

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

10/2026

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Masera, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti.

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Andrea Abbagnano Trione, Dario Albanese, Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Enrico Mario Ambrosetti, Ennio Amodio, Gastone Andreazza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Enrico Basile, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Carlo Bonzano, Matilde Brancaccio, Carlo Bray, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Gaia Caneschi, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Carlotta Conti, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Jacopo Della Torre, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Stefano Finocchiaro, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Alessandra Galluccio, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kistoris, Giorgio Lattanzi, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Adelmo Manna, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Francesco Mazzacuva, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Lorenzo Picotti, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Bartolomeo Romano, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Nicola Triggiani, Tommaso Trinchera, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Maria Chiara Ubiali, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia.

REDAZIONE Francesco Lazzeri, Giulia Mentasti (coordinatori), Enrico Andolfatto, Silvia Bernardi, Patrizia Brambilla, Pietro Chiaraviglio, Beatrice Fragasso, Ilaria Giugni, Elisa Grisonich, Francesco Lazzarini, Alessandro Malacarne, Cecilia Pagella, Emmanuele Penco, Gabriele Pontepino, Sara Prandi, Valentina Vasta.

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili). La licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2023, p. 5 ss.

LA RESPONSABILITÀ OMISSIVA DELL'AMMINISTRATORE NON ESECUTIVO TRA ATIPICITÀ DEI POTERI IMPEDITIVI E RIPETITIVITÀ DELLE ANOMALIE

di Francesco Vincelli

Il presente lavoro analizza la responsabilità omissiva degli amministratori non operativi nelle società di capitali, con particolare riferimento al fondamento e ai limiti della loro posizione di garanzia ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p. L'indagine prende le mosse dalla crisi dei modelli tradizionali di imputazione penale nelle organizzazioni societarie complesse, caratterizzate dalla frammentazione delle competenze gestorie e dalla distribuzione dei poteri decisionali. In tale contesto, la figura dell'amministratore non esecutivo pone una tensione strutturale tra ampiezza degli obblighi di vigilanza e limitatezza dei poteri impeditivi concretamente esercitabili. Particolare attenzione è dedicata al problema dell'atipicità dei poteri impeditivi e all'individuazione della condotta concretamente esigibile dal consigliere non operativo. In questa prospettiva, viene elaborato il modello della "atipicità governata", fondato su criteri selettivi di concreta disponibilità del potere impeditivo, ragionevole efficacia impeditiva e proporzionalità dell'intervento rispetto ai segnali di rischio percepibili. L'analisi valorizza inoltre il ruolo della ripetitività delle anomalie gestionali quale criterio di concretizzazione progressiva dell'obbligo impeditivo e quale elemento rilevante nell'accertamento del nesso causale nelle omissioni improprie.

SOMMARIO: 1. La posizione dell'amministratore non esecutivo tra potere, controllo e responsabilità. – 2. La trasformazione dei doveri dell'amministratore non esecutivo. – 3. La posizione di garanzia dell'amministratore non operativo. – 4. La collegialità come limite della posizione di garanzia e l'assenza di poteri impeditivi diretti *uti singulo*. – 5. Tra obbligo tipico e poteri atipici. – 6. L'atipicità governata come modello di concretizzazione dell'obbligo impeditivo. – 7. La ripetitività dei comportamenti come criterio oggettivo di esigibilità dell'impedimento. – 8. La rilevanza causale della ripetitività delle anomalie. – 9. Conclusioni.

1. La posizione dell'amministratore non esecutivo tra potere, controllo e responsabilità.

La responsabilità penale degli amministratori privi di delega nelle società di capitali rappresenta uno dei nodi più complessi e dibattuti dell'intero diritto penale dell'economia. La questione si colloca all'intersezione tra diritto societario, teoria generale del reato e principi costituzionali di legalità e personalità della responsabilità penale, generando tensioni sistematiche che la giurisprudenza, pur con notevole sforzo

elaborativo, non ha ancora definitivamente risolto¹. Tale instabilità interpretativa non è rimediabile con semplici aggiustamenti esegetici in quanto riflette una tensione strutturale tra l'esigenza dell'ordinamento di individuare il destinatario del precetto e la natura inevitabilmente diffusa del potere gestorio nelle moderne organizzazioni societarie². Il diritto penale dell'economia, invero, è caratterizzato da una peculiare "cifra organizzativa" che connota le ipotesi di parte speciale dal lato dell'autoria: si tratta di reati «compiuti in contesto di impresa», nei quali la struttura organizzativa dell'ente diventa al tempo stesso contesto della condotta illecita e fattore determinante ai fini dell'imputazione della responsabilità penale³. In questo quadro, la figura dell'amministratore non operativo, soggetto formalmente investito di poteri gestori ma strutturalmente escluso dalla gestione attiva, costituisce un banco di prova particolarmente significativo per misurare la tenuta dei principi generali del diritto penale nelle organizzazioni complesse.

Il problema della responsabilità omissiva degli amministratori privi di delega si manifesta con tutta la sua acuità proprio sul terreno della tipicità. Il meccanismo di imputazione che viene in rilievo è quello dei reati omissivi impropri, costruito sul combinato disposto tra l'art. 40 c.p., che equipara il non impedire l'evento al cagionarlo, e le disposizioni incriminatrici di parte speciale che prevedono reati tipicamente commissivi. Tuttavia, proprio l'applicazione di questo schema alle società di capitali rivela una tensione strutturale tra le esigenze di determinatezza proprie del diritto penale e la natura intrinsecamente complessa e frammentata dell'organizzazione societaria.

Le norme civilistiche che fondano la posizione di garanzia degli amministratori non operativi sono infatti costruite attraverso clausole elastiche, funzionali alle esigenze del diritto societario ma problematici sul piano penalistico⁴. Espressioni quali "agire informati", "fare quanto possibile" o "assetti adeguati" consentono una valutazione flessibile della responsabilità in sede civile, ma non individuano in modo preciso né il contenuto della condotta impeditiva richiesta al singolo consigliere né i limiti della sua responsabilità penale⁵. La difficoltà è ulteriormente accentuata dalla struttura della

¹ Il tema si presenta, nella pratica giudiziaria, con una frequenza che ne testimonia la rilevanza applicativa costante. Come efficacemente osservato in dottrina v. L. CAMMARATA, A. RUSSO, *La responsabilità penale degli amministratori privi di deleghe*, DB Approfondimenti, dirittobancario.it, Aprile 2020, p. 1, si tratta di un argomento che «si presenta con costante frequenza ma con oscillazioni interpretative che ne rendono incerti i confini». Cfr. anche A. MAURA, *La responsabilità civile e penale degli amministratori e dei sindaci*, Halley, 2007, p. 11.

² Sull'organizzazione del consiglio di amministrazione, sul principio di collegialità e sulla delegabilità delle funzioni gestorie cfr. Cass. Sez. 2, Sentenza n. 6468 del 25 marzo 2005; Trib. Milano, 14 novembre 1977; Trib. Verona, 27 febbraio 1992; Trib. Cosenza, 9 febbraio 1994; Trib. Parma, 16 giugno 2000.

³ F. CONSULICH, *Le posizioni di garanzia nel diritto penale economico*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2024, p. 699.

⁴ Sul rapporto di necessaria complementarità tra diritto civile e diritto penale v. M. BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e sanzioni penali*, Milano, 2006, p. 4.

⁵ Come evidenziato in dottrina, «il problema della posizione di garanzia del consigliere senza deleghe è il suo sostanziale rinvio a norme civilistiche le quali, per loro natura, non sono scritte per soddisfare il canone di tassatività richiesto dalla norma penale» in L. CAMMARATA, A. RUSSO, *La responsabilità penale degli*

governance societaria contemporanea, dove nelle organizzazioni complesse il potere gestorio non si concentra più in un unico soggetto, ma si distribuisce tra molteplici centri decisionali caratterizzati da differenti livelli di competenza, accesso alle informazioni e capacità di intervento. Di fronte tali difficoltà, la giurisprudenza ha spesso tentato modelli interpretativi estensivi, tacciati di dar vita a forme di responsabilità sostanzialmente presuntiva⁶.

Il presente lavoro muove dall'idea che tali criticità non possano essere risolte né attraverso un irrigidimento formalistico della posizione di garanzia né mediante una indiscriminata espansione dei doveri impeditivi del consigliere non operativo. La realtà delle organizzazioni societarie contemporanee impone piuttosto una ricostruzione della responsabilità omissiva capace di confrontarsi con la natura dinamica e distribuita del rischio organizzativo. La posizione di garanzia è concetto "a geometria variabile" che subisce una profonda trasformazione a seconda del settore considerato e una visione di lungo periodo consente di comprendere come la nozione si stia «deformalizzando di pari passo con la crescita di attenzione della giurisprudenza per la concreta ripartizione di competenze tra i vari livelli gestori e la loro prossimità al rischio tipico»⁷. Questa deformalizzazione non è un fenomeno patologico del sistema, ma la risposta adattiva di un ordinamento che deve confrontarsi con strutture organizzative sempre più complesse, nelle quali il potere decisionale è diffuso, la circolazione delle informazioni è asimmetrica e la distinzione tra gestione attiva e controllo passivo è sempre meno netta⁸.

In questa prospettiva, l'indagine si concentrerà su due profili strettamente connessi. Da un lato, il tema dell'atipicità dei poteri impeditivi, ossia il problema dell'individuazione delle condotte concretamente esigibili dall'amministratore non operativo in assenza di una tipizzazione legislativa delle modalità di intervento. Dall'altro lato, il ruolo della ripetitività dei comportamenti anomali quale criterio di concretizzazione progressiva dell'obbligo impeditivo e quale elemento rilevante nell'accertamento del nesso causale nelle omissioni improprie.

amministratori privi di deleghe, cit., p. 8.

⁶ Come facilmente intuibile, il conflitto non si esaurisce sul piano della tipicità oggettiva. Esso si ripropone, forse con ancora maggiore intensità, sul versante dell'elemento soggettivo. L'accertamento del dolo omissivo, e in particolare del dolo eventuale, in capo all'amministratore non esecutivo è operazione di straordinaria complessità, che ha dato luogo a orientamenti giurisprudenziali oscillanti e non di rado incompatibili con i principi costituzionali in materia di colpevolezza. La prassi applicativa ha rivelato una tendenza ricorrente a semplificare l'accertamento dell'elemento soggettivo attraverso un meccanismo presuntivo fondato sulla mera violazione dei doveri di controllo, dando vita a quello che autorevole dottrina ha efficacemente definito un «dolo di posizione», sussumibile nella formula del «non poteva non sapere» v. N. MENARDO, *La responsabilità penale omissiva degli amministratori privi di delega*, Diritto Penale Contemporaneo, 2015, p. 7.

⁷ F. CONSULICH, *Le posizioni di garanzia nel diritto penale economico*, cit., p. 699.

⁸ Sul piano dell'atipicità dei poteri impeditivi, la tesi che si propone è che la mancanza di una tipizzazione legislativa delle condotte doverose dell'amministratore non operativo, lungi dal costituire una lacuna colmata pretorilmente in violazione del principio di legalità, riflette una scelta implicita ma coerente dell'ordinamento: quella di ancorare l'obbligo di garanzia non a forme predeterminate di intervento, ma all'effettiva capacità del soggetto di incidere sull'iter criminis in corso, valorizzando ogni potere disponibile, tipico e atipico, che avrebbe potuto ostacolare la realizzazione dell'illecito.

L'obiettivo è dimostrare come l'atipicità dei poteri impeditivi e la valorizzazione della ripetitività delle anomalie non costituiscano una deviazione dai principi del diritto penale, ma rappresentino strumenti necessari per adattare il sistema della responsabilità omissiva alle caratteristiche delle moderne organizzazioni complesse, purché tali strumenti siano governati da criteri rigorosi di determinatezza, proporzionalità ed effettiva capacità impeditiva⁹.

2. La trasformazione dei doveri dell'amministratore non esecutivo.

Per comprendere appieno la portata delle trasformazioni che hanno investito la disciplina della responsabilità degli amministratori non operativi, è necessario prendere le mosse dal regime normativo anteriore alla riforma societaria del 2003, il quale costituisce il termine di confronto imprescindibile per valutare la reale portata innovativa del mutato quadro regolatorio e le sue ricadute sul piano penalistico.

Nella formulazione previgente, l'art. 2392 c.c. imponeva a tutti i componenti del consiglio di amministrazione, indipendentemente dall'attribuzione o meno di deleghe operative, un generale e indifferenziato obbligo di vigilanza sull'andamento della gestione societaria. Tale obbligo, di contenuto volutamente ampio e indeterminato, si traduceva in un dovere di controllo continuativo e ininterrotto sull'operato degli amministratori esecutivi, con l'annessa responsabilità solidale per i danni derivanti da ogni condotta pregiudizievole non impedita¹⁰. La vastità e l'indeterminatezza dei precetti operativi facevano sì che, in presenza di fatti di *mala gestio*, tutti i componenti del consiglio di amministrazione fossero ritenuti solidalmente responsabili dei danni patiti dalla società, per non aver adeguatamente esercitato il potere di vigilanza loro imposto. Sul piano penalistico, questo assetto normativo aveva alimentato una prassi applicativa particolarmente severa, favorita proprio da un apparato normativo che poneva in capo ai singoli consiglieri di amministrazione «ampi e indefiniti obblighi di vigilanza sull'andamento della gestione, senza peraltro fornire adeguati poteri di intervento»¹¹. Si era così consolidato, nel diritto vivente pre-riforma, uno schema di

⁹ Si segnala al lettore che l'analisi sarà circoscritta al versante oggettivo della responsabilità. In particolare, verranno esaminati il fondamento e il contenuto della posizione di garanzia, i limiti derivanti dalla collegialità dell'organo amministrativo, la struttura e i limiti dei poteri impeditivi, il problema della tipicità della condotta omessa e il ruolo della ripetitività delle anomalie nell'accertamento dell'obbligo di intervento e del nesso causale. Rimarranno invece estranei al presente lavoro i profili soggettivi dell'imputazione penale la cui trattazione richiederebbe autonome coordinate teoriche e sistematiche.

¹⁰ Come efficacemente sintetizzato, «il regime degli obblighi dei consiglieri senza delega vigente prima della novella prevedeva a carico di questi ultimi un ampio e indefinito dovere di vigilanza sull'andamento della gestione, con l'annesso obbligo di attivarsi per impedire il compimento di atti pregiudizievoli o quantomeno attenuarne le conseguenze» N. MENARDO, *La responsabilità penale omissiva degli amministratori privi di delega*, cit., p. 1.

¹¹ In particolare, la prassi giudiziaria tendeva a individuare, nel semplice binomio costituito dalla violazione del dovere di vigilanza e dalla mancata attivazione dei poteri impeditivi, i sintomi di una consapevole adesione al proposito criminoso degli amministratori esecutivi, quantomeno in termini di dolo eventuale. In altri termini, ogni colpevole inerzia veniva interpretata quale indice dell'accettazione del rischio, da parte

imputazione che, pur formalmente ancorato alla clausola di equivalenza dell'art. 40 c.p., si risolveva nella pratica in una forma di responsabilità sostanzialmente oggettiva¹². Le distorsioni applicative generate da questo sistema non tardarono a manifestarsi anche sul piano pratico in quanto la sostanziale inevitabilità della responsabilità dei consiglieri non operativi in caso di procedura concorsuale finiva per «allontanare le persone più consapevoli dall'accettare o mantenere incarichi in società o in situazioni in cui il rischio di una procedura concorsuale le esponeva a responsabilità praticamente inevitabili»¹³, come avrebbe poi esplicitamente riconosciuto la Relazione di accompagnamento alla riforma societaria del 2003.

Il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, ha radicalmente innovato il quadro normativo dei doveri e delle responsabilità degli amministratori di società di capitali¹⁴, con ricadute decisive sul perimetro della responsabilità penale omissiva dei consiglieri non operativi¹⁵. La riforma ha perseguito un duplice obiettivo: da un lato, aggiornare la disciplina codicistica rispetto ai paradigmi societari consolidatisi nell'esperienza nazionale e internazionale; dall'altro, tutelare la figura dell'amministratore non operativo da un diritto vivente che si attestava su posizioni di dubbia compatibilità con il principio della responsabilità colposa¹⁶.

Il nucleo innovativo della riforma si concentra nella riformulazione dell'art. 2381 c.c. e nella modifica dell'art. 2392 c.c.

del consigliere delegante, della verifica di un fatto illecito: e ciò, come si è lucidamente osservato, «a prescindere da qualunque valutazione sulla concreta possibilità, da parte dei membri del consiglio, di percepire eventuali indizi rivelatori dell'illecito in itinere» v. N. MENARDO, *La responsabilità penale omissiva degli amministratori privi di delega*, cit., p. 5, il quale in nota cita Cass. Pen., sez. V, sent. 27 maggio 1996, in Riv. trim. dir. pen. econ., 1996, p. 1394.

¹² N. MENARDO, *La responsabilità penale omissiva degli amministratori privi di delega*, cit., p. 7. Forti critiche a tali impostazioni provengono da M. PELISSERO, *Il concorso doloso mediante omissione: tracce di responsabilità di posizione*, in Giur. It., 2010, p. 978, che fa espresso riferimento a modelli di ascrizione di responsabilità di posizione o per assunzione.

¹³ Cfr. Relazione di accompagnamento alla L. 6/2003. Cfr. C. BERNARDO, *La responsabilità degli amministratori non esecutivi*, Scuola Superiore della Magistratura, 3 maggio 2022, Napoli, p. 9.

¹⁴ V. BUONOCORE, *La riforma del diritto societario*, Torino, 2003; F. GALGANO, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2003; A. GRAZIANI, G. MINERVINI, U. BELVISO, *Manuale di diritto commerciale*, Padova, 2004; G. LO CASCIO, *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003; G. RAGUSA MAGGIORE, *Trattato delle società*, Padova 2003, II; G. NICCOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES, *Società di capitali*, in Commentario, Napoli, 2004, II.

¹⁵ Come si evince da Cass. Pen., sent. n. 23383, del 04 maggio 2007, Bipop Carire pubblicata in Guida dir., 2007, 71, con nota di R. BRICHETTI, *Un obbligo di garanzia «leggero» che pone numerosi interrogativi*; in Giur. it., 2008, p. 434, con nota di E. BURZI, *Amministratore privo di delega e obbligo di impedire i reati dei quali abbia conoscenza*; in Cass. Pen., 2008, p. 109, con nota di F. CENTONZE, *La suprema corte di cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*; in Dir. e prat. soc., 2008, p. 60, con nota di L. D. CERQUA, *Responsabilità penale degli amministratori privi di delega volutamente inerti*; nonché in Giur. comm., 2008, II, p. 369, con nota di R. SACCHI, *Amministratori deleganti e dovere di agire informato*. Vedi anche il caso Parmalat (Milano), Cass. pen., 20 luglio 2011 n. 28932; il caso Parmalat (Parma), Trib. Parma 3 marzo 2011 e Corte d'Appello di Bologna del 23 aprile 2012. In dottrina F. CENTONZE, *La Suprema Corte di Cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*, Cass. Pen., I, 2008.

¹⁶ N. MENARDO, *La responsabilità penale omissiva degli amministratori privi di delega*, cit., p. 2.

Sul versante dell'art. 2381 c.c., la novella ha introdotto una disciplina organica della delega di funzioni gestorie, distinguendo nettamente il ruolo degli amministratori esecutivi¹⁷, cui competono i compiti di gestione in senso stretto e la cura dell'adeguatezza degli assetti organizzativi¹⁸, da quello degli amministratori non esecutivi, ai quali vengono attribuiti essenzialmente compiti di alta amministrazione e di supervisione. In particolare, gli amministratori privi di deleghe sono tenuti a valutare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società; esaminare i piani strategici, industriali e finanziari; valutare, sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione; e, soprattutto, «agire in modo informato»¹⁹, con la facoltà, che diventa obbligo in presenza di segnali di anomalia, di richiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società²⁰.

Sul versante dell'art. 2392 c.c., la riforma ha operato una modifica di portata sistematica visto che il generale obbligo di vigilanza sull'andamento della gestione è stato soppresso e sostituito dal più circoscritto dovere di agire informati²¹. La norma, nella sua attuale formulazione, prevede che gli amministratori siano solidalmente responsabili soltanto «se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose». Questo mutamento normativo ha «alleggerito gli oneri e le responsabilità degli amministratori privi di deleghe», sostituendo all'obbligo di generale vigilanza, che presupponeva un monitoraggio ininterrotto su ciascuna azione gestoria, il dovere di periodica valutazione della gestione sulla base delle informazioni ricevute e, se del caso, di quelle acquisite motu proprio in presenza di specifici segnali di

¹⁷ In merito ai soggetti appartenenti alla categoria degli *esecutivi* è rinvenibile in Borsa Italiana, *Codice di Autodisciplina delle società quotate*, 2006, criterio 2.C.1; Commissione Europea, *Raccomandazione n. 2005/162/CE del 5 febbraio 2005 sul ruolo degli amministratori senza incarichi esecutivi o dei membri del consiglio di sorveglianza e sui comitati del consiglio di amministrazione e di sorveglianza*, in *Gazzetta uff. UE*, 25 febbraio 2005, L 52/51.

¹⁸ P. ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in *Il nuovo diritto delle società*, Torino, UTET, p. 493 e G.E. COLOMBO, *Amministrazione e controllo*, in ROSSI (a cura di), *Il nuovo ordinamento delle società*, Milano, 2003, p. 494, i quali osservano come l'espresso riconoscimento normativo del dovere degli amministratori di curare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile non introduca un obbligo innovativo rispetto al sistema previgente, essendo tale dovere già ricavabile dal generale obbligo di diligenza gravante sugli amministratori, entro il quale deve ritenersi compreso quello di assicurare alla società un'organizzazione adeguata alla natura e alle dimensioni dell'impresa.

¹⁹ V. Cass. Sez. 2, Sentenza n. 19556 del 18/09/2020, la quale ha affermato che l'obbligo di "agire in modo informato", previsto dall'ultimo comma dell'art. 2381 c.c., impone agli amministratori non delegati specifici doveri di condotta. Tale obbligo si articola, da un lato, nel dovere di attivarsi mediante l'esercizio dei poteri connessi alla carica al fine di prevenire, eliminare o quantomeno attenuare le situazioni di criticità aziendale delle quali essi siano, o debbano essere, a conoscenza; dall'altro lato, nel dovere di acquisire informazioni adeguate, affinché tanto la decisione di intervenire quanto quella di non intervenire risultino fondate su una conoscenza effettiva della situazione societaria. Tale conoscenza deve essere perseguita attraverso l'esercizio diligente dei poteri di iniziativa e di controllo inerenti alla carica, avuto riguardo alla natura dell'incarico e alle specifiche competenze dell'amministratore.

²⁰ C. BERNARDO, *La responsabilità degli amministratori non esecutivi*, cit., p. 6.

²¹ Cass. Sez. 1, Sent. n. 17441 del 31 agosto 2016.

allarme²². In altri termini, il consigliere non operativo non è più il guardiano permanente dell'attività gestoria altrui, ma il valutatore periodico di informazioni che gli vengono fornite dagli esecutivi e che, in presenza di specifici segnali di anomalia, è tenuto ad approfondire attivando i propri poteri di iniziativa informativa²³.

Questo nuovo assetto normativo ha determinato anche una profonda modificazione dello standard di diligenza richiesto agli amministratori. Il criterio della diligenza del mandatario, uniforme e indifferenziato²⁴, è stato sostituito da quello della «diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle specifiche competenze»²⁵ del singolo amministratore, una scelta che ha introdotto nel sistema societario un giudizio di responsabilità più personalizzato, capace di valorizzare il bagaglio professionale di ciascun componente del consiglio e di calibrare su di esso l'intensità degli obblighi di controllo e intervento²⁶.

Sul piano penalistico, la riforma del 2003 ha costituito un vero e proprio spartiacque poiché ha imposto una rivisitazione dei criteri di accertamento della responsabilità penale omissiva dei consiglieri non operativi, nella misura in cui ha ridefinito il contenuto dell'obbligo giuridico di garanzia che rappresenta il fondamento normativo dell'imputazione²⁷. Va tuttavia segnalato che la riforma ha lasciato irrisolto

²² L. ROCCATAGLIATA, *I criteri di attribuzione della responsabilità penale in capo al consigliere senza deleghe, Quando repetita iuvant*, in Giur. pen. web, 24 giugno 2018, p. 3.

²³ G. F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale. Diritto delle società*, Torino, 2002, p. 381, che evidenzia come di regola l'attività dell'amministratore si esaurisce nel voto e pertanto egli non può essere ritenuto responsabile per non avere individualmente preso provvedimenti, perché non ha il potere di farlo. V. anche F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, in CONTI (a cura di), Milano, 1999, p. 81 rileva come solo gli esecutivi sono in grado di conoscere fatti e criticità gestionali, mentre i consiglieri privi di delega non possono che riportarsi alle notizie e alle informazioni riportate dai delegati.

²⁴ La Corte aveva interpretato il dovere di vigilanza nel senso di imporre a ciascun componente del consiglio di amministrazione l'obbligo di attivarsi concretamente per esercitare un controllo effettivo sull'operato degli altri amministratori. Ne derivava che l'attribuzione di specifiche funzioni gestorie soltanto ad alcuni membri del consiglio non fosse sufficiente ad escludere la responsabilità degli altri amministratori. Pertanto, il singolo consigliere chiamato a rispondere in via solidale per omessa vigilanza non poteva andare esente da responsabilità sostenendo che le operazioni contestate fossero state compiute autonomamente da altri amministratori. V. Cass. 21 luglio 2004, n. 13555, in motivazione; Cass. 27 aprile 2011, n. 9384; Cass. 15 febbraio 2005, n. 3032; Cass. 29 agosto 2003, n. 12696; Cass. 11 aprile 2001, n. 5443.

²⁵ A. ROSSI, *La responsabilità degli amministratori verso la società per azioni*, in AMBROSINI (a cura di), *La responsabilità di amministratori, sindaci e revisori contabili*, Milano, Giuffrè, 2007.

²⁶ C. BERNARDO, *La responsabilità degli amministratori non esecutivi*, cit., p. 5. Gli amministratori privi di deleghe sono dotati di competenze tecniche specifiche, maturate in particolari ambiti connessi all'attività d'impresa, come ad esempio quello consulenziale. Tuttavia, proprio la natura specialistica e settoriale del loro contributo fa sì che la possibilità di incidere concretamente sulle scelte gestionali dell'impresa risulti, nella pratica, piuttosto limitata. V. F. FOGLIA MANZILLO, *Amministratori non delegati, responsabilità penale da mera posizione nelle fattispecie di bancarotta ed applicazione di misure cautelari*, *Diritto Penale dell'impresa*, 18 febbraio 2013, p. 414 e ss; P. ABBADESSA, *Profili tipici della nuova delega amministrativa*, in Abbadessa, Portale (a cura di), *il Nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, v., II, Torino, 2007, p. 501 ss.

²⁷ Come ha statuito la Corte di Cassazione nella fondamentale sentenza sul caso Bipop Carire, «l'obbligo di impedire l'evento ex art. 40 cpv c.p. deve essere misurato sulla fonte normativa che pone il dovere di intervento» e poiché tale fonte, il novellato art. 2392 c.c., ha circoscritto l'obbligo di garanzia alla conoscenza di fatti pregiudizievoli, non è più possibile fondare la responsabilità penale omissiva sulla mera violazione di un generico dovere di vigilanza. Così N. MENARDO, *La responsabilità penale omissiva degli amministratori*

un problema fondamentale, che è al centro dell'analisi del presente lavoro: essa ha ridefinito il *quando* dell'obbligo di garanzia²⁸, ma non ha tipizzato il *come*, vale a dire le concrete modalità attraverso le quali l'amministratore non operativo avrebbe dovuto attivarsi per impedire l'evento pregiudizievole. L'art. 2392 c.c. si limita, sul punto, alla clausola onnicomprensiva del "fare quanto potevano", rinviando implicitamente a un giudizio casuale e non predeterminabile sulle azioni concretamente disponibili nel caso specifico. È questa lacuna strutturale, l'assenza di una tipizzazione dei comportamenti doverosi, che alimenta il dibattito sull'atipicità dei poteri impeditivi e che costituisce uno dei nodi centrali della presente indagine.

Il quadro normativo di riferimento ha subito un'ulteriore e significativa evoluzione per effetto del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, recante il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, il quale ha profondamente riformulato l'art. 2086 c.c. e ha introdotto nel tessuto del diritto societario un nuovo paradigma di governance orientato alla prevenzione e alla tempestiva emersione della crisi.

Il secondo comma dell'art. 2086 c.c., nella formulazione introdotta dalla riforma, stabilisce che l'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere 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. Il dovere di istituire adeguati assetti organizzativi viene ora espressamente finalizzato non soltanto alla corretta gestione dell'impresa in condizioni di normalità, ma anche, e specificamente, alla rilevazione precoce dei segnali di crisi e alla predisposizione dei rimedi necessari per il suo superamento. Sul piano della governance societaria, questa innovazione ha consolidato e formalizzato un trend evolutivo che la giurisprudenza aveva già iniziato a delineare in via interpretativa, quello della progressiva correlazione tra principi di corretta amministrazione, adeguatezza organizzativa e monitoraggio della continuità aziendale. L'obbligo di adottare adeguati assetti non è una mera formalità burocratica, ma uno strumento operativo attraverso il quale la percezione della crisi deve arrivare agli organi societari, affinché la sua completa conoscenza consenta di predisporre i rimedi più opportuni²⁹. E per quanto riguarda specificamente la posizione degli amministratori non operativi, il nuovo art. 2086 c.c. si intreccia con la disciplina dell'art. 2381 c.c. secondo una logica di complementarità funzionale. Mentre la cura degli assetti organizzativi compete primariamente agli organi delegati, la valutazione dell'adeguatezza di tali assetti, "sulla base delle informazioni ricevute", spetta al consiglio di amministrazione nella sua collegialità e, quindi, anche ai singoli consiglieri non operativi. Ne deriva che questi ultimi sono tenuti ad intervenire in presenza di

privi di delega, cit., p. 8. Cfr. anche Cass. Pen., sez. V, Sent. n. 23383, del 4/5/2007 in Cass. Pen., 2008, 103, con nota di CENTONZE, *La Suprema corte di Cassazione e la responsabilità degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*.

²⁸ Ossia le condizioni al ricorrere delle quali sorge il dovere di intervenire

²⁹ C. BERNARDO, *La responsabilità degli amministratori non esecutivi*, cit., p. 28.

segnali che rivelino una inadeguatezza degli assetti istituiti dai delegati, con una reazione che può concretizzarsi nella richiesta di informazioni aggiuntive, nell'impulso al consiglio affinché impartisca direttive specifiche, e nei casi più gravi persino nella revoca della delega conferita³⁰. L'innovazione apportata dall'art. 2086 c.c. rafforza ulteriormente la base normativa della posizione di garanzia degli amministratori non operativi e contribuisce ad ampliare il perimetro dei segnali di allarme rilevanti ai fini dell'accertamento della responsabilità omissiva. La mancata istituzione di adeguati assetti organizzativi, o la loro manifesta inadeguatezza rispetto alle finalità di rilevazione tempestiva della crisi, costituisce essa stessa un elemento sintomatico che avrebbe dovuto indurre i consiglieri non operativi ad attivarsi: ignorare deliberatamente tale segnale integra non soltanto una violazione del dovere civilistico di agire informati, ma potenzialmente anche il presupposto soggettivo della responsabilità penale omissiva, laddove gli organi delegati abbiano nel frattempo posto in essere condotte costituenti reato³¹.

È in questo quadro normativo stratificato e complesso che si iscrive la questione dell'atipicità dei poteri impeditivi e della rilevanza della ripetitività dei comportamenti³².

³⁰ C. BERNARDO, *La responsabilità degli amministratori non esecutivi*, cit., p. 35.

³¹ Come si vedrà nel proseguo, è proprio la progressiva espansione degli obblighi organizzativi degli amministratori non operativi a rendere sempre più necessario un criterio di imputazione che non si fossilizzi su forme predeterminate di intervento, ma che sia capace di cogliere la varietà e la complessità delle situazioni concrete nelle quali il dovere di garanzia è chiamato ad operare.

³² Il percorso normativo fin qui delineato mette in evidenza una tensione di fondo che attraversa l'intera materia: la difficoltà strutturale di trasporre in sede penale paradigmi comportamentali elaborati nel contesto del diritto civile societario, con finalità e logiche intrinseche profondamente diverse da quelle del diritto penale. Il problema non è meramente tecnico, ma investe i fondamenti stessi del sistema di imputazione penale. I doveri degli amministratori non operativi sono stati concepiti dal legislatore civile come strumenti di governo dell'impresa e di protezione degli interessi societari: essi sono costruiti su clausole generali elastiche, la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico, l'agire informato, l'adeguatezza degli assetti, che consentono una modulazione casistica delle responsabilità in funzione delle specificità di ciascuna realtà aziendale. Questa elasticità è un valore nel contesto civilistico, dove il giudizio di responsabilità mira alla riparazione del danno e può tollerare standards valutativi non predeterminati. Nel contesto penalistico, invece, quella stessa elasticità diventa una criticità: il principio di legalità e il suo corollario della tassatività impongono che il destinatario del precetto possa conoscere ex ante quale comportamento è richiesto dall'ordinamento, e quale sua omissione darà luogo a responsabilità penale. Come lucidamente rilevato in dottrina, «il trasferimento di concetti e paradigmi comportamentali previsti ed esplicitati nell'ambito del diritto civile, ai quali la prassi applicativa deve necessariamente fare riferimento, non è, e non può essere, automatico» v. L. CAMMARATA, A. RUSSO, *La responsabilità penale degli amministratori privi di deleghe*, cit., p. 1. In assenza di una norma penale che tipizzi con precisione i comportamenti doverosi dell'amministratore non operativo, il ricorso alle norme civilistiche come fonte dell'obbligo di garanzia è necessitato ma intrinsecamente problematico: necessitato, perché non vi sono alternative normative disponibili; problematico, perché quelle norme non sono state scritte per soddisfare le esigenze di determinatezza del precetto penale. È in questo contesto di tensione irrisolta tra flessibilità civilistica e rigore penalistico che si inserisce la proposta interpretativa che si svilupperà nel proseguo del lavoro: quella di riconoscere nell'atipicità dei poteri impeditivi e nella ripetitività dei comportamenti non una patologia del sistema, ma una risposta adattiva e costituzionalmente compatibile alle sfide poste dalla governance societaria contemporanea. Un'atipicità governata, dunque, e non arbitraria.

3. La posizione di garanzia dell'amministratore non operativo.

Una volta delineato il quadro evolutivo della disciplina societaria, occorre ora affrontare il problema che ne costituisce la naturale proiezione sul piano penalistico: l'individuazione della posizione di garanzia dell'amministratore non esecutivo.

La giurisprudenza ha individuato il fondamento normativo della posizione di garanzia³³ degli amministratori non operativi proprio nel combinato disposto degli artt. 2381, 2392 e 2394 c.c., letti in chiave penalistica attraverso la clausola di equivalenza dell'art. 40 c.p.³⁴. La fonte dell'obbligo giuridico di attivarsi è stata individuata, in particolare, nell'art. 2392 c.c., che «delinea specifici obblighi di protezione in capo al membro del consiglio di amministrazione»: quest'ultimo, se viene a conoscenza di «fatti pregiudizievoli» per l'interesse sociale, «ha il dovere di fare quanto in suo potere per

³³ In dottrina si distinguono tre principali categorie di obblighi di garanzia. a) Obblighi di protezione di determinati beni contro qualsiasi fonte di pericolo. Tali obblighi presuppongono l'esistenza di uno specifico rapporto giuridico tra il garante e il titolare del bene protetto, in forza del quale al primo è affidato il compito di tutela. Rientrano in questa categoria, tra gli altri, gli obblighi dei genitori e dei tutori di proteggere i beni personali dei figli minori e dei pupilli. b) Obblighi di controllo di determinate fonti di pericolo a tutela dei beni esposti al rischio. Essi presuppongono che la fonte di pericolo sia sottoposta ai poteri di controllo e di signoria di un determinato soggetto, sicché i soggetti minacciati non potrebbero tutelarsi autonomamente senza interferire nella sfera giuridica altrui. c) Obblighi di impedimento dei reati commessi da soggetti sottoposti ai poteri impeditivi del garante. Secondo l'orientamento dottrinale prevalente, la violazione di tali obblighi comporta una responsabilità a titolo di concorso nel reato non impedito. Vi rientrano gli obblighi dei soggetti investiti di poteri di educazione, istruzione, cura o custodia, di impedire i fatti dannosi posti in essere da figli minori, pupilli, scolari o infermi di mente, ai sensi degli artt. 2047 e 2048 c.c. Nella medesima categoria si collocano, inoltre, gli obblighi degli amministratori di società di impedire la commissione di reati societari, ai sensi dell'art. 2392 c.c. Per approfondire v. G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 175; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Cedam, Padova, 2007, p. 511; L. RISICATO, *La partecipazione mediante omissione a reato commissivo*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1995, p. 1274; Id., *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 316; L. BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e nella giurisprudenza italiane*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1997, p. 1363.

³⁴ Tale interpretazione è ormai pacifica e consolidata: «è pacifico che in capo agli amministratori privi di delega gravi un obbligo di impedimento dei reati compiuti dai gestori dell'ente», fondato sulla rilettura in chiave penalistica del combinato disposto di quelle disposizioni civilistiche v. F. CONSULICH, *Le posizioni di garanzia nel diritto penale economico*, cit., p. 701. Il meccanismo di raccordo tra le norme civilistiche e la clausola penalistica opera attraverso un doppio passaggio logico. In primo luogo, le disposizioni del codice civile individuano in capo agli amministratori non operativi specifici obblighi di protezione nei confronti dell'interesse sociale: l'art. 2392 c.c. stabilisce che gli amministratori, «essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli», devono fare quanto in loro potere per impedire il compimento; l'art. 2381 c.c. impone il dovere di agire informati e di valutare periodicamente l'adeguatezza degli assetti organizzativi; l'art. 2394 c.c. estende la tutela anche agli interessi dei creditori sociali, introducendo una dimensione di protezione che trascende il rapporto organico interno all'ente. In secondo luogo, questi obblighi civilistici di protezione vengono qualificati dalla giurisprudenza penale come «obblighi giuridici di impedire l'evento» ai sensi dell'art. 40 c.p., con la conseguenza che la loro violazione consapevole e volontaria, in presenza di un evento pregiudizievole realizzato dagli organi delegati, determina la responsabilità penale concorsuale dell'amministratore non operativo. Cfr. anche C. PEDRAZZI, *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, in Riv. Soc., p. 287 ss.; A. TRAVERSI, *Responsabilità penali d'impresa*, Padova, 1983, p. 190 ss.; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio: la struttura obiettiva della fattispecie*, Giuffrè, 1983, p. 338 ss.

impedirne il compimento», con la conseguenza che il consigliere non operativo il quale, posto a conoscenza della realizzazione, imminente o in corso, di un reato da parte degli amministratori esecutivi, «deliberatamente omette di attivarsi per impedirne la realizzazione, è qualificabile come concorrente nel reato ai sensi degli artt. 110 c.p. e 40 c.p.»³⁵.

Una volta identificata la fonte normativa della posizione di garanzia, occorre delimitarne il contenuto. In particolare, occorre domandarsi quali siano, in concreto, gli eventi pregiudizievoli che gli amministratori non operativi sono tenuti ad impedire. La giurisprudenza ha delineato con progressiva chiarezza il perimetro degli eventi rientranti nel campo di protezione della posizione di garanzia degli amministratori non operativi. La Corte di Cassazione ha ripetutamente affermato che la posizione di garanzia degli amministratori è stata «delineata con chiarezza rispetto al patrimonio dell'ente da essi gestito»³⁶, e che in precedenza «analogo obbligo di protezione penalmente rilevante era stato ravvisato rispetto alla tutela della correttezza della contabilità societaria»³⁷. Il nucleo essenziale del dovere di garanzia riguarda quindi la preservazione dell'integrità patrimoniale della società e la correttezza delle rappresentazioni contabili, che costituiscono i beni giuridici primariamente tutelati dalle fattispecie penali più frequentemente contestate in questo contesto come la bancarotta fraudolenta e le false comunicazioni sociali.

La tutela dovuta non si limita tuttavia a queste sole fattispecie. Invero, i componenti del consiglio di amministrazione sono titolari di una posizione di garanzia «nello svolgimento dei poteri di controllo e vigilanza sull'osservanza della legge e dello statuto da parte degli amministratori, sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato e sull'andamento generale dell'attività sociale, non solo rispetto ad ogni illecito idoneo a depauperare il patrimonio della società, ma anche a tutte le condotte di reato, inerenti all'oggetto sociale, suscettibili di determinare un indebito arricchimento dell'ente»³⁸. Il ruolo di controllo proprio degli organi di governance è, quindi, generale e non circoscritto a una specifica categoria di reati. Esso

³⁵ N. MENARDO, *La responsabilità penale omissiva degli amministratori privi di delega*, cit., p. 4. L'interpretazione è stata ulteriormente rafforzata, come visto, dalla novellazione dell'art. 2086 c.c., il cui secondo comma impone all'imprenditore societario il dovere di istituire assetti organizzativi adeguati anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi, ampliando così il perimetro degli obblighi organizzativi che fungono da base normativa della posizione di garanzia. Come rilevato in dottrina, «l'interpretazione è ulteriormente rafforzata dalla rinnovata trama del codice civile, dopo la novellazione dell'art. 2086 c.c.», che ha esteso il dovere organizzativo degli amministratori ben al di là della sola gestione corrente, fino a ricomprendere la prevenzione e il governo della crisi aziendale in F. CONSULICH, *Le posizioni di garanzia nel diritto penale economico*, cit., p. 701. In giurisprudenza v. Corte Cass., sent., n. 172 del 27 maggio 1996; Corte Cass., sent. n. 12372 del 24 maggio 2006.

³⁶ Cass., Sez. V, n. 57759 del 24/11/2017.

³⁷ F. CONSULICH, *Le posizioni di garanzia nel diritto penale economico*, cit., pp. 701 - 702 che fa riferimento in nota a Cass., Sez. V, n. 32793 del 13/06/2016, sulla quale si legga G. CARCANO, *La responsabilità dell'amministratore di diritto di una società per falso documentale commesso da soggetto delegato alla gestione*, in Cass. pen., 2016, p. 666. Cita anche Cass., Sez. V, 9 febbraio 2015, n. 33243, Rv. 264952 - 01.

³⁸ F. CONSULICH, *Le posizioni di garanzia nel diritto penale economico*, cit., p. 705.

abbraccia, in linea di principio, tutte le condotte illecite che si realizzino nell'esercizio dell'attività sociale e che siano riconducibili all'oggetto dell'ente³⁹.

³⁹ La ricostruzione sin qui condotta della posizione di garanzia dell'amministratore non operativo ha privilegiato un'impostazione normativa e formale, incentrata sull'individuazione delle fonti civilistiche dell'obbligo di impedimento e sul perimetro degli eventi pregiudizievoli che ne costituiscono l'oggetto. Questa impostazione, pur necessaria come punto di partenza, non è sufficiente a cogliere la trasformazione profonda che la giurisprudenza degli ultimi decenni ha impresso alla morfologia della posizione di garanzia nelle organizzazioni complesse. Tale trasformazione, che ha progressivamente abbandonato i connotati formalistici della posizione di garanzia per assumere una fisionomia sostanziale e funzionale, trova il suo punto di emersione più nitido nell'elaborazione giurisprudenziale della figura del "gestore del rischio". Si assiste così a una progressiva riconduzione in chiave omissiva di fattispecie originariamente e pacificamente commissive, con la conseguente trasformazione di soggetti individuati dal legislatore come possibili autori attivi dell'offesa in garanti generalizzati, chiamati a rispondere per il mero mancato impedimento dell'evento penalmente rilevante v. Riflessioni in questo senso, in M. F. CARRIERO, *L'Ingerenz-Theorie alla luce di nuove (e più sofisticate) derive giurisprudenziali*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2023, pp. 957 ss. Cfr. anche Cass., Sez. I, n. 9049 del 07/02/2020, e Cass., Sez. V, n. 27905 del 03/05/2021. Per approfondimento A. GARGANI, *Lo strano caso dell'"azione colposa seguita da omissione dolosa". Uno sguardo critico alla sentenza "Vannini"*, in disCrimen, 18 novembre 2020; F. PIERGALLINI, *Il "caso Ciontoli/Vannini": un enigma ermeneutico 'multichoice'*, in Criminalia, 2019, pp. 609 ss. La figura trova la sua elaborazione più compiuta nella sentenza delle Sezioni Unite nel caso ThyssenKrupp, nella quale la Corte ha affermato che la nozione di "garante" avrebbe nell'uso giurisprudenziale un campo semantico assai più esteso di quello tradizionalmente assegnato a tale posizione soggettiva da parte della dottrina, tanto da venire impiegata anche nei contesti commissivi come afferma F. CONSULICH, *Le posizioni di garanzia nel diritto penale economico*, cit., p. 714. L'autore continua evidenziando che secondo la Corte, garante è colui che è chiamato, pro quota e secondo la sua "competenza", a gestire e a organizzare specifici fattori di rischio, sicché la figura del garante dovrebbe essere definita semplicemente come il gestore competente per lo specifico rischio che assume rilievo di volta in volta. Questa definizione segna una rottura significativa rispetto alla concezione tradizionale. Nella nuova prospettiva, ciò che fonda e delimita la posizione di garanzia non è più la qualifica formale del soggetto né il testo della norma che gli impone l'obbligo di impedimento, ma la sua competenza gestionale rispetto a uno specifico fattore di rischio. Il garante diventa così colui che è deputato a governare una specifica sfera di rischio, di modo che a lui saranno da imputare tutti e solo gli eventi che risulteranno essere la concretizzazione del tipo di rischio che rientra nella sua personale competenza, che vi abbia dato causa o contribuito con una condotta attiva o che semplicemente non li abbia impediti. Sul piano oggettivo, che è quello che interessa specificamente il presente lavoro, questa evoluzione ha conseguenze di grande rilievo per la responsabilità degli amministratori non operativi. Essa implica che la posizione di garanzia di tali soggetti non si esaurisca nella loro qualità formale, ma si estenda e si moduli in ragione delle loro specifiche competenze professionali e del tipo di rischio rispetto al quale queste competenze sono chiamate a esplicarsi. Un consigliere non operativo con specifiche competenze finanziarie sarà garante, in modo particolarmente intenso, rispetto ai rischi connessi alla gestione finanziaria dell'ente; un consigliere con competenze giuridiche sarà garante in modo più accentuato rispetto ai rischi di violazione normativa; un consigliere con esperienza industriale sarà garante in modo privilegiato rispetto ai rischi operativi dell'impresa. Questa modulazione soggettiva della posizione di garanzia ha implicazioni dirette anche sul piano della determinazione dei poteri impeditivi rilevanti. Se il garante è definito dalla sua competenza rispetto a uno specifico fattore di rischio, allora i poteri impeditivi che gli sono richiesti sono primariamente quelli connessi all'esercizio di quella competenza: il consigliere con competenze finanziarie è tenuto a rilevare e a segnalare anomalie nei flussi finanziari che altri consiglieri, privi di quelle competenze, potrebbero non essere in grado di intercettare. La sua posizione di garanzia è dunque al tempo stesso più intensa, perché specializzata, e più circoscritta rispetto a quella di un consigliere generico.

4. La collegialità come limite della posizione di garanzia e l'assenza di poteri impeditivi diretti *uti singulo*.

Il nodo centrale che occorre ora affrontare concerne la concreta idoneità dei poteri attribuiti al singolo amministratore non esecutivo rispetto all'obbligo di impedire l'evento dannoso. Più che l'esistenza della posizione di garanzia in sé considerata, viene infatti in rilievo la verifica circa l'effettiva disponibilità, in capo all'amministratore privo di deleghe, di strumenti giuridici e poteri di intervento concretamente capaci di prevenire la realizzazione dell'illecito. Il problema nasce, invero, dalla struttura collegiale del consiglio di amministrazione, che costituisce il vincolo organizzativo fondamentale entro cui si svolge l'attività del singolo consigliere⁴⁰. La collegialità, che assicura l'unitarietà della gestione e giustifica il regime di responsabilità solidale, esclude al tempo stesso che il singolo componente del consiglio possa adottare individualmente provvedimenti direttamente impeditivi di condotte illecite altrui⁴¹. Come lucidamente osservato, il singolo amministratore non ha, in sostanza, «poteri direttamente e realmente impeditivi *uti singulo*»⁴²: le uniche prerogative individuali dotate di una potenziale efficacia impeditiva rispetto all'altrui condotta illecita sembrano essere l'impugnazione della deliberazione consiliare da parte dell'amministratore assente o dissenziente ai sensi dell'art. 2388 c.c. e la segnalazione all'autorità giudiziaria per l'attivazione del procedimento previsto dall'art. 2409 c.c.; quest'ultimo rimedio, tuttavia, è esperibile soltanto in presenza di gravi irregolarità gestorie idonee ad arrecare un danno rilevante alla società.

Tale limitazione strutturale produce rilevanti conseguenze sul piano penalistico. La configurazione di una posizione di garanzia presuppone, infatti, l'attribuzione al garante di poteri impeditivi concretamente idonei a scongiurare l'evento lesivo, poiché sarebbe irragionevole imporre un obbligo di impedimento a chi non dispone degli

⁴⁰ Cfr. V. CALANDRA BUONAURA, *L'Amministrazione della società per azioni nel sistema tradizionale*, Giappichelli 2019, p. 156; così anche Cass. 5 giugno 2003, n. 8992; Trib. Milano 30 settembre 1985; App. Milano, 26 giugno 1987; Trib. Milano, 8 febbraio 2006.

⁴¹ Una ricostruzione della responsabilità penale omissiva del *monitoring board* coerente con la teoria generale del reato potrebbe fondarsi sull'individuazione del consiglio di amministrazione, considerato unitariamente quale organo collegiale, come titolare della posizione di garanzia, distinta da quella facente capo ai singoli componenti. In questa prospettiva si colloca la nota "teoria del reato collegiale", elaborata da autorevole dottrina, secondo cui la responsabilità penale dovrebbe essere riferita all'organo amministrativo nel suo complesso, e non atomisticamente ai singoli consiglieri. V. F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, Milano, 1947, II, pp. 230 ss. in tal senso anche D. RENDE, *Disposizioni penali su società e consorzi*, in *Commentario al Codice civile*, SCIALOJA, BRANCA (a cura di), *Libro V del Lavoro (art. 2555 – 2642)*, Bologna, 1947, p. 64 ss; M. TONDO, *Sulla natura del reato collegiale quale fattispecie descritta da talune disposizioni penali in materia di società*, in Riv. Pen., 1951, I, p. 286. V. anche critica di A. CRESPI, *Reato plurisoggettivo e amministrazione pluripersonale della società per azioni*, in Riv. It. Dir. pen., 1957, p. 528 – 529. V. anche approfondimenti in L. CORNACCHIA, *Responsabilità penale negli organi collegiali*, Torino, Giappichelli, 2021.

⁴² Si noti in proposito la differenza fondamentale, quanto all'assetto di poteri individuali, tra consiglieri e componenti del Collegio Sindacale. A questi ultimi, infatti, il legislatore ha attribuito (art. 2403 bis c.c.) specifici poteri d'indagine individuale. Si veda, in proposito, quanto osservato da P. MONTALENTI, *La responsabilità degli amministratori nell'impresa globalizzata*, in AA. Vv., *Mercati finanziari e sistema dei controlli*, Milano, 2005, p. 132.

strumenti necessari per adempiervi. Ne consegue che la ridotta consistenza dei poteri individualmente esercitabili dal consigliere non esecutivo pone un interrogativo di fondo circa la stessa configurabilità di una responsabilità omissiva impropria a suo carico⁴³.

Un esame analitico degli strumenti effettivamente disponibili al singolo consigliere non operativo rivela, peraltro, la loro limitatezza pratica: il potere di impugnazione della delibera consiliare risulta efficace soltanto rispetto a reati commessi attraverso l'assunzione di decisioni formali da parte dell'organo gestorio, mentre è del tutto inidoneo ad impedire condotte illecite realizzate al di fuori della sede consiliare, senza necessità di delibera ad hoc, «circostanza che si verifica, nel caso frequente e paradigmatico in cui l'Amministratore Delegato commette il reato nell'esercizio dei poteri delegati e dunque senza necessità di delibera ad hoc»⁴⁴; il potere di sollecitare il Pubblico Ministero ex art. 2409 c.c. è, a sua volta, utilizzabile soltanto nei confronti delle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio e soltanto in presenza di gravi irregolarità, limiti che ne circoscrivono fortemente l'applicabilità pratica; la facoltà di segnalare irregolarità alle autorità di vigilanza, infine, è strutturalmente dipendente dalla risposta dell'ente di vigilanza e non ha di per sé alcuna idoneità impeditiva diretta. In definitiva, può affermarsi senza timore di smentita che «il singolo consigliere di amministrazione è privo di poteri impeditivi "effettivi", in grado cioè di incidere direttamente e concretamente sullo sviluppo dell'iter criminoso, essendo piuttosto dotato di una capacità di sollecitazione indiretta, solo astrattamente idonee ad attivare una procedura di controllo da parte di autorità terze»⁴⁵.

Tuttavia, questa constatazione non conduce necessariamente all'esclusione della responsabilità penale omissiva, ma impone che essa sia ricostruita su basi diverse rispetto a quelle tradizionalmente proposte: non l'impedimento diretto dell'illecito, ma l'attivazione di meccanismi mediati capaci di incidere, sia pure indirettamente, sull'iter criminis in corso di svolgimento.

Il punto di svolta interpretativo consiste dunque nel riconoscimento che i poteri impeditivi rilevanti ai fini dell'art. 40 c.p. non debbono necessariamente essere diretti e immediatamente efficaci, potendo consistere anche in comportamenti di natura meramente sollecitatoria o indirettamente impeditiva. La stessa giurisprudenza di legittimità ha più volte affermato che la posizione di garanzia presuppone la disponibilità di poteri impeditivi, i quali non devono necessariamente consistere in

⁴³ Come correttamente rilevato da N. MENARDO, *La responsabilità penale omissiva degli amministratori privi di delega*, cit., p. 15 «laddove il soggetto in questione non sia dotato di alcun autonomo potere impeditivo o qualora le prerogative attribuitegli dall'ordinamento non siano in concreto idonee a influire sull'illecito in fieri, è evidente che non potrà essergli ascritta alcuna corresponsabilità per il fatto commesso da terzi»; F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in Riv. ital. dir. proc. penale, 2001, p. 340, sostiene che «in assenza dei poteri impeditivi, si tratterebbe di responsabilità per fatto altrui». Sul consiglio come unico momento in cui l'amministratore senza deleghe ha l'onere di informarsi F. GHEZZI, *Amministratori. Artt. 2380 – 2396 c.c.*, in MARCHETTI, BIANCHI, GHEZZI, NOTARI (a cura di), *Commentario alla Riforma delle Società*, Milano, 2005.

⁴⁴ N. MENARDO, *La responsabilità penale omissiva degli amministratori privi di delega*, cit., p. 17.

⁴⁵ *Ibidem*.

strumenti direttamente idonei a impedire l'evento, ma possono tradursi anche in obblighi di natura sollecitatoria o di controllo, caratterizzati da un'efficacia impeditiva indiretta o mediata⁴⁶; in questa prospettiva, il garante societario non è necessariamente colui che può fisicamente impedire la condotta illecita altrui, ma colui che dispone di strumenti capaci di rendere più difficoltosa la realizzazione dell'illecito o di attivare meccanismi idonei a tal fine⁴⁷. Tale impostazione si inserisce nel più ampio quadro della teoria del potere impeditivo "mediato", elaborata originariamente nell'ambito della sicurezza sul lavoro e successivamente estesa anche al settore societario. Secondo questa ricostruzione, l'impedimento dell'evento può realizzarsi attraverso una sequenza di interventi distinti ma funzionalmente coordinati, posti in essere da soggetti diversi, alcuni dei quali possono essere privi della qualifica di garanti pur disponendo, in concreto, della capacità di incidere sul decorso causale. In tale prospettiva, l'azione impeditiva non viene necessariamente esercitata direttamente dal garante, ma può attuarsi mediante l'attivazione di altri soggetti titolari dei poteri necessari a neutralizzare il rischio. Il ruolo del primo consiste, dunque, nell'esercitare una funzione di segnalazione e di impulso, idonea a sollecitare l'intervento di chi dispone degli effettivi poteri di arresto dell'evento, con la conseguenza che anche tale attività di allerta assume rilevanza ai fini della configurazione e dell'adempimento della posizione di garanzia⁴⁸.

Applicata al contesto societario, questa teoria implica che il consigliere non operativo assolva al proprio dovere di garanzia attivando i meccanismi interni disponibili⁴⁹, i quali, pur non impedendo direttamente l'illecito, sono idonei a creare ostacoli alla sua realizzazione e ad attivare la reazione di altri soggetti dotati di poteri

⁴⁶ Cass., Sez. V, n. 28932 del 04 maggio 2011, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 1096, con nota di F. MUCCIARELLI, *Manipolazione informativa: la condotta pericolosa e il luogo di consumazione nella lucida lettura della Cassazione*, (Commento a Cass., sez. V pen., sent. 4 maggio 2011, n. 28932, Tanzi), in *Diritto penale e processo*, 2011, pp. 1101 ss.; Cass., Sez. IV, n. 16761 del 11 marzo 2010, riferita al delitto di omicidio colposo plurimo, laddove riconosce che i poteri impeditivi rilevanti ai fini della posizione di garanzia non sono necessariamente individuati dal precetto normativo e possono atteggiarsi anche in forme indirette, comprese quelle di mera sollecitazione dell'altrui intervento. Cfr. anche F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 162 ss.; Id., *Il concorso mediante omissione degli amministratori senza delega nei reati posti in essere dagli amministratori delegati*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 754; F. CONSULICH, *Poteri di fatto ed obblighi di diritto nella distribuzione delle responsabilità penali societarie*, in *Società*, 2012, pp. 557 ss.; F. B. GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006, p. 608; A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bologna, Bononia University Press, 2009, pp. 275 ss.; C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, in *Criminalia*, 2012, p. 668 ss.; N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 67 ss.

⁴⁷ Cass., Sez. IV, n. 16761 del 11 marzo 2010; Cass., Sez. V, n. 28932 del 04 maggio 2011; V. anche G. CHIARAVIGLIO, *Causalità omissiva e potere di impedire l'evento: la posizione dei sindaci e degli amministratori privi di delega nelle società di capitali*, in *Riv. dott. comm.*, 2012, p. 187.

⁴⁸ Cass., Sez. Un., n. 38343 del 24 aprile 2014; Per approfondimenti cfr. G. DE SANTIS, S. M. CORSO, *Nuove dimensioni della responsabilità datoriale*, Napoli, 2024; A. NISCO, *Posizioni di garanzia e sicurezza sul lavoro, note a margine delle Sezioni Unite ThyssenKrupp*, in CURI (a cura di), *Ordine pubblico e sicurezza nel governo della città*, Bologna, Bononia University Press Bup, 2016, pp. 172 ss.

⁴⁹ Ad esempio, richiesta di informazioni aggiuntive, sollecitazione dell'organo collegiale, richiesta di convocazione del consiglio, esercizio del voto contrario, richiesta di annotazione del dissenso.

più incisivi⁵⁰. Dunque, spetta all'amministratore «il compito di esercitare ogni possibile potere, tipico e atipico (diffide, sollecitazioni, rilievi critici in consiglio)», senza che sia necessaria la produzione di un impedimento totale e immediato ma «quel che occorre appurare è se la condotta omessa avrebbe reso più difficoltoso, a qualunque titolo, il perseguimento dello scopo illecito altrui e dunque più improbabile la produzione dell'evento pregiudizievole»⁵¹.

⁵⁰ Questa impostazione presenta significativi punti di contatto con quella parte della dottrina che, in recenti studi monografici, ha valorizzato la dimensione collettiva dell'azione prevenzionale. Secondo tale ricostruzione, la rilevanza penalistica della condotta del garante non troverebbe adeguata collocazione né nello schema del reato omissivo proprio né in quello dell'omissione impropria, ma andrebbe piuttosto ricondotta alla logica della fattispecie plurisoggettiva eventuale, risultante dall'interazione tra la norma incriminatrice di parte speciale e la disciplina del concorso di persone di cui agli artt. 110 ss. c.p. A tal proposito vedi A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa*, Pisa University Press, Pisa, 2022, pp. 187 ss.

⁵¹ Cfr. F. CONSULICH, *Le posizioni di garanzia nel diritto penale economico*, cit., pp. 701-702. Sempre l'autore evidenzia un aspetto rilevante della posizione di garanzia degli amministratori non operativi che riguarda la sua estensione esterna: la domanda è fino a dove si estenda il dovere di impedimento, specie nel contesto dei gruppi societari, nei quali le relazioni di controllo e dipendenza tra diverse entità giuridiche possono far sorgere il dubbio che la posizione di garanzia dell'amministratore della capogruppo si estenda anche alle condotte illecite poste in essere dagli organi delle controllate. La risposta della giurisprudenza è netta e costituisce un limite invalicabile del sistema: la posizione di garanzia degli amministratori è «intensivamente illimitata, poiché riferita a tutti i pregiudizi che l'ente può subire o cagionare, ma estensivamente contenuta, poiché non assume mai rilievo il mancato intervento a tutela di organizzazioni terze». Non è configurabile, in altri termini, la responsabilità dell'amministratore di una società diversa da quella fallita nel reato proprio, ex art. 40 cpv. c.p., «la quale, integrata dalla posizione di garanzia ex art. 2392 c.c., è invocabile solo con riferimento agli atti di gestione della società amministrata e non può invece estendersi ad atti compiuti da amministratori di società terze». Cfr. a riguardo Cass., Sez. V, n. 7556 del 28 novembre 2012. Questo limite vale anche nel contesto dei gruppi societari, nonostante l'esistenza di relazioni di controllo e di influenza gestoria tra capogruppo e controllate. L'orientamento che aveva in passato tentato di costruire una «garanzia intersocietaria» in capo agli amministratori della holding, sulla base del loro ruolo di determinazione delle scelte gestionali delle eterodirette, è stato progressivamente abbandonato dalla giurisprudenza, la quale si è saldamente attestata sul principio opposto: la posizione di garanzia è strettamente circoscritta all'ente amministrato, e l'amministratore della capogruppo può rispondere di illeciti commessi nelle controllate soltanto a titolo commissivo, attraverso una partecipazione attiva, mai a titolo omissivo attraverso il meccanismo dell'art. 40 cpv. c.p. Per il collegio sindacale v. Cass., Sez. V, n. 11936 del 05 febbraio 2020. Sul tema sempre F. CONSULICH, *Le posizioni di garanzia nel diritto penale economico*, cit., pp. 717-718 che analizza anche la posizione di garanzia degli amministratori non operativi nel rapporto tra amministratori di diritto e amministratori di fatto. La giurisprudenza ha da tempo costruito «un circuito di responsabilità incrociata tra amministratore di fatto e di diritto, di modo che uno sia garante dell'altro e insieme debbano reciprocamente impedirsi condotte dannose per l'ente». Questo circuito ha implicazioni rilevanti per il tema dell'atipicità dei comportamenti doverosi. La figura dell'amministratore di fatto, soggetto che esercita poteri gestori senza una formale investitura, è ormai pienamente riconosciuta dall'ordinamento come titolare di una posizione di garanzia equiparabile a quella dell'amministratore di diritto, a condizione che «l'esercizio di fatto delle funzioni sia desumibile da comportamenti ricorrenti, costanti e specifici». Questa equiparazione, sancita dall'art. 2639 c.c. per i reati societari e dall'art. 299 d.lgs. n. 81/2008 per la sicurezza sul lavoro, conferma che il fondamento della posizione di garanzia non è soltanto formale, l'investitura giuridica nella carica, ma anche sostanziale: ciò che rileva è l'effettivo esercizio dei poteri gestori e la conseguente capacità di influenzare le scelte dell'organizzazione. A riguardo cfr. Cass., Sez. III, n. 42236 del 14 settembre 2013 e Cass., Sez. V, n. 15065 del 02 marzo 2011. Questa prospettiva sostanziale è coerente con la tesi che si sostiene nel presente lavoro: se la posizione di garanzia si fonda

La valorizzazione dei poteri di impulso e di sollecitazione produce conseguenze particolarmente significative con riferimento alla responsabilità degli amministratori non esecutivi. Essa comporta, invero, che il consigliere non possa sottrarsi alla configurazione di una posizione di garanzia invocando la mancanza di poteri impeditivi diretti, poiché la disponibilità di strumenti idonei ad attivare l'intervento di altri soggetti dotati di effettivi poteri di contrasto è considerata sufficiente a fondare l'obbligo di impedimento dell'evento. Tuttavia, l'ampliamento della nozione di potere impeditivo penalmente rilevante impone, sul versante dell'accertamento causale, un corrispondente rigore ricostruttivo. Quando il potere attribuito al garante è soltanto mediato, non è sufficiente dimostrare che egli avrebbe potuto attivarsi; occorre altresì verificare, secondo il giudizio controfattuale proprio dei reati omissivi impropri, che l'esercizio di tale potere avrebbe verosimilmente determinato l'intervento del soggetto successivo nella catena impeditiva e che tale intervento sarebbe stato, con elevata probabilità logica, idoneo a impedire o quantomeno a ostacolare in modo significativo la realizzazione dell'illecito⁵².

sull'effettiva capacità di incidere sulle dinamiche organizzative, allora è naturale che i poteri impeditivi rilevanti siano individuati non già in forme tipizzate di intervento, ma in qualsivoglia strumento, formale o informale, diretto o indiretto, che il soggetto abbia concretamente a disposizione per ostacolare la realizzazione dell'illecito. L'atipicità dei poteri impeditivi è, in questa luce, non una deviazione dal sistema, ma la logica conseguenza di un approccio sostanziale alla posizione di garanzia che valorizza la realtà effettiva del potere organizzativo piuttosto che la sua forma giuridica. Per approfondimento su amministratore di fatto G. ESCOBEDO, *I cosiddetti amministratori di fatto delle società anonime e il reato di quasi bancarotta semplice*, in Giust. Pen., 1933, III, p. 685.

⁵² La critica che si deve affrontare è quella secondo cui l'affermazione della responsabilità penale omissiva dell'amministratore non operativo sulla base di poteri impeditivi mediati e sollecitatori si risolve, in ultima analisi, in una responsabilità per fatto altrui: l'evento pregiudizievole è causato dalla condotta illecita dell'organo delegato, e l'inerzia del consigliere non operativo, per quanto censurabile sul piano del dovere di vigilanza, non è causalmente equivalente a quella condotta se i poteri di cui egli disponeva non erano in grado di impedirla autonomamente. Questa critica merita una risposta articolata su due livelli. Sul primo livello, quello della struttura della fattispecie omissiva impropria, occorre ricordare che la responsabilità per omissione impropria è sempre, per sua natura, una responsabilità che si connette causalmente a un evento prodotto dalla condotta attiva di altri soggetti o di fattori naturali: ciò non la trasforma in una responsabilità per fatto altrui, perché il fondamento dell'imputazione non è la condotta altrui ma la propria omissione di fronte a quella condotta. Ciò che l'art. 40 cpv. c.p. richiede non è che il garante abbia causato autonomamente l'evento, ma che la sua omissione abbia contribuito alla sua realizzazione attraverso il mancato esercizio di poteri impeditivi di cui disponeva: è questa omissione, il fatto proprio del garante, che fonda la responsabilità penale, non la condotta dell'autore materiale dell'illecito. Sul secondo livello, quello specifico dei poteri impeditivi, occorre riconoscere che la critica ha una forza maggiore quando si tratta di poteri la cui efficacia impeditiva è meramente ipotetica e dipende interamente dalla reazione di terzi. In questi casi, il rischio di scivolare verso una responsabilità per fatto altrui può essere evitato soltanto attraverso un accertamento rigoroso che dimostri con ragionevole probabilità che l'esercizio del potere sollecitatorio avrebbe effettivamente prodotto, nel caso specifico, gli effetti impeditivi ipotizzati. Questo accertamento non può essere sostituito da presunzioni ma richiede una verifica individualizzata che tenga conto di tutte le circostanze specifiche del caso, e in particolare della prevedibile reazione degli altri soggetti coinvolti nella catena causale. Quando questo accertamento sia stato correttamente compiuto, la responsabilità penale dell'amministratore non operativo non è una responsabilità per fatto altrui ma una responsabilità per fatto proprio: il proprio omissivo mancato esercizio di poteri impeditivi che, se esercitati, avrebbero con ragionevole probabilità impedito l'evento. La personalità della responsabilità penale è garantita non dalla

5. Tra obbligo tipico e poteri atipici.

Un ulteriore profilo problematico della responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi riguarda l'individuazione della concreta condotta impeditiva esigibile nel caso specifico. Una volta accertata, infatti, la sussistenza di una posizione di garanzia e la teorica disponibilità di poteri idonei ad incidere sulla gestione societaria, resta da chiarire quale sia, di volta in volta, l'atto che il singolo consigliere avrebbe dovuto compiere per impedire la verifica dell'evento pregiudizievole.

Come visto, le fonti normative della posizione di garanzia si limitano per lo più a delineare obblighi di protezione, senza individuare con sufficiente precisione le specifiche condotte che il garante è tenuto ad adottare nelle concrete situazioni operative. Tale deficit di determinatezza non risulta sempre superabile mediante il ricorso alle regole cautelari, le quali, specie nei contesti organizzativi complessi, assumono frequentemente la forma di standard elastici e aperti, privi di un contenuto prescrittivo puntualmente definito. Ne consegue un rilevante margine di incertezza applicativa che, se emerge con particolare evidenza nell'ambito delle fattispecie colpose, è destinato a riflettersi anche sui reati dolosi. L'individuazione della condotta alternativa lecita costituisce infatti il necessario termine di paragone per accertare se l'evento fosse prevedibile, rappresentato e consapevolmente accettato dal soggetto agente, incidendo così sulla stessa ricostruzione dell'elemento soggettivo del reato⁵³. La tensione tra esigenza di determinatezza penalistica e necessità di adattamento alla complessità organizzativa si risolve, nella pratica applicativa, attraverso due approcci contrapposti.

Il primo, di matrice rigorosamente garantista, ritiene che la responsabilità omissiva possa essere configurata soltanto in presenza di poteri impeditivi chiaramente individuati e normativamente disciplinati, tali da consentire di affermare con sufficiente certezza che il loro effettivo esercizio avrebbe impedito il verificarsi dell'evento. In questa prospettiva, il potere impeditivo deve essere definito nei suoi contenuti, nelle modalità di esercizio e nei suoi effetti, così da garantire il rispetto dei principi di legalità e tassatività. Poiché tali requisiti non sembrano trovare piena attuazione nella disciplina vigente, questa impostazione perviene ad una sostanziale limitazione della responsabilità omissiva impropria, escludendone la configurabilità nei casi in cui manchi una espressa e puntuale individuazione legislativa delle condotte doverose e dei correlati poteri impeditivi⁵⁴.

natura diretta e immediata dei poteri impeditivi ma dalla verifica rigorosa che l'omissione del singolo soggetto ha concretamente contribuito alla realizzazione dell'evento che egli era tenuto a impedire. A riguardo v. Cass., Sez. V, n. 42519 del 8 giugno 2012.

⁵³ Un ulteriore elemento di complessità risiede nella particolare attitudine del concetto a prestarsi a letture in termini omissivi, in ragione della costante presenza di una componente di non azione nella sua struttura, con il conseguente rischio di sovrapposizione rispetto al diverso piano del mancato impedimento dell'evento. Sul momento omissivo della colpa v. F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, Cedam, 1993, pp. 92 ss.

⁵⁴ In particolare, alcune pronunce hanno affermato che la responsabilità omissiva può essere riconosciuta soltanto ove i poteri impeditivi attribuiti al garante siano chiaramente determinati e disciplinati dalla legge

Il secondo approccio adotta invece una prospettiva onnicomprensiva: rileva non già la selezione di definite tipologie di intervento, ma l'effetto che essi producono sull'*iter criminis* in corso di svolgimento, con la conseguenza che qualsiasi condotta, tipica o atipica, diretta o indiretta, che avrebbe reso più difficoltosa la realizzazione dell'illecito può rilevare come potere impeditivo omesso⁵⁵, approccio che può essere definito, come "a forma libera". La giurisprudenza⁵⁶, invero, ha sviluppato nel tempo un orientamento che rifiuta espressamente qualsiasi tipizzazione preventiva degli strumenti impeditivi, optando invece per un criterio funzionale incentrato sull'efficacia della condotta alternativa possibile. Ciò che rileva è verificare se la condotta omessa avrebbe potuto rendere più difficile, sotto qualsiasi profilo, il perseguimento dell'altrui finalità illecita e, conseguentemente, diminuire la probabilità di verificazione dell'evento dannoso. In questo catalogo aperto figurano: le diffide formali agli organi delegati; le sollecitazioni all'adozione di comportamenti conformi alla legge e allo statuto; i rilievi critici espressi in sede consiliare e documentati nei verbali; la richiesta di convocazione straordinaria del consiglio; il voto contrario alle delibere pregiudizievoli accompagnato dalla richiesta di annotazione del dissenso; la segnalazione al collegio sindacale; la sollecitazione del pubblico ministero ai sensi dell'art. 2409 c.c.; la segnalazione alle autorità di vigilanza, ove la società operi in settori regolamentati. La Suprema Corte ha affermato che spetta al giudice «rinvenire la relativa esistenza dei poteri nella dotazione disponibile al soggetto», considerando che «l'area interessata è quella più prossima all'attività professionalmente esercitata dal garante, ma nulla vieta di ipotizzare rimedi diversi contrassegnati da efficacia impeditiva»⁵⁷. Il parametro di riferimento non è quindi un catalogo astratto e predeterminato di strumenti tipizzati, ma la concreta dotazione di poteri e competenze del singolo garante, valutata in relazione alla sua specifica posizione nell'organizzazione societaria e al tipo di illecito che si trattava di impedire⁵⁸.

in modo tale da consentire di affermare con sufficiente certezza che il loro concreto esercizio avrebbe impedito il verificarsi dell'evento. Secondo tale orientamento, la formula normativa del «non aver fatto quanto possibile» non appare, nell'attuale assetto legislativo, sufficientemente precisa da soddisfare tali esigenze di determinatezza. In tal senso Cass., Sez. V, n. 42519 del 08 giugno 2012.

⁵⁵ È tra questi due poli che si colloca la proposta interpretativa del presente lavoro: né una atipicità assoluta e indeterminata dei poteri impeditivi, che finirebbe per vulnerare irrimediabilmente il principio di tassatività; né una tipicità rigida e formalistica, che risulterebbe inadeguata a governare la complessità delle situazioni concrete. La tesi che si sostiene è quella di una atipicità governata da criteri funzionali e soggettivi determinati, che individua i poteri impeditivi rilevanti non in base alla loro forma giuridica, ma in base alla loro concreta idoneità, valutata *ex ante* e in relazione alla specifica posizione del soggetto, a incidere sull'*iter* criminoso, nel rispetto dei limiti imposti dalla struttura collegiale dell'organo amministrativo.

⁵⁶ Sul punto Cass., Sez. V, n. 17690 del 18 febbraio 2010, in Cass. pen., 2011, 4422, con nota di M. PICCARDI, *La causazione del fallimento "per effetto di operazioni dolose". Profili soggettivi della fattispecie*, Vol. 51, N° 12, 2011, p. 4438 ss., ove la Corte sostiene che non sia richiesta «la presenza di formali e tipizzate leve impeditive dell'evento pregiudizievole».

⁵⁷ F. CONSULICH, *Le posizioni di garanzia nel diritto penale economico*, cit., p. 703 che in nota fa riferimento a Cass., Sez. V, n. 28932 del 4 maggio 2011.

⁵⁸ Tale approccio, come prevedibile, ha suscitato critiche significative in dottrina, con riferimento ai principi di tassatività, di personalità della responsabilità penale e di coerenza interna della teoria del reato omissivo improprio. Evidenziano L. CAMMARATA, A. RUSSO, *La responsabilità penale degli amministratori privi di deleghe*,

6. L'atipicità governata come modello di concretizzazione dell'obbligo impeditivo.

La proposta interpretativa che si avanza muove dal riconoscimento che entrambi gli estremi del dibattito, la tipicità rigida e l'atipicità assoluta, sono insoddisfacenti e sistematicamente incoerenti. La via da percorrere è quella di una "atipicità governata", ossia di un approccio che riconosca la necessità di adattare l'individuazione dei poteri impeditivi alla specificità di ciascun contesto organizzativo, ma che al tempo stesso sottoponga tale individuazione a criteri selettivi precisi e verificabili, capaci di garantire il rispetto dei principi costituzionali di tassatività e personalità della responsabilità penale.

Un primo criterio è rappresentato dalla concreta disponibilità soggettiva del potere impeditivo. Non è sufficiente che, in astratto, esistano strumenti potenzialmente idonei a ostacolare la commissione dell'illecito; occorre che tali strumenti fossero concretamente nella disponibilità del singolo amministratore non operativo, in ragione della posizione effettivamente ricoperta all'interno dell'organizzazione societaria. Ne deriva la necessità di una valutazione individualizzata, che tenga conto delle competenze specifiche del consigliere, del suo accesso alle informazioni rilevanti e della concreta capacità di incidere sui processi decisionali.

Il secondo criterio selettivo è quello della ragionevole probabilità impeditiva della condotta alternativa in concreto. È necessario che la condotta doverosa omessa fosse, con ragionevole probabilità, idonea a impedire, o significativamente ostacolare, la realizzazione dell'illecito. Questo criterio richiede che il giudice non si limiti ad accertare che il consigliere "avrebbe potuto fare qualcosa", ma verifichi che quella specifica attività avrebbe avuto, in quel contesto e in quella situazione, una concreta efficacia ostativa⁵⁹.

cit., p. 1 e F. CONSULICH, *Le posizioni di garanzia nel diritto penale economico*, cit., p. 709 che sul piano del principio di tassatività, la critica fondamentale è che l'assenza di una tipizzazione legislativa dei comportamenti doverosi dell'amministratore non operativo viola l'esigenza, costituzionalmente fondata sull'art. 25 Cost., che il destinatario del precetto penale possa conoscere *ex ante* quale condotta è da lui richiesta e il rischio concreto è quello di una responsabilità che «cala *ex post* e in modo imprevedibile sul soggetto agente». Sul piano del principio di personalità, la critica è che l'approccio atipico, soprattutto nella sua versione più espansiva, finisce per imputare all'amministratore non operativo un evento che egli non aveva alcuna effettiva possibilità di impedire, scivolando verso una responsabilità per fatto altrui mascherata da responsabilità per omissione propria. Come puntualmente rilevato, invero, «la scarsa tipicità della posizione di garanzia si somma alla già segnalata vaghezza del potere impeditivo», generando «soprattutto per le fattispecie colpose, un enigma imputativo difficilmente decifrabile *ex ante*» in F. CONSULICH, *Le posizioni di garanzia nel diritto penale economico*, cit., p. 714.

⁵⁹ In tale prospettiva assume particolare rilievo la distinzione, elaborata da F. STELLA, *Giustizia e modernità*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 246, tra causalità generale e causalità individuale. L'autore ha efficacemente evidenziato la differenza tra le probabilità formulate *ex ante* e la prova causale richiesta *ex post*: le prime riguardano classi astratte di eventi e consentono soltanto di affermare che una determinata condotta è normalmente idonea a produrre o evitare un certo risultato; la seconda, invece, richiede un accertamento fondato su elementi concreti e individualizzanti, idonei a dimostrare ciò che è realmente accaduto o ciò che sarebbe accaduto nel caso specifico qualora la condotta doverosa fosse stata posta in essere. Solo tale giudizio di causalità individuale, fondato su prove particolaristiche riferite alla vicenda oggetto di processo, risulta compatibile con le esigenze di certezza richieste dall'accertamento penale e con il principio dell'oltre

Il terzo criterio selettivo è quello della proporzionalità tra l'intensità dell'obbligo impeditivo e la gravità dei segnali di anomalia percepiti. Non ogni irregolarità gestoria di modesta entità impone al consigliere non operativo di attivare l'intero arsenale dei poteri disponibili: l'intensità del dovere di intervento deve essere commisurata alla gravità e alla inequivocabilità dei segnali di allarme percepiti⁶⁰. In presenza di segnali gravi, specifici e inequivocabili di un illecito in corso di realizzazione⁶¹, il consigliere non operativo è tenuto ad attivarsi con tutti i mezzi disponibili, tipici e atipici; in presenza di segnali ambigui o di modesta entità, l'obbligo può essere assolto con misure meno incisive, come la richiesta di informazioni aggiuntive o la sollecitazione di una discussione in sede consiliare.

Applicando questi criteri in modo integrato e rigoroso, è possibile costruire un modello di atipicità governata dei poteri impeditivi che sia al tempo stesso rispettosa del principio di tassatività e personalità, nella misura in cui individua criteri precisi e verificabili per la selezione dei poteri rilevanti, e adeguata alla complessità organizzativa delle imprese contemporanee, nella misura in cui non pretende di tipizzare in anticipo e in modo esaustivo i comportamenti doverosi in contesti che per loro natura sono mutevoli e imprevedibili. Questa proposta non elimina la tensione tra determinatezza penalistica⁶² e adattabilità organizzativa, ma la governa attraverso criteri metodologici

ogni ragionevole dubbio. Sulla stessa linea Cass., Sez. Un. pen., 10 luglio 2002, n. 30328, ric. Franzese; Cass., Sez. Un. pen., 1 n. 33748 del 2 luglio 2005, ric. Mannino, in *Foro it.*, 2006, p. 86 con nota di G. FIANDACA, C. VISCONTI, *Il patto di scambio politico-mafioso al vaglio delle sezioni unite*.

⁶⁰ Per l'approfondimento in tema di proporzionalità e intensità dell'obbligo di intervento v. cap. successivo.

⁶¹ Come ha correttamente precisato la giurisprudenza più garantista, citata in N. MENARDO, *La responsabilità penale omissiva degli amministratori privi di delega*, cit., p. 9, i segnali di allarme rilevanti ai fini del sorgere dell'obbligo di intervento devono essere «perspicui e peculiari in relazione all'evento illecito», dotati di «un apprezzabile grado di anomalia rispetto al contesto operativo in cui essi si sono manifestati».

⁶² D'altronde, il principio in esame non impone una assoluta e matematica determinatezza del precetto penale. È sufficiente che la norma sia «sufficientemente determinata»: ciò vale quando la descrizione complessiva della fattispecie incriminatrice consente comunque al giudice, alla luce delle finalità della norma e del contesto ordinamentale in cui essa si inserisce, di determinarne il significato attraverso un'attività interpretativa che rientri nei limiti del suo ordinario compito. In tali casi, infatti, è possibile formulare un giudizio di corrispondenza tra il fatto concreto e la fattispecie astratta sulla base di criteri ermeneutici verificabili e controllabili. Parallelamente, la norma deve essere sufficientemente chiara da permettere ai suoi destinatari di comprendere in modo adeguato e immediato il contenuto del precetto e le condotte da esso vietate o imposte. Così Corte Cost., sent. n. 278 del 2019 e Corte Cost., sent. n. 145 del 2020. In questa prospettiva, il problema non è l'utilizzo di clausole generali ma la verifica che tali clausole siano sufficientemente precise da orientare il comportamento del destinatario e da delimitare adeguatamente il potere discrezionale del giudice. In dottrina cfr. A. PAGLIARO, *Legge penale*, in Enc. dir., vol. XXIII, 1973, p. 1046. Applicato alla materia che ci occupa, l'indeterminatezza dell'art. 2392 c.c. non si traduce in una violazione del principio di precisione in quanto il contenuto concreto dell'obbligo di garanzia non viene determinato arbitrariamente dal giudice in ciascun caso, ma attraverso l'applicazione di criteri interpretativi consolidati e ragionevolmente prevedibili che la giurisprudenza ha elaborato nel corso degli anni. In altri termini, la prevedibilità delle conseguenze penali della propria condotta può essere garantita anche dalla tipizzazione giudiziale di criteri applicativi stabili e razionalmente fondati, purché questi criteri siano sufficientemente precisi da orientare il comportamento del destinatario e da delimitare adeguatamente la discrezionalità del giudice. È questo il senso della proposta di una atipicità governata: non l'accettazione di una indeterminatezza strutturale e irrimediabile, ma la costruzione di un sistema di criteri applicativi che trasformi la vaghezza della norma civile in uno standard di condotta sufficientemente determinato da

che consentono un accertamento giudiziale rigoroso e rispettoso dei diritti fondamentali dell'imputato.

7. La ripetitività dei comportamenti come criterio oggettivo di esigibilità dell'impedimento.

La necessità di graduare l'intensità dell'obbligo di intervento del garante in funzione della gravità e della chiarezza dei segnali di anomalia impone di considerare un ulteriore elemento valutativo, strettamente connesso al "terzo criterio" appena esaminato: la ripetitività dei comportamenti anomali⁶³. È proprio la reiterazione delle irregolarità, infatti, a consentire di comprendere quando una misura inizialmente sufficiente possa divenire inadeguata e quando, invece, divenga esigibile un intervento più incisivo da parte del consigliere non operativo.

Sotto questo profilo, la ripetitività dei comportamenti assume un ruolo decisivo nell'individuazione della condotta impeditiva concretamente esigibile. Se una singola anomalia può giustificare interventi limitati, quali richieste di chiarimento o approfondimenti informativi, la reiterazione di condotte irregolari trasforma un segnale inizialmente ambiguo in un indice significativo di una disfunzione gestionale. In tal modo, aumentano sia la prevedibilità dell'evento dannoso sia l'esigibilità di interventi

soddisfare le esigenze costituzionali di prevedibilità e determinatezza del precetto penale. Sul punto anche M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia*, Torino, 2011; O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo della legge*, 2006; G. PINO, *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*, in *Ars interpretandi*, 2011, p. 19. Per approfondimenti sul tema della discrezionalità G. BELLAVISTA, *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena*, Milano, 1939, ristampa in *Il Tommaso Natale*, 1975; G. CARUSO, *La discrezionalità penale nella commisurazione della pena: dovere conoscitivo o potere dispositivo del giudice?*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 564; T. DELOGU, *Potere discrezionale del giudice e certezza del diritto*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976, p. 369; E. DOLCINI, *Potere discrezionale del giudice*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 744; A.R. LATAGLIATA, *Problemi attuali della discrezionalità nel diritto penale*, in *Il Tommaso Natale*, 1975, p. 337; S. MESSINA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Roma, 1947. In particolare, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2008, p. 81 riconosce l'inevitabile apertura semantica delle fattispecie penali, i cui termini, per la natura stessa del linguaggio giuridico, sono frequentemente suscettibili di una pluralità di significati. In questa prospettiva, la determinatezza è il risultato di un processo di progressiva concretizzazione cui concorrono dottrina e giurisprudenza. Alla prima spetta il compito di elaborare categorie concettuali coerenti e di chiarire il significato degli istituti fondamentali del diritto penale attraverso un confronto scientifico rigoroso e intellettualmente onesto; alla seconda compete invece la funzione di precisare il contenuto delle fattispecie mediante un'attività interpretativa ancorata ai principi dell'ordinamento e rispettosa dei limiti propri della giurisdizione. In tale quadro, la prevedibilità del precetto non deriva esclusivamente dalla formulazione letterale della norma, ma anche dalla stabilizzazione interpretativa progressivamente realizzata dalla comunità giuridica, che contribuisce a rendere conoscibili e controllabili i criteri di attribuzione della responsabilità penale.

⁶³ La necessità di governare l'atipicità dei poteri impeditivi attraverso criteri oggettivi e verificabili conduce ad attribuire particolare rilevanza alla dimensione temporale delle anomalie gestorie. La loro ripetitività, infatti, non rileva soltanto come dato empirico, ma opera come meccanismo di progressiva tipizzazione dell'obbligo impeditivo: quanto più le anomalie si consolidano nel tempo, tanto più diviene determinabile il contenuto concreto della condotta doverosa esigibile dal garante. Su tale funzione sistematica della ripetitività si concentrerà il capitolo successivo.

più incisivi. La persistente ripetizione dei segnali di allarme impone quindi al garante un progressivo rafforzamento dell'obbligo di attivazione, rendendo insufficiente il ricorso a mere iniziative conoscitive e richiedendo l'adozione di misure concretamente idonee a contrastare la prosecuzione dell'illecito.

Tuttavia, prima di affrontare il tema della ripetitività dei comportamenti è necessario operare una preliminare distinzione concettuale. La ripetitività può assumere una duplice valenza: soggettiva, come indice della consapevole e volontaria adesione del garante all'inerzia, rilevante ai fini della prova del dolo omissivo; e oggettiva, come criterio autonomo di esigibilità del potere impeditivo, rilevante ai fini della struttura oggettiva della responsabilità omissiva impropria. Il presente lavoro si concentra esclusivamente su questa seconda dimensione, che è quella probabilmente meno esplorata, ma che presenta i profili di maggiore utilità sistematica.

Ciò premesso, la ripetitività come fatto oggettivo indica la reiterazione nel tempo di comportamenti anomali, irregolarità gestionali o segnali di disfunzione organizzativa che, considerati isolatamente, potrebbero non raggiungere la soglia di gravità e inequivocabilità necessaria per far sorgere un obbligo di intervento attivo in capo al consigliere non operativo, ma che, nella loro sequenza temporale e nella loro sistematicità, rivelano l'esistenza di una struttura patologica stabile all'interno dell'organizzazione societaria.

La ripetitività segna il passaggio dall'episodicità alla strutturalità del rischio. Mentre un'irregolarità isolata può apparire come un fatto contingente, la sua reiterazione nel tempo la trasforma in un indice affidabile di una disfunzione organizzativa. È proprio questa trasformazione che accresce l'esigibilità dell'intervento del garante, imponendogli un livello di attivazione progressivamente più intenso. Ne consegue che, quanto più il rischio si manifesta come fenomeno persistente e non occasionale, tanto più si intensifica il dovere di attivazione del garante e si ampliano le misure che da lui possono essere ragionevolmente pretese.

Questa correlazione tra strutturalità del rischio e intensità dell'obbligo di garanzia non è un'invenzione, ma trova riscontro nella stessa logica del sistema normativo di riferimento. L'art. 2086 c.c. impone agli amministratori il dovere di istituire assetti organizzativi adeguati «anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale»: questo dovere presuppone un monitoraggio continuativo dell'andamento dell'ente, finalizzato proprio a intercettare i segnali di disfunzione sistemica prima che essi degenerino in una crisi irreversibile. Sul piano applicativo, la strutturalità del rischio, rivelata dalla ripetitività delle anomalie, produce un effetto di abbassamento progressivo della soglia di esigibilità dell'intervento del garante e diventa possibile ricavare uno standard minimo di condotta esigibile dall'amministratore non operativo in presenza di segnali di anomalia gestionale⁶⁴. Non

⁶⁴ La proposta di costruire uno standard oggettivo minimo di condotta esigibile costituisce il nucleo di una forma di legalità sostanziale che supplisce alla mancanza di una legalità formale derivante dall'assenza di una tipizzazione legislativa espressa dei comportamenti doverosi. Il contenuto del precetto risulta sufficientemente determinato attraverso un sistema di regole implicite, orientamenti giurisprudenziali consolidati, codici di autodisciplina e *best practices* di governance, che consentono al destinatario della norma

si tratta di un catalogo chiuso di obblighi tipizzati, bensì dell'individuazione delle soglie minime oltre le quali l'inerzia del consigliere non può più ritenersi giustificabile⁶⁵.

La prima anomalia può giustificare una risposta cauta e proporzionata, la richiesta di informazioni aggiuntive, la sollecitazione di una discussione in sede consiliare. La seconda anomalia della stessa tipologia impone una risposta più incisiva, la richiesta di una deliberazione specifica, la documentazione formale del dissenso. La terza e successive anomalie, specialmente se di portata crescente o accompagnate dall'assenza di misure correttive da parte degli organi delegati, rendono esigibile il ricorso agli strumenti extraconsiliari disponibili, la segnalazione al collegio sindacale, il ricorso alle autorità di vigilanza, la sollecitazione del pubblico ministero ex art. 2409 c.c., e in casi estremi possono imporre la rassegnazione delle dimissioni motivate dall'incarico, quale ultima forma di dissociazione dal programma gestorio illecito in corso⁶⁶.

In questa prospettiva, la ripetitività rappresenta un elemento di razionalizzazione dell'atipicità. Essa non elimina la necessità di una valutazione concreta del caso, ma introduce un parametro oggettivo capace di orientare l'accertamento giudiziale e di ridurre il rischio di decisioni arbitrarie o meramente retrospettive. La reiterazione delle anomalie diviene così il criterio attraverso cui l'ordinamento trasforma una generica facoltà di intervento in un obbligo progressivamente più intenso e determinato.

8. La rilevanza causale della ripetitività delle anomalie.

Se, dunque, la ripetitività delle anomalie consente di individuare con maggiore precisione la condotta impositiva concretamente esigibile dal consigliere non operativo, occorre affrontare un ulteriore profilo, altrettanto decisivo: verificare se e in quale misura

di orientare ragionevolmente il proprio comportamento. Lo standard minimo di condotta esigibile non costituisce pertanto una costruzione arbitraria elaborata *ex post* dall'interprete, ma rappresenta la formalizzazione di aspettative comportamentali già radicate nella cultura della governance societaria contemporanea e riconosciute come parametri minimi di diligenza professionale. La sua legittimazione deriva dalla prevedibilità che tali standard presentano per l'amministratore diligente, il quale è ragionevolmente in grado di conoscere gli obblighi di vigilanza, informazione e reazione che incombono su di lui in presenza di segnali di irregolarità gestoria.

⁶⁵ Cfr. M. SPASARI, *Appunti sulla discrezionalità del giudice penale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1976, p. 51; Id., *Diritto criminale e scienza del diritto criminale. Oggetto e metodo della dottrina criminale e della criminologia*, in Giur. it., 1990, vol. II, parte IV, p. 516.

⁶⁶ In presenza di una singola anomalia gestoria, l'individuazione della condotta doverosa omessa risulta particolarmente complessa, poiché dipende dalla gravità del fatto, dalle informazioni disponibili al garante, dai poteri concretamente esercitabili e, più in generale, dalle specifiche circostanze del caso. Il giudizio sull'obbligo di attivazione tende quindi a rimanere fortemente legato alla peculiarità della situazione concreta. Diversamente, quando le anomalie si ripetono nel tempo, la loro reiterazione fornisce un parametro oggettivo ulteriore per la ricostruzione della condotta esigibile. La successione degli eventi e il progressivo consolidarsi del rischio consentono infatti di valutare, in ciascun momento della sequenza, quali iniziative il garante fosse ragionevolmente tenuto ad adottare alla luce delle informazioni già acquisite e degli sviluppi prevedibili della vicenda.

l'omessa adozione di tale condotta possa assumere rilevanza causale rispetto alla verifica dell'evento lesivo.

La questione presenta peculiari difficoltà in ragione della natura dei poteri attribuiti agli amministratori non esecutivi. Come si è visto, essi raramente dispongono di strumenti direttamente idonei a interrompere il processo illecito. Ne consegue che il giudizio controfattuale richiesto dall'art. 40, comma 2, c.p. assume una struttura particolarmente complessa, poiché non impone soltanto di verificare se il garante avrebbe dovuto attivarsi, ma anche se tale attivazione avrebbe avuto una concreta capacità di incidere sul successivo sviluppo della vicenda criminosa.

Proprio tale complessità ha talvolta favorito, nella prassi applicativa, soluzioni ricostruttive criticate dalla dottrina per la loro insufficiente attenzione al problema causale. Emblematica, in tal senso, è la teoria del cosiddetto «nesso eziologico in re ipsa», secondo la quale la mera titolarità della posizione di garanzia tenderebbe a fondare, quasi automaticamente, anche la rilevanza causale dell'omissione⁶⁷.

In questa prospettiva, la ripetitività delle anomalie non assume rilievo quale autonomo criterio di accertamento del nesso causale, né consente di presumere l'efficacia impeditiva dell'intervento omesso. Essa incide, piuttosto, sulle modalità attraverso le quali il giudizio controfattuale deve essere formulato.

Quando l'anomalia si manifesta in modo episodico e isolato, il giudizio causale tende inevitabilmente a concentrarsi su un singolo momento storico, risultando esposto a valutazioni congetturali. In tali ipotesi, infatti, occorre domandarsi se uno specifico intervento, collocato in un preciso istante temporale, avrebbe impedito la verifica dell'evento. La risposta a tale interrogativo risulta complessa, soprattutto quando i poteri del garante sono soltanto indiretti o mediati.

Diversamente, la reiterazione delle anomalie evidenzia che il fenomeno illecito non si è sviluppato attraverso un episodio isolato, ma mediante una sequenza progressiva di manifestazioni patologiche. La continuità delle irregolarità dimostra che il rischio si è consolidato nel tempo, offrendo al garante una pluralità di occasioni di intervento. Il consigliere non operativo avrebbe potuto attivarsi alla prima manifestazione dell'anomalia, intensificare le proprie iniziative a fronte delle successive reiterazioni, sollecitare approfondimenti, richiedere informazioni ulteriori, promuovere discussioni in consiglio o attivare gli ulteriori strumenti messi a sua disposizione dall'ordinamento.

La rilevanza della ripetitività risiede proprio in tale moltiplicazione delle occasioni impeditive. Il giudizio controfattuale non riguarda più l'efficacia di una singola iniziativa omessa, ma la complessiva incidenza che una tempestiva e progressiva attivazione del garante avrebbe potuto esercitare sull'evoluzione della vicenda. La reiterazione delle anomalie consente infatti di collocare l'omissione all'interno di un processo causale articolato e di verificare se l'esercizio dei poteri disponibili, nelle

⁶⁷ N. MENARDO, *La responsabilità penale omissiva degli amministratori privi di delega*, cit., p. 18 che fa riferimento a Cass. Pen., Sez. V, sent. n. 31163 del 01 luglio 2011.

diverse fasi della sequenza patologica, avrebbe potuto interrompere, rallentare o quantomeno ostacolare il consolidamento del rischio.

Sotto questo profilo, la ripetitività contribuisce a ridurre il carattere ipotetico del giudizio causale, poiché rende possibile una ricostruzione maggiormente aderente alla concreta dinamica concreta. Quanto più numerose e ravvicinate sono le anomalie che precedono l'evento, tanto più risulta ragionevole interrogarsi sull'incidenza che un'attivazione tempestiva del garante avrebbe potuto avere sul decorso causale. La reiterazione dei segnali di allarme rende infatti meno plausibile l'idea che l'inerzia del consigliere sia rimasta del tutto irrilevante rispetto alla progressiva maturazione del rischio.

Una simile impostazione appare coerente con i principi affermati dalle Sezioni Unite nella sentenza Franzese⁶⁸, secondo cui l'accertamento della causalità omissiva non può fondarsi né su astratte generalizzazioni probabilistiche né su automatismi presuntivi, ma richiede una verifica individualizzata delle concrete circostanze del caso. La ripetitività delle anomalie rappresenta proprio la circostanza fattuale che consente di svolgerla in modo più aderente alla realtà del fenomeno organizzativo, valorizzando la dimensione progressiva attraverso cui il rischio si manifesta e si sviluppa all'interno dell'impresa.

In definitiva, se sul piano oggettivo la ripetitività delle anomalie contribuisce a definire il contenuto dell'obbligo impeditivo concretamente esigibile, sul piano causale essa rileva perché moltiplica le occasioni di intervento disponibili al garante e consente di collocare il giudizio controfattuale all'interno dell'intera evoluzione della vicenda patologica.

9. Conclusioni.

L'approccio proposto nel presente lavoro conduce a una concezione della responsabilità omissiva dell'amministratore non operativo che trova il proprio fondamento non nella mera titolarità della carica, bensì nella concreta capacità del soggetto di intercettare, comprendere e governare il rischio organizzativo attraverso l'esercizio dei poteri effettivamente disponibili. In questa prospettiva, l'atipicità dei poteri impeditivi non rappresenta un fattore di indeterminatezza incompatibile con il principio di legalità, ma costituisce una caratteristica fisiologica delle organizzazioni complesse, che impone all'interprete uno sforzo di concretizzazione fondato su criteri verificabili di effettività, esigibilità e idoneità impeditiva.

Proprio l'esperienza delle moderne società di capitali dimostra, infatti, come una lettura rigidamente ancorata al tradizionale paradigma del rapporto tra potere e dovere rischi di rivelarsi inadeguata. Se portata alle sue estreme conseguenze, l'esigenza di individuare poteri impeditivi tipici e predeterminati potrebbe tradursi nella creazione di aree di sostanziale impunità ogniquale volta il soggetto disponga di strumenti di

⁶⁸ Cass., Sez. Un. pen., n. 30328 del 10 luglio 2002, ric. Franzese.

intervento reali ma non formalmente riconducibili a un catalogo normativamente definito. Un simile esito finirebbe per sacrificare l'effettività della tutela penale proprio nei contesti organizzativi nei quali la produzione del rischio dipende dalla distribuzione e dall'interazione di competenze molteplici.

Ecco che la proposta dell'atipicità governata assume una specifica funzione sistematica. Essa consente di evitare il pericolo di una deresponsabilizzazione derivante da una concezione eccessivamente formalistica dei poteri impeditivi. L'individuazione della condotta doverosa viene così ancorata non a schemi astratti e predeterminati, ma alla concreta configurazione dei poteri disponibili, alla loro ragionevole efficacia rispetto al rischio percepibile e alla progressiva emersione di segnali sintomatici di disfunzione organizzativa.

La sfida che il diritto è chiamato ad affrontare non consiste, dunque, nello scegliere tra garanzia ed effettività, ma nel costruire modelli di imputazione capaci di preservare entrambe. La responsabilità omissiva dell'amministratore non operativo costituisce uno dei terreni nei quali tale esigenza emerge con maggiore evidenza: solo una ricostruzione funzionale della posizione di garanzia, aperta all'atipicità ma sorretta da criteri rigorosi di selezione e controllo, appare oggi in grado di confrontarsi con la complessità delle organizzazioni contemporanee senza rinunciare ai principi che caratterizzano il diritto penale liberale.

Editore

ASSOCIAZIONE
**"PROGETTO GIUSTIZIA
PENALE"**