

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

6/2023

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Cerasa-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 Maserà, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, 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. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, 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, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, 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, 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, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Giulia Mentasti, Cecilia Pagella, Tommaso Trincherà

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*), 1/2022, p. 5 ss.

**PERSONALITÀ DEL RIMPROVERO E RESPONSABILITÀ
DELL'AMMINISTRATORE NON OPERATIVO PER OMESSO
IMPEDIMENTO DELL'ALTRUI REATO**

*Cass., Sez. V, 13 giugno (13 settembre) 2022, n. 33582, Pres. De Gregorio, Rel.
Scordamaglia*

di Adil Chniter

In tema di bancarotta fraudolenta patrimoniale, il concorso per omesso impedimento dell'evento dell'amministratore privo di delega è configurabile quando, nel quadro di una specifica contestualizzazione delle condotte illecite tenute dai consiglieri operativi in rapporto alle concrete modalità di funzionamento del consiglio di amministrazione, emerga la prova, da un lato, dell'effettiva conoscenza di fatti pregiudizievoli per la società o, quanto meno, di "segnali di allarme" inequivocabili dai quali desumere, secondo i criteri propri del dolo eventuale, l'accettazione del rischio del verificarsi dell'evento illecito e, dall'altro, della volontà, nella forma del dolo indiretto, di non attivarsi per scongiurare detto evento, dovendosi infine accertare, sulla base di un giudizio prognostico controfattuale, la sussistenza del nesso causale tra le contestate omissioni e le condotte delittuose ascritte agli amministratori con delega. (massima ufficiale – Rv. 284175)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La pronuncia della Corte di cassazione. – 3. Il potere impeditivo quale elemento caratterizzante la tipicità della condotta omissiva e l'irrinunciabilità dell'accertamento del nesso causale. – 4. La prova del dolo e la semantica dei segnali d'allarme. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Premessa.

La decisione in commento si segnala per aver affermato la necessità che l'applicazione dei criteri di allocazione della responsabilità penale nell'ambito delle organizzazioni complesse sia governata dai principi di garanzia che compongono il "volto costituzionale" del sistema penale. Uno dei *tòpoi* nel settore della criminalità economica, infatti, è costituito dal problema dell'imputazione¹, rispetto al quale si è

¹ In questi termini, cfr. C. PEDRAZZI, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, 1998, Bologna, 127 s. Intendendosi qui, con il termine "imputazione", un giudizio di valutazione della responsabilità sulla base di principi e norme che devono essere ricavati dall'intero sistema penale, in applicazione del principio di personalità

manifestata una funzionalizzazione in chiave politico-criminale delle categorie penalistiche². Le modalità di accertamento della responsabilità che ne derivano – prendendo in prestito le parole di Victor Hugo – presentano «tanti vizi quanti sono i buchi nel mantello di Diogene»³, generando notevoli frizioni con i principi di legalità e personalità della responsabilità penale.

Le torsioni principali hanno ad oggetto, anzitutto, i temi dell'accertamento causale, sovente oggetto di semplificazioni processuali e di fallacie argomentative⁴, e già della ricostruzione delle posizioni di garanzia⁵, la cui esistenza viene riscontrata a prescindere dalla presenza di effettivi poteri impeditivi, ovvero tramite l'individuazione di nuovi obblighi di garanzia di matrice giurisprudenziale. Sul versante della colpevolezza, poi, si assiste ad un processo di normativizzazione del dolo che determina un depauperamento della componente volitiva⁶. Mostrando un'apprezzabile sensibilità rispetto a tali problematiche e ai rischi di responsabilità da posizione che si annidano dietro il complesso di tali fattori, la Corte di cassazione ha affermato la centralità di un rigoroso accertamento della sussistenza del rapporto di causalità tra condotta omissiva e verifica dell'evento pregiudizievole, nonché della tipicità soggettiva, al fine di evitare insanabili contrasti con il principio di personalità della responsabilità penale⁷.

della responsabilità penale (ex art. 27 Cost.). Si v. anche il riferimento, nei medesimi termini, alla «*imputatio*» effettuato da L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2004, 344 ss.

² Sul tema, cfr. C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico criminali*, Milano, 2004, *passim*, in ptc. 379 ss.; A. GARGANI, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 3-4/2017, 508 ss.

³ V. HUGO, *I miserabili*, ed. Einaudi, Torino, 2014, 623.

⁴ Cfr. A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa. Profili sistematici del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse*, Padova, 2022, 52 ss. Sul ricorso ad espedienti e scorciatoie euristiche, ed in particolare sul tema dei *bias* cognitivi, si v. S. GROSSO, *Il giudizio di prevedibilità dell'evento e l'incidenza dell'hindsight e outcome bias sul giudizio di responsabilità colposa*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 583 ss.; cfr. anche, R. RUMIATI, *Pagare o evadere le tasse: processi razionali e biases decisionali*, in R. BORSARI-L. SAMMICHELI-C. SARRA (a cura di), *Homo oeconomicus: neuroscienze, razionalità decisionale ed elemento soggettivo nei reati economici*, Padova, 2016, 34 ss.

⁵ Sulla vocazione estensiva della posizione di garanzia ed i riflessi sul principio di personalità della responsabilità penale, si v. V. MANES-F. MAZZACUVA, *Le responsabilità penali nella crisi di impresa*, in L. BALESTRA-M. MARTINO (a cura di), *Crisi di impresa e responsabilità degli organi sociali nelle società di capitali*, Milano, 2022, 399 ss.; A. GARGANI, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, cit., 508 ss.; cfr. anche, A. ALESSANDRI, voce *Impresa (responsabilità penali)*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1992, 193 ss.; C. PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/1988, 130 ss.

⁶ Fino a giungere ad un appiattimento del dolo sul piano della colpa. Cfr. C. E. PALIERO, *La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la «Parte Generale» di un Codice Penale dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2/2000, 466 ss.; C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico criminali*, cit., 379 ss.; C. PEDRAZZI, *Il tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2000, 1265 ss. Specialmente al cospetto del dolo eventuale, il cui accertamento presta facilmente il fianco a degenerazioni retoriche tramite il ricorso ai c.d. segnali d'allarme ed alla distorsione della loro semantica.

⁷ Frizioni che risultano inoltre acute dal ricorso allo schema d'imputazione dell'art. 40 cpv. c.p., la cui carenza di determinatezza è stata evidenziata a più riprese dalla dottrina. Cfr., sul tema, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004, 375 ss.; F. CENTONZE, *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi. I limiti dell'intervento penalistico e le indicazioni del sistema statunitense*, in *Scritti in onore di F. Stella*, Milano, 2007, 981 ss. Per una ricognizione delle problematiche e delle teorie che suggeriscono un'applicazione residuale di tale "grimaldello" giuridico capace di forzare le

2. La pronuncia della Corte di cassazione.

La sentenza in commento trae origine da un più ampio procedimento, relativo a diverse fattispecie tributarie e fallimentari, che ha coinvolto varie società cooperative facenti capo ad un consorzio. Al ricorrente è stato contestato di aver concorso nei delitti di bancarotta patrimoniale, di bancarotta da falso in bilancio e di bancarotta semplice, commessi dagli amministratori operativi del consorzio in cui egli ricopriva la posizione di amministratore privo di deleghe, omettendo di adempiere, in presenza di gravi segnali di pericolo, alla funzione di controllo assegnatagli. Ad avviso dei giudici di merito, l'amministratore, non solo non avrebbe impedito l'evento pregiudizievole ma, restando inerte, lo avrebbe avallato in termini di dolo eventuale.

Difatti, la sussistenza dell'elemento soggettivo è stata ritenuta provata sulla base della «volontaria assoluta inerzia *in vigilando*» serbata dall'amministratore, affiancata dalla «consapevole assunzione del rischio di illeciti gestionali ad opera dei delegati»⁸. Secondo la Corte d'Appello di Bologna se l'amministratore avesse usato la diligenza richiesta dalla natura del suo incarico, «*non avrebbe potuto non interrogarsi*»⁹ sulle incongruenze derivanti dalle reiterate falsità in bilancio, aventi ad oggetto rapporti negoziali finalizzati al mantenimento del regime di fiscalità agevolata, e la sopravvalutazione delle poste attive al fine di dissimulare le perdite d'esercizio. Tale «cosmesi contabile», a parere dei giudicanti di merito, non sarebbe stata sufficiente ad impedire al consigliere non operativo di effettuare i controlli sull'andamento della gestione dell'intero consorzio, adempiendo così ai propri doveri.

La Corte regolatrice ha rilevato nella pronuncia di merito errori in diritto ed omissioni argomentative che hanno determinato l'annullamento con rinvio. Innanzitutto, è stato evidenziato come con la riforma della disciplina societaria (avvenuta con il d. lgs. 17 gennaio 2003 n. 6) la responsabilità dell'amministratore privo di deleghe per omesso impedimento abbia subito una contrazione a seguito della sostituzione del generale obbligo di vigilanza con quello di agire informato (*ex art. 2381 co. 6 c.c.*). Di talché, la sentenza di merito risulta viziata in quanto ricostruisce erroneamente l'obbligo giuridico che fonda la posizione di garanzia. Inoltre, la Corte ha rilevato nella sentenza di merito una totale carenza motivazionale in punto di accertamento dell'effettiva incidenza causale – da eseguirsi tramite un giudizio controfattuale – che l'omissione da parte del ricorrente avrebbe avuto sulla realizzazione delle operazioni di diminuzione del patrimonio del consorzio e sull'aggravamento del dissesto, a seguito delle condotte degli operativi.

rigide maglie della tipicità penale si v. A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bologna, 2009, 189 ss. In particolare, sui problemi di determinatezza dovute alla c.d. criminalizzazione secondaria si v. A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa. Profili sistematici del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse*, cit., 13 ss. e la bibliografia ivi richiamata.

⁸ Cass. pen., sez. V, 13 giugno 2022, n. 33582, par. 3 del considerato in diritto.

⁹ *Ibidem*, corsivo aggiunto.

Con riguardo all'elemento soggettivo i giudicanti di merito non si sarebbero attenuti al principio, ormai consolidato da diverse pronunce della Corte di cassazione¹⁰, che richiede la prova dell'effettiva conoscenza, da parte dell'amministratore non delegato, di fatti pregiudizievoli per la società – avendo riguardo al concreto funzionamento della stessa –, o, quantomeno, di segnali d'allarme inequivocabili e correttamente percepiti dal soggetto. Da una valutazione di tali "indici rivelatori", correttamente contestualizzati, si deve dimostrare che il soggetto si era rappresentato la probabilità della verifica dell'evento pregiudizievole – confrontandosi con la specifica categoria d'evento – e che tramite la sua omissione, «dopo aver considerato il fine perseguito e l'eventuale prezzo da pagare», abbia voluto agire anche a costo che tale evento si verificasse¹¹.

Affinché si possa giungere ad un giudizio di responsabilità penale per fatto proprio e colpevole, conclude la Corte di cassazione, non può ritenersi sufficiente il mero riscontro del mancato esercizio dei doveri di intervento in presenza di sintomi di criticità nell'informazione societaria, solo oggettivamente considerati, in quanto un simile percorso decisionale si risolverebbe in una condanna basata sul paradigma della responsabilità da posizione. Per poter affermare la volontaria partecipazione dell'amministratore privo di deleghe alle condotte illecite degli operativi deve essere provato, oltre ogni ragionevole dubbio, l'atteggiamento psicologico che ha animato la condotta omissiva, dovendo tenere ben distinti il piano doloso da quello colposo.

3. Il potere impeditivo quale elemento caratterizzante la tipicità della condotta omissiva e l'irrinunciabilità dell'accertamento del nesso causale.

La decisione della Corte di cassazione si lascia particolarmente apprezzare per quanto espresso in tema di causalità. Frequentemente si riscontra nella giurisprudenza – come si dirà oltre, anche per via della mancata individuazione dei precisi poteri che il garante avrebbe dovuto attivare – l'inclinazione ad eludere la prova del nesso eziologico tra l'azione omessa e l'evento pregiudizievole che si è verificato¹². I giudici di legittimità evidenziano, invece, l'assenza di motivazione sul punto da parte della Corte territoriale, la quale avrebbe dovuto provare, tramite un giudizio controfattuale, che qualora fossero state realizzate le doverose attività di intervento le condotte illecite dei delegati non si sarebbero verificate¹³.

¹⁰ *Ex multis*, Cass. pen., sez. V, 19 giugno 2018, n. 42568; Cass. pen., sez. I, 09 marzo 2018, n. 14783.

¹¹ Aderendo così all'orientamento della Corte di legittimità, Cass. pen., SS.UU., 24 aprile 2014, n. 38343; riprendendo il passaggio del par. 50 del considerato in diritto ed in particolare p. 173. Richiamando, inoltre, le c.d. formule di Frank; sul tema, cfr. L. EUSEBI, *Formula di Frank e dolo eventuale*, in Cass., S.U., 24 aprile 2014, (*Thyssenkrupp*), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2015, 623 ss.

¹² Non sono però mancate pronunce in cui la Corte di legittimità ha ritenuto viziata la sentenza di merito per la mancata individuazione della condotta che in concreto il garante avrebbe dovuto adottare per impedire la realizzazione dell'altrui reato. In questi termini, in tema di responsabilità omissiva impropria dei sindaci, si v. Cass. pen., sez. V, 16 aprile 2009, n. 36595.

¹³ Alla stregua della teoria della *condicio sine qua non*, con i correttivi della causalità umana, della sussunzione

La carenza motivazionale è spesso sintomo di ragionamenti fallaci che, muovendo da *bias* cognitivi – come la logica del *post hoc, ergo propter hoc*¹⁴ –, fanno ritenere che sia sufficiente la verifica dell'evento-reato che il garante aveva l'obbligo di impedire, e l'individuazione di una mancanza di diligenza da parte di quest'ultimo, per poter affermare la sussistenza di un rapporto di causalità tra l'omissione ed il fatto pregiudizievole. Nonostante la tendenza di buona parte della giurisprudenza a "sfibrare", se non addirittura eludere, l'accertamento causale nei reati omissivi impropri, è necessario – come è ovvio – che sia provata, secondo il canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio¹⁵, la sussistenza di tutti gli elementi del reato¹⁶, risultando tipica (*ex art. 40 cpv. c.p.*) la condotta omissiva caratterizzata da idoneità causale¹⁷. Alla luce dei poteri riconosciuti in capo all'amministratore privo di delega, perlopiù di tipo mediato, è necessario verificare se il loro esercizio, ad esempio richiedendo che venissero fornite maggiori informazioni al consiglio di amministrazione o agli organi deputati al controllo societario, avrebbe certamente impedito il reato commesso dagli operativi, poiché «l'omissione di iniziative di esito incerto non basta a

sotto leggi specifiche e dell'elevata probabilità logica prossima alla certezza. In argomento, cfr. F. MANTOVANI, *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2004, 984 ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale, cit.*, 375 ss.; F. STELLA, *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali l'attività medico-chirurgica*, in *Cass. pen.*, 9/2004, 1062 ss.

¹⁴ Sui *bias* cognitivi, si v. S. GROSSO, *Il giudizio di prevedibilità dell'evento e l'incidenza dell'hindsight e outcome bias sul giudizio di responsabilità colposa, cit.*, 583 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Le disposizioni penali della legge fallimentare*, in *Commentario alla legge fallimentare*, IV, Milano, 2010, 35 ss.; R. RUMIATI, *Pagare o evadere le tasse: processi razionali e biases decisionali*, in R. BORSARI-L. SAMMICHELI-C. SARRA (a cura di), *Homo oeconomicus: neuroscienze, razionalità decisionale ed elemento soggettivo nei reati economici, cit.*, 34 ss.; cfr. anche V. MANES, *Realismo e concretezza nell'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo*, in *Giur. comm.*, 4/2021, 633 ss.

¹⁵ In attuazione della presunzione di innocenza e della garanzia del *in dubio pro reo*, per la cui centralità è sufficiente il richiamo alla celebre massima di Carrara: «vi sono di quelle verità che potrebbero dirsi piuttosto scolpite nel cuore dell'uomo dal dito di Dio, anziché derivare da umane convenienze o da logiche deduzioni. Una di queste verità eterne è quella che tutti i filosofi ripeterono, tutti i codici rispettarono, tutte le genti venerarono nell'aurea massima *in dubio pro reo*». F. CARRARA, *Opuscoli di diritto criminale*, III, Firenze, ed. 1898, 51 ss. Proprio in relazione alla prova del nesso causale può essere opportuno rievocare un passo dell'illustre Autore, citato da D'ALESSANDRO, *La certezza del nesso causale: la lezione "antica" di Carrara e la lezione "moderna" della Corte di cassazione sull'"oltre il ragionevole dubbio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2002, 743 s. Scriveva Carrara, in merito ad una sentenza di condanna basata sulla probabilità che un'omissione fosse la causa di una morte, che così facendo il giudice «ritiene come probabile che il delitto fosse commesso. [...] Sente ognuno che la probabilità non è certezza; che la probabilità ammette il possibile in contrario, e che perciò il giudice che dichiara probabile il delitto nel suo materiale, ammette che possa ancora non esservi stato delitto nessuno. E se intanto condanna, ci condanna quantunque *non liquido constant* del corpo del delitto; [...] e conculca così la regola più sicura del diritto penale». In definitiva, «nessuno può essere punito per un evento del quale non sia stato cagione. [...] La essenza del delitto sta nella causa della morte, non nella morte, né nella colpa». F. CARRARA, *Opuscoli di diritto criminale*, III, Firenze, ed. 1898, 57 ss.

¹⁶ Sull'argomento si v., F. MANTOVANI, *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi, cit.*, 984 ss.; C.F. GROSSO, *I principi di personalità e legalità nella responsabilità penale e la causalità omissiva*, in *Scritti per Federico Stella, cit.*, 729 ss. Cfr., anche M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale, cit.*, 375 ss.; C.E. PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, 821 ss.

¹⁷ Si v. C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, in *Criminalia*, 2012, 641 ss. Dove l'A. evidenzia tra l'altro come «l'inclusione dell'efficacia impeditiva tra i requisiti di tipicità dei reati omissivi impropri incide, inevitabilmente, sulla selezione dei poteri di intervento attivabili dal garante».

fondare un addebito di concorso»¹⁸. In definitiva, l'accertamento causale risulterà nella prassi difficile¹⁹, in quanto il giudice è tenuto a vagliare tutte le circostanze del caso concreto per verificare se l'esercizio di quel potere *ex ante* potenzialmente idoneo ad evitare l'evento, avrebbe, *ex post*, realmente impedito – oltre ogni ragionevole dubbio – la verifica dell'illecito. Nonostante le possibili difficoltà di tale accertamento, come correttamente ribadito dalla sentenza in oggetto, la prova del nesso causale non può essere elusa²⁰, in quanto verrebbero violati i principi di legalità e di colpevolezza.

Con riferimento ai requisiti da considerare ai fini della ricostruzione della posizione di garanzia dell'amministratore privo di deleghe, la Corte procede all'individuazione dell'obbligo giuridico su cui si fonda la *Garantenstellung*. Nonostante l'eliminazione dell'obbligo di vigilanza per gli amministratori non operativi – che nella prassi risultava inesigibile²¹ – non è comunque venuto meno il riferimento, contenuto nell'art. 2392 c.c., al loro dovere di impedire l'evento pregiudizievole, qualora ne fossero

¹⁸ Si esprime in questi termini C. PEDRAZZI, *Reati commessi da persone diverse dal fallito*, IN C. PEDRAZZI-F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito. Artt. 216-227*, Bologna, 1995, 283. Sulla stessa linea si pone anche Crespi, che fa riferimento alla necessità che l'azione crei «un sicuro ostacolo» alla realizzazione dell'evento pregiudizievole, A. CRESPI, *Reato plurisoggettivo e amministrazione pluripersonale delle società per azioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1957, 541.

¹⁹ Si v. F. CENTONZE, *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi. I limiti dell'intervento penalistico e le indicazioni del sistema statunitense, cit.*, 1037 ss. In aggiunta alle difficoltà derivanti dall'assenza di una «fisicità dell'apporto umano alla serie causale» e, dunque, alla necessità di ricorrere ad un giudizio ipotetico-normativo. G. FIANDACA, voce *Causalità*, in *Dig. Disc. Pen.*, III, 1988, 127 ss.; cfr. anche C.F. GROSSO, *I principi di personalità e legalità nella responsabilità penale e la causalità omissiva, cit.*, 729 ss.

²⁰ Ad esempio, ritenendo sufficiente la mera constatazione di un mancato adempimento dell'obbligo di controllo, argomentando che ciò può aver comportato un aumento del rischio, ovvero, sulla scorta di schemi di matrice civilistica, ricorrendo a presunzioni e prescindendo, dunque, dall'accertamento di un vero rapporto causa-effetto. Simili orientamenti non possono essere condivisi in quanto determinano un'insostenibile espansione della responsabilità per omesso impedimento. F. CENTONZE, *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi. I limiti dell'intervento penalistico e le indicazioni del sistema statunitense, cit.*, 1043 ss. In giurisprudenza, sull'importanza dell'accertamento del nesso di causalità, si v. anche Cass. pen., SS.UU., 10 luglio 2002, n. 30328.

²¹ Un simile obbligo finiva per concretizzarsi in una responsabilità oggettiva, da posizione. È stato evidenziato in dottrina come nel reale funzionamento della società sia l'amministratore operativo, dotato di poteri gestori, a prendere le decisioni necessarie al funzionamento dell'attività d'impresa. I c.d. *outside directors*, molto spesso, hanno poca contezza della reale gestione societaria, venendo paragonati a dei meri *rubber stampers*, ossia soggetti che non esercitano un effettivo controllo ma svolgono solo una funzione di approvazione dell'operato del *management*. Ciò ha delle evidenti ricadute sia sul piano soggettivo della colpevolezza, potendo i controllori essere persino inconsapevoli delle effettive dinamiche relative alla gestione sociale, sia sul piano oggettivo in relazione alla possibilità di esercitare poteri realmente impeditivi. Sul tema appaiono eloquenti le parole di Antolisei, secondo cui solo gli amministratori delegati fanno «quello che bolle in pentola e in definitiva fanno quello che vogliono: il bello e il cattivo tempo. Gli altri consiglieri non sono molto di più che comparse, [...] sanno ben poco della situazione e degli affari della società, specialmente quando si tratta di grandi e complessi organismi, e non esercitano alcuna influenza sulla gestione sociale». F. ANTOLISEI, (a cura di L. CONTI), *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, I, Milano, 1999, 85. Ripreso da F. CENTONZE, *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi. I limiti dell'intervento penalistico e le indicazioni del sistema statunitense, cit.*, 988 ss. In relazione alla locuzione di «*rubber stampers*» si v. J. TIROLE, *The Theory of Corporate Finance*, Princeton, 2005, 29.

venuti a conoscenza ed avessero avuto la possibilità di evitarne la realizzazione²². A fronte di un obbligo giuridico caratterizzato da una simile vaghezza²³, esigenze di legalità impongono di individuare con precisione i poteri di cui dispone il garante, al fine di rendere maggiormente tassativa la disciplina, selezionando le modalità tipiche della condotta. A tale proposito, la Corte di legittimità afferma che «gli amministratori sono responsabili verso la società nei limiti delle attribuzioni loro proprie, quali stabilite dalla disciplina normativa»²⁴. Tale statuizione, letta alla luce del principio di correlazione tra doveri imposti al garante e i poteri di cui dispone²⁵, può portare a ritenere che a rilevare siano solo i poteri “tipici”, normativamente previsti²⁶. Ai fini dell’individuazione dei poteri realmente impeditivi risulta fondamentale, inoltre, la capacità di incidere sulla verifica dell’evento, inteso come fatto concreto, verificatosi *hic et nunc*, con tutte le sue caratteristiche essenziali²⁷. Inoltre, affinché i

²² Confermando, dunque, quanto affermato nella celebre decisione sul caso Bipop-carire, in cui la Corte di cassazione aveva riconosciuto una posizione di garanzia dei non operativi maggiormente definita e limitata a seguito della riforma ad opera del d. lgs. n. 6 del 2003. Cass. pen., sez. V, 04 maggio 2007, n. 23838 con note di D. PULITANÒ, *Amministratori non operativi e omesso impedimento di delitti commessi da altri amministratori*, in *Le Società*, 2008, 899 ss. e F. CENTONZE, *La suprema Corte di cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*, in *Cass. pen.*, 1/2008, 109 ss. Sul tema, più di recente, si v. anche G.D. MOSCO-S. LOPREIATO, *Doveri e responsabilità di amministratori e sindaci nelle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 1/2019, 126 ss.

²³ Così, C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l’evento e fisiognomica del potere impeditivo*, cit., 663 ss. Cfr. anche F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari. (Una lettura critica della recente giurisprudenza)*, in *Riv. soc.*, 2012, 317 ss.

²⁴ Cass. pen., sez. V, 13 giugno 2022, n. 33582, par. 4.1 del considerato in diritto. Ai fini dell’individuazione delle attribuzioni degli amministratori non operativi, assume rilievo anche il rinvio al comma 3 dell’art. 2381 c.c. e, più in generale, l’istituto della delega di funzioni.

²⁵ L’individuazione di un effettivo potere impeditivo, che definisce il contenuto dell’obbligo di impedire l’evento, risulta essenziale, anche in base al principio di correlazione tra dovere e potere, per giungere ad una valutazione sulla responsabilità del garante, per non aver impedito il fatto illecito altrui, rispettosa dei principi di legalità e colpevolezza. F. MANTOVANI, *L’obbligo di garanzia ricostruito alla base dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2001, 337 ss. Dove l’A. evidenzia come, nel rispetto del principio di legalità, l’obbligo di garanzia debba soddisfare determinati requisiti, tra cui la specificità del potere impeditivo in quanto è «l’azione doverosa che tipizza il reato di non impedimento». Inoltre, ai fini del rispetto del principio di personalità della responsabilità penale, al dovere di impedimento deve corrispondere un potere che sia impeditivo, preesistente ed azionabile in concreto; diversamente, un suo intervento sarebbe inesigibile e *ad impossibilia nemo tenetur*. Sul principio di correlazione si v. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 383 ss.; F. CENTONZE, *Il concorso mediante omissione degli amministratori senza delega nei reati posti in essere dagli amministratori delegati*, in *Riv. soc.*, 4/2007, 752 ss.; A. ALESSANDRI, voce *Impresa (responsabilità penali)*, cit., 215 ss.; F. GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 597 ss.

²⁶ Sebbene sia riconosciuto da parte della dottrina come possano considerarsi impeditivi anche poteri di fatto, tale affermazione dovrebbe limitarsi ai casi in cui siano in gioco beni giuridici fondamentali, come la vita o l’incolumità fisica. Diversamente, qualora si faccia ricorso alla clausola di equivalenza dell’art. 40 cpv. c.p. in settori dell’ordinamento (come quello della criminalità d’impresa) in cui il bene giuridico tutelato sia solo strumentale, o artificiale, ovvero l’evento da impedire abbia carattere normativo, sarà necessario che il potere impeditivo del garante sia tipizzato; potendo esigere dal soggetto solo comportamenti normativamente previsti, anche ai fini del rispetto del principio di frammentarietà. In questo senso, cfr. C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l’evento e fisiognomica del potere impeditivo*, cit., 645 e 656 ss.

²⁷ È necessario, inoltre, che il garante sia in grado di esercitare un potere di signoria sul decorso causale,

poteri riconosciuti ad un soggetto possano rilevare in relazione all'obbligo di impedimento dell'altrui reato, è necessario che ad essi corrispondano altrettanti doveri di conformazione, per cui il loro esercizio dovrà produrre effetti giuridici vincolanti sull'attività del soggetto controllato; restando così esclusi quelli in grado di esercitare solo una mera influenza sulle decisioni altrui²⁸.

Tra le modifiche più rilevanti apportate dalla già citata riforma del diritto societario vi è l'introduzione di un obbligo di valutazione da parte del consiglio di amministrazione, con la previsione di un sistema procedimentalizzato di flussi informativi procedenti dagli organi delegati verso i deleganti²⁹. In capo al consiglio di amministrazione è infatti previsto un dovere di valutazione sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società, nonché del generale andamento della gestione, sulla base delle informazioni e delle relazioni ricevute dagli organi delegati. Affinché tale sistema risulti efficace, questi ultimi sono obbligati, a norma dell'art. 2381 co. 5 c.c., a fornire, al consiglio di amministrazione ed al collegio sindacale, con prestabilita periodicità, adeguate informazioni sul generale andamento della gestione e sulle operazioni di maggior rilievo. Orbene, se da un lato è indubbia la centralità che il flusso di informazioni riveste nella riformata disciplina³⁰, dall'altro non appare semplice determinare quale sia il livello di comunicazioni sufficiente a permettere al consiglio di amministrazione di effettuare le valutazioni richieste, e, di conseguenza, quando sorga l'obbligo di attivazione in capo ai consiglieri non operativi³¹.

Proprio alla luce del funzionamento dei flussi informativi, l'obbligo di agire informato imposto dal comma 6 dell'art. 2381 c.c. non può essere esteso a tal punto da assimilarlo ad un obbligo di vigilanza attiva³², in quanto l'amministratore privo di

altrimenti ci si espone al rischio di agevolare possibili degradazioni dell'accertamento del nesso causale. Cfr. M. ROMANO-G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, III ed., Milano, 2005, 166; A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, cit., 290 ss.; F. CENTONZE, *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi. I limiti dell'intervento penalistico e le indicazioni del sistema statunitense*, cit., 1041 ss.

²⁸ In questo senso, A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa. Profili sistematici del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse*, cit., 52 ss.

²⁹ Cfr. A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, cit., 326 ss.; G.D. MOSCO-S. LOPREIATO, *Doveri e responsabilità di amministratori e sindaci nelle società di capitali*, cit., 117 ss.; A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa. Profili sistematici del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse*, cit., 62 ss.

³⁰ La vigente normativa, prevedendo precipui obblighi in capo agli organi operativi, dovrebbe contribuire a rendere più frequente l'emersione nella sfera conoscitiva dell'amministratore privo di deleghe l'esistenza di fatti pregiudizievoli. Si v. G.D. MOSCO-S. LOPREIATO, *Doveri e responsabilità di amministratori e sindaci nelle società di capitali*, cit., 135 ss.

³¹ Cfr. in proposito le riflessioni di A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, cit., 323 ss.

³² Si v. C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, cit., 665 ss. Tale orientamento non pare condivisibile per almeno due ordini di ragioni. Innanzitutto, una simile lettura si scontra con il mancato riconoscimento in capo all'amministratore *uti singulus* di poteri di indagini o ispezioni nei confronti degli organi operativi, il quale potrà solo richiedere che vengano fornite informazioni al consiglio di amministrazione (contrasterebbe, poi, con il requisito della non ingerenza richiesto ai fini della validità della delega di funzioni). Inoltre, un simile obbligo non sarebbe in concreto dissimile

deleghe viene principalmente a conoscenza delle operazioni e della generale situazione societaria tramite le informazioni e le relazioni ricevute dai delegati. Deve ritenersi fisiologico, stante anche la divisione dei compiti all'interno delle organizzazioni complesse, il legittimo affidamento sull'operato altrui, potendosi esigere un suo intervento solamente qualora particolari circostanze facciano sorgere ragionevoli dubbi in merito alla permanenza di tale affidabilità³³. Orbene, a fronte dell'inesigibilità di un obbligo di vigilanza attiva, gli amministratori saranno in grado di operare una valutazione in ordine alla necessità di attivare il loro potere/dovere di agire informati, solo qualora siano raggiunti da comunicazioni che permettano loro di comprendere la reale situazione della società. L'obbligo di agire informato deve ritenersi un obbligo strumentale³⁴, necessario affinché il consiglio di amministrazione – vero destinatario dell'obbligo di valutazione – possa operare correttamente e, nel caso, assumere iniziative esercitando i propri poteri, quali la revoca o l'avocazione degli incarichi delegati agli organi operativi; poteri, questi, in grado di frapporre un ostacolo alla verifica di eventi pregiudizievoli per la società. In definitiva, dunque, le comunicazioni assumono un ruolo essenziale rispetto all'attivazione dei poteri impeditivi³⁵.

La ricostruzione della posizione di garanzia effettuata dalla Corte, in relazione agli elementi fin qui analizzati, risulta espressione di un condivisibile orientamento particolarmente attento al rispetto dei principi costituzionali in materia penale, ma *in cauda venenum*. La decisione appare criticabile nella parte in cui non individua in concreto i precisi poteri cui possono fare ricorso gli amministratori, soffermandosi unicamente sugli obblighi giuridici che fondano la loro posizione di garanzia³⁶. A fronte della carenza di determinatezza derivante dal ricorso allo schema di imputazione del reato omissivo improprio, esigenze di legalità – specie nel settore del diritto penale fallimentare³⁷ – impongono la precisa individuazione dei poteri impeditivi in grado di

dall'obbligo di vigilanza eliminato dal legislatore in sede di riforma della disciplina societaria.

³³ Cfr., M. DE POLI, *Amministratori non esecutivi di banca e violazione del dovere di agire in modo informato*, in *Giur. comm.*, 3/2022, 459 ss.; G.D. MOSCO-S. LOPREIATO, *Doveri e responsabilità di amministratori e sindaci nelle società di capitali*, *cit.*, 140 ss. In questo senso, in giurisprudenza si v. Cass. civ., sez. I, 29 dicembre 2017, n. 31204; Cass. civ., sez. I, 31 agosto 2016, n. 17441, con nota di S. SERAFINI, *Responsabilità degli amministratori non operativi: dal dovere di vigilanza al dovere di informarsi solo in presenza di segnali di allarme*, in *Le Società*, 2/2017, 218 ss.

³⁴ In questi termini, A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, *cit.*, 316 ss.

³⁵ Cfr. in proposito, C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, *cit.*, 672 ss.

³⁶ Difficilmente la giurisprudenza individua i poteri che l'amministratore avrebbe dovuto esercitare, ricorrendo a clausole generali, ovvero elencando atti solo astrattamente idonei ad impedire l'evento, trascurando così il principio di corrispondenza tra poteri e doveri. Appare, invece, necessario individuare un potere in grado di incidere sugli accadimenti, anche al fine di evitare che venga elusa la verifica del nesso causale. Sul punto, F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari. (Una lettura critica della recente giurisprudenza)*, *cit.*, 333 ss.

³⁷ Cfr. V. MANES-F. MAZZACUVA, *Le responsabilità penali nella crisi di impresa*, in L. BALESTRA-M. MARTINO (a cura di), *Crisi di impresa e responsabilità degli organi sociali nelle società di capitali*, *cit.*, 399 ss. Dove viene evidenziato come la fisiologica possibilità di stati di crisi e la presenza di un contesto organizzato, che non sempre consente una chiara rappresentazione degli avvenimenti, rendono difficoltoso distinguere le condotte penalmente rilevanti. Oltre all'*an* di un suo intervento, anche l'individuazione del *quomodo* risulta

riempire il contenuto dell'obbligo di garanzia, che svolgerebbero così una funzione tassativizzante³⁸. Difatti, proprio al fine di non vanificare la funzione della posizione di garanzia quale limite operativo dell'art. 40 cpv. c.p., il contenuto dell'obbligo giuridico deve essere individuato in un potere che, se attivato, impedirebbe la realizzazione dell'evento, salvaguardando il bene giuridico³⁹. La necessità che i poteri che il soggetto è tenuto ad attivare siano realmente impeditivi è, inoltre, una diretta conseguenza della distinzione tra obblighi di garanzia e meri obblighi di sorveglianza⁴⁰.

La disciplina societaria, alla quale si ricorre per individuare prima l'obbligo giuridico e successivamente i poteri dei garanti, è caratterizzata dall'assenza di norme disciplinanti poteri direttamente impeditivi in capo ai singoli amministratori privi di delega. Invero, la circostanza che il garante per poter adempiere all'obbligo giuridico di

complessa, a fronte del *deficit* di determinatezza dovuto al rinvio dell'art. 40 cpv. c.p. alla disciplina civilistica. Tali difficoltà risultano, inoltre, acuite dalle caratteristiche del sistema penale dell'insolvenza contrassegnato dalla previsione di numerose ipotesi di bancarotta (che ne rappresentano l'architrave), caratterizzate da un'opacità dei testi delle fattispecie, o addirittura da indeterminatezza, dal ricorso alla tecnica di tipo casistico e all'uso di elementi normativi che creano problemi di intellegibilità della norma. Tali caratteristiche, unitamente ad un bene giuridico non "afferrabile", comportano una diminuzione della "funzione di richiamo" della fattispecie nei confronti dei consociati, non essendone immediatamente percepibile il disvalore. Cfr. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nov. Dig.*, XIX, Torino, 1973, 7 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005, 19 ss. Si v. anche E. AMATI-N. MAZZACUVA, *Diritto penale dell'economia*, Milano, 2020, 191 ss.; N. MAZZACUVA, *Bene giuridico e tecniche di tutela nel diritto penale societario*, in *Pol. dir.*, 1984, 111 ss.; A. ROSSI, *Illeciti penali e amministrativi in materia societaria*, in C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO, (diretto da), *Trattato diritto penale*, Milano, 2012, *passim*.

³⁸ Cfr. A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, cit., 275 ss. e 290 ss. Il potere impeditivo assume un ruolo centrale nel campo della tipicità del reato omissivo improprio, apportando concretezza alle modalità di intervento orientate ad impedire l'evento ed individuando il limite di esigibilità dell'obbligo giuridico posto in capo al garante, che deve necessariamente corrispondere alla disponibilità di mezzi in grado intervenire sul decorso causale. In questo senso, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 383 s.; C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, cit., 641 ss.; *Relazione Progetto Grosso, Relazione al "Progetto preliminare di riforma del codice penale" - Parte generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 591 ss. Sul tema, più di recente si v. D. BRUNELLI, *Riflessioni sulla condotta nel reato omissivo improprio*, Pisa, 2023, *passim*, e in ptc. 128 ss. Sull'esigenza che i poteri siano sufficientemente determinati ed il loro esercizio normativamente disciplinato si era già espressa la Corte di cassazione in tema di bancarotta fraudolenta, evidenziando come ciò sia necessario al fine di poter accertare che, se attivati, avrebbero scongiurato l'evento. Proprio a fronte di obblighi giuridici strutturati in termini molto generici, occorre che i corrispondenti poteri impeditivi siano compiutamente definiti sul piano della tipicità. Si v. Cass. pen., sez. V, 8 giugno 2012, n. 42519; e Cass. pen., sez. V, 28 maggio 2013, n. 23000: «Se sono da intendere solidalmente responsabili, al pari di chi abbia cagionato un evento, coloro che "non hanno fatto quanto potevano" per impedirlo, occorre che quei poteri siano ben determinati, ed il loro esercizio sia normativamente disciplinato in guisa tale da poterne ricavare la certezza che, laddove esercitati davvero, l'evento sarebbe stato scongiurato: il che non sembra essere nella legislazione vigente».

³⁹ Cfr. F. CENTONZE, *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi. I limiti dell'intervento penalistico e le indicazioni del sistema statunitense*, cit., 1028 ss.; A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa. Profili sistematici del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse*, cit., 78 ss.

⁴⁰ La prima presupporrebbe l'affidamento del bene giuridico al soggetto, mentre la seconda consisterebbe nel sorvegliare ed informare il garante o il titolare del bene, e rilevarebbe solamente in caso di autonoma tipizzazione da parte del legislatore. In argomento, cfr. A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, cit., 192 ss.; A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa. Profili sistematici del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse*, cit., 33 ss.

impedire un evento debba attivare un potere intermedio, ossia che avrà la capacità di contrastare la verifica dell'evento illecito solo grazie all'intervento di un altro soggetto o di un organo, mal si concilia con la previsione di una posizione di garanzia⁴¹. Tra i diversi orientamenti in dottrina, vi è chi ritiene che anche i poteri mediati possano fondare l'esistenza di una posizione di garanzia, a patto che l'intervento altrui possa effettivamente impedire la commissione del reato⁴². L'organo chiamato ad intervenire dovrà essere dotato di poteri di blocco, ragionevolmente in grado di ostacolare la verifica dell'evento pregiudizievole. I limiti derivanti dal riconoscimento della rilevanza anche di tali poteri emergono – come già evidenziato – al momento dell'accertamento sull'effettiva incidenza che l'azione omessa avrebbe avuto sul decorso causale, dovendo essere provato, oltre ogni ragionevole dubbio, il nesso di causalità tra l'omissione e l'evento illecito⁴³. In definitiva, affinché vengano rispettati i principi di legalità e colpevolezza anche nel settore della criminalità economica, emerge la necessità di individuare i precisi requisiti dei poteri impeditivi che determinano la sfera di tipicità del reato commissivo mediante omissione⁴⁴.

⁴¹ D'altro canto, è stato evidenziato come la negazione di una posizione di garanzia in capo agli amministratori privi di delega lederebbe fortemente l'esigenza di tutela degli interessi protetti. Si v. A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa. Profili sistematici del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse*, cit., 93 s.

⁴² A questo proposito, cfr. C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, cit., 663 ss. Escludendo così dal novero dei poteri impeditivi strumenti tradizionalmente considerati tali, come il potere di impugnativa o di denuncia, e ricomprendendo invece l'attivazione di un organo competente. La disciplina societaria prevede sostanzialmente due azioni che possono essere eseguite autonomamente dal soggetto, l'impugnativa della delibera e la segnalazione all'autorità (previsti, rispettivamente, dagli artt. 2388 e 2409 c.c.), che non sembrano, però, avere valenza impeditiva, non solo in quanto richiedono l'intervento di ulteriori organi ma poiché nemmeno il coinvolgimento dei terzi consente l'esercizio di poteri direttamente impeditivi dell'evento criminoso *in fieri*. Ad esempio, a seguito della segnalazione al pubblico ministero (il quale, però, dopo la riforma, è legittimato esclusivamente per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio e solamente qualora vi sia il rischio di gravi danni per la società) lo sviluppo dell'*iter* procedurale solo in taluni casi potrà portare alla revoca degli amministratori ed alla nomina di un giudice (ex art. 2408 co. 2 c.c.). A tacere del fatto che di regola la denuncia ha ad oggetto fatti già accaduti e mal si concilia con lo schema preventivo dell'art. 40 co. 2 c.p. In relazione all'impugnazione delle delibere una parte della dottrina ha rilevato come sia efficace esclusivamente qualora la delibera non sia *self-executing* o quando il reato non si sia già perfezionato. In proposito si v. F. CENTONZE, *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi. I limiti dell'intervento penalistico e le indicazioni del sistema statunitense*, cit., 1028 ss.

⁴³ In questo senso si esprimeva già la sent. Franzese, Cass. pen., SS.UU., 11 settembre 2002, n. 30328. Tale standard probatorio è ora anche codificato dall'art. 533 c.p.p., contribuendo così a garantire il rispetto del canone del *in dubio pro reo*. F. CENTONZE, *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi. I limiti dell'intervento penalistico e le indicazioni del sistema statunitense*, cit., 1079 ss. Sul tema, cfr. anche A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, cit., 294 ss.

⁴⁴ In argomento, si v. C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, cit., 660 ss.

4. La prova del dolo e la semantica dei segnali d'allarme.

Il settore del diritto penale dell'impresa, oltre alle peculiari caratteristiche cui già si è accennato – dalla presenza di reati a soggettività ristretta ai problemi di determinatezza derivanti dalla scelta della tecnica legislativa nella descrizione della fattispecie – prevede, per lo più, fattispecie punibili unicamente a titolo doloso. Dunque, anche qualora dall'accertamento sul piano oggettivo emergesse la prova che un soggetto, gravato da una posizione di garanzia in forza di un obbligo giuridico, non aveva attivato i poteri di cui disponeva che avrebbero, invece, evitato la realizzazione dell'evento pregiudizievole, ciò non risulterebbe ancora sufficiente per giungere all'affermazione di una responsabilità penale. Difatti, deve prima essere correttamente vagliato il piano soggettivo per evitare che vengano punite a titolo doloso condotte che recano le stigmate della responsabilità colposa, basando il giudizio di colpevolezza sulla mera circostanza che il soggetto non si sia attivato secondo la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico.

Affinché vengano accantonate le scorie di un'ascrizione soggettiva della responsabilità contaminata da uno scivolamento del dolo sul piano della colpa, è necessario che venga provato che il garante si fosse rappresentato l'evento da impedire e volesse aderire alla sua causazione⁴⁵. Una simile necessità, costituzionalmente imposta⁴⁶, è stata recepita dalla giurisprudenza di legittimità fin dalla pronuncia della Cass. pen., sez. V, 04 maggio 2007, n. 23838 (c.d. sent. Bipop-Carire)⁴⁷, che con un *revirement*, ha sconfessato i propri precedenti che avevano dato vita, tramite il ricorso a presunzioni e semplificazioni dogmatiche, ad un vero e proprio processo di erosione dell'accertamento del dolo⁴⁸. Un tale stravolgimento della prova dell'elemento psicologico incontra un terreno fecondo nell'istituto del dolo eventuale e nel ricorso ai c.d. segnali d'allarme⁴⁹. Tramite il ricorso a tale figura vi è il rischio di indebolire già la

⁴⁵ Cfr., in proposito, M. CAPUTO, *Dalla teoria dei "segnali di allarme" alla realtà dell'imputazione dolosa nel concorso dell'amministratore non esecutivo ai reati di bancarotta*, in *Riv. soc.*, 5/2015, 905 ss.

⁴⁶ In forza dell'art. 27 Cost., cfr. *ex multis* Corte cost., 13 dicembre 1988, n. 1085.

⁴⁷ Cfr. D. PULITANO, *Amministratori non operativi e omesso impedimento di delitti commessi da altri amministratori*, cit., 899 ss.; F. CENTONZE, *La suprema Corte di cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*, cit., 109 ss.

⁴⁸ Emblematiche al riguardo le sentenze emesse nell'ambito della vicenda del Banco ambrosiano – con l'impiego di formule del calibro del "non poteva non sapere" –, conclusasi con Cass. pen., 22 aprile 1998, con nota di C. PEDRAZZI, *Il tramonto del dolo?*, cit., 1265 ss.; cfr. A. CRESPI, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1149 ss.

⁴⁹ Sul tema, cfr. G. DE FRANCESCO, *L'enigma del dolo eventuale*, in *Cass. pen.*, 5/2012, 1974 ss.; C. PEDRAZZI, *Il tramonto del dolo?*, cit., 1266 ss.; F. CENTONZE, *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi. I limiti dell'intervento penalistico e le indicazioni del sistema statunitense*, cit., 1048 ss. Ai fini dell'accertamento del dolo, i segnali d'allarme devono, necessariamente, essere stati effettivamente percepiti dal soggetto, avendo riguardo alla concreta situazione del singolo individuo. I c.d. "campanelli d'allarme" per poter fondare una responsabilità dolosa devono essere caratterizzati da univocità, e consentire di intravedere il retrostante evento illecito senza la necessità di ulteriori "indagini"; in caso contrario, l'inosservanza di un approfondimento finalizzato a sciogliere il dubbio in capo all'agente potrà al massimo integrare gli estremi della negligenza e, dunque, fondare un addebito per colpa. Infine, anche a voler tacere delle perplessità che sono state sollevate in relazione alla compatibilità del dolo eventuale con i reati omissivi

prova del momento rappresentativo, invece che richiederne una presenza più marcata in capo al soggetto, a fronte della peculiare forma che assume il requisito della volontà.

La Corte di cassazione, con la pronuncia in oggetto, ha ribadito l'importanza dell'accertamento in relazione alla volontà della verifica dell'evento. In particolare, proprio la corretta valutazione del momento volitivo si dimostra essenziale ai fini della differenziazione tra dolo eventuale e colpa con previsione⁵⁰. La mera inerzia, intesa quale mancato esercizio dei doveri di intervento, anche a fronte della presenza di segnali d'allarme, non è di per sé espressiva della volontaria adesione all'altrui condotta illecita⁵¹.

La mancata attivazione dei poteri⁵², in assenza della prova dell'effettiva conoscenza e corretta valutazione dei segnali in grado di rappresentare al garante il retrostante evento illecito, nonché della volontaria accettazione della concreta possibilità di verifica di quest'ultimo⁵³, potrà al massimo fondare un addebito per colpa. Con riferimento alla rappresentazione, questa deve avere ad oggetto la precisa categoria di evento – definito quanto meno nei suoi tratti essenziali – che si è poi in concreto verificato, non potendosi ritenere soddisfacente ai fini di un addebito doloso la sola circostanza che il soggetto abbia avuto la rappresentazione di una generale e non ben definita attività illecita⁵⁴.

impropri, deve essere evidenziato come in questo caso verrebbe applicato anche in relazione ad un altro ambito, quello dei reati societari e fallimentari, dove a fronte di fattispecie caratterizzate da modalità pregnanti sul piano della condotta dovrebbe richiedersi un dolo più intenso. Cfr. E. AMATI-N. MAZZACUVA, *Diritto penale dell'economia*, Milano, 2020, *passim*.

⁵⁰ In dottrina, tra i tanti, cfr. G. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e dintorni: tra riflessioni teoriche e problematiche applicative*, in *Cass. pen.*, 12/2015, 4624 ss.

⁵¹ La Corte ribadisce la necessità di evitare che vengano punite a titolo doloso condotte – come l'inerzia, il disinteresse o l'assenteismo – riconducibili ad una responsabilità colposa, ponendosi così nel solco tracciato dalla giurisprudenza di legittimità a partire dalla sent. Bipop-Carire ed esprimendosi in senso diametralmente opposto a quanto affermato nella decisione della Cass. pen., 22 aprile 1998, dove secondo la Corte la «sistematica inerzia» in presenza di segnali d'allarme «esprimeva una consapevole rinuncia all'esercizio dei propri doveri d'ufficio», con conseguente responsabilità del sindaco per concorso omissivo nei reati di false comunicazioni sociali, bancarotta fraudolenta documentale e patrimoniale. Sul tema, cfr. C. PEDRAZZI, *Il tramonto del dolo?*, *cit.*, 1265 ss.; A. CRESPI, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, *cit.*, 1149 ss.

⁵² Tali poteri si basano prevalentemente sui flussi informativi e, dunque, sulla ricezione di comunicazioni anche da parte dei soggetti che materialmente possono star compiendo l'attività illecita, risultando in concreto particolarmente difficile che emerga la corretta rappresentazione del reato *in fieri*. Ciò in quanto è proprio l'attivazione del potere di richiedere informazioni che avrebbe potuto condurre alla conoscenza della reale situazione societaria. Si v. S. CANESTRARI, *Rischio d'impresa e imputazione soggettiva nel diritto penale fallimentare*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 2003, 545 ss.; cfr. anche V. MANES, *Realismo e concretezza nell'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo*, *cit.*, 633 ss.

⁵³ Alla stregua dei criteri enunciati nella sent. Cass. pen., SS.UU., 24 aprile 2014, n. 38343.

⁵⁴ Anche con riferimento alla categoria del dolo eventuale la rappresentazione deve avere ad oggetto un evento preciso, delineato nei suoi aspetti essenziali, e non «una mera *silhouette* incolore», oltre che investire tutti gli elementi della fattispecie. C. PEDRAZZI, *Il tramonto del dolo?*, *cit.*, 1269; In giurisprudenza si v. Cass. pen., IV sez., 5 settembre 2013, n. 36399, che richiama in tema di bancarotta fraudolenta la sent. Cass. pen., sez. V, 19 giugno 2008, n. 38712.

Con riguardo ai c.d. segnali d'allarme, affinché si possa ricorrere a tali indici al fine di dimostrare la conoscenza di un evento è necessario, anzitutto, che questi siano perspicui, peculiari ed espressivi di anormalità⁵⁵. Per poter ritenere provato che il soggetto si fosse rappresentato la significativa possibilità di verificazione dell'evento è necessario che i c.d. "warning signs" vengano valutati alla luce delle circostanze del caso concreto, procedendo ad una loro considerazione contestualizzata, accertando che siano stati adeguatamente percepiti e valutati dal soggetto, tenendo conto delle sue conoscenze⁵⁶. Difatti, «il cosiddetto "segnale d'allarme" altro non è che l'indicazione di un pericolo, che, se recepito, altro non può significare se non un sospetto che vi sia qualcosa da conoscere»⁵⁷, non già che vi sia la concreta conoscenza di una retrostante situazione illecita; ben potendosi immaginare un errore nella valutazione di tali segnali da parte del garante. Ovvero che essi siano controbilanciati da «segnali disconfermativi»⁵⁸; o ancora, che l'agente verta in uno stato di dubbio sull'esatta rappresentazione, ed in assenza di una successiva attività di verifica che gli consenta di superarlo, perdurerà in una condizione di incertezza che in quanto tale risulta inidonea a fondare un addebito doloso⁵⁹.

Nel diritto penale economico l'ampio ricorso alla categoria del dolo eventuale, con le note difficoltà in termini di prova del moto interiore del soggetto, ha portato ad un processo di progressiva oggettivizzazione del dolo, spostando il *focus* dell'indagine dal dato psichico alla categoria del "rischio"⁶⁰. Tramite tale concezione tipologica, la tipicità

⁵⁵ In argomento, si v. M. ROMANO, *Dolo eventuale e Corte di cassazione a sezioni unite: per una rivisitazione della c.d. accettazione del rischio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2015, 559 ss. Sulla percezione oggettiva e soggettiva dei segnali d'allarme come «perspicui e peculiari in relazione all'evento illecito», si v. sempre Cass. pen., sez. V, 4 maggio 2007, n. 23838 con nota di F. CENTONZE, *La suprema Corte di cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*, cit., 120 ss. Cfr. F. PICCIONE, *Il confine tra dolo eventuale e colpa cosciente nel contesto dei reati d'impresa*, in *Cass. pen.*, 4/2016, 1785 ss.; G. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e dintorni: tra riflessioni teoriche e problematiche applicative*, cit., 4624 ss.

⁵⁶ Allineandosi così a quanto stabilito dalle Sez. Un. nella sent. Espenhahn, n. 38343/2014. Cfr. M. ROMANO, *Dolo eventuale e Corte di cassazione a sezioni unite: per una rivisitazione della c.d. accettazione del rischio*, cit., 559 ss.; L. EUSEBI, *Formula di Frank e dolo eventuale*, in *Cass.*, S.U., 24 aprile 2014, (*Thyssenkrupp*), cit., 623 ss. Sull'argomento, si v. anche M. CAPUTO, *Dalla teoria dei "segnali di allarme" alla realtà dell'imputazione dolosa nel concorso dell'amministratore non esecutivo ai reati di bancarotta*, cit., 920 ss., dove l'A. afferma che deve essere provata la corretta elaborazione da parte del soggetto dei segnali d'allarme, in quanto qualora venissero sottovalutati o mal interpretati integrerebbero gli estremi di una responsabilità colposa, non dolosa.

⁵⁷ Così, A. CRESPI, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 1155.

⁵⁸ In questi termini, cfr. V. MANES-F. MAZZACUVA, *Le responsabilità penali nella crisi di impresa*, cit., 427 s.

⁵⁹ È risultata spesso problematica l'ipotesi delle c.d. cecità volontarie (*willful blindness*), ossia dei casi in cui il soggetto volontariamente decida di "non voler sapere", ponendosi nella condizione di "non poter sapere". L'interrogativo cui rispondere riguarda la tipologia di elemento psicologico che in questo particolare caso sorregge la condotta dell'agente. La soluzione maggiormente conforme al dettato costituzionale pare essere quella per cui non potrà comunque esserci un addebito per dolo, in quanto, per definizione, in simili ipotesi il soggetto non potrà essersi rappresentato l'evento. Cfr. F. CENTONZE, *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi. I limiti dell'intervento penalistico e le indicazioni del sistema statunitense*, cit., 1048 ss.; M. CAPUTO, *Dalla teoria dei "segnali di allarme" alla realtà dell'imputazione dolosa nel concorso dell'amministratore non esecutivo ai reati di bancarotta*, cit., 920 ss.

⁶⁰ Sul punto, cfr. C. E. PALIERO, *La fabbrica del Golem*, cit., 501 ss.; C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e*

della colpevolezza viene determinata dal tipo di rischio – anziché dal concreto contenuto psicologico dell’agente – che venendo formalizzato conduce ad un’imputazione normativa della responsabilità, con la conseguenza non solo di una possibile commistione tra il piano del dolo e quello della colpa, ma addirittura evocando lo spettro di un’imputazione per posizione⁶¹. La pronuncia in oggetto ribadisce con forza la necessità di evitare simili travisamenti dell’elemento psicologico, tenendo ben distinta l’effettiva conoscenza dalla mera conoscibilità⁶². Il dolo è espressione della volontà di aderire alla verifica dell’evento illecito, per cui è necessario che non sussistano dubbi in relazione alla decisione di agire contro il bene giuridico⁶³. Merita di essere ribadita la distinzione tra i due elementi soggettivi, il dolo che è organizzazione dirigitica degli accadimenti e la colpa, che è la negazione del primo, in quanto consiste nella perdita di controllo sugli eventi e sul nesso causale. Anche su quest’ultimo elemento insistono i giudici di legittimità, sottolineando l’importanza dell’accertamento causale ai fini del rispetto del principio di personalità della responsabilità penale. Emerge così l’importanza che assume, ancora una volta, la motivazione della sentenza in ordine a tutti gli elementi del reato, al fine di evitare che la decisione venga presa dal giudice all’interno di una *black box*, giungendo ad una sentenza di condanna senza che sia possibile conoscere il ragionamento che è stato seguito e non potendo così esercitare alcun controllo sui criteri adoperati⁶⁴.

responsabilità penale. Profili dommatici e politico criminali, cit., 373 ss. Notoriamente nelle attività complesse è riscontrabile un insieme di fattori in grado di aumentare le probabilità della commissione di reati. Anche per via di tale caratteristica il contesto organizzato è presidiato da plurime posizioni di garanzia, gravanti su specifici soggetti, i quali, sulla base di una determinata divisione di compiti (sia verticale che orizzontale), si trovano in un rapporto peculiare con il bene giuridico, e perciò viene imposto loro un dovere di impedire precisi eventi pregiudizievoli. Cfr. A. GARGANI, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive, cit.*, 509 ss.; A. ALESSANDRI, voce *Impresa (responsabilità penali), cit.*, 193 ss.; C. PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale d’impresa, cit.*, 130 ss.

⁶¹ In questi termini, cfr. C. E. PALIERO, *L’autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 4/1995, 1220 ss.

⁶² Sull’argomento, tra i tanti, si v. A. ALESSANDRI, *Attività d’impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2005, 563 ss.

⁶³ Cfr. G. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale, dolo di pericolo, colpa cosciente e “colpa grave” alla luce dei diversi modelli di incriminazione*, in *Cass. pen.*, 2009, 5018, dove l’A. afferma che il soggetto deve «attivare un processo causale in direzione dell’offesa», è tale decisione che «consente di affermare che il fatto nel suo insieme è stato pur sempre voluto dall’autore della condotta». Inoltre, per sostenere l’esistenza del dolo eventuale occorrerà prima provare che il dubbio sull’esistenza di un fatto illecito è stato superato, essendoci stata una corretta rappresentazione, e che il soggetto, decidendo di agire ugualmente, ha accettato la verifica dell’evento. In tema di compatibilità tra dolo eventuale ed il reato di ricettazione, si v. *Cass. pen.*, SS. UU., 26 novembre 2009, n. 12433, con nota di G.P. DEMURO, *Il dolo eventuale: alla prova del delitto di ricettazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2011, 308 ss. Sulla prima formula di Frank, richiamata anche nella sentenza oggetto del presente commento, si v. L. EUSEBI, *Formula di Frank e dolo eventuale*, in *Cass.*, S.U., 24 aprile 2014, (*Thyssenkrupp*), *cit.*, 630 ss. Difatti, in caso di mancato accertamento, oltre ogni dubbio ragionevole, della sussistenza del dolo – anche nella sua forma “eventuale” –, in base al principio di favore per l’imputato, potrà tuttalpiù trovare applicazione la forma meno grave di imputazione, qualora il reato sia punibile anche a titolo di colpa. Si v. *Cass. pen.*, sez. V, 13 giugno 2022, n. 33582, par. 4.2 del considerato in diritto, dove riprende testualmente parte della motivazione della sentenza *Espenhahn*, n. 38343/2014, p. 188.

⁶⁴ In argomento, cfr. C. E. PALIERO, *L’autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei*

5. Considerazioni conclusive.

Nelle attività complesse il processo di formazione della volontà del singolo risulta fortemente influenzato dalla frammentazione dei centri decisionali, assumendo in tal modo rilievo, ai fini dell'accertamento della responsabilità penale, la struttura dell'organizzazione di cui fa parte⁶⁵. Orbene, se l'autore del reato economico è tendenzialmente considerato come un soggetto che agisce in maniera razionale e che, perseguendo il *telos* della massimizzazione del profitto, basa le proprie valutazioni su una ponderazione costi-benefici, è stato osservato come anche l'*homo oeconomicus*, calato nella realtà dei contesti organizzati, subisca i condizionamenti derivanti dalla struttura dell'attività di riferimento⁶⁶. Proprio il coinvolgimento funzionale di più soggetti nella commissione del reato comporta una «penetrante "spersonalizzazione" dell'illecito»⁶⁷, con il rischio di giungere a condanne fondate sul paradigma della responsabilità da posizione. La pronuncia in commento, collocandosi nel solco tracciato dalla giurisprudenza maggiormente garantista, sottolinea l'importanza del ricorso a criteri di allocazione della responsabilità rispettosi del principio di colpevolezza; nondimeno, non riesce a superare alcune tensioni con il principio di legalità e personalità della responsabilità penale. In particolare, la mancata individuazione dei precipui poteri che il garante avrebbe l'obbligo di attivare conferma e non permette di superare la carenza di tipizzazione che affligge la posizione di garanzia⁶⁸.

codici?, cit., 1220 ss.

⁶⁵ Dovendo anch'essa essere oggetto dell'indagine penalistica. In questi termini, si v. A. GARGANI, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, cit., 508 ss.; C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico criminali*, cit., 95 ss. e 301 ss.

⁶⁶ Sul punto, si v. C. E. PALIERO, *Principio di colpevolezza e reati economici*, in R. BORSARI-L. SAMMICHELI-C. SARRA (a cura di), *Homo oeconomicus: neuroscienze, razionalità decisionale ed elemento soggettivo nei reati economici*, cit., 15 ss.; C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico criminali*, cit., 328 ss. Dove viene evidenziato come assumano un ruolo centrale in relazione all'influsso sull'agire del singolo soggetto anche i flussi comunicativi e le interrelazioni tra i diversi apparati dell'organizzazione.

⁶⁷ In questi termini, cfr. C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico criminali*, cit., 305 ss.; A. GARGANI, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, cit., 508 ss.; C. E. PALIERO, *La fabbrica del Golem*, cit., 499 ss.

⁶⁸ Cfr. sul tema, A. GARGANI, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, cit., 533 ss.; F. CENTONZE, *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi. I limiti dell'intervento penalistico e le indicazioni del sistema statunitense*, cit., 981 ss. Un intervento in punto di determinatezza della fattispecie sarebbe positivo non solo quale ausilio dei giudici al momento della decisione circa la sussistenza di una responsabilità penale, bensì, prima ancora, nei confronti dello stesso garante, affinché possa meglio indirizzare la propria condotta; nonché per i pubblici ministeri, per far sì che possano esercitare correttamente l'azione penale, evitando di sottoporre ad una *capitis deminutio* – conseguente all'instaurazione di un procedimento – soggetti che risultano già evidentemente esenti da responsabilità penale alla luce di un'interpretazione della disciplina del reato omissivo improprio e di quella penale societaria e fallimentare rispettosa del tessuto costituzionale. Cfr. V. MANES, *Giustizia mediatica. Gli effetti perversi sui diritti fondamentali e sul giusto processo*, Bologna, 2022, *passim*.

A fronte dell'anonimia del danno – *Leitmotiv* del diritto penale dell'impresa – si assiste ad una proliferazione delle posizioni di garanzia, prescindendo spesso dall'individuazione di effettivi poteri impeditivi. La valorizzazione di tale requisito sul piano della *Garantenstellung* risulta, invece, particolarmente pregnante a fronte delle novità introdotte dal Codice delle crisi d'impresa⁶⁹. Con l'introduzione di ulteriori obblighi giuridici deve essere adeguatamente valorizzata l'individuazione di una correlazione tra i nuovi doveri di diligenza ed i poteri impeditivi di cui dispongono i garanti⁷⁰, affinché si possa giungere ad una ricostruzione delle "nuove" posizioni di garanzia rispettosa dei principi di personalità e colpevolezza.

⁶⁹ D. Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14. Sul tema, cfr. F. BELLAGAMBA, *La responsabilità penale degli amministratori nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in *Legisl. pen.*, 2020, 1 ss.

⁷⁰ *Ibidem*; cfr. anche V. MANES-F. MAZZACUVA, *Le responsabilità penali nella crisi di impresa*, in L. BALESTRA-M. MARTINO (a cura di), *Crisi di impresa e responsabilità degli organi sociali nelle società di capitali*, cit., 425 ss. Tale elemento, considerato tradizionalmente coesistente all'esistenza di una posizione di garanzia, oggi risulta centrale, ai fini della ricostruzione della posizione del garante, in seguito alle novità introdotte dal CCI. Non solo per la previsione di nuovi obblighi giuridici in capo a figure già gravate dalla posizione di garanzia, come nel caso dell'individuazione di nuovi doveri comportamentali per gli amministratori; bensì anche in relazione ad altre figure, con l'introduzione di obblighi di verifica e segnalazione in capo al revisore contabile ed alle società di revisione.

Editore

ASSOCIAZIONE
**"PROGETTO GIUSTIZIA
PENALE"**