisi necessariamente scevra da presunzioni.

¹²⁴ Cass. pen., Sez. V, 22/04/1998, n. 8327.

¹²⁵ Per una critica a tale filone giurisprudenziale, si veda Masucci, *"Fatto" e "valore" nella definizione del dolo*, Torino, 2004, 22 ss., in cui si osserva che i membri del consiglio di amministrazione della società e del collegio sindacale, di cui si è affermata la responsabilità per bancarotta fraudolenta, si son trovati «involti nella spirale della sovrapposizione tra dolo e pura negligenza, che, nell'ambito dei collegi, tende a corresponsabilizzare indistintamente i componenti dell'organo, indipendentemente dall'effettivo coinvolgimento nel fatto da altri realizzato ed al di là della consapevolezza di tale fatto specifico».

¹²⁶ Per tutti, DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1988, 113 ss.

In argomento, una sistemazione concettuale si è avuta con la vicenda ThyssenKrupp, originata da un incendio scoppiato nel dicembre 2007 nell'acciaieria, con sede a Torino, di proprietà del gruppo industriale tedesco ThyssenKrupp, in cui persero la vita sette operai. Nel 2011, in primo grado¹²⁷, la Corte di Assise di Torino ha condannato l'amministratore delegato della società per i delitti di omicidio volontario plurimo ed incendio doloso, commessi con dolo eventuale, e cinque altri dirigenti per i meno gravi delitti di omicidio colposo plurimo ed incendio colposo, entrambi aggravati dalla previsione dell'evento. Quindi, gli stessi eventi lesivi, ovvero l'incendio e le morti che seguirono, venivano rimproverati agli imputati sulla base di differenti coefficienti psicologici: dolo eventuale, per l'amministratore delegato, e colpa cosciente, per gli altri cinque dirigenti, nonostante l'atteggiamento psicologico fosse il medesimo in entrambi i casi e, in particolare, consistesse nella speranza che l'evento lesivo non si realizzasse. Così, in sede d'appello¹²⁸, i giudici della Corte di Assise di Appello di Torino hanno riqualificato i fatti contestati all'amministratore delegato nei delitti di omicidio colposo e incendio colposo, entrambi aggravati dalla previsione dell'evento. Tale cambio di rotta, confermato successivamente anche dalla Suprema Corte¹²⁹, ha permesso non solo di allineare le posizioni di tutti i membri del consiglio di amministrazione, scongiurando, quindi, inammissibili responsabilità "di posizione", ma anche di evitare una surrettizia mutazione della colpa in dolo.

3.2. L'obbligo di impedimento del reato altrui

Sin dagli anni Novanta del secolo scorso, con riguardo ai reati omissivi impropri, la giurisprudenza reputa che, affinché possa operare la regola di equivalenza, sancita dall'art. 40, co. 2, c.p., il soggetto debba essere titolare di una c.d. "posizione di garanzia"¹³⁰, da cui deriva il dovere di intervenire per impedire il verificarsi di eventi lesivi, in virtù della particolare relazione esistente tra i soggetti che rivestono una posizione di garanzia e il bene da tutelare¹³¹. In altre parole,

¹²⁷ Ass. Torino, Sez. II, 14/11/2011, n. 31095.

¹²⁸ Ass. App. Torino, Sez. I, 27/05/2013, n. 6.

¹²⁹ Cass. pen., Sez. IV, 12/12/2016, n. 52511.

¹³⁰ Tra tutte, Cass. pen., 06/12/1990, n. 4793.

¹³¹ Cass. pen., Sez. IV, 29/01/2013, n. 18569: «...gli obblighi giuridici genericamente evocati dall'art. 40 cpv., che generano la cosiddetta posizione di garanzia: espressione invalsa, appunto, per

quindi, «per attribuire ad una condotta omissiva umana una efficacia causale, è necessario che l'agente abbia in capo a sé la c.d. “posizione di garanzia” e che cioè, in ragione della sua prossimità con il bene da tutelare, sia titolare di poteri ed obblighi che gli consentono di attivarsi onde evitare la lesione o messa in pericolo del bene giuridico la cui integrità egli deve garantire»¹³².

Nell'ambito delle complesse organizzazioni societarie, come si è già notato, la legge investe i vertici d'impresa di particolari doveri e poteri in funzione della tutela degli interessi dei soci, dei creditori e dei terzi. In particolare, l'art. 2392 c.c. esige che gli amministratori vigilino sul generale andamento della gestione ed intervengano qualora siano a conoscenza di atti pregiudizievoli, al fine di impedirne il compimento, o di eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose; invece, l'art. 2407 c.c. richiede che i sindaci controllino l'operato degli amministratori mediante l'esercizio di poteri accertativi, ispettivi ed informativi. Partendo da tali presupposti, la giurisprudenza si è interrogata sulla possibilità di configurare una responsabilità penale in capo ai predetti soggetti in caso di omesso impedimento del reato commesso da terzi, e si è data risposta positiva: rinvenendo nei suddetti obblighi le caratteristiche tipiche di posizioni di garanzia, la giurisprudenza ritiene ascrivibile in capo ad amministratori e sindaci una responsabilità penale per il mancato impedimento di eventi lesivi che gli stessi hanno l'obbligo giuridico di prevenire.

Ferme restando le ipotesi di concorso *ex art. 110 c.p.*, qualora si tratti di partecipazione attiva e volontaria alla commissione di un reato, la giurisprudenza, quindi, attraverso il combinato disposto degli artt. 40, 2° comma e 110 c.p., fonda

esprimere in modo condensato l'obbligo giuridico d'impedire l'evento che fonda la responsabilità penale».

¹³² Cass. pen., Sez. IV, 18/01/2013, n. 39158, in cui i giudici di legittimità aggiungono che «la ratio della disposizione va ricercata nell'intenzione dell'ordinamento di assicurare a determinati beni una tutela rafforzata, attribuendo ad altri soggetti, diversi dall'interessato, l'obbligo di evitarne la lesione e ciò perchè il titolare non ha il completo dominio delle situazioni che potrebbero metterne a rischio l'integrità». Nello stesso senso, Cass. pen., Sez. IV, 07/04/2004, n. 25310: «l'obbligo di garanzia si fonda sul disposto del capoverso dell'art. 40 cod. pen., secondo cui non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo, laddove si fa riferimento all'obbligo giuridico di impedire l'evento. Il fondamento di questa disposizione è da ricercare nei principi solidaristici che impongono (oggi anche in base alle norme contenute negli artt. 2, 32 e 41 comma 2° della Costituzione) una tutela rafforzata e privilegiata di determinati beni - non essendo i titolari di essi in grado di proteggerli adeguatamente - con l'attribuzione a determinati soggetti della qualità di “garanti” della salvaguardia dell'integrità di questi beni ritenuti di primaria importanza per la persona».

la responsabilità del garante nel concorso omissivo nella commissione di un reato altrui, estendendo così il novero delle fattispecie di reato suscettibili di assumere rilevanza in forma omissiva impropria e, di conseguenza, accrescendo l'ambito della responsabilità penale¹³³. L'ulteriore rischio cui questo orientamento della giurisprudenza va in contro è quello di configurare mere responsabilità di posizione in relazione alla funzione ricoperta.

Tuttavia, numerosi sono i profili problematici che derivano dal riferimento all'art. 40 cpv. c.p. In primo luogo, in dottrina non è assolutamente pacifico che il concetto di evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire possa ricomprendere anche il reato commesso da terzi. La tesi tradizionale è nel senso di ritenere che il concorso mediante omissione può riferirsi a tutte le fattispecie commissive di parte speciale, prescindendo dalle caratteristiche strutturali dell'illecito, se a forma vincolata o di mera condotta, dovendosi intendere il termine "evento" in senso estensivo¹³⁴. Tuttavia, la dottrina più avveduta è concorde nel considerare l'evento da impedire in senso rigorosamente naturalistico e nell'ammettere la rilevanza del mancato impedimento del fatto illecito altrui solo in via eccezionale, non potendosi configurare una responsabilità omissiva, sotto forma di partecipazione negativa, ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p., nel caso in cui il reato commesso da terzi sia a forma vincolata o di mera condotta¹³⁵. Diversamente opinando, si arrecherebbe un inammissibile *vulnus* al principio di legalità di cui all'art. 25, 2° comma, della Costituzione: infatti, ogni dilatazione applicativa comporterebbe la violazione del divieto di analogia in *malam partem*, che trova il proprio fondamento costituzionale nel già menzionato principio di legalità.

In secondo luogo, non deve trascurarsi l'ulteriore aspetto, gravemente controverso, rappresentato dal fatto che il legislatore ha riconosciuto gli obblighi di vigilanza e di impedimento in capo ad amministratori e sindaci, con particolare riferimento alla

¹³³ In tal senso, cfr. GARGANI, *Le posizioni di garanzia*, in *Giurisprudenza italiana*, 2016, 1, 214; PELISSERO, *Il concorso doloso mediante omissione: tracce di responsabilità di posizione*, in *Giurisprudenza italiana*, 2010, 4, 978.

¹³⁴ In tal senso, GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 140 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale del lavoro*, cit., 511 ss.

¹³⁵ In tal senso, cfr. AMBROSETTI, MEZZETTI, RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., 84 ss.; FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, 195 ss.; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, 584 ss.; MANNA, (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, cit., 51 ss.

responsabilità civile, la quale, com'è noto, si ascrive anche a titolo di colpa, mentre i reati societari sono esclusivamente dolosi e le relative fattispecie incriminatrici non contemplano affatto ipotesi di responsabilità colposa.

Infine, all'infuori delle considerazioni fatte dal punto di vista della colpevolezza, ciò che rappresenta un argomento dirimente nell'analisi volta a determinare il contenuto delle posizioni di garanzia esistenti in capo ai vertici d'impresa è la ricostruzione e rigorosa distinzione tra obblighi di impedimento ed obblighi di mera sorveglianza.

3.3. Distinzione tra obblighi di impedimento e obblighi di sorveglianza

In linea di principio, l'imputazione della responsabilità omissiva impropria in capo ad un determinato soggetto presuppone che quest'ultimo sia, già in astratto e preventivamente, titolare di una posizione di garanzia prevista dal legislatore, tale per cui il suo omesso intervento possa considerarsi *condicio sine qua non* del realizzarsi dell'evento. Tuttavia, il limite concreto di ascrizione di tale responsabilità va rintracciato nella effettiva esistenza di poteri fattuali e/o giuridici di cui il soggetto può disporre per prevenire l'evento lesivo¹³⁶.

La distinzione tra obblighi di impedimento e obblighi di sorveglianza assume particolare rilevanza, nell'ambito dell'impresa, ma non solamente, in quanto si deve ritenere che solo i primi possano determinare l'applicazione dell'art. 40 cpv. c.p., perché affiancati sempre dal riconoscimento di concreti poteri impeditivi di illeciti altrui; non possono, invece, avere rilievo, ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p., le ipotesi in cui il legislatore imponga obblighi di mera sorveglianza, finalizzati soltanto a facilitare l'impedimento di reati commessi da terzi¹³⁷.

A conferma dell'orientamento appena accennato, seguito dalla dottrina maggioritaria, il legislatore della riforma del diritto societario, avvenuta con il d.lgs. del 17 gennaio 2003, n. 6, ha drasticamente ridotto le ipotesi di responsabilità

¹³⁶ Cfr. AMBROSETTI, MEZZETTI, RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., 86; MANNA, (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, cit., 54.

¹³⁷ Cfr. AMBROSETTI, MEZZETTI, RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., 86 ss.; LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, 361 ss.; MANNA, (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, cit., 54 ss.; MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2001, 342 ss.

penale, differenziando la responsabilità degli organi delegati da quella degli amministratori senza delega e conseguentemente modificando, in maniera indiretta, la posizione di garanzia esistente in capo a quest'ultimi.

Innanzitutto, il legislatore ha previsto, all'art. 2381, c.c., in capo agli amministratori delegati l'obbligo di riferire «al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, con la periodicità fissata dallo statuto e in ogni caso almeno ogni sei mesi, sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate»¹³⁸; mentre, gli amministratori deleganti non hanno più il «dovere di vigilare sulla gestione della società», prima imposto dall'art. 2392, c.c.¹³⁹, che adesso opera un rinvio all'art. 2381, il quale prevede, in capo al consiglio, il diverso obbligo di valutare «l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società» e, «sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione»¹⁴⁰.

Inoltre, il legislatore del 2003, sancendo, all'art. 2381 c.c., che «ciascun amministratore può chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società», ha escluso che gli amministratori senza delega possano esercitare *uti singuli* poteri di ispezione e controllo presso gli organi delegati al fine di adempiere all'obbligo di «agire in modo informato»¹⁴¹. Infine, il nuovo art. 2409 c.c. ha previsto che i soci, i quali abbiano un «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»¹⁴², possono richiedere l'intervento del pubblico ministero soltanto nei casi in cui si tratti di società con azioni quotate in mercati regolamentati o diffuse tra il pubblico in misura rilevante, ed, esclusivamente, qualora vi siano sospetti di irregolarità gestionali idonee a provocare un danno alla società.

¹³⁸ Testualmente, art. 2381, co. 5, c.c.

¹³⁹ Art. 2392, co. 2, c.c.: «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».

¹⁴⁰ Testualmente, art. 2381, co. 3, c.c.

¹⁴¹ Art. 2381, co. 6, c.c.: «Gli amministratori sono tenuti ad agire in modo informato; ciascun amministratore può chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società».

¹⁴² Art. 2409, co. 1, c.c.

Tali novità normative consentono di svolgere alcune considerazioni sull'effettiva portata dei poteri impeditivi che possono integrare la posizione di garanzia degli amministratori: infatti, è agevole constatare che le stesse hanno prodotto l'effetto di restringere le ipotesi in cui l'amministratore di società può concretamente e direttamente prevenire la realizzazione di eventi criminosi e, conseguentemente, hanno ridotto lo stesso ambito delle posizioni di garanzia.

Trattasi di conclusione che è stata raggiunta anche dalla giurisprudenza più recente: «a seguito della riforma della disciplina delle società, attuata con il d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6, sono stati ridotti gli oneri e le responsabilità degli amministratori privi di deleghe, come risulta dal nuovo combinato disposto degli art. 2381 e 2392 c.c.»¹⁴³. In seguito alla riforma legislativa, la giurisprudenza ha inoltre affermato il principio secondo cui «l'amministratore non esecutivo risponde di omesso impedimento di un reato doloso posto in essere dagli amministratori delegati purché si sia rappresentato l'evento, nella sua portata illecita, e abbia consapevolmente omesso di impedirlo»¹⁴⁴. Il tema verrà affrontato nello specifico successivamente, volendosi solo anticipare che i giudici di legittimità hanno così finalmente abbandonato quella tendenza di ricorrere a formule di stile, riferite agli amministratori che si disinteressino della gestione della società, come il “non poteva non sapere”, che cadono nell'inconveniente di ridurre l'elemento soggettivo ad un dolo *in re ipsa*.

¹⁴³ Cass. pen., Sez. V, 04/05/2007, n. 23838.

¹⁴⁴ Cass. pen., ult. cit. I giudici di legittimità hanno inoltre aggiunto che «non può dunque esservi equiparazione tra “conoscenza” e “conoscibilità” dell'evento che si deve impedire, attenendo la prima all'area della fattispecie volontaria e la seconda, quale violazione ai doveri di diligenza, all'area della colpa. La responsabilità penale dell'amministratore non esecutivo postula la dimostrazione di un effettivo ed efficace ragguaglio circa l'evento oggetto del doveroso impedimento».

CAPITOLO II

LA FIGURA DELL'AMMINISTRATORE DI FATTO PRIMA DELLA RIFORMA

Sommario: 1. Le qualifiche di fatto – 1.1. Premessa – 1.2. L'amministratore di fatto – 2. Il quadro di riferimento prima del d.lgs. n. 61/2002 – 2.1. La posizione della dottrina – 2.2. L'atteggiamento della giurisprudenza – 2.3. La sorte dell'amministratore di diritto in presenza del "gestore di fatto" – 2.4. Prassi giurisprudenziale e canone di determinatezza – 2.5. Le evoluzioni civilistiche – 3. La responsabilità penale dei componenti degli organi collegiali – 3.1. Premessa – 3.2. La responsabilità in concorso degli amministratori – 3.3. La responsabilità in concorso dei sindaci

1. Le qualifiche di fatto

1.1. Premessa

Nell'ambito dell'analisi volta a determinare i criteri di individuazione dei soggetti responsabili dei reati commessi nello svolgimento dell'attività d'impresa, gioca un ruolo essenziale l'art. 2639 c.c.¹, introdotto dal d.lgs. 11/04/2002, n. 61, che risolve l'annosa questione relativa alla responsabilità penale dei cosiddetti "soggetti di fatto" per i reati propri societari, operando un'equiparazione tra attribuzione formale della qualifica ed esercizio di fatto delle funzioni relative alla qualifica stessa.

La tematica dei soggetti di fatto è stata oggetto di una lunga ed incessante indagine giurisprudenziale e dottrinale, soprattutto con riferimento alla figura dell'amministratore di fatto, sebbene essa riguardi tutte le qualifiche soggettive per cui sia constatabile una fenomenologia analoga. Lo scenario di fondo, antecedente alla riforma del 2002, vedeva contrapposte una concezione realistico-funzionale, la

¹ Art. 2639 c.c.: «Per i reati previsti dal presente titolo al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile è equiparato sia chi è tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata, sia chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione (co. 1). Fuori dei casi di applicazione delle norme riguardanti i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, le disposizioni sanzionatorie relative agli amministratori si applicano anche a coloro che sono legalmente incaricati dall'autorità giudiziaria o dall'autorità pubblica di vigilanza di amministrare la società o i beni alla stessa posseduti o gestiti per conto di terzi (co. 2)».

quale riteneva decisivo l'effettivo svolgimento dell'attività da parte del soggetto che avesse realizzato il fatto tipico, ed una impostazione formale, secondo la quale soggetti attivi dei reati propri societari potessero essere solo coloro che fossero dotati della specifica qualifica in senso civilistico-formale.

I sostenitori della prima teoria tentavano di dare risposta ad esigenze di giustizia sostanziale, nella convinzione che solo questo modo di operare possa considerarsi in linea con il principio di personalità della responsabilità penale, e quindi di colpevolezza, sancito dall'art. 27 della Costituzione, che presuppone l'accertamento della realizzazione di un fatto "proprio" e "colpevole", scongiurando la configurabilità di responsabilità da "posizione"².

Dall'altro lato, i fautori della seconda ricostruzione facevano leva sul rispetto del principio di legalità in materia penale, con particolare riferimento al divieto di analogia, il quale impedisce al giudice di estendere *in malam partem* l'efficacia di una norma penale incriminatrice, che il legislatore ha espressamente previsto con riguardo soltanto ad alcune categorie di soggetti (in questo caso, appunto, i soggetti formalmente qualificati), e, quindi, non permette che il giudice possa sostituirsi al legislatore nell'individuazione dei soggetti responsabili³.

Ebbene, in questo clima di incertezza e contrasto è intervenuta la riforma del 2002, la quale ha introdotto l'art. 2639 c.c. con l'obiettivo di estendere tali qualifiche soggettive a chi eserciti i poteri tipici inerenti alle stesse, con la conseguenza di

² Cfr. CONTI, BRUTI LIBERATI, *Esercizio di fatto dei poteri di amministrazione e responsabilità penali nell'ambito delle società irregolari*, in NUVOLONE (a cura di), *Il diritto delle società commerciali*, Milano, 1971; DI GIOVINE, *L'estensione delle qualifiche soggettive*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di GIARDA, SEMINARA, Padova, 2002; FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1984; ID., *I principi generali del diritto penale dell'impresa*, in CONTI (a cura di), *Il diritto penale dell'impresa*, Padova, 2001; MUCCIARELLI, *Responsabilità penale dell'amministratore di fatto*, in *Le società*, 1989; PAGLIARO, *Problemi generali del diritto penale d'impresa*, in *Indice penale*, 1985.

³ Cfr. GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983; PADOVANI, *Reato proprio del datore di lavoro e persona giuridica*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1979; PEDRAZZI, *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, in *Rivista Societaria*, 1962; ID., *Profili problematici del diritto penale dell'impresa*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1988; PULITANÒ, *Igiene e sicurezza del lavoro*, in *Digesto discipline penalistiche*, VI, Torino, 1992; MANNA, (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, Milano, 2018, in cui si legge che «laddove il legislatore ha voluto equiparare il soggetto di fatto a quello di diritto lo ha sempre espressamente chiarito, come, ad. es., nell'art. 617, terzo comma, c.p., laddove equipara all'investigatore privato colui che esercita la professione anche abusivamente. Soprattutto, però, nel più specifico settore del diritto penale d'impresa esistono fattispecie dove il legislatore ha equiparato i soggetti di fatto a quelli di diritto, come, ad esempio, quella prevista dall'art. 171 T.U.I.F., l'art. 135 del T.U.L.B. Dunque, *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*».

allargare la sfera della tipicità ad ulteriori soggetti, suscettibili di realizzare i reati propri societari e di essere ritenuti penalmente responsabili per gli stessi. Come perspicacemente osservato dal Seminara, «se prima della riforma era corretto dire che i reati societari vertevano in massima parte su soggetti tipici, ora in tale ambito si deve più correttamente parlare di funzioni tipiche»⁴.

Il legislatore ha così recepito la consolidata impostazione giurisprudenziale⁵ ed il maggioritario orientamento dottrinale⁶ che, secondo un criterio funzionalistico, ormai da decenni comprendono tra i destinatari dei reati societari anche i soggetti di fatto, cioè coloro che, anche se privi di una formale investitura⁷, svolgono in concreto l'effettiva funzione richiamata, anche implicitamente, dalla norma incriminatrice. Infatti, era prassi consolidata della giurisprudenza ritenere suscettibili della responsabilità penale che la legge considera propria degli amministratori tutti coloro che, nell'ambito di un'impresa, esercitassero, anche se non regolarmente investiti dei relativi poteri, attività di organizzazione, gestione o rappresentanza verso terzi. La *ratio* di tale orientamento era quella di evitare lacune di tutela e, in particolare, eliminare possibili vie di fuga per colui che perpetrasse un illecito societario senza rivestire la peculiare qualifica formale. In mancanza di una esplicita previsione legislativa e di fronte ad un complesso normativo costruito in senso unicamente formale, si giustificava tale interpretazione estensiva facendo specifico riferimento al carattere autonomo del diritto penale ed alle esigenze di realismo connesse ad essa.

Quindi, travalicato il confine della formalità della nomina, della previsione normativa dei poteri ad essa relativi e della giuridicità del rapporto che lega amministratori, direttori generali, sindaci, liquidatori alla società per la quale agiscono, la prassi ha permesso che si ampliasse non solo il numero dei soggetti attivi dei reati societari, ma anche dei reati fallimentari e tributari, ritenendo

⁴ SEMINARA, *Diritto penale commerciale. I reati societari*, vol. II, Torino, 2018, 19.

⁵ Tra le altre, Cass. pen., Sez. V, 23/05/1979; Cass. pen., Sez. V, 10/05/1982; Cass. pen., Sez. V, 19/12/1986; Cass. pen., Sez. V, 06/09/1993; Cass. Pen., Sez. III, 16/11/1994; Cass. pen. Sez. V, 19/10/1999.

⁶ V. gli autori citati nella nota 2.

⁷ L'assenza della qualifica formale può essere determinata da svariate cause: nullità o revoca della nomina, decadenza dalla medesima, o ancora sua mancanza totale. Cfr. CONTI, BRUTI LIBERATI, *Esercizio di fatto dei poteri di amministrazione e responsabilità penali nell'ambito delle società irregolari*, cit.

responsabili, accanto a questi ultimi, i corrispondenti soggetti “di fatto”. La giurisprudenza, infatti, si è mostrata concorde nel ritenere che l’art. 2639 c.c. esprima un principio di portata generale, non limitato soltanto ai reati societari⁸. Il panorama normativo si è così arricchito di figure soggettive quali l’imprenditore di fatto, il sindaco di fatto, il direttore generale di fatto, il liquidatore di fatto, il datore di lavoro di fatto, il sostituto d’imposta di fatto, il commerciante di fatto⁹.

La volontà di “positivizzare” il diritto vivente, per mezzo dell’art. 2639 c.c., traspare chiaramente dalla Relazione al d.lgs. n. 61/2002, ove si legge che la norma «tipicizza la figura dell’amministratore di fatto, largamente riconosciuta in giurisprudenza»¹⁰. Al di là del fatto che la Relazione fa riferimento unicamente alla figura dell’amministratore di fatto, anche se la disposizione è suscettibile di applicazione a tutte le qualifiche funzionali enunciate dalla codificazione civile, è opportuno notare come si è voluto evidenziare il legame esistente tra la norma in esame e la risalente e salda elaborazione giurisprudenziale.

Tuttavia, la giurisprudenza, sebbene abbia dimostrato nel tempo di riconoscere la categoria dei soggetti di fatto, non è mai pervenuta ad enunciare in termini univoci i parametri alla stregua dei quali poter ritenere tali soggetti responsabili di reati societari. Proprio da un’analisi del quadro giurisprudenziale si evince l’indeterminatezza dei profili che caratterizzano le figure di fatto, reiteratamente definite con espressioni tratte e formule tautologiche.

⁸ Il tema verrà approfondito nel Capitolo III. Si veda, intanto, in giurisprudenza, tra tutte, Cass. pen., Sez. V, 05/06/2003, n. 36630: «La nuova formulazione dell’art. 2639 c.c., che ha equiparato - quanto ai reati societari - ai soggetti formalmente investiti di qualifica, quelli che ne esercitano di fatto le funzioni, conferma l’indirizzo giurisprudenziale sulla responsabilità penale degli amministratori di fatto in campo societario, ma certamente non esclude una analoga responsabilità in materia fallimentare, che è settore diverso, dotato di autonoma disciplina, suscettibile, quindi, di autonoma interpretazione». Si veda, invece, in dottrina, AMBROSETTI, MEZZETTI, RONCO, *Diritto penale dell’impresa*, Bologna, 2016, 31, in cui si legge che «la disposizione appare come una “norma di principio” di tutto il sistema che potrebbe essere estesa pure a settori diversi dal penale societario, nonostante l’indicazione espressa contraria».

⁹ Con riferimento all’art. 513-bis c.p., v. Cass. pen., Sez. II, 16/05/2001, n. 26918: «Il reato di illecita concorrenza con minacce o violenza (art. 513-bis c.p.) ha natura di reato proprio, in quanto la norma incriminatrice richiede che il soggetto attivo eserciti un’attività commerciale, industriale o comunque produttiva, anche se tale requisito non deve essere inteso in senso meramente formale, essendo sufficiente, per la sua configurabilità, lo svolgimento di fatto della predetta attività».

¹⁰ Relazione al d.lgs. 11/04/2002, n. 61 (Gazzetta Ufficiale, n. 88 del 15/04/2002): «Disciplina degli illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali, a norma dell’art. 11 della Legge 03/10/2001, n. 366».

Nel corso degli anni, è pertanto emersa l'esigenza di certezza quanto ai contorni delle qualifiche di fatto e, in particolare, alla equiparazione tra soggetti "di fatto" e soggetti "di diritto", così da non ricorrere più a ricostruzioni approssimative e superficiali. Ebbene, come esaurientemente spiegato da Alessandri, il legislatore ha voluto, mediante l'art. 2639 c.c., da un lato, soddisfare la primaria necessità di «garantire un maggiore tasso di effettività delle fattispecie (penali societarie), permettendo di raggiungere situazioni sostanzialmente riconducibili allo schema legale, quando questo è aggirato o eluso»¹¹ e, dall'altro, garantire maggiore determinatezza nell'applicazione pratica del diritto da parte della giurisprudenza, evitando incontrollate e confuse ascrizioni della responsabilità penale. Infatti, secondo autorevole dottrina¹², il merito principale della norma è quello di ridurre il *deficit* di tassatività che la prassi aveva determinato e che comportava l'ampliamento dei casi in cui un soggetto sprovvisto della qualifica formale potesse assumere la veste di amministratore di fatto.

Infine, merita cenno l'osservazione di attenta dottrina¹³ circa la reale *voluntas legis* sottesa all'introduzione della disposizione in discorso: si evidenzia che, a ben guardare la struttura della norma, non può dirsi che il legislatore penale abbia condiviso a pieno il criterio sostanziale, avendo piuttosto, attraverso la novella normativa, ricongiunto le due diverse e contrapposte istanze. L'art 2639 c.c., infatti, non prevede che si operi un'equiparazione automatica tra il soggetto di fatto ed il corrispondente soggetto di diritto, bensì condiziona tale parificazione ad alcuni parametri normativi, che saranno analizzati in seguito, richiedendosi una valutazione del singolo caso concreto.

In conclusione, può affermarsi che il legislatore non ha semplicemente dato riconoscimento formale alla categoria dei soggetti di fatto, già adoperata in giurisprudenza, ma ha soprattutto soddisfatto la necessità di certezza e determinatezza circa i presupposti e i limiti della responsabilità penale di tali figure.

¹¹ ALESSANDRI, *Parte generale*, in AA.VV., *Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte generale e reati fallimentari*, Bologna, 2004, 66.

¹² In tal senso, ALESSANDRI, *I soggetti*, in ID., *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002; VENEZIANI, *Art. 2639 c.c.*, cit.

¹³ Cfr., *ex multis*, DI GIOVINE, *L'estensione delle qualifiche soggettive*, cit.; MUSCO, *I nuovi reati societari*, Milano, 2007.

1.2. L'amministratore di fatto

Nel tentativo di esaminare a fondo la figura dell'amministratore di fatto, è innanzitutto necessario porsi nell'ottica pre-riforma del 2002: l'espressione "amministratore di fatto" era, tradizionalmente, adoperata dalla giurisprudenza penalistica con l'obiettivo di riconoscere colpevoli del reato di bancarotta quei soggetti che, pur non essendo stati formalmente nominati amministratori della società, esercitavano di fatto poteri di gestione della stessa.

La successiva e rapida evoluzione di tale orientamento ha condotto, da un lato, al consolidamento della teoria che riconosce la figura dell'amministratore di fatto e, dall'altro, all'equiparazione, ai fini della responsabilità penale, e sempre in tema di bancarotta, degli amministratori di fatto agli amministratori legalmente nominati. Inoltre, nell'indagine volta a sviscerare tale figura non certamente di nuovo conio, non è trascurabile la prospettiva che vede nell'amministratore di fatto un "momento unificante" di tutte le ragioni che nel corso del tempo hanno indirizzato la prassi a creare e regolare in termini unitari una «quantità di situazioni soggettive tra loro molto diverse collegate solo dal tessuto connettivo della mancanza di una qualifica formalmente perfetta in capo all'agente»¹⁴ e, perciò, unite dal comune denominatore di voler rappresentare la "realtà delle cose".

La prima questione che occorre affrontare nell'approccio alla figura soggettiva dell'amministratore di fatto è, per così dire, terminologica. Nella prassi applicativa, infatti, il referente empirico della locuzione "amministratore di fatto" è oltremodo ampio, ricomprendendo una miriade di casi e fenomeni differenti tra loro. Innanzitutto, si fa riferimento alle ipotesi nelle quali l'amministratore svolge le funzioni tipiche del suo ruolo sulla base di una nomina formalmente esistente ma invalida o inefficace; a quelle in cui un soggetto si ingerisce nella gestione sociale in virtù di rapporti di potere di mero fatto e, quindi, in assenza di una qualunque investitura formale; ancora, alle situazioni in cui l'attività di amministrazione è svolta da un soggetto totalmente estraneo all'organizzazione aziendale ma per il tramite di un altro soggetto formalmente e regolarmente qualificato; ed infine, ai

¹⁴ Così, SCIOLTI, *I reati degli amministratori*, a cura di BRICOLA, ZAGREBELSKY, *Diritto penale commerciale. I reati nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali*, Torino, 1990, 183.

casi in cui il vero *dominus* dell'attività sociale agisce in prima persona, nascondendosi dietro lo schermo protettivo costituito da ignari "prestanomi"¹⁵.

Il dilemma interpretativo riguarda la necessità di determinare se tali soggetti, in ognuna di queste situazioni, debbano rispondere o, meglio, a che titolo siano chiamati a farlo, con riferimento alle diverse fattispecie di reato inquadrabili nel settore del diritto societario e fallimentare. In questo contesto, come osservato discutendo delle qualifiche di fatto in generale, emergono due opposte soluzioni: una che, valorizzando inevitabili esigenze di effettività, propende per la parificazione del gestore di fatto all'amministratore di diritto e l'altra che, invece, giunge ad antitetica conclusione in virtù del rispetto del principio di legalità.

Volendo riassumere i contorni di un noto dibattito teorico intorno all'ammissibilità o meno di tale controversa figura, si può osservare che la prima soluzione, come esaurientemente spiegato da Gullo, «fa in genere appello alla "vocazione sostanzialista" del diritto penale, che guarderebbe al profilo della lesione degli interessi da proteggere e non al mero dato formale del possesso della qualifica richiesta»¹⁶ e da tale assunto fa discendere la necessità, alla luce dell'autonomia del diritto penale, di dare un significato al termine "amministratore" che non sia necessariamente omogeneo a quello ricavabile secondo i principi civilistici e che, quindi, sia orientato verso una prospettiva "funzionalista", la quale dà rilievo alla

¹⁵ In questo senso, cfr. ABRIANI, *Gli amministratori di fatto nelle società di capitali*, Milano, 1998; ALESSANDRI, *Impresa (responsabilità penale)*, in *Digesto discipline penalistiche*, V, Torino, 1992; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. I, XV ed. a cura di GROSSO, Milano, 2018; GULLO, *Il reato proprio. Dai problemi tradizionali alle nuove dinamiche d'impresa*, Milano, 2005; MARRA, *Legalità ed effettività delle norme penali. La responsabilità dell'amministratore di fatto*, Torino, 2002. V. parzialmente *contra* PEDRAZZI, *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, in *Rivista Societaria*, 1962, secondo il quale è inconfidente il richiamo talvolta operato, in questo ambito, alla figura del soggetto di fatto, che, invece, «presuppone un "titolo colorato", cioè un'investitura emanante dalla pubblica autorità, sia pure difettosa, per mancanza di qualche requisito soggettivo o per vizio del procedimento di nomina». In argomento, v. altresì MUSCO, *Diritto penale societario*, Milano, 1999, il quale considera estranei alla nozione di amministratore di fatto le ipotesi di nomina viziata, in quanto tale figura «presuppone viceversa il mero esercizio di fatto delle attribuzioni tipiche dell'amministratore in assenza di qualsivoglia mandato (formale o sostanziale)». Allo stesso modo, CONTI, *I soggetti*, in DI AMATO (diretto da), *Trattato di diritto penale dell'impresa*, I, Padova, 1990, secondo cui, laddove riferito ai casi di nomina viziata, «il termine "amministratore di fatto" è improprio perché trattasi pur sempre di soggetti la cui funzione deriva da una non equivoca nomina proveniente dall'organo che ha competenza ad attribuirle, nomina alla quale consegue una legittimazione a gestire l'ente, ancorché viziata e suscettibile di una eventuale pronuncia di annullamento».

¹⁶ GULLO, *Il reato proprio*, cit., 188.

mansione svolta in concreto, svincolandosi dalla formale qualifica del soggetto¹⁷. Sul versante opposto, si sostiene che le argomentazioni da ultimo esposte procedono ad un'estensione in via analogica della portata delle norme incriminatrici, procurando in questo modo una lesione al principio di tassatività e nuocendo all'esigenza di certezza dell'ambito di applicazione delle disposizioni penali¹⁸. In quest'ottica, si rende necessario esaltare il dato formale della titolarità dei poteri di gestione, i quali sono conferiti al vertice dell'impresa (si guardi alla figura dell'imprenditore, o del rappresentante legale dell'ente, o ancora dell'amministratore di società). Secondo la teoria "formalista", pertanto, la responsabilità penale deve essere strettamente connessa alle definizioni che le norme civili o, in generale, extrapenali prevedono in relazione ai compiti delle figure che si trovano in posizione apicale, o comunque di rappresentanza della società o dell'impresa. Trattasi di conclusione ampiamente criticata dal filone "funzionalista", in quanto proietta "ciecamente" verso l'alto la responsabilità dell'eventuale organizzazione difettosa dell'impresa, giungendo all'iniquo risultato di ritenere sempre responsabili l'imprenditore, o il legale rappresentante dell'ente, in virtù unicamente della formale posizione rivestita, a prescindere dal loro concreto operato.

Tralasciando la disamina delle ulteriori questioni, di carattere tipicamente civilistico¹⁹, su cui non appare opportuno soffermarsi in questa sede, appare invece più proficuo operare un più penetrante confronto tra i due maggiori orientamenti sviluppatisi nel corso del tempo in seno alla dottrina ed alla giurisprudenza

¹⁷ Sul punto, v., per tutti, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit.; CONTI, *I soggetti*, cit.; NAPOLEONI, *I reati societari*, Milano, 1996; ELLERO-NORDIO, *Reati societari e bancari*, Padova, 1998; FATTORI, *Attribuzioni della qualifica di amministratore di fatto e conseguente responsabilità*, in *Le Società*, 1995; PLACCO, *Amministratore di fatto e responsabilità penale*, in *Giustizia penale*, 1999, in cui si parla di «stretto attaccamento e aderenza di quella disciplina alla pulsante realtà sottostante».

¹⁸ In argomento, cfr. PEDRAZZI, *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, cit.; STORTONI, *Profili penali delle società commerciali come imprenditori*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1971; ALESSANDRI, *Parte generale*, cit., in cui si osserva criticamente che, riconoscendo rilevanza all'amministratore di fatto, «l'individuazione del soggetto attivo è affidata, sostanzialmente, alla ricognizione dei compiti in concreto disimpegnati (e spesso solo rispetto a singoli atti) e ad un raffronto con lo schema legislativo, il quale peraltro contiene indicazioni riferite in generale ai poteri corrispondenti alla qualifica». In conclusione, l'Autore rileva come non può che esservi «grande incertezza nella distinzione tra talune figure, se la partita è giocata solo sul piano delle condotte materiali».

¹⁹ Per citarne due, la rilevanza di un atto di nomina implicita, l'incidenza sul rapporto amministratore-società di cause di decadenza o inleggibilità.

(penalistica e civilistica), i quali hanno rivestito un fondamentale ruolo di impulso nell'evoluzione di questo particolare ambito di disciplina.

2. Il quadro di riferimento prima del d.lgs. n. 61/2002

2.1. La posizione della dottrina

La discussa figura dell'amministratore di fatto ha costituito, e costituisce, tradizionale terreno di dibattito nella dottrina penalistica.

La concezione realistico-funzionale, che ha trovato largo consenso nella giurisprudenza, è stata supportata anche dalla dottrina maggioritaria, la quale si è dimostrata sensibile ad esigenze di giustizia sostanziale, che non sarebbero soddisfatte se, seguendo il tentativo di "mitridatizzazione" del diritto penale²⁰, si facesse derivare la qualifica soggettiva dal possesso dei requisiti di legittimazione previsti dal diritto civile. Si osserva che, affinché sia rispettato il principio di personalità della responsabilità penale, è indispensabile che venga in rilievo la "realtà" dei fenomeni e che, a tal fine, la norma penale non sia vincolata a definizioni derivate da altre branche dell'ordinamento. In particolare, si evidenzia che molti precetti penali non risultano legati alla disciplina civilistica in termini di accessorietà sanzionatoria e, infatti, nel descrivere la condotta vietata, «non omettono mai un autonomo riferimento ai soggetti del reato», sicché «non sembra consentito concludere nel senso di una completa sudditanza della norma penale alla perfezione della qualifica secondo i principi del diritto privato»²¹.

D'altro canto, un'impostazione non formalista è altresì richiesta dalla stessa area semantica dei termini utilizzati: «si pensi per esempio al vocabolo "amministratore". Esso si ricollega alla radice verbale "amministrare" che esprime l'esercizio di una attività definita in modo chiaramente connesso al dinamismo delle funzioni e non alla fonte di legittimazione»²². Pertanto, si ritiene incongrua la critica mossa a tale indirizzo interpretativo connessa al rischio di incorrere in un'interpretazione analogica delle norme incriminatrici, vietata dal principio di legalità in materia penale, considerato che «l'interprete non è chiamato ad alcun

²⁰ Così, CONTI, *I soggetti*, cit., 228.

²¹ CONTI, *I soggetti*, cit., 240.

²² CONTI, *I soggetti*, cit., 241. E, nello stesso senso, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit.

giudizio di eterointegrazione, semplicemente deve chiarire se il termine “amministratore” possa in sé comprendere anche il caso di chi amministra ancorché non sorretto dalla perfezione della qualifica secondo il diritto privato»²³.

In definitiva, nell’ottica dell’impostazione di tipo funzionalistico, l’interprete opera un ampliamento della responsabilità penale che può essere inquadrato essenzialmente in un fisiologico processo di interpretazione estensiva della norma incriminatrice, e non in una sua integrazione analogica²⁴.

Da tali affermazioni, quindi, si deduce che può rispondere penalmente di un reato proprio non solo chi possiede la qualifica soggettiva tipizzata nella norma incriminatrice, ma anche chi in concreto eserciti quei poteri che permettono l’offesa del bene protetto dalla norma stessa. Infatti, secondo autorevole insegnamento²⁵, ciò che assume rilevanza nell’ambito dei reati propri non è tanto la titolarità di una determinata qualifica formale, ma il particolare rapporto di fatto che esiste tra l’agente e l’interesse tutelato dalla fattispecie penale.

Nella visione del Conti, l’adesione alla teoria funzionalista è necessaria ad evitare il verificarsi di conseguenze paradossali, come potrebbe essere quella «dell’amministratore formalmente decaduto, ma rimasto al timone della società», il quale, essendo legalmente obbligato a presentare il bilancio, non andrebbe incontro ad alcuna responsabilità penale se nello stesso esponesse fraudolentemente fatti non corrispondenti al vero²⁶. Il Conti, inoltre, aggiunge che «certo gli *incommoda* non valgono di per sé a *risolvere argumentum*. Quando tuttavia essi raggiungono il livello di gravità sopra segnalato, così da introdurre nel sistema elementi di sperequazione capaci di tralignare in vere e proprie assurdità, l’opera dell’interprete, pur nel rispetto dei limiti insuperabili posti dal dato normativo, deve essere tesa ad evitare soluzioni incongrue»²⁷.

²³ CONTI, *I soggetti*, cit., 244. In tal senso, anche PAGLIARO, *Problemi generali del diritto penale d’impresa*, in *Indice penale*, 1985; ROSSI, VANNINI, *La responsabilità penale degli amministratori e dei sindaci*, in GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, XIX, Padova, 1994.

²⁴ L’opinione maggioritaria, favorevole all’ammissibilità dell’interpretazione estensiva delle disposizioni penali, finalizzata ad una più ampia protezione dei beni giuridici, è stata criticata in quanto contrasterebbe con i principi di *extrema ratio*, sussidiarietà, meritevolezza di pena e frammentarietà. Così, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019, 113.

²⁵ Cfr. CONTI, *I soggetti*, cit., 231 ss.; CONTI, BRUTI LIBERATI, *Esercizio di fatto dei poteri di amministrazione e responsabilità penali nell’ambito delle società irregolari*, cit., 119 ss.

²⁶ CONTI, *I soggetti*, cit., 237.

²⁷ CONTI, *I soggetti*, cit., 239.

Sul fronte opposto, la più autorevole delle critiche è da ricollegarsi al Pedrazzi e verte sul rango delle disposizioni penali quali norme di secondo grado rispetto alla disciplina civilistica: «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 compete una funzione sanzionatoria, sia pure in senso più lato»²⁸. Su tale presupposto poggia la teoria formalista che, invece, considera inammissibili le qualifiche soggettive di fatto.

Tale conclusione è raggiunta facilmente quando si tratti delle figure del sindaco e del liquidatore: «difficile proporre una posizione soggettiva non formale di “sindaco” o di “liquidatore”, qualifiche che appaiono intuitivamente fonti di obblighi solo in presenza – ed in ragione – di un'investitura, senza la quale diventerebbe incomprensibile il disvalore penale delle condotte di inadempimento degli obblighi medesimi»²⁹. Al contrario, laddove venga in rilievo la figura dell'amministratore di fatto, tale soluzione appare meno scontata, potendosi immaginare lo svolgimento di fatto delle relative funzioni sul piano astratto. Si rende, quindi, necessario negare l'ammissibilità di tale figura da un punto di vista squisitamente giuridico e, in particolare, il Pedrazzi osserva che nei reati societari «vero è che un'attività delittuosa, piuttosto che l'esercizio di un potere, ne rappresenterà l'abuso. Quello di abuso è però un concetto dialettico: nega il potere giuridico, ma al tempo stesso lo presuppone»³⁰, giungendo così ad escludere la rilevanza penale anche dell'amministratore di fatto.

Alla base dell'impostazione formalista giace l'esigenza connessa al rispetto del già menzionato principio di legalità in materia penale: «il formalismo, nella configurazione del fatto tipico, non è un ingombrante orpello o, da parte

²⁸ PEDRAZZI, *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, cit., 228. L'Autore individua un'eccezione al principio riportato nella fattispecie penale dell'agiotaggio societario e aggiunge che «non è neanche il caso di far pesare la distinzione tra norme penali sanzionatorie, in senso stretto o in senso lato, e norme che contengono una disciplina affatto originale: basta considerare che le une e le altre si trovano frammiste in seno a complessi normativi redatti con unità di ispirazione e con tecnica omogenea».

²⁹ ALESSANDRI, *Impresa (responsabilità penale)*, in *Digesto discipline penalistiche*, V, Torino, 1992, 207. Nello stesso senso, v. PEDRAZZI, *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, cit., 267.

³⁰ PEDRAZZI, *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, cit., 226.

dell'interprete, un feticistico omaggio alla lettera della legge. È garanzia irrinunciabile contro dilatazioni o comunque distorsioni del profilo della fattispecie e nel contempo strumento di calibratura e riconoscibilità degli elementi essenziali dell'illecito»³¹. Sicché, «quando la stessa norma penale designa i soggetti attivi del reato, l'elencazione non si può assumere che come tassativa», e qualsiasi altra conclusione, non tenendo conto del rapporto di pregiudizialità che lega la titolarità di determinati doveri e poteri alla responsabilità penale, giungerebbe a punire qualcuno per «l'infrazione di un precetto che non lo concerne, per l'omissione di un adempimento cui non è tenuto»³².

L'estensione della responsabilità al di là dei confini delineati dalla qualifica formale richiesta dalla norma penale, pertanto, implicherebbe un'operazione creativa del diritto, in evidente violazione del divieto di analogia *in malam partem*³³. In particolare, il Marra, richiamando le pretese esigenze di realtà del diritto penale, ed il rispetto del principio costituzionale di personalità della responsabilità penale, su cui la teoria funzionalista dichiara di fondarsi, osserva che gli stessi «non possono essere utilizzati autonomamente per individuare i soggetti attivi dei reati, di volta in volta, presi in considerazione», di conseguenza «l'interprete non può richiamarsi a questi principi per estendere i confini della responsabilità ben al di là dell'ambito ritagliato dal legislatore nella costruzione del "tipo", perché se lo facesse finirebbe per dar vita ad una "nuova" fattispecie con buona pace del principio di legalità»³⁴. Muovendo da questo punto di vista, la preoccupazione espressa dai sostenitori della teoria formalista è costituita dal fatto che, diversamente opinando, si aprirebbe la porta ad una moltiplicazione dei soggetti di fatto (amministratori, sindaci, ecc.). A questo riguardo, Alessandri osserva che «l'inquietante conclusione della tesi dell'amministratore di fatto, portata alle sue naturali conseguenze, sarebbe quella

³¹ ALESSANDRI, *Impresa (responsabilità penale)*, cit., 203.

³² PEDRAZZI, *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, cit., 231. Si veda anche MUCCIARELLI, *Responsabilità penale dell'amministratore di fatto*, in *Le Società*, 1989, il quale evidenzia il rischio che il soggetto di fatto sia chiamato a rispondere «per la violazione di un precetto che non lo riguarda ovvero per l'infrazione ad un dovere al cui rispetto non è tenuto». Nello stesso senso, in precedenza, anche ESCOBEDO, *I cosiddetti amministratori di fatto delle società anonime e il reato di quasi bancarotta semplice*, in *Giustizia Penale*, 1933, e MIRTO, *Il diritto penale delle società*, Milano, 1954.

³³ Cfr. PEDRAZZI, *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, cit., 245; ALESSANDRI, *Impresa (responsabilità penale)*, cit., 206; MARRA, *Legalità ed effettività delle norme penali. La responsabilità dell'amministratore di fatto*, Torino, 2002, 115 ss.

³⁴ MARRA, *Legalità ed effettività delle norme penali*, cit., 89.

di costellare l'intero settore del diritto penale commerciale di indicazioni soggettive segnate da una imprevedibile elasticità di confini, tale da configurare questo settore come a tassatività limitata»³⁵.

Deve aggiungersi che Alessandri espone ad un'ulteriore critica il pensiero funzionalista, accusandolo di riconoscere in capo ad un soggetto, normativamente indicato, una posizione di garanzia, che è però privata della propria fonte giuridica, ossia la qualifica. Pertanto, spogliata dei suoi caratteri essenziali, tale posizione di garanzia viene, in sostanza, «sostituita da un mero “fare” del soggetto»³⁶. In particolare, Alessandri aggiunge che l'impostazione funzionalista opera uno «svilimento della giuridicità» della qualifica: tale risultato, se acuisce la tensione esistente tra i reati omissivi impropri ed il principio di legalità, risulta ancora più intollerabile con riguardo ai reati omissivi propri, ove «è la necessaria giuridicità della situazione tipica, condensata nella descrizione del soggetto, a svaporare, nella considerazione, puramente fenomenica, dei poteri in precedenza esercitati»³⁷.

Questi pensieri di Alessandri sono fatti propri anche dal Marra, il quale, prendendo in esame il caso dell'amministratore di fatto, osserva che «stante le differenze qualitative, quantitative e concettuali che intercorrono tra questa figura soggettiva e l'amministratore di diritto, il “realismo” profuso a piene mani dalla giurisprudenza e lodato senza alcuna esitazione dalla dottrina, fa sì che l'interprete possa sostituire alla qualifica soggettiva tipizzata dal legislatore qualcosa di diverso e con questo concettualmente incompatibile», aggiungendo ancora che «andando ben al di là della dovuta “rivitalizzazione” dell'istanza personalistica, il meccanismo realistico non si limita ad affrancare il diritto penale da ogni possibile “ossificazione formalistica”³⁸ che ne limiti irrazionalmente le esigenze di effettività, ma crea una “nuova” ed incontrollabile dimensione legale del fatto tipico»³⁹.

³⁵ ALESSANDRI, *Impresa (responsabilità penale)*, cit., 207.

³⁶ ALESSANDRI, *Impresa (responsabilità penale)*, cit., 208. Condivide tale assunto anche PEDRAZZI, *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, cit., 231, per il quale è difficilmente concepibile «una funzione isolata dalla qualificazione di cui rappresenta l'estrinsecazione».

³⁷ ALESSANDRI, *Impresa (responsabilità penale)*, cit., 208.

³⁸ Negli stessi termini, si veda ALESSANDRI, *Impresa (responsabilità penale)*, cit., 203.

³⁹ MARRA, *Legalità ed effettività delle norme penali*, cit., 90.

2.2. L'atteggiamento della giurisprudenza

Come già anticipato, in ambito penalistico, la giurisprudenza ha sempre espresso un atteggiamento favorevole all'estensione degli effetti della qualifica, sviluppando una corrente interpretativa, assolutamente prevalente, che rinvia alle insopprimibili esigenze di "realità" proprie del diritto penale ed alla necessità di rispettare il principio di personalità della responsabilità penale, sancito dall'art. 27 della Costituzione. Così, sul presupposto della possibilità concreta di sciogliere il nodo che lega forma e sostanza, i giudici di legittimità hanno ampliato i contorni della qualifica di amministratore, dichiarando che quest'ultima «spetta non solo a colui che abbia la rappresentanza legale dell'ente di fronte a terzi, ma anche a colui che, di fatto, esercita il potere di decisione sulla gestione del patrimonio sociale»⁴⁰. La giurisprudenza ha costantemente privilegiato la soluzione della perfetta equiparazione tra amministratore di fatto ed amministratore di diritto, sull'assunto che, sotto un profilo prettamente penalistico, non vi sono differenze sostanziali tra le due figure in quanto, in entrambi i casi, viene ad esistere quel particolare rapporto di affidamento tra il soggetto e il bene giuridico protetto che giustifica la qualifica propria tipizzata dal legislatore nella fattispecie incriminatrice, posta a suo presidio. Così, la necessità del riconoscimento di una posizione di garanzia in capo ad entrambi i soggetti, di fatto e di diritto, deriva dalla loro vicinanza al bene tutelato e dalla possibilità di esercitare i poteri necessari ad assicurarne un'efficace protezione. Alessandri, osserva che «il dato formale ha scarsa importanza se raffrontato con il rilievo attribuito al legame naturalistico tra persona e cosa

⁴⁰ Così, in tema di reati fallimentari, Cass. pen., Sez. V, 23/05/1979. Nello stesso senso, Cass. pen., Sez. V, 10/05/1982: «Anche l'amministratore di fatto di una società può essere ritenuto responsabile di bancarotta, perché in sede penale tale qualifica spetta non solo a colui che abbia la rappresentanza legale dell'ente di fronte ai terzi, ma anche a colui che, di fatto, esercita il potere di decisione sulla gestione del patrimonio sociale». Si veda anche Cass. pen. Sez. V, 19/10/1999, in cui la Corte di Cassazione afferma che «in caso di fallimento di una società può essere chiamato a rispondere del reato di bancarotta fraudolenta impropria anche l'amministratore di fatto che abbia posto in essere alcuna delle condotte previste dall'art. 216 l. fall. La norma incriminatrice si riferisce, invero, più che alla persona investita formalmente della carica a colui che gestisca realmente il patrimonio sociale, compiendo attività propria degli amministratori». Ancora più fermamente, Cass. pen., Sez. V, 06/09/1993, in cui si nega, in principio, rilevanza alla questione concernente il "titolo" di responsabilità del gestore di fatto: «Una volta dimostrata la massiccia ingerenza di un soggetto, fornito di appena il 2% di partecipazione, nella gestione di una società, è ultroneo indagare, ai fini della responsabilità per il reato di bancarotta fraudolenta, se la sua illecita intromissione con attività di concorso come "extraneus" ovvero come attività delittuosa come "intraneus", in veste di amministratore di fatto occulto».

aziendale»⁴¹ e ciò è ritenuto sufficiente per reputare l'amministratore di fatto titolare di uno specifico obbligo di impedire il verificarsi di eventi dannosi per gli interessi societari o la realizzazione di reati da parte di soggetti intranei all'organizzazione aziendale. Pertanto, l'esistenza dell'obbligo di impedire l'evento dannoso non deriverebbe da un atto formale di nomina ma dall'aver acquisito, di fatto, la posizione di garante dell'integrità del bene.

Inoltre, la giurisprudenza della Corte di cassazione è giunta, in materia di reati fallimentari, anche a consolidare l'orientamento che riconosce la responsabilità diretta ed autonoma del soggetto di fatto, consentendo di superare parzialmente la tendenza a condannarlo a titolo di concorso dell'*extraneus* nel reato proprio dell'*intraneus*⁴². I giudici di legittimità hanno, così, spiegato che l'amministratore di fatto risponde «sia quale "*extraneus*", in concorso con gli organi legali della società, sia autonomamente, quale diretto destinatario della norma incriminatrice», specificando che «nella prima ipotesi è necessaria la prova dell'apporto causale dato dall'*extraneus*" al fatto proprio dell'amministratore legale. Nella seconda ipotesi, è necessaria la prova della gestione della società da parte dell'amministratore di fatto la cui responsabilità è diretta e personale, e non concorsuale, prescinde da quella dell'amministratore legale e si staglia quand'anche sia esclusa la responsabilità di quest'ultimo»⁴³.

⁴¹ ALESSANDRI, *Parte generale*, cit., 66.

⁴² Cfr. Cass. pen., Sez. V, 19/03/1999, n. 6470: «In materia di reati fallimentari, nell'ipotesi di fatti di bancarotta fraudolenta per distrazione, e con riferimento alla partecipazione dell'*extraneus*" in reato proprio dell'amministratore di società deve ritenersi che il soggetto esterno alla società può concorrere nel reato proprio, mediante condotta agevolativa di quella dell'*intraneus*", nella consapevolezza della funzione di supporto alla "distrazione", intesa quest'ultima come sottrazione del patrimonio sociale e del suo depauperamento ai danni della classe creditoria, in caso di fallimento»; Cass. pen., Sez. V, 12/05/1999, n. 7600, la quale dichiara che, in tema di omessa convocazione dell'assemblea, «non è incompatibile il concorso del terzo con il soggetto formalmente investito della carica di amministratore di società a responsabilità limitata. Costui, infatti, in conseguenza della formale sottoscrizione del bilancio, ha, in ogni caso, l'obbligo di convocare senza indugio l'assemblea. Pertanto, la circostanza che altro soggetto si sia intromesso nella gestione di fatto non esonera il legittimo titolare della carica, aggiungendo, se mai, nuove responsabilità, secondo i criteri del concorso dell'*extraneus*" nel reato proprio».

⁴³ Così, Cass. pen., Sez. V, 17/01/1996 e, negli stessi termini, Cass. pen., Sez. V, 23/02/1995; Cass. Pen., Sez. V, 03/02/1987; Cass. pen., Sez. V, 25/02/1987; Cass. pen., Sez. V, 25/11/1987; Cass. pen., Sez. V, 19/12/1986.

2.3. La sorte dell'amministratore di diritto in presenza del "gestore di fatto"

Pertanto, nel corso del tempo, l'evoluzione giurisprudenziale ha determinato lo spostamento del *focus* sull'individuazione delle condizioni cui subordinare l'ascrizione della responsabilità penale a carico dell'amministratore di diritto in relazione ad illeciti penali commessi da chi di fatto amministra la società. Analizzando i risultati cui è pervenuta la giurisprudenza maggioritaria sul tema, non può non avvertirsi una singolare contraddizione: se, in tema di responsabilità dell'amministratore di fatto, è completamente pacifico che, in virtù del carattere personale della responsabilità penale, debba darsi prevalenza all'attività sostanzialmente esercitata piuttosto che alla titolarità formale della qualifica, con riferimento alla responsabilità penale dell'amministratore di diritto per i fatti di reato commessi dal gestore di fatto si sostengono tesi opposte.

Con orientamento consolidato, la giurisprudenza fa ampio ricorso alla regola di equivalenza, sancita dall'art. 40 cpv. c.p.⁴⁴, che permette di parificare il "non impedire" al "cagionare" l'evento, configurando in capo all'amministratore di diritto un obbligo di vigilanza sulla corretta gestione sociale e, quindi, un dovere di impedimento di atti pregiudizievoli, con la conseguenza di renderlo responsabile dei reati commessi dall'amministratore di fatto a titolo di concorso omissivo.

In particolare, si afferma che «l'amministratore di una società, investito ufficialmente della carica, ha l'obbligo giuridico di impedire atti pregiudizievoli in danno della società o di attenuarne le conseguenze, nonché l'obbligo giuridico di provvedere all'integrità del patrimonio sociale»; pertanto, «è configurabile il concorso *ex art. 40 cpv. c.p.* tutte le volte in cui l'amministratore di una società, investito ufficialmente della carica, violando l'obbligo di vigilanza e quello di attivarsi in presenza di atti pregiudizievoli, abbia consentito ad altri soggetti, che di fatto si siano ingeriti nell'amministrazione della società, di compiere atti penalmente sanzionati»⁴⁵.

⁴⁴ Testualmente, «non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo».

⁴⁵ Così, Cass. pen., Sez. V, 28/06/1993. V., nello stesso senso, Cass. pen., Sez. V, 07/07/1992; Cass. pen., Sez. V, 20/10/1994, n. 11654; Cass. pen., Sez. V, 27/05/1996, n. 580; Cass. pen., Sez. V, 25/03/1997, n. 4892; Cass. pen., Sez. V, 05/02/1998, n. 3328; Cass. pen., Sez. V, 23/06/1999, n. 10465; Cass. pen., Sez. V, 26/11/1999, n. 14745; Cass. pen., Sez. V, 27/04/2000, n. 5619; Cass.

Tuttavia, la Corte di cassazione sottolinea altresì che «l'amministratore di diritto che, in violazione degli obblighi di controllo di cui agli artt. 2392⁴⁶ e 2394⁴⁷ 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»⁴⁸, poiché «la semplice accettazione della carica da parte della c.d. testa di

pen., Sez. V, 03/06/2005, n. 44279; Cass. pen., Sez. V, 17/11/2005, n. 44293; Cass. pen., Sez. V, 12/12/2005, n. 853; Cass. pen., Sez. III, 06/04/2006, n. 22919; Cass. pen., Sez. V, 23/06/2009, n. 31885; Cass. pen., Sez. V, 09/02/2010, n. 11938; Cass. pen., Sez. V, 06/07/2011, n. 40092; Cass. pen., Sez. V, 25/01/2012, n. 17708; Cass. pen., Sez. III, 19/09/2013, n. 14432; Cass. pen., Sez. V, 07/01/2015, n. 7332; Cass. pen., Sez. V, 10/10/2017, n. 5800. Anche nella giurisprudenza di merito, sul presupposto che «la legge assegna all'amministratore la funzione di garante di un insieme di interessi, che fanno capo alla società, ai creditori sociali, ai terzi in genere e all'economia nazionale», App. Milano, 10/06/1996 afferma che «la posizione giuridica del garante non si può esaurire nel divieto di pregiudicare tali interessi con la propria personale condotta, ma si estende necessariamente anche all'obbligo di impedire che altri commetta reati che egli stesso potrebbe realizzare. Ed infatti l'art. 2392 comma 2 c.c. riflette un obbligo di portata generalissima, attinente sia agli atti pregiudizievoli conosciuti, che devono essere impediti o dei quali devono essere neutralizzati gli effetti, sia agli atti dei quali l'amministratore può venire a conoscenza vigilando sul generale andamento della gestione societaria e, quindi, adempiendo ai doveri primari di diligenza ed a quelli strumentali di informazione»; in conclusione, «la violazione di tale obbligo di vigilanza comporta la configurazione di un'ipotesi di concorso ex art. 40 cpv. c.p., tutte le volte in cui l'amministratore abbia consentito ad altro amministratore o, comunque, a persona che di fatto abbia amministrato, di perpetrare delitti».

⁴⁶ Il cui co. 2 recita: «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».

⁴⁷ Il cui co. 1 recita: «Gli amministratori rispondono verso i creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale».

⁴⁸ Così, Cass. pen., Sez. V, 07/07/1992. Nello stesso senso, v. Cass. pen., Sez. V, 23/06/1999, n. 10465, la quale sostiene che «poiché non impedire l'evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo, risponde di concorso nel reato l'amministratore di diritto, anche se sia stato una mera "testa di legno"», e Cass. pen., Sez. V, 27/04/2000, n. 5619, in cui si legge che «in tema di bancarotta fraudolenta, l'amministratore della società ancorché sia un mero prestanome di altri soggetti che hanno agito come amministratori di fatto risponde dei reati contestati quanto meno a titolo di omissione». E, più recentemente, v. altresì Cass. pen., Sez. III, 06/04/2006, n. 22919 e Cass. pen. Sez. V, 23/06/2009, n. 31885. Invece, cfr., *contra*, Cass. pen., Sez. V, 17/01/1996, secondo la quale «la qualifica di amministratore formale non comporta un automatico giudizio di colpevolezza per fatti di bancarotta fraudolenta perché, diversamente, la punizione in base a fatti specifici, sarebbe in contrasto manifesto con il principio di responsabilità personale di cui all'art. 27 Cost.», di conseguenza, «la colpevolezza del legale rappresentante della società deve essere esclusa 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'amministratore legale ad un mero fatto nominale»; e Cass. pen., Sez. V, 17/02/1996, in cui si legge che «in materia di fatti di bancarotta, va esclusa ogni responsabilità dell'amministratore, ove, in concreto, risulti che la gestione dell'impresa è stata interamente ed esclusivamente nelle mani di un amministratore di fatto, riducendosi le mansioni del rappresentante legale a quelle di mero prestanome».

legno (o uomo di paglia) attribuisce a questi doveri di vigilanza e controllo la cui violazione comporta responsabilità»⁴⁹.

Pertanto, la titolarità formale della qualifica, pur in assenza di qualsivoglia esercizio concreto di poteri gestori, è ritenuta sufficiente per dar vita a quel particolare legame tra soggetto attivo e bene giuridico protetto che funge da presupposto della responsabilità per omesso impedimento dell'evento. Quindi, da un lato, in relazione alla responsabilità penale dell'amministratore di fatto, la giurisprudenza ha sempre dato rilievo al momento sostanziale, sull'assunto che, nel rispetto di esigenze di realtà proprie del diritto penale, solo questo può fondare il rapporto di affidamento tra soggetto attivo e bene protetto, posto a fondamento della norma a soggettività ristretta, dall'altro, in tema di responsabilità penale dell'amministratore di diritto per l'illecito penale commesso dall'amministratore di fatto, si ritiene, invece, di attribuire maggiore rilevanza alla forma civilistica, mettendo in crisi la complessiva razionalità del ragionamento giurisprudenziale.

La conclusione raggiunta dalla giurisprudenza lascia trasparire le ragioni di politica criminale, poste a fondamento dell'applicazione, in senso contrario, delle norme sul concorso di persone nel reato: come osservato dal Marra, «non è l'amministratore di fatto a concorrere quale *extraneus* nella responsabilità dell'amministratore di diritto, ma è quest'ultimo che, omettendo l'intervento da lui dovuto, diviene "complice" del soggetto che, sempre secondo le indicazioni della giurisprudenza, è il reale titolare di quel legame che lo qualifica come intraneo»⁵⁰. In dottrina, si è parlato di un "rovesciamento di paradigma": «l'amministratore di diritto, da autore indefettibile del reato d'impresa, diventa concorrente nel reato del gestore

⁴⁹ Così, Cass. pen., Sez. V, 25/03/1997, n. 4892. Nello stesso senso, v. Cass. pen., Sez. V, 23/06/1999, n. 10465; Cass. pen., Sez. V, 27/04/2000, n. 5619. E, più recentemente, v. altresì Cass. pen., Sez. III, 06/04/2006, n. 22919, in cui si legge che «l'amministratore di una società risponde del reato omissivo contestatogli quale diretto destinatario degli obblighi di legge, anche se questi sia mero prestanome di altri soggetti che abbiano agito quali amministratori di fatto, atteso che la semplice accettazione della carica attribuisce allo stesso doveri di vigilanza e controllo»; Cass. pen., Sez. V, 23/06/2009, n. 31885, secondo la quale «integra il reato di bancarotta semplice (art. 217 l. fall.) l'amministratore che, ancorché estraneo alla gestione dell'azienda - esclusivamente riconducibile all'amministratore di fatto - abbia omesso, anche per colpa, di esercitare il controllo sulla regolare tenuta dei libri e delle scritture contabili, poiché l'accettazione della carica di amministratore, anche quando si tratti di mero prestanome, comporta l'assunzione dei doveri di vigilanza e di controllo di cui all'art. 2392 c.c.».

⁵⁰ MARRA, *Legalità ed effettività delle norme penali*, cit., 262.

effettivo»⁵¹. L'importante conseguenza è che il primo può essere ritenuto responsabile a titolo di concorso omissivo improprio ex art. 40 cpv. c.p., per non aver controllato l'operato del secondo.

Quanto all'elemento soggettivo richiesto nell'ipotesi di concorso ex art. 40 cpv. c.p. dell'amministratore di diritto nel fatto di reato commesso dall'amministratore di fatto, la giurisprudenza non mostra un approccio univoco: talvolta si limita a dichiarare che «ad integrare il dolo del primo è sufficiente la generica consapevolezza che il secondo distrae, occulta, etc., senza che sia necessario che tale consapevolezza investa i singoli episodi delittuosi»⁵². Più sovente, la Suprema Corte tende a valorizzare la figura del dolo eventuale, sostenendo, in termini molto ampi, che «la sola consapevolezza che dalla condotta omissiva possano scaturire gli eventi tipici del reato, ovvero l'accettazione del rischio che questi si verificino, sono sufficienti per l'affermazione di responsabilità»⁵³, con la precisazione che tale consapevolezza «non può presumersi in base al semplice dato di avere il soggetto acconsentito a ricoprire formalmente la carica predetta»⁵⁴.

A tal proposito, in dottrina, è stato espresso il diffuso timore che l'uso spregiudicato della categoria del dolo eventuale da parte della giurisprudenza, cui sono così lasciati ampi spazi di discrezionalità valutativa, possa condurre ad una sorta di presunzione assoluta di sussistenza del dolo dell'amministratore di diritto, per reati commessi dall'amministratore di fatto, una volta accertata l'esistenza della

⁵¹ CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA, (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, vol. 1, Torino, 2017, 355. V., altresì, CONSULICH, *Poteri di fatto e obblighi di diritto nella distribuzione delle responsabilità penali societarie*, in *Le società*, 2012.

⁵² Così, Cass. pen., Sez. V, 20/10/1994, n. 11654. Nello stesso senso, v. Cass. pen., Sez. V, 05/02/1998, n. 3328; Cass. pen., Sez. V, 23/06/1999, n. 10465; Cass. pen., Sez. V, 26/11/1999, n. 14745; Cass. pen., Sez. V, 12/12/2005, n. 853; Cass. pen., Sez. V, 09/02/2010, n. 11938.

⁵³ Così, Cass. pen., Sez. V, 27/04/2000, n. 5619. Più recentemente, v. Cass. pen., Sez. III, 06/04/2006, n. 22919; Cass. pen., Sez. V, 06/07/2011, n. 40092; Cass. pen., Sez. III, 19/09/2013, n. 14432; Cass. pen., Sez. V, 07/01/2015, n. 7332; Cass. pen., Sez. V, 10/10/2017, n. 5800.

⁵⁴ Così, Cass. pen., Sez. V, 05/02/1998, n. 3328. V., nello stesso senso, Cass. pen., Sez. V, 26/11/1999, n. 14745, secondo la quale «in tema di bancarotta, mentre dal punto di vista oggettivo non è dubbio che l'amministratore di diritto risponde unitamente all'amministratore di fatto per non avere impedito l'evento che aveva l'obbligo giuridico di impedire, dal punto di vista soggettivo si richiede la generica consapevolezza, da parte del primo, che l'amministratore effettivo distrae, occulta, dissimula, distrugge o dissipa i beni sociali ovvero espone o riconosce passività inesistenti, senza che sia necessario che tale consapevolezza investa singoli episodi nei quali l'azione dell'amministratore di fatto si è estrinsecata. Tuttavia, tale consapevolezza non può essere semplicemente desunta dal fatto che il soggetto abbia acconsentito a ricoprire formalmente la carica di amministratore».

qualifica formale⁵⁵. L'affermazione di una tendenza interpretativa che «in luogo dell'effettiva rappresentazione ed "accettazione" dell'evento delittuoso (...) si accontenti della volontarietà dell'inadempimento dei doveri di controllo, considerata *tout court* quale "accettazione del rischio" di qualsivoglia sviluppo negativo, o del mancato attivarsi di fronte a riconoscibili segnali d'allarme, indipendentemente dal fatto che detti segnali siano effettivamente percepiti e correttamente valutati come segnali del possibile accadimento di un evento»⁵⁶ causerebbe, nella pratica, una trasformazione dell'elemento soggettivo da doloso in colposo, intendendosi per colpa la violazione dei doveri di controllo cui l'amministratore è tenuto *ex art.* 2392 c.p.⁵⁷.

In quest'ottica, più di recente la giurisprudenza ha mostrato di preferire una lettura maggiormente attenta al principio costituzionale di personalità della responsabilità penale. Quanto detto si evince da alcune importanti decisioni che fondano la responsabilità penale del prestanome sull'accertamento della sua effettiva consapevolezza circa gli illeciti in via di commissione, escludendola qualora «l'amministratore sia rimasto estraneo alle vicende societarie, di fatto gestite da altri ovvero se lo stesso dimostri la totale dissociazione dall'operato degli stessi gestori»⁵⁸. In particolare, in relazione ad un caso di bancarotta documentale, la Corte di cassazione ha sottolineato come «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, tale da impedire la ricostruzione del movimento degli affari o, per le ipotesi con dolo specifico, di procurare un ingiusto profitto a taluno»⁵⁹.

⁵⁵ Così, MAZZACUVA, AMATI, *Diritto penale dell'economia*, Milano, 2020, 11.

⁵⁶ Con queste parole, STELLA, PULITANÒ, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1990, 568.

⁵⁷ Cfr., *ex multis*, CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA, (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, cit.; FALOTICO, *In tema di responsabilità del prestanome per concorso nel reato mediante omissione*, in *Cassazione penale*, 2010; MARRA, *Legalità ed effettività delle norme penali*, cit., 265.

⁵⁸ Così, Cass. pen., Sez. V, 03/06/2005, n. 44279.

⁵⁹ Così, Cass. pen., Sez. V, 17/11/2005, n. 44293. Nello stesso senso, cfr. Cass. pen., Sez. V, 25/01/2012, n. 17708: «ai fini dell'affermazione della penale responsabilità in ordine a condotte distrattive poste in essere dall'amministratore di fatto, occorre la prova della piena, pur generica, consapevolezza di siffatte finalità distrattive da parte dell'amministratore di diritto, non potendosi una statuizione di colpevolezza riconnettersi a mera responsabilità di posizione».

2.4. Prassi giurisprudenziale e canone di determinatezza

L'opzione giurisprudenziale in tema di amministratore di fatto sposta l'attenzione dall'atto formale di nomina all'attività svolta in concreto, mutando la nozione di amministratore da elemento normativo della fattispecie ad elemento naturalistico-descrittivo. Dal momento in cui si rinuncia alla nozione formalistica di amministratore, si prescinde dalla molteplicità di regole in materia, contenute nel codice civile, per rimettersi all'accertamento dell'attività effettivamente esercitata, ossia alla valutazione di un dato della realtà fisica. In altri termini, la soluzione funzionalista impone il passaggio «da una qualificazione ancorata a parametri certi e predeterminati in astratto, ad una descrizione sintetica del tutto priva di un afferrabile “nucleo concettuale”, caratterizzata dalla presenza di una cospicua “zona grigia”, le cui incertezze sono destinate ad essere risolte “caso per caso” con il preponderante apporto della libera soggettività dell'interprete»⁶⁰.

I notevoli dubbi, sollevati dai fautori della teoria formalista, circa la possibilità che tale situazione determini un *vulnus* alla necessaria tassatività della norma sono stati aggravati dalla prassi giurisprudenziale, emersa in sede applicativa, di non indicare con esattezza i tratti essenziali della figura dell'amministratore di fatto. La scarsa precisione dei criteri adoperati dalla giurisprudenza per l'individuazione della figura contribuirebbe a determinare, così, un conflitto con il principio di determinatezza della fattispecie penale, corollario del più volte citato principio di legalità, posto a fondamento delle istanze formaliste.

Stimabili autori osservano che, ad eccezione di alcune pronunce in cui si fa generico riferimento alla necessità che l'ingerenza nella gestione sociale sia costante nel tempo e non occasionale, affinché possa parlarsi di “gestione di fatto”⁶¹, infruttuosi si sono rivelati i tentativi della giurisprudenza di determinare gli esatti contenuti e limiti della «proteiforme»⁶² figura dell'amministratore di fatto.

⁶⁰ Così, MARRA, *Legalità ed effettività delle norme penali*, cit. 287.

⁶¹ Cfr. Cass. civ., Sez. I, 14/09/1999, n. 9795, in cui i giudici di legittimità ammettono l'esigenza che «le funzioni gestorie svolte in via di fatto abbiano carattere sistematico e non si esauriscano, quindi, nel compimento di alcuni atti di natura eterogenea e ed occasionale»; e, nella giurisprudenza di merito, App. Milano, 09/12/1994, in cui si legge che «per assumere la qualifica di amministratore di fatto di una società di capitali non sono sufficienti singoli atti di intromissione nella gestione della società; occorre una ingerenza persistente e stabile che si estrinsechi nel ripetuto compimento di atti tipici dell'amministratore».

⁶² Testualmente, v. MARRA, *Legalità ed effettività delle norme penali*, cit., 91.

Al contrario, si è riscontrata una tendenza a favorire una logica casistica, che si manifesta in primo luogo con enunciazioni di attività e di atti che già devono ritenersi impliciti nel concetto di “amministrare”⁶³. Così, i giudici di legittimità, facendo ricorso ad espressioni tautologiche o, utilizzando le parole di Alessandri, «formule apodittiche, non argomentate»⁶⁴, hanno affermato che «può definirsi un vero e proprio amministratore di fatto della società chi partecipa in prima persona ad operazioni molto consistenti patrimonialmente e di grande respiro finanziario, per le quali si serve della società in unione con gli amministratori della stessa»⁶⁵. Oppure, in termini ancora più generici, la giurisprudenza ha talvolta richiamato l’esigenza di un «accertamento di elementi sintomatici di gestione o cogestione della società, risultanti dall’organico inserimento del soggetto, quale *intraneus* che svolge funzioni gerarchiche e direttive, in qualsiasi momento dell’*iter* di organizzazione, produzione e commercializzazione dei beni e servizi, rapporti di lavoro con i dipendenti, rapporti materiali e negoziali con i finanziatori, fornitori e clienti, e in qualsiasi branca aziendale, produttiva, amministrativa, contrattuale, disciplinare», aggiungendo che «trattasi di apprezzamento di fatto che è insindacabile in sede di legittimità, se sostenuto da motivazione congrua e logica»⁶⁶. Pertanto, come osserva il Marra, la Corte di cassazione non opera alcuna distinzione tra «profili di disciplina attinenti ad attività connotate da un corposo substrato materiale, “atti diretti alla realizzazione dell’oggetto sociale”, e attività intrinsecamente legate alla titolarità di poteri giuridicamente rilevanti, i doveri di vigilanza; tra l’esercizio di poteri di organizzativi interni, convocazione dell’assemblea o del consiglio d’amministrazione, iscrizione delle delibere assembleari ove prescritte ecc., e poteri di rappresentanza esterna della società»⁶⁷. Ancora, l’Autore lamenta che i giudici di legittimità non hanno mai ritenuto di dover chiarire se tali requisiti dovessero sussistere congiuntamente, oppure se fosse sufficiente la presenza di anche solo uno degli stessi, giungendo a concludere che, l’accoglimento della prima opzione eliminerebbe gran parte dello spazio

⁶³ Così, MARRA, *Legalità ed effettività delle norme penali*, cit., 92 e GULLO, *Il reato proprio. Dai problemi tradizionali alle nuove dinamiche d’impresa*, Milano, 2005, 199.

⁶⁴ ALESSANDRI, *Parte generale*, cit., 69.

⁶⁵ Testualmente, Trib. Napoli, 17/07/1987.

⁶⁶ Così, Cass. pen., Sez. V, 22/04/1998, n. 9222.

⁶⁷ MARRA, *Legalità ed effettività delle norme penali*, cit., 92.

applicativo riservato alla figura dell'amministratore di fatto, la seconda ne estenderebbe eccessivamente i confini già ampi, arrivando ad includere «situazioni che, almeno sulla carta, non vantano alcun legame di parentela con l'attività di amministrazione della società; si pensi, ad esempio, ai partecipanti ad un sindacato di voto, al presidente del patto stesso oppure alla maggioranza dei soci»⁶⁸.

Inoltre, il Marra ritiene che l'ampiezza dei margini della figura dell'amministratore di fatto, come delineata dalla giurisprudenza nelle sue decisioni, sia problematica anche sotto un diverso, ma egualmente importante, profilo. Infatti, al di là della compatibilità con il principio di determinatezza delle norme penali, tale prassi giurisprudenziale solleva rilevanti dubbi su un tema non meno delicato: quello della responsabilità dell'amministratore di diritto.

Come già esposto, sull'argomento, la Cassazione chiarisce che «la qualifica di amministratore formale non comporta un automatico giudizio di colpevolezza per fatti di bancarotta fraudolenta perché, diversamente, la punizione in base a fatti specifici, sarebbe in contrasto manifesto con il principio di responsabilità personale di cui all'art. 27 Cost.»; infatti, «la colpevolezza del legale rappresentante della società deve essere esclusa 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'amministratore legale ad un mero fatto nominale»⁶⁹. Tuttavia, la Corte continua asserendo che «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» e, cioè, «l'onere 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”, un “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»⁷⁰.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ Cass. pen., Sez. V, 17/01/1996.

⁷⁰ *Ibidem*.

Al di là delle perplessità che il principio suscita in ordine all'asserita inversione dell'onere della prova, bisogna concludere che la mancanza di certezza circa i contenuti e i limiti della figura dell'amministratore di fatto rende difficile all'amministratore di diritto fornire la prova, già esageratamente onerosa, circa la propria assoluta estraneità alla gestione sociale e l'esclusivo controllo della società da parte dell'amministratore di fatto.

Il Marra sostiene definitivamente che, quindi, l'indeterminatezza di quest'ultima figura è tale da produrre effetti *contra reum* lungo due direttrici: la prima inerente a colui che di fatto esercita la gestione della società, il quale è così impossibilitato a conoscere preventivamente i limiti entro cui può legittimamente operare senza esser per questo considerato amministratore; e la seconda relativa all'amministratore di diritto, il quale, al fine di sottrarsi a qualsiasi responsabilità penale, è onerato di una prova resa ancora più difficoltosa dall'onnicomprendività del concetto di "gestione di fatto"⁷¹.

2.5. Le evoluzioni civilistiche

Nel silenzio della legge, la dottrina e la giurisprudenza civilistiche prevalenti hanno assunto una posizione antitetica a quella manifestata nel settore penale. D'altronde, come osservato da Gullo⁷², è significativo che la figura dell'amministratore di fatto faccia la sua prima apparizione proprio nell'ambito del diritto penale, con la finalità di ampliare la categoria dei soggetti attivi dei reati societari e fallimentari.

In materia civile, si dubita che possa affermarsi la responsabilità di un soggetto prescindendo dalla presenza di un formale atto di nomina, sia essa invalida,

⁷¹ Così, MARRA, *Legalità ed effettività delle norme penali*, cit., 94.

⁷² GULLO, *Il reato proprio*, cit., 191.

irregolare, tacita o implicita⁷³. Al di là di alcune eccezioni⁷⁴, pertanto, la dottrina civilistica ha condiviso nel tempo un'impostazione di tipo formalistico, nella convinzione che una lettura sostanzialista avrebbe tradito la *littera legis* e causato una «asimmetria» applicativa con il settore penalistico⁷⁵.

Di recente, tuttavia, alcuni autori hanno severamente criticato i percorsi argomentativi sviluppati dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritarie per avallare la soluzione formalistica al problema dell'amministratore di fatto. In particolare, Abriani osserva che l'insistente «ricerca di un atto di nomina» non costituisce altro che un semplice «espedito argomentativo», meglio «un passaggio giustificativo elaborato a posteriori dopo aver già formato (...) il convincimento sul dato delle effettive modalità di svolgimento delle funzioni»⁷⁶; mentre, il Bonelli, dopo aver definito il ragionamento formalistico come una

⁷³ V. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, 107 ss., ove si ritiene necessaria l'esistenza di una delibera assembleare di nomina, anche tacita, con la puntualizzazione che la stessa possa essere dedotta anche da un atteggiamento positivo extrassembleare. E, nello stesso senso, BONSIGNORI, *Il fallimento delle società*, in (diretto da) GALGANO, BONSIGNORI, *Trattato di diritto pubblico dell'economia*, X, Padova, 1988, 261; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, II, Torino, 1995, 334 ss. Altri autori, pur condividendo le stesse conclusioni, accolgono una soluzione più restrittiva, ritenendo indispensabile la presenza di una valida deliberazione di nomina. Così, NIGRO, *Sull'azione di responsabilità del curatore di società a responsabilità limitata fallita contro l'amministratore di fatto*, in *Foro italiano*, 1965, I, 2135; RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1994, 590 ss.

⁷⁴ Cfr., in dottrina, ABRIANI, *Gli amministratori di fatto nelle società di capitali*, Milano, 1998, 76 ss.; BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, 1992, 124, secondo cui «gli obblighi previsti per gli amministratori più che adempimenti previsti per 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».

⁷⁵ Questa preoccupazione, già espressa dal Bonelli, è fatta propria anche da ABRIANI, *Dalle nebbie della finzione al nitore della realtà: una svolta nella giurisprudenza civile in tema di amministratore di fatto*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2000, 183, il quale, tuttavia, considera questa divergenza di opinioni nella giurisprudenza civilistica e penalistica come «una conseguenza del tutto peculiare al nostro ordinamento ed invero paradossale se si pone mente alla maggiore selettività della sanzione penale rispetto a quella civile ed ai vincoli di carattere costituzionale (primo fra tutti, il canone della tassatività) ai quali la prima soltanto soggiace».

⁷⁶ ABRIANI, *Dalle nebbie della finzione al nitore della realtà*, cit., 183.

«inutile finzione»⁷⁷, spiega che l'esercizio di fatto delle funzioni rappresenta l'unico presupposto necessario per la qualificazione di un soggetto come amministratore⁷⁸. Tra i passaggi argomentativi della tesi su esposta, si vuole ricordare la riflessione circa le irrazionali conclusioni cui condurrebbe l'accoglimento dell'opinione maggioritaria. In particolare, si evidenzia che essa permetterebbe la realizzazione di condotte elusive della legge, rendendo i colpevoli immuni da qualsiasi responsabilità risarcitoria, e, inoltre, introdurrebbe un ulteriore profilo di irragionevolezza nelle ipotesi in cui, commesso il reato di bancarotta societaria *ex art. 223, co. 2, n. 1, della Legge fallimentare*⁷⁹, l'azione civile venga esercitata in sede penale. In quest'ultimo caso, infatti, l'amministratore di fatto potrebbe esser condannato al risarcimento del danno dal giudice penale, ma lo stesso rimarrebbe impunito qualora la pretesa risarcitoria non fosse avanzata in tale sede⁸⁰.

Come si è già in parte palesato, il perno su cui ha poggiato la tendenza esegetica della giurisprudenza civilistica prevalente è costituito dall'esigenza di accertare l'esistenza di un atto formale, sia pure implicito, di investitura del soggetto, il quale si sia ingerito nella gestione sociale, affinché allo stesso possa ascrivere una responsabilità civile.

Una delle prime e più significative formulazioni di siffatto principio è contenuta in una pronuncia del 1984, nella quale la Corte di cassazione civile ha dichiarato che «la speciale responsabilità civile dell'amministratore di società per azioni, di cui

⁷⁷ BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, cit., 124. In questi termini si esprime anche ABRIANI, *Dalle nebbie della finzione al nitore della realtà*, cit., 184 ss., il quale osserva come il ragionamento della giurisprudenza prevalente si articola in una duplice finzione in quanto, dapprima, prende avvio da un dato reale, qual è il concreto svolgimento delle funzioni, che tramuta in un «avvenimento fittizio», rappresentato dall'implicita nomina alla carica, il quale genera un'ulteriore finzione consistente nell'«equiparazione degli amministratori implicitamente (o irregolarmente) nominati agli amministratori di diritto». E, nello stesso senso, GUERRERA, *Gestione di "fatto" e funzione amministrativa nelle società di capitali*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1999, 131 ss.

⁷⁸ BONELLI, *La responsabilità dell'amministratore di fatto*, cit., 128.

⁷⁹ La fattispecie di bancarotta impropria societaria descrive un reato di evento, quest'ultimo rappresentato dal dissesto, ed è così denominata in quanto la condotta è costituita da uno dei reati societari descritti dalla norma (articoli 2621, 2622, 2626, 2627, 2628, 2629, 2632, 2633, 2634 del codice civile), il quale deve cagionare o concorrere a cagionare tale dissesto.

⁸⁰ Così GUERRERA, *Gestione di "fatto" e funzione amministrativa nelle società di capitali*, cit., 132. Altri autori, pur condividendo l'esistenza di una discrasia sistematica, mitigano la portata critica dell'obiezione osservando che, nella generalità dei casi, la sentenza di condanna pronunciata in sede penale costituisce la premessa per l'iscrizione di una responsabilità aquiliana in sede civile per i danni causati dalla condotta integrante il reato di bancarotta. Così, ABRIANI, *Dalle nebbie della finzione al nitore della realtà*, cit., 182 ss.

agli art. 2392 e 2394 c.c., si ricollega all'inosservanza di doveri inerenti al potere di gestione e di rappresentanza organica della società, e, pertanto, postula che tale potere sia stato effettivamente conferito mediante un atto di preposizione proveniente dal competente organo societario (ancorché invalido, ma efficace in difetto di annullamento), non essendo sufficiente un'assunzione di detta gestione in forza soltanto di consenso o mandato dei soci *uti singuli* o dell'amministratore legalmente nominato», con la precisazione che «peraltro, l'indicato atto di preposizione può essere non soltanto esplicito, ove il competente organo societario adotti una formale deliberazione di nomina dell'amministratore, ma anche tacito od implicito, ove la nomina stessa costituisca un presupposto non espresso, ma indefettibile, di una deliberazione avente un diverso oggetto, come nel caso in cui, nei riguardi di soggetto che già in concreto svolga attività di gestione in base a delega o mandato dei soci *uti singuli* o dell'amministratore legalmente nominato, faccia proprio e traduca in una investitura nella carica di amministratore detto diverso incarico»⁸¹.

Di recente, invece, si è assistito ad un ricomponimento della discussa frattura con l'orientamento prevalente in ambito penalistico: la soluzione funzionalista ha, infine, trovato riscontro in alcuni interventi della Cassazione, la quale, ribaltando la propria precedente giurisprudenza, ha abbandonato definitivamente l'idea della

⁸¹ Cass. civ., Sez. I, 12/01/1984, n. 234. Nello stesso senso, Cass. civ., Sez. I, 19/12/1985, n. 6493, ove è ribadito che il requisito del conferimento del potere di gestione «deve ritenersi sussistente, oltre che in presenza di una formale deliberazione di nomina dei competenti organi societari, ancorché invalida, ma efficace in difetto di annullamento, pur nel caso di preposizione alla relativa carica irregolarmente avvenuta in modo meramente implicito, in quanto determini ugualmente l'inserimento del preposto nell'organizzazione sociale e la riferibilità alla società della sua attività». Più recentemente, Cass. civ., Sez. I, 03/07/1998, n. 6519, in cui si legge che «la responsabilità prevista dall'art. 2932 c.c. postula l'esistenza di un rapporto organico di amministrazione con la società, in forza del quale colui che opera come amministratore è inserito nell'organizzazione sociale, in modo che la sua attività sia direttamente riferibile alla persona giuridica. Tale inserimento può aversi solo mediante un atto esplicito o implicito di preposizione del competente organo societario, che tenga luogo della formale delibera di nomina. Sicché, la possibilità di applicare la disciplina della responsabilità di amministratore non legalmente nominato risulta circoscritta ai casi di nomina irregolare o implicita». Ed ancora, nella giurisprudenza di merito, Trib. Milano, 11/12/1997: «Viene considerato amministratore di fatto colui che esercita in concreto funzioni di amministrazione in una società di capitali con il consenso di tutti i soci anche se non espresso in una formale deliberazione dell'assemblea; all'amministratore di fatto è applicabile la disciplina della responsabilità civile degli amministratori laddove la sua preposizione alla gestione sociale derivi da un atto esplicito o implicito dell'organo sociale che prende luogo della formale delibera di nomina»; App. Milano, 28/03/1980: «Sono sottoposti al regime della responsabilità degli amministratori di società per azioni quei soggetti che si ingeriscono nella gestione sociale a seguito di una preposizione institoria tacita da parte dell'assemblea dei soci».

necessità di un formale atto di nomina, seppur implicito, ed ha legato la responsabilità dell'amministratore di fatto direttamente all'esercizio delle funzioni gestorie, completando, anche in sede civilistica, il processo di separazione delle funzioni dal titolo avviato in sede penalistica.

Tale svolta nella giurisprudenza di legittimità è segnata da un'importante sentenza del 1999, in cui la Corte ha affermato che «le norme che disciplinano l'attività degli amministratori di una società di capitali, dettate al fine di consentire il corretto svolgimento dell'amministrazione della società, sono applicabili non solo a coloro che sono stati immessi nelle forme stabilite dalla legge nelle funzioni di amministratore ma anche a coloro che si siano di fatto ingeriti nella gestione della società in assenza di una qualsivoglia investitura da parte dell'assemblea, sia pur irregolare o implicita; i responsabili della violazione di dette norme vanno dunque individuati, anche nell'ambito del diritto privato (così come in quello del diritto penale ed amministrativo), non sulla base della loro qualificazione formale, bensì con riguardo al contenuto delle funzioni concretamente esercitate», sottolineando ancora 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»⁸².

⁸² Così, Cass. civ., Sez. I, 06/03/1999, n. 1925. E, nello stesso senso, Cass. civ., Sez. I, 14/09/1999, n. 9795: «Le norme che disciplinano la responsabilità degli amministratori (e dei direttori generali) delle società di capitali sono applicabili anche a coloro i quali si siano ingeriti nella gestione sociale in assenza di una qualsivoglia investitura da parte della società»; pertanto, «i responsabili delle violazioni delle norme poste a presidio della corretta gestione della società per azioni non vanno individuati sulla base della loro qualificazione formale ma per il contenuto delle funzioni da essi concretamente esercitate, anche in assenza di una investitura da parte della società». Tuttavia, in quest'ultima decisione, riprende vigore la vecchia tendenza della giurisprudenza civilistica di identificare la "misura" dell'intervento nella gestione della società da parte dell'amministratore di fatto, ponendo l'accento sul contenuto e sulla tipologia delle funzioni in grado di determinare l'assunzione della qualifica in capo al gestore di fatto: «la individuazione, a tali fini, della figura del cosiddetto "amministratore di fatto" presuppone che le funzioni gestorie svolte in via di fatto abbiano carattere sistematico e non si esauriscano, quindi, nel compimento di alcuni atti di natura eterogenea e ed occasionale». Nello stesso senso, nella giurisprudenza di merito, App. Milano, 09/12/1994: «Per assumere la qualifica di amministratore di fatto di una società di capitali non sono sufficienti singoli atti di intromissione nella gestione della società; occorre una ingerenza persistente e stabile che si estrinsechi nel ripetuto compimento di atti tipici dell'amministratore».

3. La responsabilità penale dei componenti degli organi collegiali

3.1. Premessa

Un approfondimento pare adesso opportuno in tema di responsabilità penale in concorso dei membri degli organi pluripersonali di amministrazione e di controllo in ambito societario. Il riferimento, chiaramente, non è alla responsabilità penale dei “soli” amministratori e sindaci, ma alla responsabilità riferita agli stessi quali membri di organi collegiali.

Come asserito da Alessandri, i temi relativi ai soggetti del diritto penale commerciale sovente «confluiscono in un argomento centrale nella disciplina penalistica dell’impresa: la responsabilità degli amministratori che operano in regime collegiale e dei sindaci, per i quali la collegialità costituisce la regola»⁸³. Molteplici fattispecie penali societarie, infatti, vengono non di rado perpetrate all’interno di organismi pluripersonali precostituiti e per mezzo degli stessi. Da tale situazione deriva l’esigenza di individuare i precisi confini entro cui la responsabilità penale dei singoli componenti può estendersi, nell’ambito, appunto, di un concorso eventuale di persone nel reato.

La soluzione alla problematica è di agevole raggiungimento nei casi in cui i singoli membri dei diversi organi collegiali, in concorso fra loro, con delibera presa all’unanimità, prendano parte direttamente alla realizzazione di un fatto di reato societario.

Ugualmente, si giunge a conclusioni abbastanza certe qualora tutti i soggetti da ultimo richiamati compiano attivamente, od omettano volontariamente comportamenti penalmente rilevanti, così come quando l’azione o l’omissione compiute dai membri dell’organo di amministrazione siano consapevolmente assecondate o condivise da quelli dell’organo di controllo. In queste ipotesi, troveranno applicazione i disposti degli art. 110⁸⁴ e ss. del codice penale, unitamente alla specifica norma penale societaria concretamente violata⁸⁵.

⁸³ ALESSANDRI, *Parte generale*, cit., 87.

⁸⁴ Testualmente, «quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni degli articoli seguenti».

⁸⁵ Sul tema, cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 115 e ss.; MAZZACUVA, AMATI, *Diritto penale dell’economia*, cit., 14 ss.; ROSSI, (a cura di), *Reati societari*, Torino, 2005, 62 ss.

Al contrario, la questione diviene complessa qualora soltanto alcuni tra i membri degli organi di amministrazione e di controllo partecipino attivamente all'attività deliberativa dante luogo ad un illecito penale, mentre gli altri risultino inerti, siano assenti, con mancata partecipazione e mancata attuazione, quindi, della decisione criminosa, oppure dissentano. Trattasi di situazioni né rare né marginali, considerato che la realtà societaria, a dispetto di una effettiva gestione collettiva dell'impresa, con parità decisionale di ogni componente dei diversi organi collegiali, in particolare dell'organo di amministrazione, vede, nella pratica, il potere ed il controllo concentrati nelle mani di pochi soggetti o di uno soltanto. Il problema, allora, risiede nel determinare se ed a quali condizioni si debba imputare una responsabilità omissiva ai soggetti che non abbiano concretamente ed effettivamente partecipato a prendere la decisione illecita, «muovendo loro il rimprovero di non aver vigilato sull'operato degli altri (...) e di non aver impedito la commissione del reato»⁸⁶, identificando gli «altri», nello specifico, in soggetti rivestenti la medesima carica o, anche, posizione diversa, ad esempio nel caso di concorso nel reato tra membri dell'organo di amministrazione e membri dell'organo di controllo.

3.2. La responsabilità in concorso degli amministratori

Per ciò che riguarda gli amministratori, il dibattito si incardina sulla portata penale della mancata partecipazione di taluno di essi alla decisione illecita, insieme alla mancata attuazione della stessa, con conseguente eventuale ascrizione di responsabilità penale a titolo di concorso omissivo improprio *ex art. 40 cpv. c.p.*, per non aver adempiuto all'obbligo di impedimento di reati commessi da altri amministratori, gravante sui componenti dell'organo amministrativo, in base all'art. 2392 c.c.

L'ipotesi più problematica è quella dell'amministratore inerte, «oppure di quello che, in base al suo comportamento, non ha dato segno di avvedersi dell'imminente o già avvenuta commissione di un fatto di reato, da parte degli amministratori, vuoi mediante una delibera collegialmente assunta oppure nell'ordinaria gestione»⁸⁷.

⁸⁶ ALESSANDRI, *Parte generale*, cit., 88.

⁸⁷ Testualmente, ALESSANDRI, *Parte generale*, cit., 89.

La questione si manifesta in tutta la sua delicatezza nelle ipotesi in cui il consiglio di amministrazione abbia delegato, come previsto dall'art. 2381 c.c., parte delle sue competenze ad un «comitato esecutivo» o ad «uno o più dei suoi componenti»⁸⁸. Prima della riforma della disciplina civilistica delle società, intervenuta nel 2003, il consolidato orientamento giurisprudenziale sosteneva che tutti gli amministratori, esecutivi e non⁸⁹, fossero titolari di una posizione di garanzia, desunta dall'art. 2392 c.c., il quale disciplina la responsabilità civile dei medesimi verso la società, con la conseguenza che gli amministratori non esecutivi avrebbero risposto anch'essi dell'illecito penale commesso dagli amministratori delegati se, essendone a conoscenza, non l'avessero impedito.

Pertanto, in presenza di un reato originato dall'attività di un organo pluripersonale, la giurisprudenza individuava nel testo del previgente art. 2392 c.c. il fondamento di una responsabilità “diffusa” a tutto l'organo, giungendo ad affermare la responsabilità degli amministratori non esecutivi sulla base degli obblighi che la disposizione del codice civile poneva a carico di tutti gli amministratori. Si trattava dell'obbligo di agire con la diligenza del mandatario, di vigilare sul generale andamento della gestione e di impedire fatti pregiudizievoli, se ne fossero stati a conoscenza. Ne derivava, in giurisprudenza, una interpretazione rigoristica secondo la quale la mancata o incompleta vigilanza sulla gestione comportava automaticamente l'accettazione del rischio che gli amministratori esecutivi realizzassero fatti di reato, rispetto ai quali gli amministratori “non vigilanti” rispondevano, allora, a titolo di dolo eventuale.

La dottrina pressoché unanime⁹⁰ evidenziava che la giurisprudenza, sfruttando l'estrema latitudine della categoria del dolo eventuale, utilizzata come

⁸⁸ Art. 2381, co. 2, c.c.: «Se lo statuto o l'assemblea lo consentono, il consiglio di amministrazione può delegare proprie attribuzioni ad un comitato esecutivo composto da alcuni dei suoi componenti, o ad uno o più dei suoi componenti».

⁸⁹ Distinguendosi gli amministratori esecutivi da quelli non esecutivi, in quanto ricoprono anche incarichi direttivi o manageriali.

⁹⁰ Cfr.; ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2005; CRESPI, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1999; PELISSERO, *Il concorso doloso mediante omissione: tracce di responsabilità di posizione*, in *Giurisprudenza italiana*, 2010; PULITANÒ, *Amministratori non operativi e omesso impedimento di delitti commessi da altri amministratori*, in *Le società*, 2008. V., quanto alla manualistica, ALESSANDRI, SEMINARA, *Diritto penale commerciale. I principi generali*, vol. I, Torino, 2018; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*,

«stratagemma probatorio» capace di condurre al «pervertimento di concetti ed istituti»⁹¹, finiva per affermare la responsabilità penale in termini sostanzialmente oggettivi⁹², con la conseguente lesione dei principi costituzionali di colpevolezza e della materialità del fatto, ricavabile dal principio di legalità, considerato che la responsabilità penale veniva fondata esclusivamente su valutazioni circa il comportamento noncurante dell'amministratore che non aveva vigilato.

Si mostrava palesemente, così, il profilo della colpa: infatti, venivano considerate dolose condotte che avrebbero potuto assumere solo i connotati della colpa, sulla base dell'art. 2392 c.c., il quale effettivamente presentava una struttura tipicamente colposa, disciplinando però la responsabilità civile degli amministratori verso la società, per la cui affermazione è indubbiamente sufficiente la colpa. La disposizione seguiva le cadenze di un rimprovero per la violazione della regola cautelare, consistente nell'omessa vigilanza sulla gestione, e necessaria ad impedire eventi pregiudizievoli. In sostanza, il reato commesso dagli altri amministratori era imputato all'amministratore non vigilante sulla base dell'accertamento del suo comportamento negligente.

Il legislatore della riforma del diritto societario, avvenuta con il d.lgs. del 17 gennaio 2003, n. 6, è intervenuto a ridisegnare i termini della questione, in particolare modificando l'art. 2381 c.c., il quale descrive *ex novo* l'organo amministrativo, assegnandogli un ruolo centrale, anche nelle ipotesi del conferimento di deleghe di funzioni.

L'articolo individua, innanzitutto, le principali attribuzioni del presidente del consiglio di amministrazione, tra cui è previsto l'onere di provvedere affinché «adeguate informazioni sulle materie iscritte all'ordine del giorno vengano fornite a tutti i consiglieri» (art. 2381, co. 1, c.c.). La *ratio legis* è quella di mettere a disposizione di tutti i membri dell'organo amministrativo le informazioni necessarie per valutare adeguatamente gli argomenti oggetto di discussione e, in

cit.; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019; MANTOVANI, *Diritto penale del lavoro. Profili generali*, Milano, 1990; PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, Milano, 1983.

⁹¹ Così, PEDRAZZI, ALESSANDRI, FOFFANI, SEMINARA, SPAGNUOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte generale e reati fallimentari*, Bologna, 2000, 1266.

⁹² Come si evince dalle pronunce di legittimità di seguito riportate: Cass. pen., Sez. V, 22/04/1998, n. 8327; Cass. pen., Sez. V, 24/05/2005, n. 19509; Cass. pen., Sez. V, 24/05/2006, n. 36764; Cass. pen., Sez. V, 05/11/2008, n. 45513; Cass. pen., Sez. V, 07/01/2015, n. 7331.

particolare, quella di favorire la dialettica tra consiglieri deleganti e delegati per mezzo di un soggetto che svolga un ruolo neutrale, avendo la responsabilità del buon funzionamento dell'organo collegiale.

Quanto all'istituto della delega, volto a razionalizzare poteri e competenze, in un quadro di maggiore rapidità ed efficienza della gestione, il comma 3 impone al consiglio stesso l'obbligo di individuarne «il contenuto, i limiti e le eventuali modalità di esercizio» (art. 2381, co. 3, c.c.), ferma restando la necessità di una previsione statutaria o di una deliberazione assembleare autorizzativa. Al contempo, è regolato il rapporto tra amministratori deleganti e amministratori delegati, potendo i primi «sempre impartire direttive agli organi delegati ed avocare a sé operazioni rientranti nella delega».

Il resto della disciplina ha ad oggetto un sistema di c.d. “flussi informativi”, necessario a rendere effettiva, da un lato, l'attuazione delle competenze gestorie dell'organo, e, dall'altro, l'adempimento dei doveri di vigilanza sull'operato degli amministratori delegati. Infatti, espunto qualsiasi riferimento all'obbligo, di cui al precedente testo normativo, di «vigilare sul generale andamento della gestione» per gli amministratori deleganti, è ora previsto che, «sulla base delle informazioni ricevute», il consiglio di amministrazione «valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società», «quando elaborati, esamina i piani strategici, industriali e finanziari della società» e, infine, «valuta, sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione». Al quinto comma è disposto che «gli organi delegati curano che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa e riferiscono al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, con la periodicità fissata dallo statuto e in ogni caso almeno ogni sei mesi, sul generale andamento della gestione e sulla sua possibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni e caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate» (art. 2381, co. 5, c.c.). Inoltre, l'ultimo comma prevede adesso che tutti gli amministratori, ma in particolare quelli non esecutivi, i quali non hanno una conoscenza diretta del generale andamento della società, «sono tenuti ad agire in modo informato»; e aggiunge che «ciascun amministratore può chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla

gestione della società» (art. 2381, co. 6, c.c.), e, quindi, non solo informazioni riguardanti l'ordine del giorno.

La riforma ha, dunque, introdotto una rete di disposizioni, da cui si evince un obbligo di informazione in capo agli organi delegati ed un dovere di richiedere informazioni in capo agli amministratori deleganti che dubitino circa la completezza delle proprie conoscenze, affinché possano agire «in modo informato». Soprattutto, il legislatore del 2003, attraverso l'indicazione di specifici obblighi e l'eliminazione del fin troppo ampio riferimento al «generale andamento della gestione», ha ridimensionato lo spazio ascrivibile alla responsabilità civile solidale dell'organo delegante, circoscrivendola alle ipotesi di apporto causale colpevole. Quanto detto è stato riconosciuto anche dalla Corte di cassazione, la quale ha ammesso che «a seguito della riforma della disciplina delle società, attuata con il d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6, sono stati ridotti gli oneri e le responsabilità degli amministratori privi di deleghe, come risulta dal nuovo combinato disposto degli art. 2381 e 2392 c.c.»⁹³.

In particolare, circa la responsabilità degli amministratori, il nuovo testo dell'art. 2392 c.c. innova la precedente formulazione con riguardo al grado di diligenza richiesto. Al posto del tradizionale criterio della diligenza del mandatario, infatti, la norma enuncia due nuovi criteri di valutazione, ossia la «natura dell'incarico» e le «specifiche competenze» (art. 2392, co. 1, c.c.) degli amministratori, lasciando trasparire la volontà del legislatore di sottolineare che la diligenza richiesta agli amministratori è quella professionale cui al secondo comma dell'art. 1176 c.c., cioè una diligenza che «deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata» (art. 1176, co. 2, c.c.)⁹⁴. È, invece, riaffermato l'obbligo di impedire i fatti pregiudizievoli «o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose», se gli amministratori ne siano a conoscenza, «fermo quanto disposto dal comma terzo dell'articolo 2381⁹⁵».

⁹³ Così, Cass. pen., Sez. V, 04/05/2007, n. 23838.

⁹⁴ In tal senso, v. Cass. civ., Sez. I, 31/08/2016, n. 17441, secondo la quale gli amministratori delegati «rispondono non già con la diligenza del mandatario, come nel caso del vecchio testo dell'art. 2392 c.c., ma in virtù della diligenza professionale esigibile ex art. 1176, comma 2, c.c.».

⁹⁵ Testualmente, «il consiglio di amministrazione determina il contenuto, i limiti e le eventuali modalità di esercizio della delega; può sempre impartire direttive agli organi delegati e avocare a sé operazioni rientranti nella delega. Sulla base delle informazioni ricevute valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società; quando elaborati, esamina i piani

Pertanto, con riguardo alla problematica relativa all'individuazione dei criteri di imputazione della responsabilità penale in concorso, alla luce delle modifiche intervenute nel 2003, bisogna concludere che solamente i poteri concretamente esercitabili e le connesse possibilità di controllo e di conoscenza possono tradurre in termini realistici le affermazioni di principio contenute nelle norme civilistiche⁹⁶. La disciplina dei flussi informativi è essenziale per inquadrare correttamente il requisito della conoscenza circa i fatti pregiudizievoli, che è posta a fondamento della responsabilità penale in discorso, costituendo la "situazione tipica" che fa scattare l'obbligo di attivarsi per impedirli. La conoscenza degli amministratori non esecutivi è costituita, dunque, dalle informazioni che sono fornite loro, autonomamente o su richiesta, dagli amministratori delegati nell'ambito del consiglio. Rispetto a questa base informativa, si pone il problema di accertare l'eventuale esistenza di una conoscenza utile all'impedimento di eventi pregiudizievoli e di verificare, quindi, se, sulla scorta delle informazioni possedute dall'amministratore, è possibile ritenere doloso il mancato impedimento del reato, richiedendosi che lo stesso si sia rappresentato il fatto da impedire e il suo carattere delittuoso, e che abbia voluto che si verificasse. Ove tale prova manchi, la responsabilità penale dell'amministratore non può essere affermata, residuando tutt'al più, nel caso in cui possa muoversi nei suoi confronti un rimprovero di colpa, solo la responsabilità civile, ai sensi, appunto, dell'art. 2392 c.c.

Partendo da questo nuovo substrato civilistico, la giurisprudenza di legittimità ha tentato di ricostruirne gli effetti sul piano penale. Con riferimento all'oggetto del dolo, la Suprema Corte ha innanzitutto affermato, in una nota sentenza del 2007, che «l'amministratore non esecutivo risponde di omesso impedimento di un reato doloso posto in essere dagli amministratori delegati purché si sia rappresentato l'evento, nella sua portata illecita, e abbia consapevolmente omesso di impedirlo»⁹⁷. Sotto questo profilo, la Suprema Corte sembra condividere l'impostazione seguita

strategici, industriali e finanziari della società; valuta, sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione».

⁹⁶ Cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 124; ROSSI, (a cura di), *Reati societari*, cit., 69.

⁹⁷ Testualmente, Cass. pen., Sez. V, 04/05/2007, n. 23838. Nello stesso senso, v., altresì, Cass. pen., Sez. V, 16/04/2009, n. 36595; Cass. pen., Sez. V, 28/04/2009, n. 21581; Cass. pen., Sez. V, 08/06/2012, n. 42519; Cass. pen., Sez. V, 12/01/2016, n. 30333; Cass. pen., Sez. V, 31/08/2016, n. 17441.

dalla dottrina maggioritaria, precisando che «non può dunque esservi equiparazione tra "conoscenza" e "conoscibilità" dell'evento che si deve impedire, attenendo la prima all'area della fattispecie volontaria e la seconda, quale violazione ai doveri di diligenza, all'area della colpa». Conclusivamente, «non è, quindi, responsabile chi non abbia avuto rappresentazione del fatto pregiudizievole (sì che l'omissione dell'azione impeditiva non risulti connotata da consapevolezza)», dal momento che «la responsabilità penale dell'amministratore non esecutivo postula la dimostrazione di un effettivo ed efficace ragguaglio circa l'evento oggetto del doveroso impedimento».

A sostegno di tale conclusione, si vuole ricordare una nota sentenza delle Sezioni Unite, relativa alla vicenda ThyssenKrupp, in cui i giudici hanno enunciato alcuni importanti principi sulla distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente. La Corte, in particolare, ha chiarito che «nel dolo non può mancare la puntuale, chiara conoscenza di tutti gli elementi del fatto storico propri del modello legale descritto dalla norma incriminatrice»⁹⁸. Pertanto, anche nell'ipotesi più tenue del dolo eventuale, è necessaria la prova dell'effettiva rappresentazione e volontà dell'evento, anche se non in termini di certezza, ma di mera probabilità, escludendosi che, a tal fine, i giudici possano far ricorso a schemi presuntivi.

In questa occasione, inoltre, i giudici di legittimità hanno ribadito, «quale estrema garanzia del giudizio», che «nei casi incerti, il principio del *favor rei* dovrebbe sempre orientare a configurare la colpa cosciente, affinché non si disperda il tratto fondante del dolo, costituito dalla connessione tra l'atteggiamento interiore e l'evento». Ne deriva che, quando i giudici nutrano perplessità circa l'effettivo contegno interiore del soggetto agente, dovranno risolvere tale dubbio nel senso della colpa cosciente, con l'inevitabile conseguenza che, qualora la fattispecie di reato in questione sia punibile solo a titolo di dolo, come avviene per la maggior parte dei reati societari, dovrà concludersi nel senso dell'«impossibilità di muovere un rimprovero penale all'amministratore che abbia agito (o ommesso di agire) per mera colpa»⁹⁹.

⁹⁸ Cass. pen., Sez. Un., 18/09/2014, n. 38343.

⁹⁹ MAZZACUVA, AMATI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 21.

In tale contesto, la Cassazione ha inoltre introdotto la teorica dei c.d. segnali di allarme, esigendo che, per l'affermazione della responsabilità penale in concorso, l'accusa offra la «dimostrazione della presenza di segnali perspicui e peculiari in relazione all'evento illecito, nonché l'accertamento del grado di anormalità di questi sintomi, non in linea assoluta, ma per l'amministratore non operativo (oltre, per quanto dianzi detto, la prova della percezione degli stessi in capo agli imputati)»¹⁰⁰. Ormai una diffusa giurisprudenza¹⁰¹ ed una solida dottrina¹⁰² concordemente ammettono che la prova del dolo risieda nell'accertamento dell'avvenuta percezione, da parte degli amministratori non coinvolti nella perpetrazione dell'illecito, di fatti rivelatori di significative anomalie nella gestione, quali, ad esempio, il compimento di atti ingiustificati o la presenza di condizioni societarie non conformi alla legge o allo statuto.

La Suprema Corte ha sottolineato la portata informativa di tali segnali di allarme, i quali, ai fini della prova del dolo, devono essere «perspicui e peculiari», vale a dire idonei a stimolare la previsione del compimento di un determinato reato o almeno a determinare la convinzione della probabilità che un reato di una definita tipologia stia per essere realizzato¹⁰³. Come è stato osservato da Pulitanò, l'attribuzione dell'aggettivo «perspicui» ai segnali di allarme è indicativa della concretezza e capacità indiziante che gli stessi devono possedere: «segnale perspicuo è quello che consente, a chi lo abbia percepito e compreso, di *perspicere*, (cioè di “vedere attraverso di esso”), qualcosa d'altro, e precisamente il fatto costitutivo di reato»¹⁰⁴. In sostanza, si deve trattare di anomalie “anticipatrici”, sul profilo della conoscenza, del reato in fase di realizzazione.

Pertanto, la responsabilità penale dell'amministratore per fatti di reato commessi da altri amministratori «presuppone la rappresentazione dell'evento, nella sua portata

¹⁰⁰ Così, Cass. pen., Sez. V, 04/05/2007, n. 23838.

¹⁰¹ Cfr., *ex multis*, Cass. pen., Sez. V, 04/05/2007, n. 23838; Cass. pen., Sez. V, 10/02/2009, n. 9736; Cass. pen., Sez. V, 28/04/2009, n. 21581; Cass. pen., Sez. V, 08/06/2012, n. 42519; Cass. pen., Sez. V, 22/06/2014, n. 32352.

¹⁰² V., in particolare, CAPUTO, *Dalla teoria dei 'segnali di allarme' alla realtà dell'imputazione dolosa nel concorso dell'amministratore non esecutivo ai reati di bancarotta*, in *Rivista delle società*, 2015; CENTONZE, *La Suprema Corte di Cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*, in *Cassazione penale*, 2008; PULITANÒ, *'Dommatica' e giurisprudenza*, in *Cassazione penale*, 2015.

¹⁰³ Secondo la definizione di ALESSANDRI, SEMINARA, *Diritto penale commerciale*, cit., 79.

¹⁰⁴ PULITANÒ, *'Dommatica' e giurisprudenza*, in *Cassazione penale*, 2015, 4277.

illecita, desunta da segnali perspicui e peculiari, e la volontaria omissione nell'impedirlo, sì che possa affermarsi che egli abbia quanto meno accettato il rischio di verifica dello stesso»¹⁰⁵. Tuttavia, la Corte ha anche specificato che «ai fini della configurabilità del concorso per omesso impedimento dell'amministratore privo di delega, è necessaria la prova della concreta conoscenza, e non della mera conoscibilità, da parte di quest'ultimo dei dati da cui poteva desumersi quantomeno il rischio del verificarsi di un evento pregiudizievole per la società, nonché della volontaria omissione da parte dello stesso di attivarsi per scongiurarlo»¹⁰⁶. Ne consegue che il segnale d'allarme, per fondare la prova del dolo, deve essere tale da fornire la base per una effettiva e concreta conoscenza del fatto costituente reato.

Sembra opportuno, infine, rilevare che il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, introdotto con d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, ha inserito nell'art. 2086 c.c., ora rubricato «Gestione dell'impresa», un secondo comma che richiede all'imprenditore «di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale» (art. 2086, co. 2, c.c.). Secondo una parte della dottrina¹⁰⁷, un simile ampliamento degli obblighi gravanti sugli amministratori implicherebbe l'emersione di nuovi contenuti delle relative posizioni di garanzia, con la conseguente moltiplicazione delle ipotesi di eventuale responsabilità omissiva in concorso nei delitti di bancarotta. Altra parte della dottrina, invece, reputa che la nuova norma positivizzi ed espliciti quanto già fa parte della prassi aziendale, considerato che «tra i doveri degli amministratori vi erano già e vi sono anche quelli, ovvi nella loro natura primaria, di tenere sotto controllo lo stato di salute

¹⁰⁵ Testualmente, Cass. pen., Sez. V, 10/02/2009, n. 9736

¹⁰⁶ Così, Cass. pen., Sez. V, 08/06/2012, n. 42519.

¹⁰⁷ BRICCHETTI, *Codice della crisi d'impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della legge fallimentare*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2019, 100, il quale sostiene che «il nuovo secondo comma dell'art. 2086 c.c. contribuisce a rendere ancor più netta la posizione di garanzia dell'amministratore».

dell'impresa, al fine di adottare le iniziative più opportune per salvaguardarla e recuperarla»¹⁰⁸.

3.2. La responsabilità in concorso dei sindaci

Quanto ai componenti del collegio sindacale, gli stessi sono individuati direttamente quali soggetti attivi qualificati in alcune fattispecie incriminatrici del diritto penale commerciale. Si pensi, ad esempio, alle ipotesi di false comunicazioni sociali di cui agli artt. 2621 e 2622 c.c. e di bancarotta fraudolenta di cui all'art. 223 l. fall.

È, naturalmente, pacifico che i sindaci siano chiamati a rispondere dei reati che sono loro direttamente ascrivibili, così come lo è che essi rispondono a seguito di propri apporti causali attivi, in concorso con gli amministratori, dei reati realizzati da questi nell'esercizio della loro attività.

Tuttavia, la responsabilità dei membri dell'organo sindacale in concorso con quelli dell'organo amministrativo può realizzarsi non solo in forma commissiva, mediante accordo criminoso con i secondi, ma anche in forma omissiva, per non aver adempiuto all'obbligo di controllo sull'operato degli amministratori e per non avere, conseguentemente, impedito il verificarsi dell'evento pregiudizievole.

Le disposizioni del codice civile e del Testo Unico della Finanza, di cui al d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, relativo alle società quotate, riconoscono ai componenti degli organi di controllo ampi doveri, essendo loro attribuita una funzione di vigilanza molto articolata, da cui deriva la complessità della questione relativa ad una loro eventuale responsabilità omissiva *ex art. 40 cpv. c.p.*, nel caso di omesso controllo sull'azione degli amministratori.

Secondo la tesi maggioritaria, i sindaci sono titolari di una posizione di garanzia che trova la propria fonte normativa negli artt. 2403 e 2407 c.c., e negli artt. 149 e 154 del d.lgs. n. 58/1998 per quanto concerne i componenti del collegio sindacale di società quotate. Per quanto riguarda, nello specifico, le previsioni del codice civile, ai sensi dell'art. 2403 c.c., come modificato dalla riforma del diritto societario del 2003, il collegio sindacale «vigila sull'osservanza della legge e dello

¹⁰⁸ ALESSANDRI, *Novità penalistiche nel codice della crisi d'impresa*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2019, 1838.

statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento» (art. 2403, co. 1, c.c.); il secondo comma aggiunge che l'organo di controllo «esercita inoltre il controllo contabile nel caso previsto dall'articolo 2409 *bis*, terzo comma» (art. 2403, co. 2, c.c.), secondo il quale «lo statuto delle società che non siano tenute alla redazione del bilancio consolidato può prevedere che la revisione legale dei conti sia esercitata dal collegio sindacale» (art. 2409-*bis*, co. 2, c.c.). Del previgente art. 2403 è rimasto solo l'obbligo di vigilare «sull'osservanza della legge e dello statuto», da cui si evince il carattere generale del controllo svolto dai sindaci, il quale tende a coinvolgere qualsiasi aspetto della vita sociale, anche se per ragioni di strumentalità rispetto al primario dovere di vigilanza sulla gestione¹⁰⁹.

Risultano, invece, cassati i doveri di tipo strettamente contabile, coerentemente con la *ratio legis* di sancire il principio, già operante in forma generalizzata per le società quotate, della separazione tra vigilanza sulla gestione e controllo contabile. Come appena accennato, ai sensi dell'art. 2409-*bis*, co. 2, c.c., richiamato dall'art. 2403, co. 2, c.c., solamente alle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio e che non sono tenute alla redazione del bilancio consolidato è permesso di prevedere statutariamente che il controllo sui conti venga eccezionalmente esercitato dal collegio sindacale. Infatti, ora costituisce regola generale che la revisione legale dei conti venga svolta non dall'organo di controllo, ma «da un revisore legale dei conti o da una società di revisione legale iscritti nell'apposito registro» (art. 2409-*bis*, co. 1, c.c.)¹¹⁰.

A fronte di tali doveri, l'art. 2403-*bis* c.c., invece, riconosce ai componenti del collegio sindacale penetranti poteri d'indagine, da esercitare *uti singuli* e come organo: i sindaci possono «in qualsiasi momento procedere, anche individualmente, ad atti di ispezione e di controllo» (art. 2403-*bis*, co. 1, c.c.), «chiedere agli amministratori notizie, anche con riferimento a società controllate, sull'andamento

¹⁰⁹ In questi termini, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 132; SFAMENI, Sub art. 2403, in *Le società per azioni*, diretto da ABBADESSA, PORTALE, Milano, 2016, 1559.

¹¹⁰ V., in chiave critica e, quindi, a favore di un pieno mantenimento della posizione di garanzia avente ad oggetto anche il dovere di vigilanza sulla correttezza della contabilità, ALDROVANDI, *La responsabilità penale degli organi di controllo nelle s.p.a.*, in *Diritto e pratica delle società*, 2003, 25 ss.

delle operazioni sociali o su determinati affari» (art. 2403-*bis*, co. 2, c.c.), «scambiare informazioni con i corrispondenti organi delle società controllate in merito ai sistemi di amministrazione e controllo ed all'andamento generale dell'attività sociale» e, «nell'espletamento di specifiche operazioni di ispezione e di controllo», i sindaci, infine, «possono avvalersi di propri dipendenti ed ausiliari» (art. 2403-*bis*, co. 4, c.c.).

Ancora, ai sensi del secondo comma dell'art. 2406, il collegio sindacale ha il potere di «convocare l'assemblea qualora nell'espletamento del suo incarico ravvisi fatti censurabili di rilevante gravità e vi sia urgente necessità di provvedere» (art. 2406, co. 2, c.c.)¹¹¹, comunicandolo previamente al presidente del consiglio di amministrazione. Trattasi di un tipico potere-dovere dell'organo di controllo, il quale non ha soltanto la facoltà, ma un vero e proprio obbligo di convocare i soci nelle ipotesi in cui vi sia urgente necessità che l'assemblea adotti i provvedimenti necessari, richiesti dalla rilevante gravità di determinati fatti censurabili. È, infine, inquadrabile tra i nuovi poteri-doveri del collegio sindacale, quello di presentare denuncia al tribunale, ai sensi dell'art. 2409 c.c., quando vi sia il «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»¹¹².

Con riguardo all'ampia gamma di poteri e doveri riconosciuti ai membri del collegio sindacale, è sorta la questione civilistica circa la natura degli stessi: in particolare, ci si è chiesti se i sindaci debbano svolgere un controllo di legittimità sull'operato degli amministratori o se agli stessi sia concesso di operare un controllo di merito. La soluzione prevalente sembra quella di preferire un controllo di “legittimità sostanziale”, che non investa il merito della gestione, ma riguardi la non manifesta irragionevolezza delle scelte dell'organo amministrativo. In particolare, la giurisprudenza di legittimità è concorde nel ritenere che i poteri-doveri di controllo attribuiti ai componenti dell'organo sindacale «non si esauriscono nella mera verifica contabile della documentazione messa a disposizione dagli

¹¹¹ Ai sensi del co. 1, invece, il collegio sindacale «deve convocare l'assemblea ed eseguire le pubblicazioni prescritte dalla legge», nelle ipotesi di omissione o di ingiustificato ritardo da parte degli amministratori.

¹¹² Art. 2409, co. 1, c.c.

amministratori ma, pur non investendo in forma diretta le scelte imprenditoriali, si estendono al contenuto della gestione sociale»¹¹³.

Tale sintetica elencazione dei doveri e dei poteri attribuiti ai componenti dell'organo di controllo permette di inquadrare correttamente il delicato tema della loro responsabilità omissiva, in concorso con i componenti dell'organo amministrativo, per reati commessi da quest'ultimi. A tal proposito, occorre rilevare che l'art. 2407, in parallelo con quanto previsto all'art. 2392 c.c., statuisce che i sindaci «sono responsabili solidalmente con gli amministratori per i fatti o le omissioni di questi, quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica» (art. 2407, co. 2, c.c.).

Con specifico riferimento alle fattispecie di bancarotta, la Suprema Corte ha affermato che è configurabile la responsabilità penale dei sindaci, a titolo di concorso, nel reato commesso dall'amministratore della società, per «omesso controllo sull'operato di quest'ultimo» o per «omessa attivazione dei poteri loro riconosciuti dalla legge»¹¹⁴, specificando, al riguardo, che «non basterebbe addebitare al sindaco comportamenti di negligenza o imperizia, anche gravi, rispetto ai doveri di vigilanza e ai poteri di intervento previsti dalle norme del codice civile (comportamenti che, piuttosto, sono fonte di responsabilità civile), ma occorre la prova del dolo, ossia la dimostrazione che la condotta omissiva, consapevolmente, e, pur in assenza di un preventivo accordo con l'amministratore, abbia determinato o favorito la commissione dei fatti di bancarotta da parte dell'amministratore»¹¹⁵.

Si ripresenta, pertanto, la questione di precisare gli esatti confini della posizione di garanzia di cui i sindaci sono titolari e, in particolare, l'effettiva portata impeditiva dei poteri loro riconosciuti dal codice civile. In una recente pronuncia, la Corte di

¹¹³ Così, Cass. pen., Sez. V, 18/02/2019, n. 12186. Nello stesso senso, v., altresì, Cass. pen., Sez. V, 13/12/2006, n. 17393; Cass. pen., Sez. V, 04/11/2009, n. 10186; Cass. pen., Sez. V, 14/01/2016, n. 18985; Cass. pen., Sez. V, 22/03/2016, n. 14045, in cui si evidenzia che il controllo sindacale «comprende il riscontro tra la realtà e la sua rappresentazione».

¹¹⁴ Così, Cass. pen., Sez. V, 01/07/2011, n. 31163. Nello stesso senso, cfr. Cass. pen., Sez. V, 13/12/2006, n. 17393; Cass. pen., Sez. V, 16/04/2009, n. 36595; Cass. pen., Sez. V, 04/11/2009, n. 10186; Cass. pen., Sez. V, 05/04/2014, n. 26399; Cass. pen., Sez. V, 13/11/2015, n. 21702; Cass. pen., Sez. V, 14/01/2016, n. 18985; Cass. pen., Sez. V, 22/03/2016, n. 14045; Cass. pen., Sez. V, 11/05/2018, n. 44107; Cass. pen., Sez. V, 18/02/2019, n. 12186.

¹¹⁵ Così, Cass. pen., Sez. V, 11/05/2018, n. 44107. Nello stesso senso, v., altresì, Cass. pen., Sez. V, 18/02/2019, n. 12186.

cassazione ha precisato che «i "poteri impeditivi" necessari a configurare una responsabilità per omesso controllo (...) non sono i poteri capaci di evitare, in assoluto, la commissione dei reati da parte degli amministratori (atteso che non è demandato ai sindaci un controllo preventivo sugli atti di amministrazione), ma i poteri, senz'altro appartenenti al sindaco, di ricognizione e di segnalazione (...), che stimolano la reattività dei soggetti legittimati ad agire per la tutela del patrimonio sociale (i soci e i creditori)»¹¹⁶. Inoltre, è opportuno segnalare che la Suprema Corte, ai fini dell'affermazione di responsabilità omissiva in concorso dei sindaci, ha talora fatto ricorso all'argomentazione controfattuale, accertando, in via ipotetica, se dapprima la condotta attiva di vigilanza e successivamente quella d'intervento avrebbe impedito il verificarsi del fatto di reato¹¹⁷. In particolare, l'accertamento si volge a verificare se l'esercizio di un determinato potere, tra quelli sopra elencati, avrebbe impedito la realizzazione dell'illecito penale.

Quanto al profilo soggettivo, si ripropongono le medesime problematiche già analizzate con riguardo agli amministratori non esecutivi. In questa sede, merita ricordare la casistica relativa al sindaco "assenteista" o "distratto", il quale ignori colposamente che un reato è stato commesso o è in fase di realizzazione e non si sia attivato in alcun modo per impedirlo. Sebbene la responsabilità dei componenti del collegio sindacale per omesso controllo sull'operato degli amministratori o per omessa attivazione dei poteri loro attribuiti dalla legge richieda la sussistenza di un atteggiamento volontario, la giurisprudenza, tuttavia, ha mostrato nel tempo di prescindere da una concreta verifica circa la volontarietà dell'omissione, adottando un criterio di accertamento della responsabilità dolosa di tipo "presuntivo": nei casi di mancanza della prova circa la sussistenza del dolo intenzionale o diretto, il dolo eventuale veniva desunto dall'inadempimento dei doveri di controllo. Nella pratica, la tendenza era quella di presumere il dolo da comportamenti negligenti quali la noncuranza di certe attività, l'assenteismo, la disattenzione verso segnali d'allarme. La giurisprudenza autonomamente deduceva da tali inosservanze la consapevolezza del sindaco che dalla propria omissione sarebbe derivata la realizzazione di un

¹¹⁶ Così, Cass. pen., Sez. V, 11/05/2018, n. 44107.

¹¹⁷ Cass. pen., Sez. V, 11/05/2018, n. 44107: «la struttura dell'art. 40 cpv. c.p. comporta necessariamente il ricorso al ragionamento controfattuale per assegnare giuridico rilievo penalistico al *non agere*».

reato, prescindendo dalla indispensabile prova di un nesso causale psichico tra l'inazione e il successivo evento non voluto. In altri termini, il reato era imputato al sindaco inerte o distratto, a titolo di dolo, per un'omissione sostanzialmente colposa, in quanto determinata dall'ignoranza effettiva dell'evento illecito da impedire¹¹⁸.

Siffatta impostazione giurisprudenziale, tuttavia, tradisce la reale natura e struttura del dolo eventuale, inteso quale «accettazione del rischio del verificarsi dell'evento, non intenzionalmente voluto ma previsto come probabile»¹¹⁹ e, a dimostrare ciò, soccorre la rilevante sentenza delle Sezioni Unite¹²⁰, relativa alla vicenda ThyssenKrupp, di cui si è già trattato con riguardo alla responsabilità omissiva degli amministratori, ed a cui si rimanda.

Pertanto, si deve concludere che, anche alla luce dei principi espressi dalle Sezioni Unite sulla distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente¹²¹, il sindaco “inerte”, il quale abbia omesso di agire per mera colpa, potrà esser ritenuto responsabile per concorso omissivo solo se risulta provata l'effettiva rappresentazione dell'evento illecito conseguente alla disattenzione: «la condotta omissiva deve cioè risultare oggettivamente e psichicamente collegata alla realizzazione dell'evento, e tale nesso causale deve essersi configurato nella psiche dell'agente in termini di effettiva previsione e non di mera, astratta prevedibilità»¹²².

La giurisprudenza più recente sembra opportunamente ridurre l'area della responsabilità dei sindaci *ex art. 40 cpv. c.p.*, facendo ricorso alla teoria dei segnali di allarme, già analizzata con riguardo alla responsabilità omissiva degli amministratori. In particolare, si è osservato che «la responsabilità, a titolo di concorso nel reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale, del presidente e dei componenti del collegio sindacale non può fondarsi sulla sola posizione di garanzia

¹¹⁸ Cfr., sull'argomento, ALDROVANDI, *La responsabilità penale degli organi di controllo nella s.p.a.*, cit.; ARDIA, *La responsabilità penale dei sindaci di società di capitali per l'omesso impedimento dei reati degli amministratori*, in *Diritto penale e processo*, 2002; STELLA, PULITANÒ, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1990; PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Milano, 2003. V., per la manualistica, invece, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit.; MAZZACUVA, AMATI, *Diritto penale dell'economia*, cit.; ROSSI, (a cura di), *Reati societari*, cit.

¹¹⁹ Secondo la definizione di MAZZACUVA, AMATI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 25.

¹²⁰ Cass. pen., Sez. Un., 18/09/2014, n. 38343.

¹²¹ V. pag. 85.

¹²² MAZZACUVA, AMATI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 25.

e discendere, *tout court*, dal mancato esercizio dei doveri di controllo, ma postula l'esistenza di puntuali elementi sintomatici, dotati del necessario spessore indiziario, dimostrativi di un'omissione dei poteri di controllo e di vigilanza esorbitante dalla dimensione meramente colposa e espressiva, piuttosto, di una volontaria partecipazione alle condotte distrattive degli amministratori, pur nella forma del dolo eventuale, vale a dire per la consapevole accettazione del rischio che l'omesso controllo avrebbe potuto consentire la commissione di illiceità da parte degli amministratori»¹²³.

Pertanto, «la mancata attivazione di detti soggetti in presenza di tali circostanze determina l'affermazione della penale responsabilità avendo la loro omissione cagionato, o contribuito a cagionare, l'evento di danno»¹²⁴. Tuttavia, qualora il sindaco non abbia esercitato un controllo adeguato, tale da impedire la percezione o la comprensione di segnali rilevatori di anomalie, osserva Alessandri, «non sembra che ciò sia sufficiente per fondare una responsabilità penale, dal momento che l'omissione della vigilanza costituisce una negligenza dei sindaci, sicuramente censurabile e produttiva di responsabilità sul piano civile, ma non sufficiente a integrare la rappresentazione e tantomeno la volontà dell'evento, ossia del reato»¹²⁵. Infine, merita accennare alle novità legislative intervenute con il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. In particolare, l'art 14 del codice prevede specifici obblighi di segnalazione a carico degli organi di controllo societari, del revisore contabile e della società di revisione, i quali, all'interno dei rispettivi ambiti di operatività, devono verificare che «l'organo amministrativo valuti costantemente, assumendo le conseguenti idonee iniziative, se l'assetto organizzativo dell'impresa è adeguato, se sussiste l'equilibrio economico finanziario e quale è il prevedibile andamento della gestione, nonché di segnalare immediatamente allo stesso organo amministrativo l'esistenza di fondati indizi della crisi» (art. 14, co. 1, C.C.I.I.).

¹²³ Cass. pen., Sez. V, 18/02/2019, n. 12186. Nello stesso senso, v., altresì, Cass. pen., Sez. V, 05/04/2014, n. 26399; Cass. pen., Sez. V, 13/11/2015, n. 21702; Cass. pen., Sez. V, 16/04/2009, n. 36595, in cui si parla di «segnali peculiari in relazione all'evento illecito».

¹²⁴ Cass. pen., Sez. V, 16/04/2009, n. 36595. Allo stesso modo, viene osservato da ALESSANDRI, SEMINARA, *Diritto penale commerciale*, cit., 83, che «il mancato esercizio dei poteri, nonostante la rappresentazione di elementi tali da far ritenere altamente probabile a commissione del reato, deve porsi, nell'ambito di un'argomentazione ipotetica, come condizione imprescindibile rispetto alla commissione del reato».

¹²⁵ ALESSANDRI SEMINARA, *Diritto penale commerciale*, cit., 83.

Sulla scia delle osservazioni di alcuni autori¹²⁶, secondo i quali tale previsione potrebbe avere una ricaduta sul piano penale nel senso di rafforzare la posizione di garanzia dei sindaci, Alessandri puntualizza che l'inosservanza di tali obblighi da parte degli stessi assumerà rilevanza penale solo «a condizione che le condotte d'inerzia siano qualificabili come causali rispetto ai comportamenti degli amministratori, i quali realizzino, nella specie, alcune delle ipotesi di bancarotta. Nel senso dell'art. 40 cpv. c.p.: ossia che non abbiano impedito il comportamento penalmente tipico degli amministratori, in base al consueto ragionamento controfattuale»¹²⁷. Ne consegue che i membri del collegio sindacale potranno essere ritenuti responsabili *ex art. 40 cpv. c.p.* «solo qualora il corretto adempimento degli obblighi sarebbe stato concretamente in grado di stimolare opportunamente l'organo amministrativo per l'adozione di specifici provvedimenti capaci di neutralizzare il rischio».

In conclusione, l'Autore ribadisce che «è da respingere la china che può condurre a ritenere la mera inosservanza (magari soltanto colposa) sufficiente al sorgere della responsabilità in forma del concorso omissivo», poiché «sarebbe un modo di procedere che deformerebbe i tratti dell'omissione punibile nel concorso di persone».

¹²⁶ Cfr. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Torino, 2020, 65 ss.; BRICCHETTI, *Codice della crisi d'impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della legge fallimentare*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2019, 100 ss.

¹²⁷ ALESSANDRI, *Novità penalistiche nel Codice della crisi dell'impresa*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2019, 1840.

CAPITOLO III

L'ART. 2639 C.C.

Sommario: 1. L'estensione delle qualifiche soggettive – 1.1. Premessa – 1.2. Prima clausola di equiparazione – 1.3. Terza clausola di equiparazione – 2. La seconda clausola di equiparazione – 2.1. Premessa – 2.2. I tratti qualificanti l'amministratore di fatto – 2.3. Riflessi pratici – 3. L'ambito di operatività – 3.1. Premessa – 3.2. I reati fallimentari – 3.3. I reati tributari – 3.4. I reati bancari – 3.5. Gli illeciti amministrativi

1. L'estensione delle qualifiche soggettive

1.1. Premessa

Nel lungo e tortuoso cammino legislativo volto ad ammettere la parificazione del soggetto di fatto a quello di diritto, il punto di arrivo è rappresentato dall'art. 2639 c.c., introdotto dal d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61, il quale, nel quadro della più vasta riforma dell'intero diritto societario, si è occupato della disciplina degli illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali. L'articolo, rubricato «Estensione delle qualifiche soggettive», statuisce, al primo comma, che «per i reati previsti dal presente titolo al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile è equiparato sia chi è tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata, sia chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione».

Occorre, innanzitutto, segnalare come il legislatore delegante prima, e quello delegato di conseguenza, si siano mossi nel solco delle più accreditate proposte di riforma, sia del sistema penal-societario, sia dello stesso codice penale. Infatti, dal primo punto di vista, è evidente, già ad una prima lettura, la somiglianza del testo dell'art. 2639 c.c. con le linee di revisione normativa sviluppate dalla Commissione Mirone, incaricata di elaborare il Progetto di legge delega¹, che ha condotto alla

¹ L'art. 10, co. 1, lett. e dello schema di disegno di legge, tra i principi e i criteri direttivi cui la riforma avrebbe dovuto ispirarsi, contemplava la necessità di «prevedere che, qualora l'autore della condotta punita sia individuato mediante una qualificazione o la titolarità di una funzione prevista dalla legge civile, al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione è

riforma del diritto societario: similarità che riguarda sia l'assimilazione dei soggetti, i quali svolgono le medesime funzioni, seppur diversamente designate, sia l'equiparazione ai soggetti formalmente titolari della funzione civilistica di coloro che esercitano i relativi poteri di fatto².

Ancor prima, la Commissione Pagliaro, istituita nel 1988 allo scopo di elaborare uno schema di legge delega per l'emanazione di un nuovo codice penale, poneva le basi per una prima assimilazione del soggetto di fatto a quello di diritto. Infatti, in tema di soggetto attivo del reato, l'art. 9, co. 1, del Progetto Pagliaro prevedeva che il codice penale avrebbe dovuto «stabilire che, quando la legge penale indica il soggetto attivo mediante una qualifica soggettiva, che implichi la titolarità di un dovere o potere giuridico, essa ha come destinatario il formale titolare della stessa o chi, mediante l'esercizio di fatto di un'attività, è divenuto titolare di tali doveri o poteri giuridici»³. Nella Relazione al medesimo Progetto, i membri della Commissione spiegavano come «l'art. 9 definisce la cerchia del soggetto attivo del reato escludendo che nei c.d. reati propri possa aver rilievo la qualifica soggettiva in sé e per sé presa, ove questa indichi la titolarità di particolari poteri o doveri

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» Il Progetto è stato elaborato dalla Commissione Mirone, istituita con decreto del 24 luglio 1998, e consegnato ai Ministri della Giustizia e del Tesoro nella seduta finale della Commissione del 15 febbraio 2000, come si evince dal sito del Ministero della Giustizia (www.giustizia.it).

² Peraltro, deve essere notato come si riscontrino alcune variazioni tra le due formulazioni normative. In particolare, il secondo inciso del primo comma dell'art. 2639 c.c., il quale contiene la clausola di equiparazione tra soggetti di fatto e di diritto, è privato, rispetto all'art. 10 del Progetto Mirone, del riferimento all'ambito applicativo della disposizione, vale a dire i reati ove «l'autore della condotta punita è individuato mediante una qualifica o la titolarità di una funzione prevista dalla legge civile», ed è spogliato, altresì, del richiamo all'«assenza di formale investitura». Secondo l'opinione di MACCARI, *Art. 2639 cod. civ.*, in GIUNTA, (a cura di), *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali: commentario del D.lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, Torino, 2002, 216 e 217, «se il primo omissis non sembrerebbe apportare alcuna seria modificazione al contenuto dell'art. 2639, comma 1, il cui spettro operativo è implicitamente costituito dai reati propri, diverso spessore può assumere il mancato riferimento all'atto formale d'investitura». Si osserva, infatti, che, se il legislatore delegato avesse fatto cenno all'«assenza di formale investitura», avrebbe fatto luce su una questione sorta nella giurisprudenza civile, «escludendo in maniera esplicita che per il riconoscimento delle qualifiche soggettive “di fatto” occorra un atto d'investitura da parte della società, sia pure irregolare o implicito». La Maccari ritiene, in ogni caso, che «subordinare l'individuazione dei soggetti “di fatto” al presupposto di un atto di nomina irregolare o implicito, sarebbe un'interpretazione che, seppur non espressamente preclusa dal vigente testo normativo, finirebbe per derogare al criterio “funzionalistico” che, invece, informa i parametri selettivi contenuti nella norma in commento».

³ Art. 9, co. 1, dello schema di disegno di legge-delega, presentato al Governo, per la emanazione di un nuovo codice penale, il 25 ottobre 1991, come si evince dal sito del Ministero della Giustizia (www.giustizia.it).

giuridici»⁴. Pertanto, «intraneo alla sfera soggettiva», continuavano, «dovrà essere in tal caso considerato chiunque risulti titolare di quei poteri o doveri giuridici, ancorché formalmente privo della qualifica soggettiva corrispondente, indicata dalla legge». Si chiariva così anche l'ambito di operatività delle qualifiche di mero fatto: «l'esercizio di fatto delle funzioni corrispondenti alla qualifica soggettiva verrà in rilievo solo in quanto realmente produttivo di quei poteri e doveri giuridici».

Un riferimento ai soggetti di fatto era contenuto anche nel Progetto preliminare di riforma del codice penale: l'art. 23 del Progetto c.d. Grosso, relativo alle posizioni di garanzia nell'ambito di organizzazioni complesse, prevedeva che colui il quale, per legge o per statuto, ha il potere di direzione di un'organizzazione tenuta ad adottare e attuare modelli organizzativi idonei ad evitare che vengano commessi reati, «è tenuto ad assicurarne l'osservanza, adottando le misure di sua competenza necessarie a tal fine» ed è, altresì, tenuto a tali adempimenti anche «chi, pur senza averne il potere formale, dirige di fatto l'organizzazione in via continuativa e preminente»⁵.

Tornando al primo comma dell'art. 2639 c.c., quindi, per un verso, il legislatore delegato ha provveduto all'adozione della formula di assimilazione di cui alla prima parte della disposizione, in quanto costretto, come sottolineato da diversi autori⁶, dalla necessità di adeguare preventivamente il sistema penale ai nuovi modelli di amministrazione e controllo che andavano delineandosi nell'ambito della riforma del diritto societario⁷; per altro verso, la norma, nel suo secondo inciso, invece, procede alla parificazione, in materia societaria, dei soggetti di fatto a quelli di diritto ed alla tipizzazione dei requisiti fondamentali dei primi, con il preciso

⁴ Relazione allo schema di delega legislativa per l'emanazione di un nuovo codice penale, con riguardo alla Sezione "Il reato", di Parte generale, punto 2.

⁵ Art. 23 del Progetto preliminare di riforma del codice penale, presentato dalla Commissione Grosso, nella sua ultima versione, il 26 maggio 2001, come si evince dal sito del Ministero della Giustizia (www.giustizia.it).

⁶ Tra tutti, questo aspetto è stato approfondito, in particolare, da ALESSANDRI, *I soggetti*, in *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di ALESSANDRI, Milano, 2002, 39.

⁷ Con il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 è stata introdotta la possibilità per le società per azioni di adottare, nello statuto, uno dei diversi modelli di amministrazione e controllo ivi disciplinati, ossia il sistema ordinario o tradizionale, basato su un consiglio di amministrazione (o amministratore unico) e un collegio sindacale, il sistema dualistico, articolato sul binomio consiglio di gestione-consiglio di sorveglianza, ed il sistema monistico, fondato sul rapporto consiglio di amministrazione-comitato per il controllo sulla gestione, costituito al suo interno.

obiettivo di eliminare i problemi, emersi in sede applicativa, relativi alla già menzionata prassi giurisprudenziale di non indicarne con esattezza e univocità i tratti essenziali, giungendo così ad affermazioni incontrollate della responsabilità penale.

La prima assimilazione compiuta dall'art. 2639 c.c. svolge un ruolo marginale nel processo di positivizzazione delle qualifiche di fatto, considerato che riguarda la tematica della diversa qualificazione legislativa di uguali funzioni.

È, invece, la seconda equiparazione a costituire diretta estrinsecazione dell'intenso e vivace dibattito sull'ammissibilità, o meglio, sui confini di ammissibilità della figura dell'amministratore di fatto. D'altra parte, l'attinenza dell'art. 2639 c.c. alla problematica del gestore di fatto si evince palesemente dalla Relazione al d.lgs. n. 61/2002, laddove si precisa che «il primo comma della disposizione in esame tipizza la figura dell'“amministratore di fatto”, largamente riconosciuta in giurisprudenza»⁸, evidenziando così il legame esistente tra la norma e il pregresso panorama giuridico, che ravvisava tale figura da tempo⁹.

Pertanto, la soluzione prospettata dal legislatore della riforma rappresenta il punto di sintesi dei contrapposti orientamenti sviluppatisi in tema di amministratore di fatto: la *ratio legis* sembra essere stata quella di accogliere le istanze di giustizia sostanziale, provenienti dal filone funzionalista¹⁰, cercando, al tempo stesso, di salvaguardare il rispetto del principio di legalità, secondo le esigenze poste a fondamento dell'impostazione formalista. Il legislatore, infatti, non ha operato un'equiparazione automatica del soggetto di fatto a quello di diritto, ma l'ha subordinata al rispetto di determinati parametri normativi, esigendo, quindi, una

⁸ Come testualmente riportato dalla Relazione al d.lgs. n. 61/2002 al punto 19, intitolato “Le qualifiche soggettive».

⁹ Sull'argomento, e nel senso del testo, v. MACCARI, *Art. 2639 cod. civ.*, cit., 214.

¹⁰ In particolare, PALIERO, *Nasce il sistema delle soglie quantitative: pronto l'argine alle incriminazioni*, in *Guida al diritto*, 2002, 40, sottolinea come la scelta del legislatore a favore del criterio funzionale di individuazione dei soggetti responsabili, mediante il pieno riconoscimento delle qualifiche di fatto, risponda «a primarie esigenze di effettività del controllo penale, che diversamente si presterebbe a sin troppo facili elusioni nell'ambito delle dinamiche societarie, minate da ampie e inaccettabili lacune di tutela in relazione all'individuazione dei centri di imputazione reali di responsabilità (si pensi solo alle ipotesi più semplici di amministratori cosiddetti “teste di legno”)». Ancora, ALESSANDRI, *Parte generale*, in AA.VV., *Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte generale e reati fallimentari*, Bologna, 2004, 66, riconosce che il legislatore ha voluto introdurre l'art. 2639 c.c. per soddisfare la primaria necessità di «garantire un maggiore tasso di effettività delle fattispecie (penali societarie), permettendo di raggiungere situazioni sostanzialmente riconducibili allo schema legale, quando questo è aggirato o eluso».

valutazione caso per caso e dando risposta alle plurime sollecitazioni di individuazione dei presupposti e dei limiti della responsabilità.

Il secondo comma dell'art. 2639 c.c., invece, prevede che «fuori dei casi di applicazione delle norme riguardanti i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, le disposizioni sanzionatorie relative agli amministratori si applicano anche a coloro che sono legalmente incaricati dall'autorità giudiziaria o dall'autorità pubblica di vigilanza di amministrare la società o i beni alla stessa posseduti o gestiti per conto di terzi». La previsione di questa terza clausola di equiparazione, la quale trova il proprio scopo nell'ampliamento della platea dei soggetti attivi delle fattispecie incriminatrici relative agli amministratori, è stata resa necessaria, per esigenze di coerenza sistematica, dall'abrogazione dei reati propri degli amministratori giudiziari e dei commissari governativi.

1.2. Prima clausola di equiparazione

La disposizione prende avvio con l'equiparazione, per i reati previsti dal Titolo XI del Libro V del codice civile, tra il «soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile» e «chi è tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata» (art. 2639, co. 1, c.c.).

Diversi autori¹¹, constatando la genericità e l'ambiguità del dato normativo, hanno osservato come l'eventualità prospettata nell'inciso iniziale della disposizione appare falsamente riconducibile alla seconda clausola di equiparazione, relativa alle figure soggettive di fatto.

Occorre chiarire, invece, che il disposto non trova applicazione nei casi di divergenza tra qualifica formale e attribuzioni in concreto esercitate, non riferendosi, quindi, a colui che, pur rivestendo un ruolo formalmente etichettato in modo diverso rispetto alla qualifica soggettiva richiesta dalla norma incriminatrice, svolge in concreto le medesime funzioni. In quest'ultima ipotesi, infatti, l'equiparazione si fonda sul ruolo funzionalmente svolto dal soggetto, a seguito di

¹¹ Cfr. ROSSI, (a cura di), *Reati societari*, Torino, 2005, 84; ID., *Reati ed illeciti amministrativi in materia societaria, finanziaria e bancaria* in ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. I, XV ed. a cura di GROSSO, Milano, 2018, 71; ROSSI, VANNINI, *L'estensione delle qualifiche soggettive nel nuovo diritto penale delle società*, in *Diritto penale e processo*, 2003, 898 ss.

scelte compiute in tal senso dalla singola e specifica società a cui appartiene, trattandosi di un ruolo che si lega ad una qualificazione di diritto diversa da quella che risulta attribuita al soggetto stesso all'interno dell'organizzazione aziendale. Nel caso della prima parificazione, invece, «la connessione tra destinatario preindividuato e destinatario “equiparato” si evidenzia nell'identità funzionale attribuita dalla legge e dalla stessa diversamente qualificata»¹², svolgendo il secondo un'attività corrispondente ad una più “classica” qualifica di diritto, ma diversamente denominata, appunto, *ex lege*.

Il legislatore delegato, mediante la parificazione iniziale, ha, infatti, come anticipato, perseguito l'obiettivo di adeguare in anticipo il sistema penale all'introduzione di nuove figure soggettive, compiuta dalla successiva riforma del diritto societario. Infatti, la previsione della prima clausola di equiparazione risponde all'esigenza di formulare preventivamente una regola generale che potesse legittimare in seguito l'imputazione di reati a soggettività ristretta, preindividuata sulle classiche figure societarie, a soggetti diversi, i quali, appunto, sarebbero emersi con la costituzione dei nuovi modelli di amministrazione e controllo delle società¹³. Il riferimento corre, ad esempio, ai membri del consiglio di gestione o del consiglio di vigilanza (per le società che abbiano adottato il sistema dualistico); ovvero ai componenti del consiglio di amministrazione o del comitato interno per il controllo della gestione (per le società che abbiano adottato il sistema monistico). La precedenza assegnata al profilo penalistico ha, quindi, obbligato il legislatore delegato a prevedere una formula di equiparazione tanto generale da permettere la futura inclusione delle figure soggettive di prossima creazione¹⁴, evitando così il rischio di estensioni interpretative operate dalla dottrina o dalla giurisprudenza senza il supporto del dato normativo.

¹² Con queste parole, ROSSI, *Reati ed illeciti amministrativi in materia societaria, finanziaria e bancaria*, cit., 73.

¹³ A favore di tale opzione esegetica, cfr. FOFFANI, *Art. 2639 c.c.*, in PALAZZO, PALIERO, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2003, 1918 ss.; GULLO, *Il reato proprio. Dai problemi tradizionali alle nuove dinamiche d'impresa*, Milano, 2005, 231; ROSSI, VANNINI, *L'estensione delle qualifiche soggettive nel nuovo diritto penale delle società*, cit., 889 ss.; ID., *Art. 2639 c.c.*, in COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTO, (diretto da), *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004, 3192 ss.; PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Milano, 2003, 130 ss.

¹⁴ V., in argomento, e su possibili differenti opzioni, ALESSANDRI, *I soggetti*, cit., 38 ss.

Pertanto, si rivelerebbe fuorviante riferire l'equiparazione soggettiva di cui al primo inciso della norma alle soggettività di fatto, cui, invece, allude l'assimilazione enucleata successivamente.

Del resto, appare convincente l'argomento testuale invocato dal Vannini a sostegno della differente rilevanza delle due parti della norma, ossia il mancato richiamo, con riferimento alla prima assimilazione operata dall'art. 2639 c.c., ai requisiti della continuità e della significatività dell'esercizio delle funzioni, i quali, invece, assumono un peso considerevole con riguardo alla seconda equiparazione¹⁵.

Del pari, la prima parte della disposizione non trova applicazione nei confronti di nuove figure soggettive coniate nel contesto di determinate politiche di *corporate governance*. Infatti, tali figure, seppur previste *ex lege*, devono considerarsi estranee all'ambito di operatività della prima equiparazione poiché non comprese tra quelle che la norma considera come destinatari preindividuati. Il Vannini, ad esempio, nega la possibilità che la prima clausola di cui all'art. 2639 c.c. possa essere utilizzata per assimilare i componenti degli organi di controllo in senso stretto, vale a dire il consiglio di sorveglianza e il collegio sindacale, ad altre figure che, seppur preposte allo svolgimento di funzioni inquadrabili nel panorama del controllo, seguono in realtà logiche diverse e, quindi, appaiono concettualmente separati, quali, tra gli altri, i componenti dei comitati incaricati di esprimersi sulle nomine o sui compensi degli amministratori, i membri degli *internal audit committee* e, ancora, quelli degli organismi di vigilanza previsti dal d.lgs. n. 231/2001 nel quadro della responsabilità penale-amministrativa delle persone giuridiche¹⁶. In argomento, il Seminara osserva che «se il tratto comune delle figure

¹⁵ Testualmente, ROSSI, VANNINI, *L'estensione delle qualifiche soggettive nel nuovo diritto penale delle società*, cit., 898 ss. Nello stesso senso, ROSSI, (a cura di), *Reati societari*, cit., 85, il quale, riferendosi alla prima clausola di equiparazione, afferma che i requisiti della significatività e continuità delle funzioni di cui alla parificazione successiva «non sembrano, e giustamente, dover caratterizzare qualificazioni di diritto, che proprio in quanto tali non necessitano di garantistiche verifiche *funditus* in tal senso».

¹⁶ ROSSI, VANNINI, *L'estensione delle qualifiche soggettive nel nuovo diritto penale delle società*, cit., 899 ss. Cfr., su questo specifico aspetto, altresì, ALESSANDRI, *I soggetti*, cit., 41, il quale, ponendosi contrariamente ad una indiscriminata estensione della regola di equiparazione di cui alla prima parte dell'art. 2639 c.c., osserva come «la logica interna del principio di legge delega (...) intendeva riferirsi certamente ad un obbligo formulato dalla legge e non frutto dell'autonomia privata», e ancora, PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, cit., 85 ss.; ROSSI, (a cura di), *Reati societari*, cit., 87; ID., *Reati ed illeciti amministrativi in materia societaria, finanziaria e bancaria*, cit., 74; VENEZIANI, *Art. 2639, in Codice commentato delle*

societarie tipiche è costituito dai doveri di controllo e di impedimento stabiliti dalla legge, assolutamente diverse, in quanto proiettate su finalità conoscitive e informative, risultano le attribuzioni e le funzioni di tali organismi nel contesto societario»¹⁷.

Infine, merita evidenziare che la già menzionata riforma del diritto societario, avvenuta con il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, e, quindi, successivamente alla previsione dell'art. 2639 c.c., come già chiarito, ha introdotto l'art. 223-*septies*, co. 1, disp. att. cod. civ., il quale statuisce che «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 del comitato per il controllo sulla gestione, per le società che abbiano adottato il sistema monistico».

È stato autorevolmente sostenuto¹⁸ che tale ulteriore formula superi in ampiezza l'art. 2639, co. 1, c.c., operante solo per i reati previsti dal Titolo XI, trovando applicazione con riguardo a tutte le disposizioni di cui al codice civile, purché compatibili, e, quindi, esplicando i suoi effetti anche nei confronti delle norme penali. Tale conclusione, se da un lato corrobora le considerazioni su esposte, dall'altro vanifica la clausola generale di cui all'art. 2639, co. 1, c.c., «così pagandosi l'inversione cronologica della riforma penale, con un crash normativo che, seppur interpretativamente risolvibile, non segna comunque positivamente la sistematicità del complesso punitivo»¹⁹.

società, a cura di BONFANTE, CORAPI, DE ANGELIS, NAPOLEONI, RONDORF, SALAFIA, Milano, 2011, 193 ss.

¹⁷ SEMINARA, *Diritto penale commerciale. I reati societari*, vol. II, Torino, 2018, 18. Nello stesso senso, cfr. ALESSANDRI, *I soggetti*, cit., 42 ss.; CASTELLANA, *L'equiparazione normativa degli autori di fatto agli autori di diritto per i reati del riscritto titolo XI, libro V c.c.*, in *Indice penale*, 2005, 1075; CANZIO, CERQUA, LUPÀRIA, *Diritto penale delle società. Accertamento delle responsabilità individuali e processo alla persona giuridica*, Padova, 2016, 207; CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, in *Rivista delle società*, 2009, 411 ss.; PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, cit., 133 ss.; ROSSI, (a cura di), *Reati societari*, cit., 86 ss.

¹⁸ V., in argomento, ROSSI, (a cura di), *Reati societari*, cit., 87; ID., *Reati ed illeciti amministrativi in materia societaria, finanziaria e bancaria*, cit., 75; GIUNTA, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, Torino, 2004, 155 ss.; SEMINARA, *Diritto penale commerciale. I reati societari*, cit., 17.

¹⁹ ROSSI, (a cura di), *Reati societari*, cit., 87.

In ogni caso, preme sottolineare che l'art. 223-*septies*, co. 1, disp. att. cod. civ., estende le disposizioni del codice civile, che contengono la disciplina propria di amministratori e sindaci, alle figure soggettive dei modelli alternativi di amministrazione e controllo, in quanto le stesse siano «compatibili». La disposizione, quindi, attraverso quest'ultimo inciso, mostra come la clausola di equiparazione non operi astrattamente, quanto piuttosto richieda una valutazione della singola funzione esercitata rispetto alla specifica fattispecie di illecito che viene in rilievo²⁰.

Come constatato in dottrina²¹, la questione diventa complessa non tanto nei casi di qualificazione come amministratori dei componenti del consiglio di amministrazione nel sistema monistico e di quelli del consiglio di gestione nel sistema dualistico, quanto nelle eventualità di estensione della qualifica di sindaci ai membri del consiglio di sorveglianza nel sistema dualistico e a quelli del comitato per il controllo sulla gestione nel sistema monistico.

Quanto alla prima ipotesi, l'art. 2409-*terdecies* c.c. attribuisce al consiglio di sorveglianza poteri non solo di vigilanza e di controllo, ma anche di tipo gestionale, in tema di nomina e revoca dei membri del consiglio di gestione e di approvazione del bilancio. Tali poteri risultano idonei ad acquisire una valenza impeditiva, ai fini dell'affermazione della responsabilità penale *ex* art. 40 cpv. c.p. Tuttavia, l'art. 2409-*quaterdecies* c.c., a sua volta, restringe i poteri conoscitivi dell'organo, mediante il richiamo solo parziale dell'art. 2403-*bis* c.c., relativo ai poteri del collegio sindacale, tra gli articoli che, in quanto compatibili, vengono applicati anche al consiglio di sorveglianza ed ai suoi componenti.

In ogni caso, i problemi maggiori insorgono con riferimento al comitato per il controllo sulla gestione, la cui parificazione al collegio sindacale risulta incerta a causa della sua composizione. Infatti, si tratta di un organo ibrido, composto da soggetti nominati all'interno del consiglio di amministrazione, «la cui qualifica di amministratori pur nell'assenza di funzioni gestorie, ma anche l'assenza di un

²⁰ V., sul punto, BIANCONI, *Commento all'art. 2639 cc*, in *Leggi penali complementari*, a cura di PADOVANI, Milano, 2007; SEMINARA, *Diritto penale commerciale*, cit., 17 ss.; ROSSI, (a cura di), *Reati societari*, cit., 87.

²¹ Cfr., sul tema, SEMINARA, *Diritto penale commerciale*, cit., 17; MORGANTE, *Art. 2639 – Estensione delle qualifiche soggettive*, in *Legislazione penale*, 2003, 553 ss.; PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, cit., 242 ss.

esplicito dovere di vigilare sul rispetto della legge, dello statuto e dei principi di corretta amministrazione (art. 2409-*octiesdecies*), è di ostacolo a una loro piena assimilazione ai sindaci»²².

Tali ultime considerazioni mostrano con evidenza l'esigenza che l'operatività della clausola di equiparazione di cui al primo inciso dell'art. 2639 c.c. si leghi ad un accertamento in concreto, reso necessario dalla non completa sovrapponibilità delle qualifiche tradizionali con quelle dei sistemi dualistico e monistico. Nello stesso senso, e cioè a favore dell'opportunità di operare un controllo di compatibilità delle singole fattispecie incriminatrici con il contenuto dei poteri e dei doveri assegnati alle figure di nuovo conio, si pone, tra gli altri, anche il Musco, il quale sostiene che «tale clausola di equiparazione non opera automaticamente, livellando *ex lege* le differenti qualifiche soggettive, bensì sarà soggetta ad un'attenta verifica in sede di concreta applicazione»²³. Pertanto, l'interprete che procede all'equiparazione dovrà verificare, caso per caso, se le funzioni esercitate dalle figure di nuova elaborazione siano assimilabili, seppur diversamente qualificate, a quelle richiamate dalle singole fattispecie incriminatrici, o siano sostanzialmente differenti²⁴.

1.3. Terza clausola di equiparazione

Data l'importanza della seconda clausola di equiparazione di cui all'art. 2639 c.c. nel processo di positivizzazione delle qualifiche di fatto, oggetto della presente indagine, si ritiene utile dedicarle l'intero paragrafo successivo ed anticipare, a questo punto, la trattazione della terza clausola di equiparazione.

²² SEMINARA, *Diritto penale commerciale*, cit., 18.

²³ MUSCO, *I nuovi reati societari*, Milano, 2007, 19.

²⁴ Cfr. ALPA, MARICONDA, *Art. 2639*, in *Codice civile commentato*, a cura di ALPA, MARICONDA, vol. 2, Milano, 2013, i quali sostengono che all'interprete è affidato un giudizio di analogia, non di identità, che riguarda la corrispondenza di una base essenziale di funzioni, e non la coincidenza del complesso di attribuzioni, anche se ciò comporta che tale compito, affidato all'interprete, risulti estremamente vago e censurabile in punto di determinatezza. V., altresì, ROSSI, (a cura di), *Reati societari*, cit., 86, il quale ritiene che «allorquando, il che sarà spesso la regola, non si riscontri una coincidenza del complesso delle particolarità caratterizzanti le particolari funzioni, si potrà fare riferimento, per la ricerca della parallela considerazione, alle linee principali delle stesse, ferma restando però l'impossibilità per la formula penalistica di equiparazione qui in esame di creare figure di soggetti attivi parzialmente rapportabili ad una tipologia soggettiva "classica" e parzialmente ad un'altra e così "svincolate" da connessioni con specifiche soggettività tipizzate ed unitariamente considerate».

Come anticipato, il legislatore della riforma ha previsto un secondo comma nell'art. 2639 c.c., il quale, esordendo con una clausola di sussidiarietà espressa a favore della primaria operatività «delle norme riguardanti i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione», prevede che «le disposizioni sanzionatorie relative agli amministratori si applicano 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» (art. 2639, co. 2, c.c.).

Il significato della norma è efficacemente chiarito dalla Relazione al d.lgs. n. 61/2002, la quale afferma che essa, «coerentemente all'abrogazione delle norme relative ai delitti commessi dagli amministratori giudiziali e dai commissari governativi, si ricollega ad una esigenza di razionalizzazione dell'intera materia, prevedendo espressamente ed in via generale che le disposizioni sanzionatorie relative agli amministratori si applichino anche ai soggetti 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»²⁵. In altri termini, essendo stati abrogati i reati propri degli amministratori giudiziali e dei commissari governativi, precedentemente contemplati dagli artt. 2636²⁶ e seguenti c.c., il legislatore della riforma ha ritenuto opportuno adottare la disposizione *de qua*, allo scopo di riedificare un sistema complessivamente coerente, estendendo le nuove fattispecie incriminatrici, realizzabili dagli amministratori, anche ai suddetti soggetti.

Pertanto, l'equiparazione di cui al secondo comma dell'art. 2639 c.c. allude, in primo luogo, agli amministratori giudiziali, nominati dal Tribunale ai sensi dell'art. 2409 c.c.²⁷, ed ai commissari governativi, nominati in ipotesi di “gestione

²⁵ Relazione al d.lgs. n. 61/2002, punto 19, pag 11.

²⁶ In realtà, come osservato da GIUNTA, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, cit., 214, l'art. 2636, co. 1, c.c., già operava come «una clausola normativa che amplia l'ambito applicativo» dei reati contenuti negli articoli da esso richiamati, «nel senso che questi ultimi, già strutturati come reati propri», vedevano «allargare il novero dei soggetti qualificati con l'inclusione degli amministratori giudiziali e dei commissari governativi». Infatti, il vecchio testo dell'art. 2636, co. 1, c.c., recitava: «Agli amministratori giudiziali previsti dagli articoli 2091 e 2409, nonché ai commissari governativi previsti dagli articoli 2543 e 2619 si applicano le pene stabilite dagli articoli 2621, 2622, 2623, 2624, 2626, 2627, 2628 e 2630, se commettono alcuno dei fatti in essi previsti».

²⁷ Secondo il quale «1. 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

commissariale” delle società cooperative ai sensi dell’art. 2545-*sexiesdecies* c.c.²⁸, sebbene, alla luce delle difficoltà esistenti sul valore da attribuire all’espressione «autorità pubblica di vigilanza», la quale manca di un significato tecnico e giuridico definito, costituisce un arduo compito determinare, in termini di certezza, l’ambito di applicazione della norma e, quindi, la reale portata dell’estensione soggettiva in parola. Secondo la Rossi, «la locuzione si riferisce sicuramente alla corrispondente attività svolta dai funzionari di BankItalia, CONSOB, Isvap, ma può riferirsi altresì all’attività di riferimento delle numerose autorità cosiddette “indipendenti”, con quindi un possibile ambito applicativo non determinabile con certezza»²⁹.

Inoltre, la norma è suscettibile di trovare applicazione nei confronti di altri soggetti, qual è, ad esempio, il commissario giudiziale di cui all’art. 15 del d.lgs. 4 giugno 2001, n. 231, sulla responsabilità penale-amministrativa degli enti, e, altresì, nei confronti di talune peculiari figure, tra cui si ricordano, a titolo meramente elencativo e senza pretese di esaustività, «i commissari nominati dalla Banca d’Italia nelle procedure di amministrazione straordinaria delle banche e dei gruppi bancari (...), delle SIM, delle società di gestione del risparmio e delle SICAV (...), ai commissari nominati dalla CONSOB nel caso di sospensione degli organi amministrativi delle SIM, delle società di gestione del risparmio o delle SICAV (...), sino agli amministratori di aziende sottoposte a sequestro di prevenzione, nominati dal tribunale ai sensi dell’art. 2-*sexies*, l. 31 maggio 1965, n. 575»³⁰.

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. 2. Il tribunale, sentiti in camera di consiglio gli amministratori e i sindaci, può ordinare l’ispezione dell’amministrazione della società a spese dei soci richiedenti, subordinandola, se del caso, alla prestazione di una cauzione. Il provvedimento è reclamabile».

²⁸ Secondo il quale «1. Fuori dai casi di cui all’articolo 2545-*septiesdecies*, in caso di irregolare funzionamento della società cooperativa, l’autorità di vigilanza può revocare gli amministratori e i sindaci, affidare la gestione della società a un commissario, determinando i poteri e la durata, al fine di sanare le irregolarità riscontrate e, nel caso di crisi o insolvenza, autorizzarlo a domandare la nomina del collegio o del commissario per la composizione assistita della crisi stessa o l’accesso a una delle procedure regolatrici previste nel Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza».

²⁹ Testualmente, ROSSI, *Reati ed illeciti amministrativi in materia societaria, finanziaria e bancaria*, cit., 90. Concordemente, CANZIO, CERQUA, LUPARIA, *Diritto penale delle società. Accertamento delle responsabilità individuali e processo alla persona giuridica*, Padova, 2016, 208; FOFFANI, *Art. 2639 c.c.*, in PALAZZO, PALIERO, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2003, 1921 ss.; MACCARI, *Art. 2639 cod. civ.*, cit., 224, secondo la quale si deve concludere che la nozione di “autorità pubblica di vigilanza” debba ormai comprendere «ogni soggetto pubblico che svolge attività di vigilanza in un determinato settore», con la conseguenza che da ciò derivi «una potenzialità estensiva della disposizione non astrattamente predeterminabile».

³⁰ Testualmente, FOFFANI, *Art. 2639 c.c.*, cit., 1921. Sulla stessa linea, ALPA, MARICONDA, *Art. 2639*, in *Codice civile commentato*, a cura di ALPA, MARICONDA, vol. 2, Milano, 2013; CANZIO, CERQUA,

Preme, inoltre, sottolineare che oggetto dell'estensione soggettiva sono «le disposizioni sanzionatorie relative agli amministratori», con conseguente rilevanza, secondo l'orientamento della dottrina maggioritaria³¹, sia delle fattispecie di reato che degli illeciti depenalizzati-amministrativi. Viene, pertanto, opportunamente ricompresa anche la fattispecie di omessa convocazione dell'assemblea, di cui all'art. 2630 c.c., che, antecedentemente alla riforma e ai sensi del vecchio testo di cui all'art. 2636, co. 2, c.c., costituiva un'espressa previsione sanzionatoria a carico dell'amministratore giudiziario che non avesse adempiuto all'obbligo di convocazione di cui all'art. 2409 c.c.

Differentemente dal primo comma dell'art. 2639 c.c., il quale limita l'applicabilità delle prime due clausole di equiparazione ai reati previsti dal Titolo XI del Libro V del codice, il secondo comma non opera il medesimo richiamo. La prevalente dottrina³², tuttavia, ritiene che si tratti soltanto di una difformità apparente, considerato che sembra sostenibile un implicito riferimento alla limitazione in parola, secondo un'interpretazione sistematica della disposizione stessa. Pertanto, si è concluso³³ che anche la terza equiparazione trovi applicazione con riferimento alle disposizioni sanzionatorie relative agli amministratori di cui al Titolo XI.

Procedendo nell'analisi della disposizione, occorre evidenziare come la clausola di riserva iniziale, a favore «delle norme riguardanti i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione», abbia una struttura assolutamente generale, ricomprendendo la globalità dei delitti in parola.

LUPÀRIA, *Diritto penale delle società*, cit., 208; MACCARI, *Art. 2639 cod. civ.*, cit., 223; LA SPINA, *Art. 2639 c.c. Estensione delle qualifiche soggettive* in CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA, (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, vol. 1, Torino, 2017, 362; MAZZACUVA, AMATI, *Diritto penale dell'economia*, Milano, 2020, 14; SEMINARA, *Diritto penale commerciale*, cit., 25; ROSSI, *Reati ed illeciti amministrativi in materia societaria, finanziaria e bancaria*, cit., 96 e 97.

³¹ Cfr. CANZIO, CERQUA, LUPÀRIA, *Diritto penale delle società*, cit., 207; FOFFANI, *Art. 2639 c.c.*, cit., 1922; LA SPINA, *Art. 2639 c.c. Estensione delle qualifiche soggettive*, cit., 362; MACCARI, *Art. 2639 cod. civ.*, cit., 223; ROSSI, (a cura di), *Reati societari*, cit., 97; ID., *Reati ed illeciti amministrativi in materia societaria, finanziaria e bancaria*, cit., 90; ID., VANNINI, *L'estensione delle qualifiche soggettive nel nuovo diritto penale delle società*, cit., 903.

³² Cfr. LA SPINA, *Art. 2639 c.c. Estensione delle qualifiche soggettive*, cit., 362; ROSSI, (a cura di), *Reati societari*, cit., 97; ID., *Reati ed illeciti amministrativi in materia societaria, finanziaria e bancaria*, cit., 90.

³³ *Ibidem*.

Tuttavia, non appare sufficientemente chiara la reale portata della clausola stessa. Infatti, alcuni autori³⁴ hanno osservato che dalla Relazione al d.lgs. n. 61/2002 si evince la natura di norma speciale *ex art. 15 c.c.* dell'art. 2639, co. 2, c.c. per i soggetti che ne sono destinatari, ma la lettera della norma sembra condurre all'opposta conclusione, considerando operativo il reato societario solo qualora il fatto non sia riconducibile ad un delitto dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione e, quindi, permettendo che l'equiparazione trovi applicazione soltanto in via residuale, nelle ipotesi in cui non venga in rilievo lo statuto penale della pubblica amministrazione.

È stato, altresì, diversamente affermato, con il preciso intento di limitare l'eventuale espansione della formula di equiparazione in discorso, come essa, «non essendo ontologicamente ed astrattamente configurabile un concorso apparente di norme tra le fattispecie penali societarie ed i reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, ottemperi al differente scopo di circoscrivere il novero dei soggetti che svolgono la funzione di amministrazione di una società con qualità di pubblici ufficiali a cui siano applicabili le norme societarie»³⁵. Pertanto, seguendo la linea tracciata da queste ultime considerazioni, saranno esclusi gli altri soggetti non perché incaricati dall'autorità giudiziaria o dall'autorità pubblica di vigilanza, ma in quanto svolgano la propria attività in un ente pubblico³⁶.

Infine, merita notare come il disposto di cui all'art. 2639, co. 2, c.c. comporti un ampliamento operativo rispetto al vecchio testo dell'art. 2636 c.c. sotto due diversi profili: da un punto di vista soggettivo, si riferisce non solo agli amministratori giudiziari ed ai commissari governativi, ma alla più vasta categoria dei soggetti «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» e, da un'angolatura oggettiva, coinvolge l'intera gamma dei reati propri degli

³⁴ Così, CRISTIANI, *Commentario di diritto penale delle società e del credito*, Torino, 2003, 236 cc.; LA SPINA, *Art. 2639 c.c. Estensione delle qualifiche soggettive*, cit., 363; ROSSI, *Reati ed illeciti amministrativi in materia societaria, finanziaria e bancaria*, cit., 91.

³⁵ Testualmente, ROSSI, *Reati ed illeciti amministrativi in materia societaria, finanziaria e bancaria*, cit., 91.

³⁶ Così, ROSSI, *Reati ed illeciti amministrativi in materia societaria, finanziaria e bancaria*, cit., 91; GENNAI, TRAVERSI, *Le false comunicazioni sociali*, Napoli, 2002, 51 ss.

amministratori³⁷ e provoca l'abrogazione del precedente micro-sistema contenente unicamente reati ascrivibili agli amministratori giudiziari e ai commissari governativi³⁸. Ed infatti, la disposizione normativa è suscettibile di ricomprendere adesso, come già detto, anche altre figure qualificate.

In conclusione, ferma restando la iniziale clausola di riserva, a favore «delle norme riguardanti i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione», l'opzione legislativa di cui all'art. 2639, co. 2, c.c., come osservato dal Foffani, si inserisce perfettamente in un quadro che si muove verso «la privatizzazione dell'attività economica e verso l'eliminazione delle aree di sovrapposizione tra diritto penale dell'economia e diritto penale della pubblica amministrazione»³⁹.

2. Seconda clausola di equiparazione

2.1. Premessa

Al secondo inciso del primo comma dell'art. 2639 c.c., il legislatore procede ad equiparare, per i reati previsti dal Titolo XI del Libro V del codice civile, «al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile (...) chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione».

La clausola di equiparazione in discorso trova la sua ragion d'essere nell'intento di colpire con la sanzione penale, al di là dello schermo fornito dall'assenza della qualifica, ma anche dalla annullabilità, nullità, revoca, rinuncia o decadenza dell'atto di nomina⁴⁰, coloro che abbiano concretamente esercitato poteri

³⁷ Laddove, invece, il vecchio testo dell'art. 2636 c.c. richiamava esclusivamente gli articoli 2621, 2622, 2623, 2624, 2626, 2627, 2628 e 2630 c.c.

³⁸ Su questo specifico aspetto, v. FOFFANI, *Art. 2639 c.c.*, cit., 1921; LA SPINA, *Art. 2639 c.c. Estensione delle qualifiche soggettive*, cit., 361; MUSCO, *I nuovi reati societari*, Milano, 2007, 19; ROSSI, *Reati ed illeciti amministrativi in materia societaria, finanziaria e bancaria*, cit., 97.

³⁹ Testualmente, FOFFANI, *Art. 2639 c.c.*, cit., 1922. Nello stesso senso, v. LA SPINA, *Art. 2639 c.c. Estensione delle qualifiche soggettive*, cit., 363.

⁴⁰ A tal proposito, SEMINARA, *Diritto penale commerciale*, cit., 21, opera una precisazione, asserendo che, con riguardo alle figure del sindaco, del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili e del revisore legale, la clausola di equiparazione in commento trova applicazione solo nelle ipotesi di irregolarità o invalidità dell'atto di nomina, o nei casi di sopravvenuta decadenza, «essendo difficilmente concepibile un'immissione, per così dire dall'esterno, in funzioni che comunque traggono origine da una formale investitura, sebbene inefficace». La situazione si presenta diversa, invece, per le categorie soggettive degli amministratori e dei direttori generali, «la cui qualifica può essere desunta anche dall'attività in concreto esercitata».

corrispondenti alle funzioni previste dalla legge. Il che si accade non solo negli enti a base familiare o distinti da una ristretta base societaria, laddove frequentemente il socio di maggioranza agisce come amministratore di fatto, ma anche nell'ambito di società di medie o grandi dimensioni con riferimento ai soci di controllo, nonché all'interno dei gruppi di società rispetto agli amministratori della *holding*.

Dunque, la disposizione, introdotta dal d.lgs. n. 61/2002, giunge a sancire la medesima valenza, alle predette condizioni, dell'esercizio di diritto e di fatto di funzioni. A tal proposito, il Seminara ha osservato che «se prima della riforma era corretto dire che i reati societari vertevano in massima parte su soggetti tipici, ora in tale ambito si deve più correttamente parlare di funzioni tipiche»⁴¹.

La previsione di questa seconda clausola di equiparazione, risponde, come accennato, all'esigenza di risolvere il ben noto contrasto tra la teoria formale-civilistica e la teoria funzionalistica, nato dalla qualificazione come reati propri, a soggettività ristretta predeterminata dal legislatore, della maggior parte delle fattispecie penali societarie, nel complesso quadro dell'eventuale scissione tra la qualifica soggettiva extra penalistica, deputata ad individuare e definire l'indicata soggettività ristretta, ed il concreto esercizio della funzione ad essa corrispondente, in relazione al suo possibile rilievo penalistico nel senso anzidetto.

Volendo riassumere brevemente i contorni di tale contrapposizione, già ampiamente discussa nel Capitolo II, occorre innanzitutto rilevare che l'impostazione formale-civilistica si avvaleva degli schemi civilistici per identificare il soggetto qualificato e, quindi, tendeva a considerare penalmente responsabile soltanto chi avesse assunto la qualifica formale secondo le indicazioni delle norme civilistiche, nell'ottica del rispetto del principio di legalità in materia penale. La teoria funzionalistica, invece, riteneva che la qualifica propria richiesta dalla fattispecie incriminatrice dovesse essere determinata non già in base alla posizione del soggetto, ma secondo la funzione in concreto svolta, sul presupposto che da quest'ultima derivasse l'assunzione degli obblighi penali e, in caso di inosservanza, la conseguente ascrizione di responsabilità penale. Questa impostazione, costantemente seguita, seppur con diverse applicazioni, dalla

⁴¹ SEMINARA, *Diritto penale commerciale*, cit., 19.

giurisprudenza di legittimità⁴² e sostenuta dalla dottrina maggioritaria⁴³, si fondava sulla necessità di operare una corretta penalizzazione, in vista di una reale tutela dell'interesse protetto dalla fattispecie penale societaria di riferimento.

Da più parti⁴⁴ si auspicava ragionevolmente un intervento del legislatore, il quale, infine, si è orientato verso l'estensione delle qualifiche soggettive preindividuate e determinanti l'imputazione dei reati societari di cui al Titolo XI del Libro V del codice civile anche a «chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione», come recita il secondo inciso dell'art. 2639 c.c. È stato così recepito normativamente l'assunto secondo il quale, qualora la fattispecie penale societaria in rilievo richieda la qualificazione di un soggetto, che dipende dalla titolarità di un complesso di funzioni, chi esercita effettivamente i poteri relativi a queste ultime, in modo continuativo e sistematico, viene a trovarsi nella posizione richiesta dalla norma incriminatrice.

⁴² Tra le altre, Cass. pen., Sez. V, 23/05/1979; Cass. pen., Sez. V, 10/05/1982; Cass. pen., Sez. V, 19/12/1986; Cass. pen., Sez. V, 06/09/1993; Cass. pen., Sez. III, 16/11/1994; Cass. pen. Sez. V, 19/10/1999.

⁴³ Cfr. CONTI, *I soggetti*, in DI AMATO (diretto da), *Trattato di diritto penale dell'impresa*, I, Padova, 1990; CONTI, BRUTI LIBERATI, *Esercizio di fatto dei poteri di amministrazione e responsabilità penali nell'ambito delle società irregolari*, in NUVOLONE (a cura di), *Il diritto delle società commerciali*, Milano, 1971; DI GIOVINE, *L'estensione delle qualifiche soggettive*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di GIARDA, SEMINARA, Padova, 2002; FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1984; ID., *I principi generali del diritto penale dell'impresa*, in CONTI (a cura di), *Il diritto penale dell'impresa*, Padova, 2001; MUCCIARELLI, *Responsabilità penale dell'amministratore di fatto*, in *Le Società*, 1989; ROSSI, *Reati ed illeciti amministrativi in materia societaria, finanziaria e bancaria*, cit.; ROSSI, VANNINI, *La responsabilità penale degli amministratori e dei sindaci*, in GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, XIX, Padova, 1994; PAGLIARO, *Problemi generali del diritto penale d'impresa*, in *Indice penale*, 1985. Quanto alla dottrina contraria all'estensione delle qualifiche soggettive in via interpretativa, invece, cfr. ALESSANDRI, *Impresa (responsabilità penale)*, in *Digesto discipline penalistiche*, V, Torino, 1992; ESCOBEDO, *I cosiddetti amministratori di fatto delle società anonime e il reato di quasi bancarotta semplice*, in *Giustizia Penale*, 1933; GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983; MARRA, *Legalità ed effettività delle norme penali. La responsabilità dell'amministratore di fatto*, Torino, 2002; MIRTO, *Il diritto penale delle società*, Milano, 1954; PADOVANI, *Reato proprio del datore di lavoro e persona giuridica*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1979; PEDRAZZI, *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, in *Rivista Societaria*, 1962; ID., *Profili problematici del diritto penale dell'impresa*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1988.

⁴⁴ Cfr. ALESSANDRI, *I soggetti*, cit., 43 ss.; ROSSI, *Reati ed illeciti amministrativi in materia societaria, finanziaria e bancaria*, cit., 73 ss.; DI GIOVINE, *L'estensione delle qualifiche soggettive*, cit., 5 ss.; FOSSATI, *L'estensione delle qualifiche soggettive (art. 2639 c.c.)*, in SCHIANO DI PEPE (a cura di), *Diritto penale delle società*, Milano, 2003, 381 ss.; MORGANTE, *Art. 2639 – Estensione delle qualifiche soggettive*, cit., 556 ss.; MUSCO, *I nuovi reati societari*, Milano, 2007, 13 ss.; SCIUMBATA, *I reati societari*, Milano, 2008; VENEZIANI, *Art. 2639 c.c.*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: commentario al Decreto legislativo 11 aprile 2002, n. 61*, a cura di LANZI, CADOPPI, Padova, 2002, 186 ss.

Si è autorevolmente osservato che, per mezzo della norma in discorso, il legislatore ha primariamente cercato di fornire una soluzione al problema di fondo relativo all'insufficiente complesso di responsabilità nell'ambito dell'impresa. In particolare, Gullo ha notato che, sebbene il risultato sia stato conseguito estendendo il novero dei destinatari del precetto penale a soggetti non dotati della qualifica formale richiesta dalla fattispecie incriminatrice, ciò non implica il superamento definitivo dell'ossatura civilistica. In sostanza, trattandosi di un «intervento caratterizzato dalla ricerca di parametri ascrittivi», l'art. 2639 c.c. si incentra «non tanto sull'obliterazione del nucleo di poteri e doveri tipici della qualifica normativa, ma piuttosto sulla enucleazione dei requisiti essenziali ai fini della configurazione di una posizione di garanzia»⁴⁵. Pertanto, la principale funzione svolta dalla disposizione è quella di indicare con precisione i presupposti per l'imputazione della responsabilità a soggetti formalmente estranei ad un certo ruolo all'interno dell'impresa⁴⁶, tipizzando una posizione di garanzia svincolata dalla titolarità dei poteri e doveri normativamente fissati, ma originata dall'esercizio continuativo e significativo di attribuzioni operative.

Infine, merita segnalare che la scelta di equiparare la qualifica formale alla funzione svolta non costituisce una novità nel nostro ordinamento giuridico, bensì si pone nel solco di una tradizione normativa inaugurata dal Codice Rocco, nel 1930, quando si preferì adottare il criterio oggettivo funzionale per la ridefinizione delle figure codicistiche del pubblico ufficiale e dell'incaricato di un pubblico servizio⁴⁷.

⁴⁵ GULLO, *Il reato proprio. Dai problemi tradizionali alle nuove dinamiche d'impresa*, Milano, 2005, 213 e 214. Per un'analisi più approfondita di questo specifico profilo, v. FIORELLA, *I principi generali del diritto penale dell'impresa*, in CONTI (a cura di), *Il diritto penale dell'impresa*, Padova, 2001, 65 ss.

⁴⁶ Concordemente, v. AMBROSETTI, MEZZETTI, RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2016, 32; LA SPINA, *Art. 2639 c.c. Estensione delle qualifiche soggettive*, cit., 343; MACCARI, *Art. 2639 cod. civ.*, cit., 220; MAZZACUVA, AMATI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 6; VENEZIANI, *Art. 2639 c.c.*, cit., 191.

⁴⁷ Rispettivamente, in seguito alla riforma del '90, l'art. 357 c.p. prevede che «agli effetti della legge penale, sono pubblici ufficiali coloro i quali esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa» e l'art. 358 c.p. dispone, a sua volta, che «agli effetti della legge penale, sono incaricati di un pubblico servizio coloro i quali, a qualunque titolo, prestano un pubblico servizio».

2.2. I tratti qualificanti l'amministratore di fatto

Quanto ai contenuti della seconda formula di equiparazione di cui all'art. 2639, co. 1, c.c., essa trova il suo nucleo centrale nei parametri della continuità e della significatività relativi all'esercizio dei poteri tipici connessi alla qualifica o alla funzione.

Tali due criteri devono costituire oggetto di un accertamento che si fonda sull'esercizio effettivo e che, quindi, deve essere effettuato in concreto, non rilevando la riconducibilità di astratti poteri in capo al soggetto. Sulla base di questo ragionamento, la Cassazione ha ritenuto insignificante, al fine di attribuire la qualifica dell'amministratore di fatto, il conferimento di una procura generale, se non sussista «la prova che la procura sia stata effettivamente utilizzata»⁴⁸.

In particolare, il requisito della continuità vale ad escludere che atti isolati ed occasionali possano acquisire rilevanza sul piano della responsabilità penale, che deve reggersi solo sull'accertamento di un impiego reiterato e sistematico di poteri tipici, ossia corrispondenti a quelli che la normativa codicistica assegna ai soggetti titolari della relativa qualifica⁴⁹.

Per quanto riguarda, invece, il criterio della significatività, il quale pecca di maggiore indeterminatezza, introduce una sorta di soglia di rilevanza del concreto esercizio dei poteri nel quadro complessivo della gestione, non potendosi trattare di attività marginale o accessoria, ed evidenzia la pertinenza degli atti compiuti ai poteri più caratteristici della relativa funzione.

In particolare, nel corso degli anni, si è sviluppata un orientamento costante nella giurisprudenza⁵⁰ che esige la presenza di segni indicativi di un inserimento organico del soggetto nell'attività dell'impresa.

⁴⁸ Cass. pen., Sez. V, 05/12/2016, n. 547, la quale ha annullato la condanna per il reato di bancarotta fraudolenta per distrazione evidenziando che l'ampiezza dei poteri astrattamente derivante dal conferimento del mandato non è sufficiente a sostenere l'ascrizione della responsabilità penale, in mancanza della prova che la procura sia stata, in qualche modo, effettivamente utilizzata dal soggetto. V., altresì, Cass. pen., Sez. V, 22/10/2014, n. 2793.

⁴⁹ Nell'ottica di MACCARI, *Art. 2639 cod. civ.*, cit., 219, il parametro temporale, «oltre che costituire un criterio "ontologico" di giuridicità dei rapporti "di fatto", svolge una rilevante funzione politico-criminale»; infatti, «impedisce che temporanee e preordinate ingerenze di "terzi" siano sufficienti per distogliere la riferibilità della responsabilità dagli effettivi titolari dei poteri, evitando, così, che il reale dominus della funzione si ritagli aree d'immunità ricorrendo strumentalmente a deleghe *ad acta*».

⁵⁰ V. Cass. pen., Sez. I, 11/01/2012, n. 5063; Cass. pen., Sez. V, 17/06/2016, n. 41793; Cass. pen., Sez. V, 07/11/2016, n. 8385; Cass. pen., Sez. V, 28/11/2016, n. 8479; Cass. pen., Sez. V, 16/03/2018,

Esemplificando, in una pronuncia del 2020, la Cassazione ha ritenuto corretta la qualificazione dell'imputato come amministratore di fatto, sulla base di elementi sintomatici «che evidenzino l'inserimento organico del soggetto, con funzioni direttive, in qualunque fase della sequenza produttiva, organizzativa o commerciale dell'attività sociale, ad esempio nei rapporti con i dipendenti, i clienti o i fornitori, ovvero in ogni settore gestionale dell'attività dell'ente, sia quest'ultimo produttivo, amministrativo, aziendale, contrattuale o disciplinare»⁵¹.

Ugualmente, nella dottrina prevalente⁵², è stato sostenuto che l'esercizio di poteri tipici può ritenersi significativo quando sia pregnante, cioè abbia ad oggetto poteri costituenti il «nucleo essenziale della funzione interessata»⁵³. In particolare, i poteri tipici dell'amministratore sono individuati nei poteri d'iniziativa, volti a promuovere l'attività deliberativa dell'assemblea, di decisione, di esecuzione, consistenti nella possibilità o meno di attuare le decisioni dell'assemblea, di gestione in senso stretto e di rappresentanza, atti a manifestare la volontà dell'ente all'esterno, agendo in nome e per conto della società.

La formulazione dell'art. 2639, co. 1, c.c. non è tale da permettere di risolvere tutte le questioni che ruotano intorno alla configurabilità dell'amministratore di fatto.

In particolare, non trova soluzione il quesito se occorra che l'esercizio (continuativo e significativo) riguardi l'intero complesso dei poteri inerenti alla qualifica o alla funzione, o soltanto una parte di essi.

n. 32398; Cass. pen., Sez. V, 27/06/2019, n. 45134; Cass. pen., Sez. V, 07/10/2019, n. 11911; Cass. pen., Sez. V, 10/07/2020, n. 27264; Cass. pen., Sez. V, 06/10/2020, n. 31823; Cass. pen., Sez. V, 27/10/2020, n. 36865.

⁵¹ Testualmente, Cass. pen., Sez. V, 10/07/2020, n. 27264.

⁵² Cfr. AMBROSETTI, MEZZETTI, RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., 33; CASTELLANA, *L'equiparazione normativa degli autori di fatto agli autori di diritto per i reati del riscritto titolo XI, libro V c.c.*, in *Indice penale*, 2005, 1076 ss.; DI GIOVINE, *L'estensione delle qualifiche soggettive*, cit., 31 ss.; GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Torino, 2020, 49 ss.; MACCARI, *Art. 2639 cod. civ.*, cit., 220; MARRA, *Legalità ed effettività delle norme penali. La responsabilità dell'amministratore di fatto*, Torino, 2002, 160 ss.; LA SPINA, *Art. 2639 c.c. Estensione delle qualifiche soggettive*, cit., 350 ss.; MERENDA, *Esercizio dei poteri tipici e amministrazione di fatto nel nuovo diritto penale societario*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2004, 925 ss.; PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Milano, 2003, 121 ss.; MAZZACUVA, AMATI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 7; SEMINARA, *Diritto penale commerciale*, cit., 21 ss.; VENEZIANI, *Art. 2639 c.c.*, cit., 191.

⁵³ CASTELLANA, *L'equiparazione normativa degli autori di fatto agli autori di diritto per i reati del riscritto titolo XI, libro V c.c.*, cit., 481. V., altresì, LA SPINA, *Art. 2639 c.c. Estensione delle qualifiche soggettive*, cit., 351, il quale reputa che sia significativo il «potere che attiene al core business della società, ossia all'ambito qualificante del suo oggetto statutario o della effettiva attività qualificante».

A tal proposito, la prevalente dottrina⁵⁴ ritiene che non sia necessario, affinché la clausola di parificazione operi, che il soggetto di fatto svolga la totalità delle funzioni tipiche del corrispondente soggetto di diritto: l'esercizio continuativo e significativo di anche una sola di esse, eventualmente coordinata con altre, può legittimare l'equiparazione della situazione di fatto a quella di diritto.

Anche la giurisprudenza di legittimità si è, nel corso degli anni, più volte espressa in tal senso. Si ricorda, innanzitutto, una sentenza pronunciata nel 2003, l'anno successivo all'introduzione dell'art. 2639 c.c., in cui la Corte ha affermato che «in nessun modo, la norma postula (...) un esercizio di tutti i poteri propri dell'amministratore di diritto. Ed invero alcuni di tali poteri non potrebbero per definizione essere esercitati dall'amministratore di fatto, proprio per il difetto di formale investitura. Si pensi alla convocazione dell'assemblea o all'approvazione del progetto di bilancio da sottoporre all'assemblea stessa»; pertanto, «continuatività e significatività non comportano necessariamente l'esercizio di tutti i poteri propri dell'organo di gestione, come ben si evince dalla circostanza che anche nel caso di gestione da parte degli amministratori di diritto a carattere collegiale, i poteri gestori possono essere ripartiti in sede di distribuzione delle deleghe. E l'amministratore di diritto, anche nel caso di organo gestorio monocratico, non esercita sempre e continuativamente tutti i poteri che gli competono in virtù della carica, dipendendo il loro esercizio dalle concrete vicende di fatto relative alla vita della società e dalla durata del mandato»⁵⁵.

⁵⁴ Cfr. AMBROSETTI, MEZZETTI, RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., 33; ALESSANDRI, *I soggetti*, cit., 37; CERQUA, *L'amministratore di fatto nei reati fallimentari: brevi riflessioni*, in *Società*, 2008; 1303 ss.; CAPIROSSI, *Legem non curat praetor. Responsabilità civili e penali dell'amministratore di fatto*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2005, 755 ss.; CASTELLANA, *L'equiparazione normativa degli autori di fatto agli autori di diritto per i reati del riscritto titolo XI, libro V c.c.*, cit., 481 ss.; DI GIOVINE, *L'estensione delle qualifiche soggettive*, cit., 32; FOSSATI, *L'estensione delle qualifiche soggettive (art. 2639 c.c.)*, cit., 381 ss.; MORGANTE, *Art. 2639 – Estensione delle qualifiche soggettive*, cit., 551 ss.; ROSSI, (a cura di), *Reati societari*, Torino, 2005, 91; SANDRELLI, *Il soggetto "di fatto" nei reati societari e fallimentari e l'introduzione del "nuovo" art. 2639 cc*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2007, 1171 ss.; VENEZIANI, *Art. 2639 c.c.*, cit., 192.

⁵⁵ Testualmente, Cass. pen., Sez. V, 14/04/2003, n. 22413, in cui si specifica, altresì, che «la posizione dell'amministratore di fatto (...) va determinata con riferimento alle disposizioni civilistiche che, regolando l'attribuzione della qualifica di imprenditore e di amministratore di diritto, costituiscono la parte precettiva di norme che sono sanzionate dalla legge penale. La disciplina sostanziale si traduce, in via processuale, nell'accertamento di elementi sintomatici di gestione o cogestione della società, risultanti dall'organico inserimento del soggetto, quale *intraneus* che svolge funzioni gerarchiche e direttive, in qualsiasi momento dell'iter di organizzazione, produzione e commercializzazione dei beni e servizi, rapporti di lavoro con i dipendenti, rapporti materiali e

Si vuole accennare altresì ad una sentenza più recente, pronunciata nel 2019, in cui la Corte ribadisce che «ai fini della attribuzione ad un soggetto della qualifica di amministratore “di fatto” non occorre l'esercizio di “tutti” i poteri tipici dell'organo di gestione, purché risulti una significativa e continua attività gestoria, svolta cioè in modo non episodico od occasionale»⁵⁶.

Lo stesso orientamento è stato condiviso anche dalla giurisprudenza di merito. Si riporta di seguito, a titolo meramente esemplificativo, quanto esposto dai giudici della Corte d'Appello di Roma in una sentenza del 2017: «La nozione di amministratore di fatto di cui all'art. 2639 c.c. presuppone il continuativo e significativo esercizio dei poteri tipici inerenti alla qualifica o 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 o occasionale»⁵⁷.

La previsione dei due parametri della continuità e della significatività si presenta assolutamente in linea con l'impostazione fatta propria, in tema di amministratore di fatto, già precedentemente all'intervento normativo, dalla giurisprudenza di legittimità. Sebbene la maggior parte delle pronunce si limitasse, come già osservato, ad affermare la configurabilità della responsabilità penale dell'amministratore di fatto, senza specificarne i presupposti, si rinviene anche un numero esiguo di sentenze nelle quali i giudici di legittimità escludevano che potesse essere ritenuto amministratore colui il quale «si ingerisca comunque, genericamente o *una tantum* nell'attività sociale», esigendosi, al contrario,

negoziali con i finanziatori, fornitori e clienti, e in qualsiasi branca aziendale, produttiva, amministrativa, contrattuale, disciplinare. Trattasi di apprezzamento di fatto che è insindacabile in sede di legittimità, se sostenuto da motivazione congrua e logica».

⁵⁶ Testualmente, Cass. pen., Sez. III, 15/07/2019, n. 42147. Nello stesso senso, Cass. pen., Sez. V, 17/10/2005, n. 43388; Cass. pen., Sez. V, 13/04/2006, n. 19145; Cass. pen., Sez. V, 11/01/2008, n. 7203; Cass. pen., Sez. V, 02/03/2011, n. 15065; Cass. pen., Sez. III, 05/07/2012, n. 33385; Cass. pen., Sez. V, 15/03/2013, n. 51891; Cass. pen., Sez. V, 20/06/2013, n. 35346; Cass. pen., sez. V, 26/06/2013, n. 45671; Cass. pen., Sez. V, 09/06/2014, n. 24051; Cass. pen., Sez. V, 09/10/2014, n. 8864; Cass. pen., Sez. III, 19/12/2014, n. 22108; Cass. pen., Sez. V, 07/11/2016, n. 8385; Cass. pen., Sez. V, 05/12/2016, n. 547; Cass. pen., Sez. V, 17/06/2016, n. 41793; Cass. pen., Sez. V, 20/01/2017, n. 31906; Cass. pen., Sez. V, 03/11/2017, n. 54692.

⁵⁷ App. Roma, Sez. II, 17/01/2017, n. 184.

l'esercizio «in concreto e con un minimo di continuità» delle «funzioni proprie degli amministratori o di una di esse, coordinata con le altre»⁵⁸.

Tuttavia, il richiamo ai requisiti della continuità e della significatività risente maggiormente dell'influenza esercitata dalla giurisprudenza civile, la quale, pronunciandosi in materia di responsabilità per *mala gestio*, dopo anni di incertezze applicative, è giunta a riconoscere la figura dell'amministratore di fatto e, soprattutto, a delinearne i contorni. Si era, infatti, diffusa la tendenza a identificare la "misura" dell'intervento nella gestione della società da parte dell'amministratore di fatto, ponendo l'accento sul contenuto e sulla tipologia delle funzioni in grado di determinare l'assunzione della qualifica in capo al gestore di fatto. Specificamente, era stato affermato che, ai fini dell'applicazione delle norme che disciplinano la responsabilità degli amministratori «a coloro i quali si siano ingeriti nella gestione sociale in assenza di una qualsivoglia investitura da parte della società», «la individuazione della figura del cosiddetto "amministratore di fatto" presuppone che le funzioni gestorie svolte in via di fatto abbiano carattere sistematico e non si esauriscano, quindi, nel compimento di alcuni atti di natura eterogenea e ed occasionale»⁵⁹.

In conclusione, nonostante l'«estrema frammentarietà che ha ispirato il legislatore nella descrizione dei precetti»⁶⁰, la Rossi sostiene che la norma assolve al difficile

⁵⁸ Cass. pen., Sez. V, 08/10/1991, n. 1154. In particolare, tra le funzioni proprie degli amministratori, era annoverato, innanzitutto, «il controllo della gestione della società sotto il profilo contabile ed amministrativo». In secondo luogo, i giudici richiamavano la gestione con riguardo «sia all'organizzazione interna che all'attività esterna costituente l'oggetto della società; e in particolare, con riferimento ad entrambe, la formulazione di programmi, la selezione delle scelte e la emanazione delle necessarie direttive». Inoltre, nell'ambito dell'organizzazione interna, venivano ancora contemplati i «necessari poteri deliberativi i cui effetti si riflettono sull'attività esterna», mentre, quanto a quest'ultima, si alludeva alle «funzioni di rappresentanza».

⁵⁹ Così, Cass. civ., Sez. I, 14/09/1999, n. 9795. Ciò trovava un seguito anche nella giurisprudenza di merito, App. Milano, 09/12/1994: «Per assumere la qualifica di amministratore di fatto di una società di capitali non sono sufficienti singoli atti di intromissione nella gestione della società; occorre una ingerenza persistente e stabile che si estrinsechi nel ripetuto compimento di atti tipici dell'amministratore». In linea con la giurisprudenza civile si esprimeva la dottrina commercialista: v., più efficacemente, *ex multis*, ABRIANI, *Gli amministratori di fatto nelle società di capitali*, Milano, 1998, 223 ss.

⁶⁰ Così, DI GIOVINE, *L'estensione delle qualifiche soggettive*, cit., 31. Secondo l'opinione di MACCARI, *Art. 2639 cod. civ.*, cit., 217, il deficit di tassatività che caratterizza la descrizione «minimalista» dei tratti essenziali delle figure soggettive di fatto «è inevitabile in una formula destinata a ricomprendere aspetti estremamente vari sotto il profilo fenomenologico» e, in ogni caso, «i dubbi d'indeterminatezza possono essere fugati, invocando l'argomento del diritto vivente, cioè ricorrendo al consolidato orientamento giurisprudenziale, positivizzato nella stessa disposizione, che

compito di «delimitare i confini di una “logica” equiparazione tra soggetti di diritto e soggetti di fatto, attraverso obbligatorie valutazioni specifiche, diversificate ed individualizzate, di quantità e di qualità, con la buona prospettiva di evitarsi preoccupanti astrazioni presuntive dell’estensione in esame»⁶¹. Tuttavia, è stato anche osservato, in senso critico, dalla Di Giovine che «il divieto di analogia viene così formalmente rispettato attraverso l’espressa previsione delle qualifiche di fatto, ma nella sostanza risulta surrettiziamente aggirato mediante l’uso di parole dotate di un’area semantica ampia, definibile soltanto attraverso scelte valutative del giudice che invano cercherebbero un argine nella disciplina civilistica»⁶².

2.3. Riflessi pratici

Passando ad analizzare la rilevanza della seconda clausola di equiparazione nella sistematica dei reati societari previsti dal Titolo XI⁶³, si deve, innanzitutto, osservare che la parificazione normativa tra soggetti di fatto e soggetti diritto produce immediate conseguenze sul profilo della responsabilità concorsuale. Infatti, l’equiparazione in esame esige che il soggetto di fatto sia chiamato a rispondere penalmente non a titolo di concorso dell’*extraneus* nel reato proprio dell’intraneo, bensì quale diretto destinatario della fattispecie incriminatrice, come d’altronde già avveniva, in sede di applicazione giurisprudenziale⁶⁴, precedentemente all’introduzione dell’art. 2639 c.c. e, quindi, senza il supporto di

indica un livello di omogeneità interpretativa sufficiente a garantire il rispetto del principio di determinatezza-tassatività».

⁶¹ ROSSI, (a cura di), *Reati societari*, cit., 91. V., altresì, PALIERO, *Nasce il sistema delle soglie quantitative: pronto l’argine alle incriminazioni*, in *Guida al diritto*, 2002, 41, il quale ritiene che «tale ancoraggio a criteri, sia qualitativi (significatività e tipicità dei poteri), sia quantitativi (continuità nell’esercizio) delle condotte idonee a legittimare l’estensione delle qualifiche soggettive, dovrebbe rappresentare un’adeguata garanzia di certezza», fermo restando «l’accertamento rigoroso dei suddetti requisiti».

⁶² DI GIOVINE, *L’estensione delle qualifiche soggettive*, cit., 63. V., altresì, GULLO, *Il reato proprio*, cit., 234, secondo cui «si rimane pur sempre in presenza di una figura che, come da più parti osservato, non integra ovviamente un modello di tassatività, e che d’altronde risponde al tentativo di convogliare, per così dire, entro una schermatura penalistica i flussi applicativi, senza poter offrire, come è ovvio, particolari concessioni al profilo definitorio».

⁶³ Cfr., in argomento, DI GIOVINE, *L’estensione delle qualifiche soggettive*, cit.; GULLO, *Il reato proprio*, cit.; MACCARI, *Art. 2639 cod. civ.*, cit.; SEMINARA, *Diritto penale commerciale*, cit.; VENEZIANI, *Art. 2639 c.c.*

⁶⁴ Così, Cass. pen., Sez. V, 19/12/1986; Cass. Pen., Sez. V, 03/02/1987; Cass. pen., Sez. V, 25/02/1987; Cass. pen., Sez. V, 25/11/1987; Cass. pen., Sez. V, 06/09/1993; Cass. pen., Sez. V, 23/02/1995; Cass. pen., Sez. V, 17/01/1996.

un preciso dato normativo sul punto, sebbene la questione fosse in ogni caso controversa.

Tuttavia, come autorevolmente osservato dalla Rossi, «ciò non esclude il permanere operativo delle disposizioni penalistiche espressamente dettate per il paradigma “concorso dell’estraneo”, potendosi coinvolgere quali estranei soggetti che, ad esempio, si sono ingeriti solo nel compimento di determinati atti, con carenza di continuità e significatività, di esercizio funzionale»⁶⁵.

Condivide l’assunto, altresì, il Veneziani, il quale sottolinea ulteriormente che tale conclusione «scongiura i rischi di “vuoti di tutela”, che potrebbero derivare dalla impossibilità di considerare “soggetti di fatto”, equiparati ai soggetti formalmente qualificati *ex art. 2639 c.c.*, persone che si siano ingerite nelle funzioni societarie, o nel compimento di determinati atti, ma in maniera non sufficientemente continuativa e significativa, così da risultare in definitiva *extranei* alla luce dei suddetti parametri normativi»⁶⁶.

Allo stesso modo, può aversi un concorso del soggetto qualificato nel reato commesso dal soggetto di fatto. In questi casi, la giurisprudenza, però, come osservato nel Capitolo II, tende ad assecondare uno spropositato alleggerimento dell’onere probatorio, evitando di appurare l’effettiva conoscenza dell’altrui illecito da parte del titolare della qualifica. In particolare, la tendenza è quella di individuare un dolo eventuale consistente nella generica consapevolezza del reato e basato sull’omesso impedimento di quest’ultimo in violazione dell’obbligo *ex art. 2392 c.c.*

In diverse pronunce di legittimità, infatti, la Corte ha affermato il principio secondo cui «il prestanome che, accettando la carica ha anche accettato i rischi ad essa connessi, risponde comunque a titolo di dolo eventuale esponendosi alle conseguenze dell’operato dei gestori reali e dunque alla possibilità che questi pongano in essere, attraverso il paravento loro prestato con la carica ricoperta, attività non legali, in base alla posizione di garanzia di cui all’art. 2392 c.c., in forza

⁶⁵ ROSSI, (a cura di), *Reati societari*, cit., 89. Nello stesso senso, v. SEMINARA, *Diritto penale commerciale*, cit., 22 ss.

⁶⁶ VENEZIANI, *Art. 2639 c.c.*, cit., 194.

della quale l'amministratore deve conservare il patrimonio sociale ed impedire che si verifichino danni per la società e per i terzi»⁶⁷.

Ancora nell'ambito del concorso eventuale di persone nel reato, poi, con riferimento alla partecipazione omissiva *ex art. 40 cpv. c.p.*, il disposto normativo produce un ampliamento del novero dei soggetti garanti, riconoscendo la sussistenza in capo ai soggetti di fatto dell'obbligo di impedire la commissione di reati, ove le norme relative alla responsabilità dei corrispondenti soggetti di diritto prevedano il concretizzarsi del particolare potere/dovere giuridico di impedimento. In particolare, la Suprema Corte ha più volte affermato che «il soggetto che, ai sensi della disciplina dettata dall'art. 2639 c.c., assume la qualifica di amministratore “di fatto” della società fallita è da ritenere gravato dell'intera gamma dei doveri cui è soggetto l'amministratore “di diritto”, per cui, ove concorrano le altre condizioni di ordine oggettivo e soggettivo, egli assume la penale responsabilità per tutti i comportamenti penalmente rilevanti a lui addebitabili, tra i quali vanno ricomprese le condotte dell'amministratore “di diritto”, anche nel caso di colpevole e consapevole inerzia a fronte di tali condotte, in applicazione della regola di cui all'art. 40 c.p., comma 2»⁶⁸.

Tali ultime considerazioni della giurisprudenza di legittimità non sono condivise dal Seminara, il quale ritiene che il ragionamento della Corte poggi su una premessa errata, vale a dire la natura meramente dichiarativa dell'art. 2639 c.c., che permetterebbe di equiparare il soggetto di fatto a quello di diritto non solo sul piano della responsabilità commissiva, ma anche su quello della responsabilità omissiva. Tuttavia, l'Autore osserva che all'amministratore di fatto non sono applicabili interamente le regole rivolte agli amministratori qualificati, considerato che l'adempimento di alcuni obblighi presuppone necessariamente un'investitura, come nei casi della convocazione dell'assemblea e della redazione del bilancio. Pertanto,

⁶⁷ Cass. pen., Sez. III, 20/01/2017, n. 18924. Nello stesso senso, v. Cass. pen., Sez. III, 26/01/2006, n. 7208; Cass. pen., Sez. III, 06/04/2006, n. 22919; Cass. pen., Sez. III, 19/11/2013, n. 47110; Cass. pen., Sez. V, 28/05/2014, n. 44826; Cass. pen., Sez. V, 07/01/2015, n. 7332; Cass. pen., Sez. V, 21/01/2015, n. 10498; Cass. pen., Sez. III, 14/05/2015, n. 38780; Cass. pen., Sez. V, 12/05/2016, n. 47239.

⁶⁸ Cass. pen., Sez. V, 03/04/2013, n. 35249. Nello stesso senso, v. Cass. pen., Sez. V, 02/03/2011, n. 15065; Cass. pen., Sez. V, 20/05/2011, n. 39593; Cass. pen., Sez. III, 05/07/2012, n. 33385; Cass. pen., Sez. V, 03/07/2013, n. 35498; Cass. pen., Sez. III, 12/05/2016, n. 47239; Cass. pen., Sez. III, 20/01/2017, n. 18924.

l'equiparazione di cui al secondo inciso dell'art. 2639, co. 1, c.c. ha un valore costitutivo, «fondato sull'esercizio di poteri tipici e privo di potenzialità operative illimitate»⁶⁹.

Ancora, il Seminara, a sostegno della tesi che «tra la situazione di diritto e la situazione di fatto non sussiste una piena fungibilità», adduce che «mentre la posizione di garanzia dell'amministratore di diritto costituisce il riflesso *ex lege* della sua nomina, destinata a esplicare i propri effetti fino alla scadenza o alla revoca o alla rinuncia, quella dell'amministratore di fatto risulta subordinata alla ricorrenza di requisiti normativi legati alla situazione concreta, dalla quale scaturisce l'attribuzione della qualifica limitatamente al contesto temporale in cui il soggetto ha esercitato i poteri tipici con continuità e significatività»⁷⁰. Da ciò deriva che l'amministratore di diritto diventa garante, mediante l'investitura, dei beni che la legge attribuisce alla sua protezione, fino alla cessazione dell'ufficio; invece, l'amministratore di fatto risulta tale solo per determinati intervalli temporali, determinati dall'inizio dell'esercizio continuativo e significativo di poteri tipici e dalla fine, la quale può avvenire in qualsiasi momento, della sua attività.

Pertanto, considerato che «solo alla luce di un'integrale corrispondenza tra le due qualifiche, di diritto e di fatto, sarebbe possibile dedurre una medesimezza anche dei doveri di attivazione»⁷¹, la responsabilità omissiva dell'amministratore di fatto, secondo l'Autore, può configurarsi solo con riguardo alla situazione concreta ed attuale, sulla base dei reali poteri impeditivi del soggetto.

Infine, in tale quadro di interessanti risvolti dell'esecuzione plurisoggettiva eventuale, l'equiparazione di cui al secondo inciso dell'art. 2639 c.c. avvalorava quell'orientamento⁷², sviluppatosi in tempi antecedenti alla riforma del 2002, che ritiene configurabile la responsabilità penale concorrente del soggetto di fatto, sempre che sussistano i due requisiti richiesti dall'art. 2639 c.c., con il

⁶⁹ SEMINARA, *Diritto penale commerciale*, cit., 24. Analogamente, MARRA, *Legalità ed effettività delle norme penali. La responsabilità dell'amministratore di fatto*, Torino, 2002, 291 ss.; PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Milano, 2003, 124 ss.

⁷⁰ SEMINARA, *Diritto penale commerciale*, cit., 24.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² Cfr., in argomento, DI GIOVINE, *L'estensione delle qualifiche soggettive*, cit.; GULLO, *Il reato proprio*, cit.; MACCARI, *Art. 2639 cod. civ.*, cit.; VENEZIANI, *Art. 2639 c.c.*, cit.

corrispondente soggetto di diritto, il quale sia, ovviamente, “operativo”, considerando possibile che l’esercizio di fatto delle funzioni venga in rilievo anche con la contemporanea presenza di un titolare formale. Si è addirittura sostenuta la possibilità di affermare che «attentamente valutata la presenza dei doverosi requisiti oggettivi e soggettivi, anche il soggetto di fatto che continuativamente e significativamente, ma in modo indiretto, coordinasse, in un contesto più pregnante e decisionale della semplice consulenza, le attività di soggetti di diritto, condizionandoli nelle scelte gestionali, loro solo formalmente affidate in apparente autonomia, potrebbe rientrare nella sfera di vigenza della equiparazione qui al vaglio»⁷³.

Secondo altro orientamento, invece, l’amministratore di fatto può essere ritenuto responsabile penalmente per la violazione di doveri inerenti all’attività gestoria solo qualora sia provata l’estraneità alla gestione sociale del legale rappresentante. In particolare, il Musco spiega che «se il rappresentante legale esplica funzioni gestionali, non è configurabile l’amministratore di fatto, pur potendosi avere gestione di fatto in relazione a singole 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»⁷⁴. Nell’opposta ottica del Veneziani, tale ultima impostazione muove dal dato di comune esperienza, secondo il quale tanto più l’amministratore di diritto ed, in generale, i soggetti investiti della qualifica formale svolgono effettivamente i compiti affidati loro dalla legge, tanto meno potrà residuare spazio per affermare che altri eserciti di fatto i corrispondenti poteri tipici, soprattutto «in modo continuativo e significativo», come richiede l’art. 2639 c.c. riducendo il novero dei casi in cui un soggetto privo di qualifica formale possa essere considerato amministratore di fatto, sindaco di fatto, ecc.; inversamente, tanto più il soggetto formalmente qualificato svolge il ruolo di “prestanome”, tanto meno potrà negarsi che altri sia il “vero” amministratore, o direttore generale, ecc.⁷⁵

⁷³ ROSSI, (a cura di), *Reati societari*, cit., 90.

⁷⁴ MUSCO, *I nuovi reati societari*, Milano, 2007, 16.

⁷⁵ VENEZIANI, *Art. 2639 c.c.*, cit., 197. Condividono tali considerazioni CASTELLANA, *L’equiparazione normativa degli autori di fatto agli autori di diritto per i reati del riscritto titolo XI, libro V c.c.*, cit.; LA SPINA, *Art. 2639 c.c. Estensione delle qualifiche soggettive*, cit., 355.

Tuttavia, l'insigne Autore sostiene che la nuova tipizzazione del soggetto di fatto, come formulata nell'art. 2639 c.c., non sia tale da ostacolare in astratto la coesistenza di soggetti di fatto e di diritto, «i quali, vuoi in tempi successivi, vuoi anche contemporaneamente, esercitino in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione, ovvero, rispettivamente, vadano oltre una investitura o una titolarità solo formale della qualifica o della funzione civilistica. Per esempio, il dato che in una certa società operi un amministratore di fatto non esclude di per sé che il soggetto che formalmente ricopre la carica di amministratore mantenga tale qualifica soggettiva, rilevante ai fini penali (e viceversa)». In conclusione, «come possono esservi più amministratori di diritto, pare altrettanto possibile la coesistenza fra amministratori di diritto e amministratori di fatto, o anche fra più amministratori di fatto. Essi potranno quindi tutti concorrere nel reato societario proprio, quali “intraanei”»⁷⁶.

Nello stesso senso si sono pronunciati più volte i giudici di legittimità, asserendo che, come «l'esistenza di un amministratore di diritto che esercita i poteri a lui spettanti non esclude affatto che altri compiano atti di amministrazione in via di fatto, in ipotesi impartendo a chi sia titolare di una carica formale le direttive cui attenersi nella gestione»⁷⁷, allo stesso modo «la previsione di cui all'art. 2639 c.c., non esclude che l'esercizio dei poteri o delle funzioni dell'amministratore di fatto possa verificarsi in concomitanza con l'esplicazione dell'attività di altri soggetti di diritto, i quali, in tempi successivi o anche contemporaneamente, esercitino in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione»⁷⁸.

⁷⁶ VENEZIANI, *Art. 2639 c.c.*, cit., 198. Nello stesso senso, MACCARI, *Art. 2639 cod. civ.*, cit., 221, la quale, a sostegno della tesi secondo cui l'equiparazione in esame non svolge la funzione di escludere, *ipso iure*, la responsabilità dei soggetti che rivestono le qualifiche formali, adduce che «tra i requisiti minimi delle figure soggettive “di fatto” non è stata recepita la condizione, frequentemente richiamata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, della posizione di autonomia decisionale dei soggetti “di fatto” rispetto ai soggetti *pleno iure*», per cui «dalla discrasia tra *ius positum* e diritto vivente si può dedurre che tale presupposto è irrilevante, e quindi la figura dell'amministratore “di fatto” può configurarsi tanto se questi abbia agito in posizione subordinata ai soggetti formalmente investiti, quanto se abbia agito in posizione integralmente sostitutiva». Al contrario, «l'introduzione del requisito dell'autonomia decisionale avrebbe limitato la possibilità di estendere la responsabilità penale ai soli casi in cui il soggetto “di fatto” si sia integralmente sostituito al soggetto *pleno iure*, rimasto estraneo all'attività concretamente realizzata». V., concordemente, altresì, LA SPINA, *Art. 2639 c.c. Estensione delle qualifiche soggettive*, cit., 355.

⁷⁷ Cass. pen., Sez. V, 15/03/2013, n. 51891.

⁷⁸ Cass. pen., Sez. V, 02/03/2011, n. 15065. Nello stesso senso, Cass. pen., Sez. V, 22/11/2007, n. 46962.

3. L'ambito di operatività

3.1. Premessa

Come si è visto, a differenza della previsione del secondo comma, genericamente riferita alle «disposizioni sanzionatorie relative agli amministratori», l'art. 2639 c.c. limita l'applicazione delle clausole di equiparazione di cui al primo comma alle fattispecie penali contemplate dal Titolo XI, del Libro V, del codice civile.

Sebbene il tenore letterale della norma conduca a ritenere che non vi siano dubbi circa la portata applicativa delle due estensioni soggettive, dottrina e giurisprudenza sono state, e sono tutt'oggi, protagoniste di un ampio dibattito, volto a determinare se tale restrittiva interpretazione possa essere superata, al fine di ritenere l'art. 2639, co. 1, c.c. operante non solo in tema di reati societari, ma anche in relazione alle altre norme incriminatrici, altrove collocate. Ci si riferisce, in particolare, ai reati fallimentari previsti, per l'appunto, dalla Legge fallimentare di cui al R.D. 16 marzo 1942, n. 267, ma anche a quei reati tributari, elencati dal d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, destinati a sanzionare la violazione di obblighi facenti capo all'amministratore della società⁷⁹, ai reati bancari, contemplati dal Testo unico bancario di cui al d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, ed ancora, agli illeciti depenalizzati-amministrativi propri, facenti parte o meno del titolo in parola.

Per tali fattispecie criminose, collocate al di fuori del Titolo richiamato dall'art. 2639, co. 1, c.c., pertanto, sussiste il dubbio circa l'eventuale ampliamento del novero dei soggetti attivi, rispettivamente, a «chi è tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata», ai sensi del primo inciso, ed a «chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione», ai sensi del secondo.

Tuttavia, la questione non interessa tanto la prima parte della norma, bensì la seconda, inerente ai soggetti di fatto. Quanto alla clausola di equiparazione iniziale, infatti, soccorre il già menzionato art. 223-*septies*, disp. att. cod. civ., introdotto dalla riforma del diritto societario, avvenuta con il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6. Ai

⁷⁹ Ad esempio, tra gli altri, il reato di omessa presentazione della dichiarazione annuale in tema di imposte dirette, o di IVA, in presenza di un ammontare di imposta evasa superiore alla soglia legale di punibilità, di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 74/2000.

sensi del secondo comma del citato articolo, fermo restando il divieto di analogia *in malam partem*, costituzionalizzato all'art. 25, co. 2, Cost., «ogni riferimento al collegio sindacale o ai sindaci presente nelle leggi speciali è da intendersi effettuato anche al consiglio di sorveglianza e al comitato per il controllo sulla gestione o ai loro componenti, ove compatibile con le specificità di tali organi». Come è stato autorevolmente sostenuto⁸⁰ con riguardo al primo comma della stessa norma, di cui si è trattato in precedenza, si è ritenuto⁸¹ che la formula di cui al secondo operi per tutte le disposizioni presenti nelle leggi speciali, purché compatibili, e, quindi, ricomprenda altresì le disposizioni penali, con la conseguenza di risolvere positivamente la *querelle* circa l'estensione della prima equiparazione soggettiva al di fuori dei limiti segnati dall'art. 2639, co. 1, c.c.

Il medesimo ragionamento non può applicarsi con riferimento ai soggetti equiparabili agli amministratori, dato il loro mancato richiamo nell'art. 223-septies, co. 2, disp. att. cod. civ., e la tassatività dell'estensione soggettiva alle fattispecie penali di cui al Titolo XI, operata dall'art. 2639, co. 1, c.c. Ciò determina incertezza soprattutto nell'ambito del diritto penale fallimentare con riguardo a quelle ipotesi di reato realizzabili dagli amministratori, «quali soggetti espressamente inseriti nei preamboli soggettivi, ove», secondo la Rossi, «potrebbero risultare considerati e trattati diversamente amministratori e soggetti “equivalenti”, stante, appunto, la mancanza di un “ponte di collegamento” del tenore di quello avanti indicato tra sindaci e componenti del consiglio di sorveglianza e componenti del comitato di controllo sulla gestione»⁸².

Come accennato, ciò che rileva, ai fini della presente trattazione, è, tuttavia, il dibattito circa l'eventuale ampliamento del novero dei soggetti attivi, in relazione alle fattispecie incriminatrici collocate al di fuori del Titolo XI, a colui che, di fatto, svolga le medesime funzioni riconosciute dalla legge alla corrispondente figura di

⁸⁰ Cfr., nel senso di ritenere che il primo comma trovi applicazione con riguardo a tutte le disposizioni di cui al codice civile, purché compatibili, e, quindi, espliciti i suoi effetti anche nei confronti delle norme penali, ROSSI, (a cura di), *Reati societari*, cit., 87; ID., *Reati ed illeciti amministrativi in materia societaria, finanziaria e bancaria*, cit., 75; GIUNTA, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, cit., 155 ss.; SEMINARA, *Diritto penale commerciale*, cit., 17.

⁸¹ Cfr. ROSSI, (a cura di), cit., 98; ID., *Reati ed illeciti amministrativi*, cit., 92; LA SPINA, *Art. 2639 c.c. Estensione delle qualifiche soggettive*, cit., 364.

⁸² ROSSI, (a cura di), *Reati societari*, cit., 99. V., altresì, ID., *Reati ed illeciti amministrativi in materia societaria, finanziaria e bancaria*, cit., 93.

diritto, ai sensi della seconda clausola di equiparazione. Infatti, sebbene la presa di posizione del legislatore in tema di amministratore di fatto risolva la disputa tra fautori della teoria formale e fautori della teoria sostanziale, non può dirsi che tutte le problematiche relative a tale materia siano completamente risolte.

3.2. I reati fallimentari

Nel settore del diritto penale fallimentare, nonostante la presenza di un orientamento interpretativo minoritario, il quale ritiene che l'estensione dell'equiparazione tra soggetti di fatto e soggetti di diritto implicherebbe una violazione del divieto di analogia *in malam partem* in quanto il legislatore ha positivizzato la parificazione espressamente con riferimento solo ai reati societari, la dottrina prevalente, in sintonia con l'unanime indirizzo giurisprudenziale, sostiene la soluzione positiva della problematica, argomentando che l'art. 2639, co. 1, c.c. costituisce una disposizione avente funzione definitoria, nel senso di determinare i limiti di rilevanza della figura di fatto ai fini della responsabilità penale, e non prettamente incriminatrice, limitandosi a recepire quanto già fatto proprio dalla giurisprudenza in diversi settori dell'ordinamento. In particolare, secondo l'impostazione prevalente⁸³, l'art. 2639 c.c. rappresenta una regola di sistema, ovvero una norma di principio, avente portata generale e non limitata soltanto ai reati societari⁸⁴.

⁸³ Cfr. AMBROSETTI, MEZZETTI, RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., 31 ss.; CAPIROSSI, *Legem non curat praetor. Responsabilità civili e penali dell'amministratore di fatto*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2005, 755 ss.; FOFFANI, *Art. 2639 c.c.*, cit., 1921 ss.; GIUNTA, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, cit., 155 ss.; LANZI, *La "nuova" bancarotta societaria*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2002, 813 ss.; PALLADINO, *L'amministratore di fatto tra reati fallimentari e reati societari*, in *Cassazione penale*, 2005, 3088 ss.; ROSSI, (a cura di), *Reati societari*, cit., 102 ss.; ID., *Reati ed illeciti amministrativi in materia societaria, finanziaria e bancaria*, cit., 96 ss.; SANDRELLI, *Il soggetto "di fatto" nei reati societari e fallimentari e l'introduzione del "nuovo" art. 2639 cc.*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2007, 1171 ss.; SCHIAVANO, *La nuova bancarotta fraudolenta societaria*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2003 A sostegno della tesi estensiva, Schiavano ha addotto che, in generale, la disciplina penale del 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»; VENEZIANI, *Art. 2639 c.c.*, cit., 200 ss.; VENEZIANI, *Art. 2639*, in BONFANTE, CORAPI, DE ANGELIS, NAPOLEONI, RONDORF, SALAFIA, (a cura di), *Codice commentato delle società*, Milano, 2011, 2707 ss.

⁸⁴ V. AMBROSETTI, MEZZETTI, RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., 31, in cui si legge che «la disposizione appare come una "norma di principio" di tutto il sistema che potrebbe essere estesa pure a settori diversi dal penale societario, nonostante l'indicazione espressa contraria».

La disposizione fissa, quindi, dei criteri che «possono essere considerati canoni interpretativi cui l'interprete dovrà attenersi, in via generale, al fine di evitare ingiustificate disparità di trattamento»⁸⁵ tra i vari settori dell'ordinamento. In altri termini, su tali regole l'interprete dovrà fondare il proprio giudizio di responsabilità penale per determinare se il soggetto di fatto sia o meno legittimato alla realizzazione del reato proprio, anche al di là del Titolo XI, del Libro V, del codice civile. Siffatto orientamento permette, così, di superare l'ostacolo costituito dal divieto di analogia in materia penale, negando in origine l'esistenza di una lacuna, e di evitare la disparità di trattamento e il difetto di ragionevolezza che deriverebbero dall'accoglimento dell'opposta soluzione⁸⁶.

In più, l'estensione dell'equiparazione soggettiva al settore fallimentare consente di ancorare, anche in questa materia, il giudizio di responsabilità penale dell'amministratore di fatto a criteri prestabiliti ed uniformi rispetto all'area societaria, scongiurando violazioni dell'art. 3 della Costituzione, il quale enuncia il principio di uguaglianza, e lesioni del principio di determinatezza e tassatività delle fattispecie penali⁸⁷.

È stato, infatti, osservato dal Veneziani che «qualora, in settori differenti da quello penale societario, venisse riconosciuta la qualifica di intraneo al soggetto che si è ingerito in modo non continuativo, o non significativo, nell'esercizio dei poteri tipici, inerenti alla qualifica o alla funzione, potrebbe da ciò derivare una disparità di trattamento priva di una ragionevole giustificazione: ciò soprattutto nella prospettiva omissiva, in cui il soggetto privo della qualifica formale verrebbe ad essere caricato di una posizione di garanzia "ad ampio spettro", anche in assenza di quel carattere "continuativo" e "significativo" dell'esercizio dei poteri cui fa riferimento l'art. 2639, co. 1, c.c.»⁸⁸.

⁸⁵ Testualmente, PALLADINO, *L'amministratore di fatto tra reati fallimentari e reati societari*, cit., 3088.

⁸⁶ In argomento, v. VENEZIANI, *Art. 2639*, cit., 2707.

⁸⁷ Sul punto, cfr. CERQUA, *L'amministratore di fatto nei reati fallimentari: brevi riflessioni*, in *Società*, 2008; GULLO, *Amministratore di diritto, amministratore di fatto e bancarotta documentale*, in *Il corriere del merito*, 2005; TETTO, *Gli evanescenti profili di responsabilità penale dell'amministratore di fatto di società di persone dichiarata fallita*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2010.

⁸⁸ VENEZIANI, *Art. 2639 c.c.*, cit., 200.

A ben guardare, la figura dell'amministratore di fatto ha storicamente trovato fondamento nel settore dei reati fallimentari, in cui più di frequente veniva utilizzato lo schermo protettivo della mancanza della qualifica formale per sfuggire alle conseguenti responsabilità penali, e, partendo da questo presupposto, la giurisprudenza di legittimità⁸⁹ ha reputato che, una volta che la figura sia stata riconosciuta con riferimento agli illeciti penali societari, sarebbe paradossale escluderne l'applicazione per quelle fattispecie criminose in cui la stessa ha trovato origine. In più, tale mancato ampliamento determinerebbe un'evidente disparità di trattamento rispetto a situazioni omogenee, che, invece, verrebbero disciplinate secondo regole diverse.

Così, la Cassazione ha affermato che «l'art. 2639 c.c., nella formulazione introdotta dall'art. 1 d.lgs. 11 aprile 2002 n. 61, lungi da contraddire il precedente consolidato orientamento giurisprudenziale, secondo cui anche l'amministratore di fatto della società fallita poteva rispondere dei fatti di bancarotta fraudolenta 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», e ciò in quanto la formulazione dell'art. 2639 c.c. «conferma l'indirizzo giurisprudenziale sulla responsabilità penale degli amministratori di fatto in campo societario, ma certamente non esclude una analoga responsabilità in materia fallimentare, che è settore diverso, dotato di autonoma disciplina, suscettibile, quindi, di autonoma interpretazione»⁹⁰.

⁸⁹ Cfr., tra le tante, Cass. pen., Sez. V, 05/06/2003, n. 36630; Cass. pen., Sez. V, 17/10/2005, n. 43388; Cass. pen., Sez. V, 13/04/2006, n. 19145; Cass. pen., Sez. V, 12/05/2006, n. 18464; Cass. pen., Sez. V, 11/01/2008, n. 7203; Cass. pen., Sez. V, 17/12/2008, n. 1137; Cass. pen., Sez. V, 12/02/2013, n. 27993.

⁹⁰ Cass. pen., Sez. V, 05/06/2003, n. 36630. Tuttavia, in giurisprudenza, vi sono altresì alcune sparute pronunce a favore dell'interpretazione più letterale. Ad esempio, si veda Cass. pen., Sez. V, 20/06/2012, n. 39535: «la nozione di amministratore di fatto è oggi determinata normativamente, in base alla L. n. 61 del 2002, che la ha limitata ai soli reati societari, atteso che l'art. 2639 c.c. si riferisce ai "reati previsti dal presente titolo". Continuare, dunque, a ritenere sussistente questa figura con riferimento ai reati fallimentari costituisce un'indebita applicazione di analogia *in malam partem*, non consentita nel diritto penale», in ogni caso, «ciò non implica che, in tema di delitti di bancarotta, il soggetto attivo non possa più essere anche l'amministratore di fatto. Vale a dire: nell'ambito dei reati societari, la figura dell'amministratore di fatto è normativamente delineata dall'art. 2639 c.c.; nell'ambito dei reati fallimentari, anche in ossequio all'istituto del concorso nel reato proprio, la figura dell'amministratore di fatto continua a essere quella individuata dalla giurisprudenza. Vale poi la pena di notare che la descrizione normativa di tale figura di autore (nel cc) costituisce la ricezione del prodotto dell'elaborazione giurisprudenziale. D'altronde la

Servendosi dei criteri indicati dall'art. 2639, co 1, c.c., nei giudizi di responsabilità penale, i giudici di legittimità hanno sostenuto 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 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 i terzi»⁹¹.

Conformemente, nella giurisprudenza di merito è stato osservato che «in materia di reati fallimentari è applicabile in via analogica la l. n. 61 del 2002 che ha previsto espressamente con riferimento ai reati societari che "è amministratore di fatto colui che esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o funzione"»⁹².

È stato sostenuto, inoltre, che la mancata espressa estensione della clausola di equiparazione in discorso agli altri settori dell'ordinamento è da imputare ad un'omissione del legislatore delegato. Infatti, la legge delega del 3 ottobre 2001, n. 366, da cui è derivata l'introduzione dell'art. 2639 c.c., non aveva previsto che l'assimilazione del soggetto di fatto al soggetto di diritto dovesse essere limitata alla categoria dei reati societari, ma che dovesse essere uno dei principi cardine cui si sarebbe ispirata «la riforma della disciplina penale delle società commerciali e delle materie connesse»⁹³. Il legislatore delegato ha, invece, operato diversamente,

giurisprudenza di legittimità (posteriore alla ricordata modifica della legge civile) non ha mai dubitato che, in tema di reati fallimentari, l'amministratore di fatto della società fallita è da ritenere gravato dell'intera gamma dei doveri cui è soggetto l'amministratore "di diritto", per cui, ove concorrano le altre condizioni di ordine oggettivo e soggettivo, egli assume la penale responsabilità per tutti i comportamenti penalmente rilevanti a lui addebitabili».

⁹¹ Cass. pen., Sez. V, 12/02/2013, n. 27993. Per altre pronunce di legittimità in cui sono stati applicati i criteri determinati dall'art. 2639, co. 1, c.c., con riguardo ai reati fallimentari, cfr. Cass. pen., Sez. V, 14/04/2003, n. 22413; Cass. pen., Sez. V, 13/10/2009, n. 43046; Cass. pen., Sez. V, 19/02/2010, n. 19049.

⁹² Trib. Milano, 27/05/2006. Allo stesso modo, v. Trib. Modena, 19/07/2005, n. 35: «anche l'amministratore di fatto, che si sia effettivamente e continuativamente ingerito nella gestione sociale, può essere incriminato per bancarotta fraudolenta documentale».

⁹³ Testualmente, art. 11, co. 1, Legge n. 366/2001, la cui lett. e contemplava fra tali principi il «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 delle norme riguardanti i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, le

riferendo la nuova norma agli illeciti penali contenuti nel Titolo XI del Libro V del codice civile.

I sostenitori dell'impostazione più restrittiva⁹⁴, al contrario, sottolineano la necessità di negare la configurabilità della figura dell'amministratore di fatto in tema di reati fallimentari, e perciò al di là dei confini legali segnati dalla lettera dell'art. 2639, co. 1, c.c., in virtù di un'interpretazione tassativa della disposizione civilistica in discorso, da leggere quale espressione della volontà del legislatore di attribuire rilevanza alle figure di fatto solo nell'ambito dei reati di cui al Titolo XI, e non al di fuori di esso.

In particolare, il Manna afferma che «l'atteggiamento della giurisprudenza finisce per dar luogo non ad una semplice interpretazione estensiva, bensì ad una vera e propria analogia *in malam partem*, laddove argomenta sulla base dell'identità di *ratio* fra i due diversi ambiti societario e fallimentare»⁹⁵. In più, l'Autore ritiene che tale conclusione non sia smentita dagli argomenti invocati dalla dottrina contraria, secondo cui l'art. 2639 c.c. detterebbe un principio di ordine generale, volto a definire la figura dell'amministratore di fatto ai fini della legge penale. Infatti, anche tale soluzione si risolverebbe in un'interpretazione analogica *in malam partem*, in quanto la disposizione in commento esordisce con la clausola «per i reati previsti dal presente titolo», ovvero il Titolo XI, contenente i reati societari, che è «formulazione ben più precisa e delimitata»⁹⁶ rispetto a quella prevista, per esempio, dal già ricordato art. 357 c.p., il quale fornisce la nozione di pubblico ufficiale esordendo con la locuzione «agli effetti della legge penale».

È, inoltre, addotto a sostegno dell'interpretazione letterale e restrittiva l'argomento dell'*ubi lex voluit, dixit*: qualora il legislatore non avesse voluto limitare la portata applicativa della clausola di equiparazione in commento, non avrebbe specificato

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».

⁹⁴ Cfr. CARACCIOLI, *Sul continuo allargamento della figura dell'"amministratore di fatto"*, in *Impresa*, 2005, 504; IZZO, *L'amministratore di fatto risponde dell'occultamento o distruzione dei documenti contabili*, in *Il fisco*, 2004; GALASSO, *Schermo societario fittizio? Sussiste la bancarotta documentale dell'amministratore di fatto*, in *Diritto e giustizia*, 2013; GIUNTA, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, cit., 156 ss.; MANNA, (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, cit., 44; MAZZACUVA, AMATI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 9; MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., 16 ss.

⁹⁵ MANNA, (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, cit., 45.

⁹⁶ *Ibidem*.

la sua operatività con riferimento ad un'unica materia, qual è quella dei reati societari, previsti dal Titolo XI, del Libro V, del codice civile⁹⁷.

3.3. I reati tributari

Per quanto riguarda la materia tributaria, bisogna innanzitutto evidenziare che il legislatore di settore, già da prima della riforma del 2002, la quale ha introdotto l'art. 2639 c.c., riconosce la figura dell'amministratore di fatto in due norme.

In primo luogo, l'art. 62 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 attribuisce, ai fini penali, la rappresentanza delle persone giuridiche, allorché non sia determinabile secondo la legge civile, «alle persone che ne hanno l'amministrazione anche di fatto».

In secondo luogo, l'art. 1, co. 4, del d.P.R. 22 luglio 1998, n. 322 prevede espressamente che, in tema di redazione e sottoscrizione delle dichiarazioni in materia di imposte sui redditi e di I.R.A.P., «la dichiarazione dei soggetti diversi dalle persone fisiche è sottoscritta, a pena di nullità, dal rappresentante legale, e in mancanza da chi ne ha l'amministrazione anche di fatto, o da un rappresentante negoziale».

Ancora, occorre notare che l'art. 1, lett. e), del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, come modificato successivamente alla riforma del 2002, indica quale responsabile dei reati ivi previsti «chi agisce in qualità di amministratore, liquidatore o rappresentante di società, enti o persone fisiche», senza operare alcun riferimento alla formale investitura di tali soggetti.

Pertanto, alla luce dell'indicato dato normativo, è stato sostenuto, dalla dottrina maggioritaria⁹⁸, che sia pienamente possibile una generalizzata estensione della seconda formula di equiparazione di cui all'art. 2639, co. 1, c.c. al di fuori dei confini espressamente tracciati e, in particolare, nel settore tributario, in quanto i parametri della continuità e significatività, richiamati dalla norma, operano come

⁹⁷ V., su questo specifico punto, MAZZACUVA, AMATI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 9.

⁹⁸ Cfr. BERSANI, "Amministratore di fatto" e reati tributari, in *Il fisco*, 2005; BIANCONI, *Commento all'art. 2639 cc*, in *Leggi penali complementari*, a cura di PADOVANI, Milano, 2007; LA SPINA, *Art. 2639 c.c. Estensione delle qualifiche soggettive*, cit.; MAZZACUVA, AMATI, *Diritto penale dell'economia*, cit.

clausole generali volte semplicemente a identificare, in via generale, le figure di fatto.

Conformemente si è espressa la giurisprudenza prevalente⁹⁹, soprattutto in materia di illeciti penali a danno dell'Erario, reputando il soggetto che di fatto esercita attività di gestione di una società gravato di tutti gli obblighi, e, quindi, anche di quelli tributari, che incombono sugli amministratori. In particolare, i giudici di legittimità riconoscono che «il reato di omessa presentazione della dichiarazione dei redditi, previsto dall'art. 5, d.lgs. n. 74 del 2000, è addebitabile, nel caso di redditi conseguiti da organismi societari, non solo all'amministratore di diritto, formalmente tenuto all'incombente in questione, ma anche al soggetto al quale sia riconoscibile il ruolo di amministratore di fatto»¹⁰⁰.

L'indirizzo interpretativo minoritario¹⁰¹, invece, si fonda sulla necessità di tenere in considerazione le peculiarità del settore in discussione. In particolare, è stato notato che il regime di responsabilità penale del soggetto di fatto sarebbe diverso a causa di ragioni strutturali interne all'obbligazione tributaria. Quest'ultima è, infatti, personale e può far capo esclusivamente al titolare legale della funzione. A conferma di tale conclusione si argomenta che la giurisprudenza non ritiene, invero, delegabili i relativi adempimenti, diversamente da tutti gli altri settori del diritto penale commerciale.

Pertanto, la responsabilità penale dell'amministratore di fatto per i reati tributari sarebbe permessa dal legislatore soltanto in ipotesi eccezionali, come quelle in cui manchi (art. 1, co. 4, d.P.R. n. 322/1998), o non possa essere identificato l'amministratore di diritto (art. 62, d.P.R. n. 600/1973). Infine, secondo il Caraccioli¹⁰², la responsabilità penale dell'amministratore di fatto, laddove sia ammessa, non potendo essere assoggettata ai criteri enunciati dall'art. 2639, co 1, c.c., i quali possono trovare applicazione solo nella materia dei reati societari,

⁹⁹ Cfr. Cass. pen., Sez. III, 28/04/2011, n. 23425; Cass. pen., Sez. III, 05/07/2012, n. 33385; Cass. pen., Sez. III, 27/03/2013, n. 25809; Cass. pen., Sez. III, 14/05/2015, n. 38780.

¹⁰⁰ Testualmente, Cass. pen., Sez. III, 14/05/2015, n. 38780.

¹⁰¹ V., tra gli altri, CARACCIOLI, *Reati societari e fiscali*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2012; CARACCIOLI, *Sul problema della responsabilità degli "amministratori di fatto" nei reati tributari*, in *Rivista di diritto tributario*, 2013.

¹⁰² CARACCIOLI, *Sul problema della responsabilità degli "amministratori di fatto" nei reati tributari*, cit.

seguirebbe i principi enunciati dalla giurisprudenza precedentemente all'entrata in vigore della riforma del 2002.

3.4. I reati bancari

Fino all'emanazione del d.lgs. 6 febbraio 2004, n. 37, la problematica relativa all'eventuale estensione della seconda equiparazione soggettiva al di là dei limiti segnati dall'art. 2639, co. 1, c.c., e rappresentati dai reati di cui al Titolo XI, sembrava presentarsi, seppur in maniera differente, altresì all'interno del diritto penale bancario.

Mediante un'interpretazione estensiva della formula «soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo», utilizzata dal legislatore del 2003 per l'imputazione delle fattispecie incriminatrici rilevanti in questo settore, era considerato possibile¹⁰³ ricomprendere sotto la sua egida altresì le soggettività di fatto.

Era stata anche sostenuta dalla Rossi la possibilità di optare per «la doverosa nuova prevalenza della più garantistica indicazione di cui al codice civile sulla generica formulazione assunta nel diritto penale bancario, con il conseguente accertamento preciso della significatività e della continuità dell'esercizio delle funzioni allorquando appunto si volesse addivenire all'equiparazione di responsabilità tra soggetti di diritto e di fatto»¹⁰⁴. Ugualmente, nell'ambito di un'interpretazione analogica *in bonam partem*, sembrava corretto «subordinare anche per le altre fattispecie bancarie caratterizzate dalla formula in esame la relativa ascrizione ai soggetti di fatto alla verifica concreta della presenza degli indici “di qualità” e “di quantità” introdotti dall'art. 2639, co. 1, c.c. in riferimento alla riforma del diritto penale delle società»¹⁰⁵.

Adesso, il nuovo testo dell'art. 135 del d.lgs. n. 385/1993, come modificato dal d.lgs. n. 37/2004, prevedendo che «le disposizioni contenute nel Titolo XI del Libro V del codice civile si applicano a chi svolge funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso banche, anche se non costituite in forma societaria», risolve

¹⁰³ ROSSI, (a cura di), *Reati societari*, cit., 99. V., altresì, ID., *Reati ed illeciti amministrativi in materia societaria, finanziaria e bancaria*, cit., 93.

¹⁰⁴ ROSSI, (a cura di), *Reati societari*, cit., 100.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

espressamente e positivamente il dubbio relativo alla possibilità di ascrivere tutte le fattispecie di reati rilevanti in materia bancaria anche alle figure di fatto, servendosi del ponte di collegamento costituito dalla seconda equiparazione di cui al primo comma dell'art. 2639 c.c., quale norma, più garantista, contenuta nel Titolo XI e, quindi, a pieno titolo applicabile nel settore bancario¹⁰⁶.

3.5. Gli illeciti amministrativi

Infine, sembra utile fare un cenno alla questione dell'applicabilità dell'equiparazione soggettiva tra figure di fatto e figure di diritto, di cui all'art. 2639, co. 1, c.c., nei confronti degli illeciti depenalizzati-amministrativi propri, presenti o meno nel Titolo XI, i quali individuano i soggetti attivi mediante qualificazioni formali-civilistiche.

La Rossi, anche in questo settore, richiama il già citato art. 223-*septies*, disp. att. cod. civ., introdotto dalla riforma del diritto societario, avvenuta con il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, posto che, per quanto riguarda gli illeciti amministrativi di cui al codice civile (art. 2625, co. 1, art. 2630 e art. 2631 c.c.) «si trova una precisa connessione nel primo comma tra i soggetti “classici” e la globalità delle nuove qualifiche soggettive»¹⁰⁷. Infatti, si vuole ricordare che il primo comma prevede che «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 del comitato per il controllo sulla gestione, per le società che abbiano adottato il sistema monistico».

Il secondo comma, invece, statuisce che «ogni riferimento al collegio sindacale o ai sindaci presente nelle leggi speciali è da intendersi effettuato anche al consiglio di sorveglianza e al comitato per il controllo sulla gestione o ai loro componenti,

¹⁰⁶ Cfr., in argomento, LA SPINA, *Art. 2639 c.c. Estensione delle qualifiche soggettive*, cit., 368; ROSSI, (a cura di), *Reati societari*, cit., 101; ID., *Reati ed illeciti amministrativi in materia societaria, finanziaria e bancaria*, cit., 95; VENEZIANI, *Art. 2639*, cit., 2708.

¹⁰⁷ ROSSI, (a cura di), *Reati societari*, cit., 102. V., altresì, ID., *Reati ed illeciti amministrativi in materia societaria, finanziaria e bancaria*, cit., 97; NAPOLEONI, *Sub art. 2639 c.c.*, in D'ALESSANDRO, (diretto da), *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, v. III, in NAPOLEONI, (coordinato da), *I reati e gli illeciti amministrativi societari*, Padova, 2010, 465.

ove compatibile con le specificità di tali organi», non richiamando, quindi, come notato in precedenza, i soggetti “equiparabili” agli amministratori.

Sebbene la delicata problematica circa l’estensione dell’equiparazione soggettiva in discorso rimanga, comunque, aperta, a livello generale, per tutti gli illeciti amministrativi, facenti parte o meno del Titolo XI, anche in questo caso, la dottrina prevalente¹⁰⁸ ha osservato che l’esclusione di queste fattispecie criminose dall’ambito di applicazione dell’art. 2639, co. 1, c.c. risulterebbe irragionevole, in quanto il principio di personalità *ex art. 27*, primo comma, della Costituzione acquisisce maggior pregnanza con riferimento alla responsabilità penale piuttosto che a quella amministrativa.

¹⁰⁸ Cfr. BIANCONI, *Commento all’art. 2639 cc*, in *Leggi penali complementari*, a cura di PADOVANI, Milano, 2007; PALIERO, *I “nuovi” articoli 2630 e 2631 c.c.*, in ALESSANDRI, (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002; ROSSI, VANNINI, *L’estensione delle qualifiche soggettive nel nuovo diritto penale delle società*, cit., 2003.

CONCLUSIONI

Come si evince dall'indagine svolta, la tematica della responsabilità penale dell'amministratore di fatto ha stimolato notevolmente le riflessioni della dottrina e della giurisprudenza penalistiche e civilistiche, maturando una lunga e significativa esperienza nella lotta contro la criminalità economica.

Le *rationes* che hanno condotto la più antica giurisprudenza penalistica a plasmare la figura dell'amministratore di fatto sono, infatti, chiaramente riconducibili alla volontà di escogitare un'efficace tecnica di tutela volta ad assicurare una pronta risposta sanzionatoria, al di là dello schermo fornito dall'assenza della qualifica¹, nei confronti di coloro che abbiano concretamente esercitato poteri corrispondenti alle funzioni previste dalla legge.

L'analisi critica del panorama giurisprudenziale e dottrinale antecedente alla riforma del 2002 sembrava, quindi, già offrire all'interprete una chiave di lettura del sistema delle responsabilità penali incentrata su regole di imputazione sostanziale, che si sono imposte successivamente anche a livello legislativo, per ragioni di tutela effettiva dei beni giuridici.

Tuttavia, le indagini operate sulla seconda clausola di equiparazione di cui all'art. 2639, co. 1, c.c. permettono di concludere che l'intenzione legislativa fosse, sì, quella di accogliere le istanze di giustizia sostanziale, provenienti dal filone funzionalista, ma cercando, al tempo stesso, di salvaguardare il rispetto del principio di legalità, secondo le esigenze poste a fondamento dell'impostazione formalista. Il legislatore della riforma, infatti, non operando un'equiparazione automatica del soggetto di fatto a quello di diritto, ma subordinandola al rispetto di determinati parametri normativi, ha richiesto all'interprete una valutazione del caso specifico, cadendo però nell'inconveniente di aver utilizzato espressioni così

¹ Ma anche dalla annullabilità, nullità, revoca, rinuncia o decadenza dell'atto di nomina, secondo l'opinione di, tra gli altri, SEMINARA, *Diritto penale commerciale. I reati societari*, vol. II, Torino, 2018, 21.

semanticamente ampie da peccare di indeterminatezza e riconoscere estesi margini di discrezionalità al giudice nella propria valutazione².

Nonostante l'adesione del legislatore all'ottica che imputa all'amministratore di fatto le responsabilità penali tipiche degli amministratori di diritto, la discussione non ha perso rilevanza dal punto di vista delle implicazioni civilistiche.

Sulla base delle considerazioni svolte, infatti, è possibile affermare che, pur avendo esaltato il ruolo autonomo del diritto penale societario, tendenzialmente emancipato da una visione meramente sanzionatoria della violazione di norme civilistiche, l'estensione del novero dei destinatari del precetto penale a soggetti non dotati della qualifica formale richiesta dalla fattispecie incriminatrice non implica il superamento definitivo dell'ossatura civilistica³. In effetti, lo scenario normativo extrapenale è, comunque, destinato ad incidere in modo significativo sull'effettivo ambito di applicazione dei nuovi modelli criminosi.

Alla luce delle applicazioni giurisprudenziali relative all'attuale quadro normativo, la tendenza generale sembra quella di ricercare una coincidenza tra poteri effettivi e responsabilità penali, reputando irrilevante l'etichetta formale non solo *in malam partem*, permettendo, quindi, di punire con la sanzione penale il soggetto privo di qualifica, esercente i relativi poteri, ma anche *in bonam partem*, consentendo di esonerare da responsabilità penali coloro che, pur formalmente qualificati, non abbiano svolto alcun ruolo nella gestione sociale⁴.

Invero, la ricerca realizzata lascia concludere per l'esclusione, sulla base della nuova formulazione dell'art. 2639 c.c., che il mero possesso della qualifica formale, non accompagnata dal concreto *gerere* l'attività dell'impresa, possa

² V. DI GIOVINE, *L'estensione delle qualifiche soggettive*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di GIARDA, SEMINARA, Padova, 2002, 63; GULLO, *Il reato proprio. Dai problemi tradizionali alle nuove dinamiche d'impresa*, Milano, 2005, 234.

³ Cfr. GULLO, *Il reato proprio. Dai problemi tradizionali alle nuove dinamiche d'impresa*, Milano, 2005, 213 ss.; FIORELLA, *I principi generali del diritto penale dell'impresa*, in CONTI (a cura di), *Il diritto penale dell'impresa*, Padova, 2001, 65 ss.; VENEZIANI, *Art. 2639 c.c.*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: commentario al Decreto legislativo 11 aprile 2002, n. 61*, a cura di LANZI, CADOPPI, Padova, 2002, 201.

⁴ V. CONSULICH, *Poteri di fatto e obblighi di diritto nella distribuzione delle responsabilità penali societarie*, in *Le società*, 2012, 562.

determinare l'ascrizione di responsabilità penale in capo a semplici "teste di paglia", ricorrendo, dunque, ad un criterio di imputazione sostanzialmente colposo.⁵

Coerentemente con l'obiettivo di indirizzare il diritto penale verso la "realtà delle cose", la nuova disposizione, di riflesso, scongiura l'affermazione di responsabilità c.d. di posizione, ancorate esclusivamente alla titolarità formale di una carica.

Infine, si ritiene opportuno sottolineare che l'estensione delle qualifiche soggettive introdotta dall'art. 2639 c.c., palesante l'opzione legislativa a favore della preminenza dei criteri di effettività, non potrebbe indurre a considerare ormai superata la contrapposizione fra teoria formalistica e teoria funzionalistica sorta in materia di reati propri⁶. Infatti, l'espressa delimitazione dell'ambito di operatività dell'art. 2639, co. 1, c.c. ai soli reati societari previsti nel codice civile rende dubbia, sebbene l'orientamento maggioritario sia favorevole, l'applicazione dei criteri indicati dalla norma alle fattispecie incriminatrici collocate al di fuori del Titolo XI e, segnatamente, a quelle fallimentari ed a quelle tributarie. Pertanto, sembrerebbero rimanere pienamente attuali tutte le questioni sopra affrontate, riproponendosi ancora, nel diritto penale societario, il problema dell'individuazione dei soggetti attivi dei reati propri commessi nell'ambito dell'impresa.

⁵ In argomento, v. DI GIOVINE, *L'estensione delle qualifiche soggettive*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di GIARDA, SEMINARA, Padova, 2002, 62; TRIPODI, *Il concorso dell'imprenditore individuale apparente nel reato del gestore di fatto dell'impresa*, in *Giurisprudenza italiana*, 2016, 4.

⁶ Su questo specifico aspetto, v. PALLADINO, *L'amministratore di fatto tra reati fallimentari e reati societari*, in *Cassazione penale*, 2005, 3094.

INDICE BIBLIOGRAFICO

- ABRIANI, *Gli amministratori di fatto nelle società di capitali*, Milano, 1998
- ABRIANI, *Dalle nebbie della finzione al nitore della realtà: una svolta nella giurisprudenza civile in tema di amministratore di fatto*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2000
- AMBROSETTI, MEZZETTI, RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2016
- ALDROVANDI, *La responsabilità penale degli organi di controllo nella s.p.a.*, in *Diritto e pratica delle società*, 2003
- ALESSANDRI, *Impresa (responsabilità penale)*, in *Digesto discipline penalistiche*, V, Torino, 1992
- ALESSANDRI, *I reati societari: prospettive di rafforzamento e di riformulazione della tutela penale*, in *Rivista italiana*, 1992
- ALESSANDRI, *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002
- ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2005
- ALESSANDRI, *Novità penalistiche nel Codice della crisi dell'impresa*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2019
- ALESSANDRI, *Parte generale*, in AA.VV., *Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte generale e reati fallimentari*, Bologna, 2004
- ALESSANDRI, PALAZZO, PALIERO, *Reati in materia economica*, Torino, 2017
- ALESSANDRI, SEMINARA, *Diritto penale commerciale. I principi generali*, vol. I, Torino, 2018
- ALPA, MARICONDA, *Art. 2639*, in ALPA, MARICONDA, (a cura di), *Codice civile commentato*, vol. 2, Milano, 2013
- AMATI, *Reati tributari e responsabilità degli amministratori di fatto e di diritto*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2014
- AMATI, BELLI, *Responsabilità dell'amministratore di fatto per il reato di omessa dichiarazione dei redditi*, in *Archivio penale*, 2011
- ARDIA, *La responsabilità penale dei sindaci di società di capitali per l'omesso impedimento dei reati degli amministratori*, in *Diritto penale e processo*, 2002

- ARTUSI, *Sulla correttezza dell'amministratore formalmente investito della funzione con l'amministratore di fatto*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012
- BALZARINI, *I nuovi orientamenti della Corte di Cassazione in tema di responsabilità degli amministratori*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1999
- BECK, *Die organisierte Unverantwortlichkeit*, Frankfurt a. M., 1988
- BENDONI, *La responsabilità dell'amministratore in carica per i reati commessi dall'amministratore di fatto*, in *Cassazione penale*, 2011
- BERSANI, "Amministratore di fatto" e reati tributari, in *Il fisco*, 2005
- BIANCONI, *Commento all'art. 2639 cc*, in *Leggi penali complementari*, a cura di PADOVANI, Milano, 2007
- BONELLI, *La responsabilità dell'amministratore di fatto*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1984
- BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, 1992
- BONILINI, CONFORTINI, GRANELLI, *Art. 2639*, in *Codice civile commentato*, a cura di BONILINI, CONFORTINI, GRANELLI, Torino, 2012
- BONSIGNORI, *Il fallimento delle società*, in (diretto da) GALGANO, BONSIGNORI, *Trattato di diritto pubblico dell'economia*, X, Padova, 1988
- BORGIOI, *Amministratori di fatto e direttori generali*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1975
- BRICCHETTI, *Bancarotta fraudolenta. A proposito della responsabilità dell'amministratore di diritto (inconsapevole)*, in *Il penalista*, 2019
- BRICCHETTI, *Codice della crisi d'impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della legge fallimentare*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2019
- BRUNO, *La responsabilità dell'amministratore di fatto nella giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Corriere giuridico*, 2010
- CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, Padova, 1988
- CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, II, Torino, 1995
- CANTELE, *Amministratore di fatto e di diritto: chi risponde del reato di bancarotta?*, in *Le società*, 1993

- CANZIO, CERQUA, LUPÀRIA, *Diritto penale delle società. Accertamento delle responsabilità individuali e processo alla persona giuridica*, Padova, 2016
- CAPUTO, *Dalla teoria dei 'segnali di allarme' alla realtà dell'imputazione dolosa nel concorso dell'amministratore non esecutivo ai reati di bancarotta*, in *Rivista delle società*, 2015
- CARACCIOLI, *L'art. 2639 del Codice civile ed i reati tributari*, in *Il fisco*, 2003
- CARACCIOLI, *Sul continuo allargamento della figura dell'"amministratore di fatto"*, in *Impresa*, 2005
- CARACCIOLI, *Reati societari e fiscali*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2012
- CARACCIOLI, *Sul problema della responsabilità degli "amministratori di fatto" nei reati tributari*, in *Rivista di diritto tributario*, 2013
- CARDONE, PONTIERI, *Bancarotta fraudolenta e responsabilità penale dell'amministratore*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2008
- CARDONE, PONTIERI, *Bancarotta fraudolenta patrimoniale e documentale: responsabilità penale dell'amministratore di diritto per gli illeciti commessi dall'amministratore di fatto*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2010
- CAPIROSSI, *Legem non curat praetor. Responsabilità civili e penali dell'amministratore di fatto*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2005
- CASTELLANA, *L'equiparazione normativa degli autori di fatto agli autori di diritto per i reati del riscritto titolo XI, libro V c.c.*, in *Indice penale*, 2005
- CENTONZE, *La Suprema Corte di Cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*, in *Cassazione penale*, 2008
- CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, in *Rivista delle società*, 2009
- CERQUA, *L'amministratore di fatto nei reati fallimentari: brevi riflessioni*, in *Società*, 2008

- CIAN, TRABUCCHI, *Art. 2639*, in *Commentario breve al Codice civile*, a cura di CIAN, Padova, 2020
- CIOFFI, *Art. 2639*, in *Commentario al Codice civile*, a cura di CENDON, Milano, 2009
- COMIN, STEVANATO, *La sanzionabilità tributaria dell' "amministratore di fatto"*, in *Bollettino tributario*, 2017
- CONSULICH, *Poteri di fatto e obblighi di diritto nella distribuzione delle responsabilità penali societarie*, in *Le società*, 2012
- CONTENTO, *La responsabilità senza colpevolezza nell'applicazione giurisprudenziale*, in SPAGNOLO, (a cura di), *Scritti 1964-2000*, Bari, 2002
- CONTI, *Diritto penale commerciale*, I, Torino, 1980
- CONTI, *La riforma dei reati societari*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2002
- CONTI, *I soggetti*, in DI AMATO (diretto da), *Trattato di diritto penale dell'impresa*, I, Padova, 1990
- CONTI, *Il diritto penale dell'impresa*, in GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, XXV, Padova, 2001
- CONTI, BRUTI LIBERATI, *Esercizio di fatto dei poteri di amministrazione e responsabilità penali nell'ambito delle società irregolari*, in NUVOLONE (a cura di), *Il diritto delle società commerciali*, Milano, 1971
- CRESPI, *Reato plurisoggettivo e amministrazione pluripersonale della società per azioni*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1957
- CRESPI, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1999
- CRISTIANI, *Commentario di diritto penale delle società e del credito*, Torino, 2003
- CRIVELLIN, *La delega di funzioni tra dottrina, giurisprudenza e interventi legislativi*, in *Diritto penale e processo*, 2009

- DEBERNARDI, *Sulla responsabilità dell'amministratore di fatto per omesso controllo sull'operato dell'amministratore di diritto*, in *Giurisprudenza italiana*, 2013
- DEMURO, *Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998
- DEMURO, *Tipicità e offesa del bene giuridico nelle fattispecie proprie del diritto penale dell'economia*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1998
- DEMURO, *Il reato proprio. Dall'analisi del concetto ai riflessi applicativi*, Sassari, 2002
- DE STEFANIS, *I nuovi reati societari: D.lgs. 11 aprile 2002, n. 61, struttura, fondamenti e presupposti delle nuove fattispecie, i soggetti attivi dei reati, la responsabilità amministrativa delle società*, Rimini, 2002
- DI AMATO, *Codice di diritto penale delle imprese e delle società. Annotato con la giurisprudenza*, Milano, 2011
- DI AMATO, *Diritto penale dell'impresa*, Milano, 2011
- DI GIOVINE, *L'estensione delle qualifiche soggettive*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di GIARDA, SEMINARA, Padova, 2002
- DI PAOLA, *Orientamenti giurisprudenziali sulla responsabilità dell'amministratore di fatto nei reati tributari e fallimentari*, in *Il foro italiano*, 2013
- ELLERO-NORDIO, *Reati societari e bancari*, Padova, 1998
- ESCOBEDO, *I cosiddetti amministratori di fatto delle società anonime e il reato di quasi bancarotta semplice*, in *Giustizia penale*, 1933
- FALOTICO, *In tema di responsabilità del prestanome per concorso nel reato mediante omissione*, in *Cassazione penale*, 2010
- FATTORI, *Amministrazione di fatto e azione di responsabilità individuale*, in *Le società*, 1994
- FATTORI, *Attribuzioni della qualifica di amministratore di fatto e conseguente responsabilità*, in *Le società*, 1995
- FATTORI, *Amministratore di fatto di società di capitali: natura e responsabilità*, in *Le società*, 1998

- FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019
- FIGLIOLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1984
- FIGLIOLA, *Sui rapporti tra il bene giuridico e le particolari condizioni personali*, in *Stile* (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, 1985
- FLORA, *I soggetti penalmente responsabili nell'impresa societaria*, in AA.VV., *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, vol. II, Milano, 1991
- FOFFANI, *Art. 2639 c.c.*, in PALAZZO, PALIERO, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2003
- FOSSATI, *L'estensione delle qualifiche soggettive (art. 2639 c.c.)*, in SCHIANO DI PEPE (a cura di), *Diritto penale delle società*, Milano, 2003
- FRANZONI, ROLLI, *Art. 2639*, in *Codice civile commentato con dottrina e giurisprudenza*, a cura di FRANZONI, ROLLI, vol. 2, Torino, 2018
- GALASSO, *Schermo societario fittizio? Sussiste la bancarotta documentale dell'amministratore di fatto*, in *Diritto e giustizia*, 2013
- GALGANO, BRICOLA, CONTI, PALOMBI, PICOZZA, MELE, CARUSO, DI AMATO, *I principi generali* in DI AMATO, (diretto da), *Trattato di diritto penale dell'impresa*, Padova, 1990
- GALGANO, *Art. 2639*, in *Commentario compatto al Codice civile*, a cura di GALGANO, Piacenza, 2012
- GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Torino, 2020
- GAMBOGI, *Diritto penale d'impresa nel suo aspetto pratico*, Milano, 2018
- GARGANI, *Le posizioni di garanzia*, in *Giurisprudenza italiana*, 2016
- GIUA, VALLINO, MAZZARELLO, *Responsabilità dell'amministratore di fatto e del prestanome nei reati tributari*, in *Il fisco*, 2011
- GIULIANI, *Per il concorso dell'amministratore di diritto con quello di fatto nel reato di bancarotta fraudolenta è sufficiente il dolo eventuale*, in *Cassazione penale*, 2015
- GIUNTA, *La riforma dei reati societari ai blocchi di partenza. Prima lettura del D. Lgs. 11 Aprile 2002, n. 61*, in *Studium iuris*, 2002
- GIUNTA, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, Torino, 2004

- GIUNTA, *Reati societari e qualifiche soggettive: questioni normative ed interpretative*, in *Diritto e pratica delle società*, 2004
- GLIATTA, *L'onere per l'amministratore formale di vigilare sull'operato dell'amministratore di fatto*, in *Le società*, 2008
- GRASSO, *Organizzazione aziendale e responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, in *Archivio penale*, 1982
- GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983
- GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, Milano, II, 1947
- GUERRERA, *Gestione di "fatto" e funzione amministrativa nelle società di capitali*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1999
- GUIDOTTI, *Amministratore di fatto e negotiorum gestio*, in *Giurisprudenza italiana*, 2000
- GULLO, *La delega di funzioni in diritto penale: brevi note a margine di un problema irrisolto*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1999
- GULLO, *Amministratore di diritto, amministratore di fatto e bancarotta documentale*, in *Il corriere del merito*, 2005
- GULLO, *Il reato proprio. Dai problemi tradizionali alle nuove dinamiche d'impresa*, Milano, 2005
- IACOVIELLO, *La prova della responsabilità dell'amministratore di diritto e dell'amministratore di fatto nella bancarotta fraudolenta*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2005
- IORIO, SERENI, *La responsabilità dell'amministratore senza delega e della "testa di legno"*, in *Il fisco*, 2009
- IPPOLITO, *Amministratore di fatto, "holding" di fatto e abuso di attività di direzione e coordinamento*, in *Le società*, 2019
- IZZO, *L'amministratore di fatto risponde dell'occultamento o distruzione dei documenti contabili*, in *Il fisco*, 2004
- LANZI, *La "nuova" bancarotta societaria*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2002

- LA SPINA, *Art. 2639 c.c. Estensione delle qualifiche soggettive*, in CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA, (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, vol. 1, Torino, 2017
- LO CASCIO, *La responsabilità dell'amministratore di fatto di società di capitali*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1986
- MACCARI, *Art. 2639 cod. civ.*, in GIUNTA, (a cura di), *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali: commentario del D.lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, Torino, 2002
- MALAVASI, *I nuovi reati societari*, Torino, 2008
- MANNA, (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, Milano, 2018
- MANTOVANI, *Diritto penale del lavoro. Profili generali*, Milano, 1990
- MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2001
- MARENGHI, *Amministratore di fatto*, in *Studium iuris*, 2004
- MARRA, *Legalità ed effettività delle norme penali. La responsabilità dell'amministratore di fatto*, Torino, 2002
- MAZZACUVA, AMATI, *Diritto penale dell'economia*, Milano, 2020
- MERENDA, *Esercizio dei poteri tipici e amministrazione di fatto nel nuovo diritto penale societario*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2004
- MERENDA, *Reati fallimentari e responsabilità dell'amministratore di diritto per la gestione di fatto della società*, in *Giustizia penale*, 2011
- MERENDA, *Sulla responsabilità penale dell'amministratore senza delega. Alcune osservazioni dopo la riforma del diritto societario*, in *Cassazione penale*, 2011
- MIGLIO, *Mala gestio dell'amministratore di fatto e responsabilità dell'amministratore di diritto*, in *Rivista di diritto bancario*, 2019
- MIGLIO, CONDORELLI, *Brevi riflessioni sull'espansione della nozione di amministratore di fatto*, in *Giurisprudenza penale*, 2016
- MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956
- MIRTO, *Il diritto penale delle società*, Milano, 1954

- MONTALENTI, RIGANTI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2017
- MORERA, *La responsabilità del direttore generale di società*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2020
- MORGANTE, *Art. 2639 – Estensione delle qualifiche soggettive*, in *Legislazione penale*, 2003
- MOSCO, LOPREIATO, *Doveri e responsabilità di amministratori e sindaci nelle società di capitali*, in *Rivista delle società*, 2019
- MOZZARELLI, *Amministratori di fatto: fine di una contesa*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2001
- MUCCIARELLI, *Responsabilità penale dell'amministratore di fatto*, in *Le società*, 1989
- MUSCO, *Diritto penale societario*, Milano, 1999
- MUSCO, *I nuovi reati societari*, Milano, 2007
- NAPOLEONI, *I reati societari*, Milano, 1996
- NIGRO, *Sull'azione di responsabilità del curatore di società a responsabilità limitata fallita contro l'amministratore di fatto*, in *Foro italiano*, 1965
- NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955
- ONDEI, *I reati di quasi bancarotta e gli amministratori di fatto*, in *Annali di diritto e procedura penale*, 1934
- PADOVANI, *Reato proprio del datore di lavoro e persona giuridica*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1979
- PADOVANI, *Il problema dei soggetti in diritto penale del lavoro nella più recente giurisprudenza*, in *Legislazione penale*, 1981
- PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, Milano, 1983
- PAGLIARO, *Problemi generali del diritto penale d'impresa*, in *Indice penale*, 1985
- PALIERO, *Nasce il sistema delle soglie quantitative: pronto l'argine alle incriminazioni*, in *Guida al diritto*, 2002
- PALLADINO, *L'amministratore di fatto tra reati fallimentari e reati societari*, in *Cassazione penale*, 2005

- PALMA, *Sui reati fallimentari commessi dall'amministratore di fatto*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2017
- PEDRAZZI, *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, in *Rivista societaria*, 1962
- PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1988
- PEDRAZZI, ALESSANDRI, FOFFANI, SEMINARA, SPAGNUOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte generale e reati fallimentari*, Bologna, 2003
- PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio*, Milano, 2004
- PELISSERO, *Il concorso doloso mediante omissione: tracce di responsabilità di posizione*, in *Giurisprudenza italiana*, 2010
- PELLECCHIA, MONTE, *I requisiti probatori per l'attribuzione della qualifica di amministratore di fatto*, in *Corriere tributario*, 2017
- PEZZI, *Sussiste la posizione di garanzia in capo all'amministratore di fatto a fronte di comportamenti penalmente rilevanti dell'amministratore di diritto*, in *Rivista di diritto bancario*, 2020
- PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Milano, 2003
- PLACCO, *Amministratore di fatto e responsabilità penale*, in *Giustizia penale*, 1999
- PULITANÒ, *Organizzazione dell'impresa e diritto penale del lavoro*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 1985
- PULITANÒ, *Igiene e sicurezza del lavoro*, in *Digesto discipline penalistiche*, VI, Torino, 1992
- PULITANÒ, *La riforma del diritto penale societario tra dictum del legislatore e ragioni del diritto*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002
- PULITANÒ, *Amministratori non operativi e omesso impedimento di delitti commessi da altri amministratori*, in *Le società*, 2008
- PULITANÒ, *'Dommatica' e giurisprudenza*, in *Cassazione penale*, 2015
- RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1994

- RENDE, *Saggio di una teoria del reato collegiale*, in *Pensiero giuridico penale*, 1943
- REBORA, *Manuale di organizzazione aziendale*, 2004
- RIGANTI, *Amministratore e “holding” di fatto*, in *Giurisprudenza italiana*, 2015
- RIGANTI, *Amministratore di fatto e di diritto: ricorrenza e responsabilità*, in *Giurisprudenza italiana*, 2017
- RIGANTI, *L’estrinsecazione della funzione gestoria, tra forma e sostanza*, in *Giurisprudenza italiana*, 2017
- RIVERDITI, *Art. 2639 c.c.*, in BONILINI, CONFORTINI, GRANELLI, (a cura di), *Codice civile ipertestuale*, Torino, 2009
- ROSSI, *Amministratore di fatto e reati tributari*, in *Il Fisco*, 2004
- ROSSI, (a cura di), *Reati societari*, Torino, 2005
- ROSSI, *I soggetti nella sistematica del diritto punitivo societario*, in *Giurisprudenza italiana*, 2010
- ROSSI, VANNINI, *L’estensione delle qualifiche soggettive nel nuovo diritto penale delle società*, in *Diritto penale e processo*, 2003
- ROSSI, *Art. 2639 c.c.*, in COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTO, (diretto da), *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004
- ROSSI, *Reati ed illeciti amministrativi in materia societaria, finanziaria e bancaria* in ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. I, XV ed. a cura di GROSSO, Milano, 2018
- ROSSI, VANNINI, *La responsabilità penale degli amministratori e dei sindaci*, in GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, XIX, Padova, 1994
- RUBINO, MAZZUCHELLI, *La responsabilità del prestanome per le violazioni tributarie commesse dall’amministratore di fatto*, in *Il penalista*, 2019
- SANDRELLI, *Il soggetto “di fatto” nei reati societari e fallimentari e l’introduzione del “nuovo” art. 2639 cc*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2007
- SANTORIELLO, *Bancarotta. Precisazioni sulla figura dell’amministratore di fatto e differenze rispetto al concorrente esterno*, in *Il penalista*, 2016

- SCALERA, *Amministratore di fatto e concorso di persone nel reato di bancarotta*, in *Diritto fallimentare*, 1967
- SCHERMI, *Annotazioni sull'amministratore di fatto di società per azioni*, in *Giustizia civile*, 2000
- SCHUNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1979
- SCHUNEMANN, *Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen Unternehmenskriminalität*, in *Zeitschrift für Wirtschaftsstrafrecht*, 1982
- SCIOLTI, *I reati degli amministratori*, a cura di BRICOLA, ZAGREBELSKY, *Diritto penale commerciale. I reati nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali*, Torino, 1990
- SCIUMBATA, *I reati societari*, Milano, 2008
- SEMINARA, *I reati societari*, in *Le società*, 2013
- SEMINARA, *Diritto penale commerciale. I reati societari*, vol. II, Torino, 2018
- SFAMENI, *Sub art. 2403*, in ABBADESSA, PORTALE, (diretto da), *Le società per azioni*, Milano, 2016
- SODANO, *La responsabilità dei soggetti di fatto nell'ambito dei reati fallimentari: spunti di riflessione*, in *Giurisprudenza penale*, 2017
- SPETRILLO, *Bancarotta fraudolenta ed amministratore di fatto*, in *Forum iuris*, 2017
- STELLA, PULITANÒ, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1990
- STORTONI, *Profili penali delle società commerciali come imprenditori*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1971
- TARZIA, *Il concorso dell'amministratore di fatto e dell'extraneus nel reato di bancarotta patrimoniale, alla luce della nozione di identità del fatto*, in *Sistema penale*, 2020
- TETTO, *Gli evanescenti profili di responsabilità penale dell'amministratore di fatto di società di persone dichiarata fallita*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2010
- TOESCA DI CASTELLAZZO, *La responsabilità penale degli amministratori e dei liquidatori di fatto delle società commerciali*, in *Giustizia penale*, 1937

- TOPPAN, TOSI, *Lineamenti di diritto penale dell'impresa*, Padova, 2017
- TERRANOVA, *Amministratori di fatto*, in *Il societario*, 2018
- TRAVERSI, GENNAI, *Diritto penale commerciale*, Padova, 2017
- TRIPODI, *Il concorso dell'imprenditore individuale apparente nel reato del gestore di fatto dell'impresa*, in *Giurisprudenza italiana*, 2016
- VALENTI, *Responsabilità penale dei singoli membri di organi sociali collegiali*, in *Le società*, 1993
- VARAZI, *Spunti di riflessione sulla responsabilità dell'amministratore di fatto di società nel diritto penale tributario* in *Giurisprudenza delle imposte*, 2020
- VENAFRO, *Reato proprio*, in *Digesto discipline penalistiche*, XI, Torino, 1996
- VENEZIANI, *Art. 2639 c.c.*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: commentario al Decreto legislativo 11 aprile 2002, n. 61*, a cura di LANZI, CADOPPI, Padova, 2002
- VENEZIANI, *Art. 2639*, in BONFANTE, CORAPI, DE ANGELIS, NAPOLEONI, RONDORF, SALAFIA, (a cura di), *Codice commentato delle società*, Milano, 2011
- VASSALLI, *La responsabilità penale per il "fatto dell'impresa"*, in prefazione a JORI, *Organizzazione dell'impresa e responsabilità penali*, Firenze, 1981
- VITARELLI, *Profili penali della delega di funzioni. L'organizzazione aziendale nei settori della sicurezza del lavoro, dell'ambiente e degli obblighi tributari*, Milano, 2008
- VOLK, *Sistema penale e criminalità economica*, Napoli, 1998
- ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia: reati societari e reati in materia di mercato finanziario*, Milano, 2017
- WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1922
- WIESENER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Stellvertretern und Organen*, Frankfurt, 1971

INDICE DELLA GIURISPRUDENZA

Cass. Torino, 03/12/1884
Corte cost., 15/06/1956, n. 3
Corte cost., 14/07/1976, n. 173
Cass. pen., Sez. V, 23/05/1979
Cass. pen., Sez. III, 01/10/1980
App. Milano, 28/03/1980
Cass. pen., Sez. III, 10/03/1981
Cass. pen., Sez. IV, 24/03/1981
Cass. pen., Sez. III, 22/05/1981
Cass. pen., Sez. V, 10/05/1982
Corte cost., 24/11/1982, n. 198
Cass. pen., Sez. VI, 22/01/1983
Cass. pen., Sez. III, 29/03/1983
Corte cost., 16/05/1983, n. 139
Cass. civ., Sez. I, 12/01/1984, n. 234
Cass. civ., Sez. I, 19/12/1985, n. 6493
Cass. pen., Sez. III, 15/01/1986
Cass. pen., Sez. IV, 23/05/1986
Cass. pen., Sez. IV, 11/12/1986
Cass. pen., Sez. V, 19/12/1986
Cass. Pen., Sez. V, 03/02/1987
Cass. pen., Sez. V, 25/02/1987
Cass. pen., Sez. IV, 07/05/1987
Trib. Napoli, 17/07/1987
Cass. pen., Sez. V, 25/11/1987
Corte cost., 24/03/1988, n. 364
Cass. pen., 06/12/1990, n. 4793
Cass. pen., Sez. V, 08/10/1991, n. 1154
Cass. pen., Sez. V, 07/07/1992

Cass. pen., Sez. V, 28/06/1993
Cass. pen., Sez. V, 06/09/1993
Cass. pen., Sez. IV, 23/03/1994
Cass. pen., Sez. fer., 02/08/1994
Cass. pen., Sez. II, 08/09/1994, n. 1994
Cass. pen., Sez. V, 20/10/1994, n. 11654
Cass. Pen., Sez. III, 16/11/1994
App. Milano, 09/12/1994
Cass. pen., Sez. V, 23/02/1995
Cass. pen., Sez. II, 08/03/1995, n. 6284
Cass. pen. Sez. III, 09/06/1995
Cass. pen., Sez. V, 17/01/1996
Cass. pen., Sez. III, 07/02/1996, n. 4422
Cass. pen., Sez. V, 17/02/1996
Cass. pen., Sez. III, 30/04/1996, n. 5407
Cass. pen., Sez. V, 27/05/1996, n. 580
Cass. pen., Sez. III, 29/05/1996, n. 775
Cass. pen., Sez. III, 29/05/1996, n. 9053
App. Milano, 10/06/1996
Cass. pen., Sez. IV, 26/11/1996, n. 523
Cass. pen., Sez. V, 25/03/1997, n. 4892
Trib. Milano, 11/12/1997
Cass. pen., Sez. V, 05/02/1998, n. 3328
Cass. pen., Sez. III, 26/02/1998, n. 681
Cass. pen., Sez. IV, 03/03/1998, n. 548
Cass. pen., Sez. V, 22/04/1998, n. 8327
Cass. pen., Sez. V, 22/04/1998, n. 9222
Cass. pen., Sez. III, 22/06/1998, n. 8821
Cass. civ., Sez. I, 03/07/1998, n. 6519
Cass. civ., Sez. I, 06/03/1999, n. 1925
Cass. pen., Sez. V, 19/03/1999, n. 6470
Cass. pen., Sez. V, 12/05/1999, n. 7600

Cass. pen., Sez. V, 23/06/1999, n. 10465
Cass. civ., Sez. I, 14/09/1999, n. 9795
Cass. pen. Sez. V, 19/10/1999
Cass. pen., Sez. V, 26/11/1999, n. 14745
Cass. pen., Sez. IV, 26/04/2000, n. 7402
Cass. pen., Sez. V, 27/04/2000, n. 5619
Cass. pen., Sez. IV, 24/06/2000
Cass. pen., Sez. III, 01/06/2000, n. 6441
Cass. pen., Sez. II, 10/08/2000, n. 8978
Cass. pen., Sez. II, 16/05/2001, n. 26918
Cass. pen., Sez. IV, 18/05/2002, n. 20176
Cass. pen., Sez. V, 14/04/2003, n. 22413
Cass. pen., Sez. V, 05/06/2003, n. 36630
Cass. pen., Sez. IV, 07/04/2004, n. 25310
Cass. pen., Sez. V, 24/05/2005, n. 19509
Cass. pen., Sez. V, 03/06/2005, n. 44279
Trib. Modena, 19/07/2005, n. 35
Cass. pen., Sez. V, 17/10/2005, n. 43388
Cass. pen., Sez. V, 17/11/2005, n. 44293
Cass. pen., Sez. V, 12/12/2005, n. 853
Cass. pen., Sez. III, 26/01/2006, n. 7208
Cass. pen., Sez. III, 06/04/2006, n. 22919
Cass. pen., Sez. V, 13/04/2006, n. 19145
Cass. pen., Sez. V, 12/05/2006, n. 18464
Cass. pen., Sez. V, 24/05/2006, n. 36764
Trib. Milano, 27/05/2006
Cass. pen., Sez. V, 13/12/2006, n. 17393
Cass. pen., Sez. V, 04/05/2007, n. 23838
Cass. pen., Sez. V, 22/11/2007, n. 46962
Cass. pen., Sez. V, 11/01/2008, n. 7203
Cass. pen., Sez. V, 05/11/2008, n. 45513
Cass. pen., Sez. V, 17/12/2008, n. 1137

Cass. pen., Sez. V, 10/02/2009, n. 9736
Cass. pen., Sez. V, 16/04/2009, n. 36595
Cass. pen., Sez. V, 28/04/2009, n. 21581
Cass. pen., Sez. V, 23/06/2009, n. 31885
Cass. pen., Sez. V, 13/10/2009, n. 43046
Cass. pen., Sez. V, 04/11/2009, n. 10186
Cass. pen., Sez. V, 09/02/2010, n. 11938
Cass. pen., Sez. V, 19/02/2010, n. 19049
Cass. pen., Sez. III, 19/01/2011, n. 6872
Cass. pen., Sez. V, 02/03/2011, n. 15065
Cass. pen., Sez. III, 28/04/2011, n. 23425
Cass. pen., Sez. V, 20/05/2011, n. 39593
Cass. pen., Sez. V, 01/07/2011, n. 31163
Cass. pen., Sez. V, 06/07/2011, n. 40092
Corte Ass. Torino, Sez. II, 14/11/2011, n. 31095
Cass. pen., Sez. I, 11/01/2012, n. 5063
Cass. pen., Sez. V, 25/01/2012, n. 17708
Cass. pen., Sez. IV, 01/02/2012, n. 10702
Cass. pen., Sez. V, 08/06/2012, n. 42519
Cass. pen., Sez. III, 05/07/2012, n. 33385
Cass. pen., Sez. V, 12/02/2013, n. 27993
Cass. pen., Sez. III, 27/03/2013, n. 25809
Cass. pen., Sez. V, 03/07/2013, n. 35498
Cass. pen., Sez. V, 20/06/2012, n. 39535
Cass. pen., Sez. III, 05/07/2012, n. 33385
Cass. pen., Sez. III, 17/10/2012, n. 16452
Cass. pen., Sez. IV, 18/01/2013, n. 39158
Cass. pen., Sez. IV, 29/01/2013, n. 18569
Cass. pen., Sez. V, 12/02/2013, n. 27993
Cass. pen., Sez. III, 19/02/2013, n. 11835
Cass. pen., Sez. V, 15/03/2013, n. 51891
Cass. pen., Sez. V, 03/04/2013, n. 35249

Ass. App. Torino, Sez. I, 27/05/2013, n. 6
Cass. pen., Sez. V, 20/06/2013, n. 35346
Cass. pen., sez. V, 26/06/2013, n. 45671
Cass. pen., Sez. III, 17/10/2013
Cass. pen., Sez. III, 19/09/2013, n. 14432
Cass. pen., Sez. III, 19/11/2013, n. 47110
Cass. pen., Sez. III, 04/03/2014, n. 27413
Cass. pen., Sez. V, 05/04/2014, n. 26399
Cass. pen., Sez. V, 28/05/2014, n. 44826
Cass. pen., Sez. V, 09/06/2014, n. 2405
Cass. pen., Sez. V, 22/06/2014, n. 32352
Cass. pen., Sez. Un., 18/09/2014, n. 38343
Cass. pen., Sez. V, 09/10/2014, n. 8864
Cass. pen., Sez. V, 22/10/2014, n. 2793
Cass. pen., Sez. III, 19/12/2014, n. 22108
Cass. pen., Sez. V, 07/01/2015, n. 7331
Cass. pen., Sez. V, 07/01/2015, n. 7332
Cass. pen., Sez. V, 21/01/2015, n. 10498
Cass. pen., Sez. III, 14/05/2015, n. 38780
Cass. pen., Sez. III, 21/05/2015, n. 27862
Cass. pen., Sez. V, 13/11/2015, n. 21702
Cass. pen., Sez. V, 12/01/2016, n. 30333
Cass. pen., Sez. V, 14/01/2016, n. 18985
Cass. pen., Sez. V, 22/03/2016, n. 14045
Cass. pen., Sez. IV, 21/04/2016, n. 22837
Cass. pen., Sez. V, 12/05/2016, n. 47239
Cass. pen., Sez. V, 17/06/2016, n. 41793
Cass. civ., Sez. I, 31/08/2016, n. 17441
Cass. pen., Sez. V, 07/11/2016, n. 8385
Cass. pen., Sez. V, 28/11/2016, n. 8479
Cass. pen., Sez. V, 05/12/2016, n. 547
Cass. pen., Sez. IV, 12/12/2016, n. 52511

Cass. pen., Sez. III, 12/01/2017, n. 9132
App. Roma, Sez. II, 17/01/2017, n. 184
Cass. pen., Sez. III, 20/01/2017, n. 18924
Cass. pen., Sez. V, 20/01/2017, n. 31906
Cass. pen., Sez. III, 01/06/2017, n. 31364
Cass. pen., Sez. V, 10/10/2017, n. 5800
Cass. pen., Sez. V, 03/11/2017, n. 54692
Cass. pen., Sez. III, 10/01/2018, n. 14352
Cass. pen., Sez. V, 16/03/2018, n. 32398
Cass. pen., Sez. III, 27/03/2018, n. 31421
Cass. pen., Sez. V, 11/05/2018, n. 44107
Cass. pen., Sez. V, 18/02/2019, n. 12186
Cass. pen., Sez. V, 27/06/2019, n. 45134
Cass. pen., Sez. III, 15/07/2019, n. 42147
Cass. pen., Sez. V, 07/10/2019, n. 11911
Cass. pen., Sez. V, 10/07/2020, n. 27264
Cass. pen., Sez. V, 06/10/2020, n. 31823
Cass. pen., Sez. V, 27/10/2020, n. 36865