

LA RESPONSABILITÀ PENALE DEGLI AMMINISTRATORI NEL CODICE DELLA CRISI DI IMPRESA E DELL'INSOLVENZA

di Filippo Bellagamba

(Professore associato di diritto penale, Università di Siena)

SOMMARIO: 1. Crisi d'impresa e stato di insolvenza: tensioni e prospettive ermeneutiche. - 2. Le direttrici del d.lgs 12.1.2019 n. 14 in materia penale. - 3. Crisi d'impresa e responsabilità penale degli amministratori. - 4. La nuova responsabilità degli amministratori operativi. - 5. La nuova responsabilità degli amministratori non operativi. - 5.1. (Segue) Le ricadute sull'individuazione della fonte giuridica dell'obbligo di agire impeditivo ex art. 40 co. 2 Cp. - 5.2. (Segue) Le ricadute sulla specificazione del contenuto del potere impeditivo. - 5.3. (Segue) Le ricadute sull'accertamento del nesso causale. - 5.4. (Segue) Le ricadute sulla prova dell'elemento soggettivo.

1. Con il d.lgs. 12.1.2019 n.14, a cui si deve l'introduzione del *Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza* (d'ora in poi più semplicemente CCII), si è concluso un complesso e lungo percorso, avviato quasi quindici anni orsono con il d.l. 14.3.2005 n. 35, recante *Disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale*, con cui il legislatore ha impresso una significativa svolta al tradizionale assetto del diritto fallimentare¹.

Il principale obiettivo della riforma è quello di consentire alle imprese sane, ma in condizioni di difficoltà economico-finanziaria, di ristrutturarsi in una «fase precoce», per evitare l'insolvenza e, quindi, proseguire l'attività².

¹ Proprio all'esordio della Relazione illustrativa al Codice della crisi dell'impresa si afferma testualmente: «[...] la frequenza degli interventi normativi, di natura episodica ed emergenziale, intervenendo su disposizioni della legge fallimentare modificate da poco, ha generato rilevanti difficoltà applicative e la formazione di indirizzi giurisprudenziali non consolidati, con un incremento delle controversie pendenti e il rallentamento notevole dei tempi di definizione delle procedure concorsuali. Di qui l'esigenza, largamente avvertita da tutti gli studiosi e dagli operatori del settore, di una riforma organica della materia che riconduca a linearità l'intero sistema normativo».

² È stato di recente approvato il d.l. 8.4.2020 n. 23, recante *Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga dei termini amministrativi e processuali*, che, all'art. 5, contenuto nel Capo II – significativamente intitolato *Misure urgenti per garantire la continuità delle imprese colpite dall'emergenza Covid-19* - dispone il differimento all'1.9.2021 dell'entrata in vigore del CCII, originariamente fissata al 15.8.2020, con il chiaro proposito di scongiurare il rischio che l'intero iter risanatorio tracciato dal Codice sia vanificato da fattori estrinseci, correlati alla pandemia, in grado di gravemente alterare la condizione in cui versa di per sé la singola impresa e con l'ulteriore effetto di annichilire la valenza selettiva di quelle *misure di allerta*, di quegli indicatori della crisi (per una definizione cfr. *infra*, nota 24), da cui deriva una serie consequenziale di obblighi e di interventi, su cui si regge l'intera struttura del nuovo testo di legge. Per un primo commento sulle ragioni di opportunità sottese al disposto differimento v. F. Mucciarelli, *La crisi economica da pandemia e la disciplina della* [La legislazione penale](#)

La necessità dell'ingresso "anticipato" in procedura dell'imprenditore in crisi è principio riconosciuto ed affermatosi a livello sovranazionale³ e muove dall'idea che la salvaguardia dei valori di un'impresa in difficoltà sia direttamente proporzionale alla tempestività dell'intervento risanatore (art. 24 CCII), poiché il ritardo nel percepirne i segnali fa sì che, nella maggior parte dei casi, questa degeneri in vera e propria insolvenza⁴, sino a diventare irreversibile.

Allo scopo di scongiurare la progressiva dispersione del valore aziendale e per giungere a «massimizzarne il valore totale per creditori, dipendenti, proprietari e per l'economia in generale»⁵, si è provveduto ad inserire una fase preventiva di *allerta*, volta ad anticipare l'emersione della crisi ed intesa come strumento di sostegno, diretto in prima battuta ad una rapida analisi delle cause del malessere economico e finanziario dell'impresa e destinato, poi, a risolversi, all'occorrenza, in un vero e proprio servizio di composizione assistita (art. 16 ss. CCII), funzionale ai negoziati per il raggiungimento di un accordo con i creditori⁶.

Se la distinzione tra *crisi* ed *insolvenza* nel CCII appare tracciata in maniera quanto mai nitida e chiara, essendo addirittura affidata a norme definitorie⁷,

crisi d'impresa: gli interventi del legislatore nel d.l. 23/2020, in www.sistemapenale.it, 11.4.2020.

³ Si tratta dell'osservanza di indicazioni contenute, in particolare, nella Raccomandazione n. 2014/135/UE, nella direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20.6.2019 e nei principi elaborati dalla *United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)* e dalla Banca Mondiale per la corretta gestione della crisi d'impresa.

⁴ Nel passaggio dal diritto penale *fallimentare* al diritto penale dell'*insolvenza* diventa imprescindibile distinguere tra *insolvenza*, *dissesto* e *liquidazione giudiziale*, alle cui nozioni il CCII aggiunge anche quella di *crisi* (cfr. *infra*, nota 7). La distanza tra le prime due si misura sulla differenza che vi è tra ciò che si identifica con uno "stato", che evoca una situazione tendenzialmente *permanente*, dovuta a carenze economico-finanziarie di ordine strutturale, anche indipendentemente da uno squilibrio patrimoniale (*insolvenza*); ed un dato *quantitativo* e *graduabile*, suscettibile di essere aggravato (*dissesto*). Prima della riforma, propendevano per un uso indifferenziato dei termini, ivi compreso quello di fallimento, G. Cocco, *Il ruolo delle procedure concorsuali e l'evento dannoso nella bancarotta*, in *RIDPP* 2014, 80; G. Montanara, *Fallimento (reati in materia di)*, in *ED*, Annali VI, 2013, 309; per la rilevanza della distinzione: M. Donini, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari. Le vie d'uscita da una condizione di perenne "specialità"*, in *Jus* 2011, 48; G. Flora, *Verso una "nuova stagione" del diritto penale fallimentare?*, in *RTrimDPenEc* 2012, 899 ss.; M. Gambardella, *I reati di bancarotta: inquadramento dogmatico, opzioni interpretative e prospettive di riforma*, in *CP* 2018, 2319.

⁵ Raccomandazione n. 2014/135/UE, Considerando (1).

⁶ G. Lo Cascio, *Il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: considerazioni a prima lettura*, in *Fall* 2019, 263 ss.; M.C. Cardarelli, *Insolvenza e stato di crisi tra scienza giuridica e aziendalistica*, in *DFall* 2019, 11 ss.; S. Leuzzi, *L'esercizio (non più provvisorio) dell'impresa del debitore nel quadro del codice della crisi dell'insolvenza*, *ivi*, 2019, 854 ss.; M.L. Vitali, *Sistemi di allerta e crisi di gruppo nel nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: prime riflessioni (anche) alla luce delle recenti tendenze europee*, *ivi*, 2019, 555 ss.; A. Guiotto, *I sistemi di allerta e l'emersione tempestiva della crisi*, in *Fall* 2019, 409 ss.; M. Ferro, *Allerta e composizione assistita della crisi nel D.lgs. n. 14/2019: le istituzioni della concorsualità preventiva*, *ivi*, 2019, 419 ss.; M. Bini, *Procedure di allerta: indicatori della crisi ed obbligo di segnalazione da parte degli organi di controllo*, in *Soc* 2019, 430 ss. Per quel che riguarda il periodo precedente all'emanazione del d.lgs. n. 14/2019 si rinvia a: R. Rordorf, *Doveri e responsabilità degli amministratori di società di capitali in crisi*, in *Soc* 2013, 669 ss.; A. Patti, *Crisi d'impresa e ruolo del giudice*, Milano 2009, 235 ss.; S. De Matteis, *I principi generali della legge delega di riforma delle procedure concorsuali*, in *DFall* 2017, 1291 ss.; G. D'Attorre, *Prime riflessioni sulla delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in *RSoc* 2017, 519 ss.; V. De Sensi, *Adeguati assetti organizzativi e continuità aziendale: profili di responsabilità gestoria*, *ivi*, 2017, 311 ss.; A. Alessandri, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate alla crisi d'impresa*, in *RIDPP* 2006, 111 ss.; A. Fiorella, M. Masucci, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, Torino 2014.

⁷ L'art. 2 co. 1 CCII – così come modificato dallo schema di decreto correttivo e integrativo approvato dal Consiglio

altrettanto non può dirsi per i contrapposti obiettivi della continuità, risanamento e ristrutturazione della società e del miglior soddisfacimento degli interessi dei creditori, che sfuggono ad un rigoroso e demarcato inquadramento nell'una e nell'altra fase⁸. A ben vedere, infatti, l'approccio alla gestione dell'aggravio economico e finanziario risulta ispirato a criteri tra loro confliggenti, che coesistono *tensivamente* all'interno del nuovo assetto normativo. Da un lato, l'attivazione di un processo di prevenzione nella prospettiva della "riabilitazione" spinge l'organo gestorio verso politiche aziendali di *ristrutturazione organizzativa* e di *valorizzazione espansiva* degli assets produttivi maggiormente redditizi, con la conseguente assunzione di rischi ulteriori. Dall'altro lato, la liquidazione dell'azienda secondo logiche concorsuali orienta verso la preservazione dell'attivo al fine della sua massima realizzazione al momento della vendita e suggerisce agli amministratori della società che vive il tempo della crisi di adagiarsi su posizioni *immobiliste* e di stallo, anche per sottrarsi all'incombente scure della *mala gestio*⁹.

Per rendersi plasticamente conto degli attriti in atto all'interno del CCII è necessario fare riferimento alla direttiva (UE) n. 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio d'Europa del 20.6.2019 «*riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, e che modifica la direttiva (UE) 2017/1132 (direttiva sulla ristrutturazione e sull'insolvenza)*». Da questo atto, infatti, emerge distintamente come le direttrici ideologiche e gli obiettivi di politica economica e sociale si scontrino con un apparato tecnico-normativo (rappresentato dal CCII) sotto alcuni profili ancora risalente e disfunzionale.

Da una parte, meccanismi di allerta¹⁰, gestione procedimentalizzata della crisi nel segno della trasparenza¹¹, controllo ed etero direzione¹² e premialità delle condotte

dei ministri il 13.2.2020 – definisce e distingue, alla lett. *a*, la *crisi* come «lo stato di squilibrio economico finanziario che rende probabile l'insolvenza del debitore e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate»; e, alla lett. *b*, l'*insolvenza* come «lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni». Per talune osservazioni critiche nei confronti di tali definizioni v. A. Rossi, *Dalla crisi tipica ex CCII alla resilienza della twilight zone*, in *Fall 2019*, 292 ss.

⁸ F. Mucciarelli, *Risvolti penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: lineamenti generali*, in *DPP 2019*, 1189 ss.; A. Rossi, *Dalla crisi tipica*, cit., 291 ss.; P. Chiaraviglio, *Osservazioni penalistiche "a prima lettura" sul progetto di codice della crisi e dell'insolvenza*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 10.5.2018; S. Cavallini, *Il diritto della crisi e il codice "dimezzato": nuovi assetti di tutela per il sistema penale dell'insolvenza?*, in *DPP 2019*, 1333 ss.; C. Cavallini, *Regolamentazione dell'insolvenza e iurisdiction*, in *RDP 2019*, 1001 ss.; R. Bricchetti, *Codice della crisi d'impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della legge fallimentare*, in *DPenCont 2019*, ss..

⁹ Considerazioni per certi aspetti analoghe possono, peraltro, essere svolte anche con riferimento alla figura del curatore nella fase della liquidazione giudiziale. In tal senso v. L. Pellegrini, *Interesse privato del curatore negli atti della liquidazione giudiziale*, in *AA.VV., La nuova legge fallimentare*, Bologna 2020, in corso di pubblicazione.

¹⁰ Direttiva (UE) n. 2019/1023 cit., Considerando (22) e art. 3. Con riferimento al d.lgs. n. 14/2019 si indicano gli artt. 3, 4 e 5.

¹¹ Direttiva (UE) n. 2019/1023 cit., Considerando, (2), (16), ed artt. 4 e 11. Con riferimento al d.lgs. n. 14/2019 si indicano, in particolare, gli artt. 3, 4, 39, 44, 45, 49, 56, 57, 60, 61, 62, 65, 66, 67, 71, 75, 84, 85, 93, 118, 240, 268, 269, 284, 285, 286, 287, 297, 293, 294, 295, 308.

¹² Direttiva (UE) n. 2019/1023 cit., Considerando (3). Con riferimento al d.lgs. n. 14/2019 si indicano gli artt. 5, 14, 15, 17, 19, 22, 52, 54, 76, 78, 79, 80, 82, 92, 100, 105, 106, 107, 109, 112, 115, 138, 140, 203, 217, 241, 242, 243, 244, 245,

virtuose¹³, sono le soluzioni tecniche prescelte per l'affermazione dei principi-guida della continuità, del risanamento e della riorganizzazione¹⁴. All'amministratore, in particolare, sono attribuiti compiti e poteri assai incisivi ed "aperti", in linea con l'essenza stessa dell'esercizio dell'impresa che è, come noto, funzione tra le più libere che ci siano, poiché affidata all'intuizione dell'imprenditore, alle sue capacità di analisi dell'andamento del mercato, delle qualità/quantità produttive e di impiego delle risorse, *in primis* della forza lavoro. Dall'altra parte, quelle medesime fattispecie del CCII che disciplinano la crisi dell'impresa risultano pur sempre immaginate e costruite su un principale oggetto di tutela, costituito dall'integrità del *patrimonio* dell'impresa posto a garanzia del ceto creditorio¹⁵, in coerenza con la prospettiva – diametralmente opposta alla precedente – di *immobilismo-liquidatorio*, a cui, peraltro, fa da *pendant* un sistema speciale di incriminazioni, che pure risulta pensato e scritto nel perseguimento del medesimo scopo.

La contrapposizione tensiva tra modello *dinamico-gestorio* e modello *statico-liquidatorio* dell'impresa nella fase della crisi pervade, pertanto, la figura dell'amministratore ed il suo operato ed è destinata ad indirizzare l'interpretazione ora in un senso ora nell'altro, costituendo l'essenziale chiave di lettura di tutte le fattispecie incriminatrici ad esso riferibili¹⁶.

Ebbene, nonostante il d.lgs. n. 14/2019 sia stato salutato dai più come un intervento dai marginali, per non dire inesistenti, effetti sul piano delle responsabilità penali e ciò poiché l'impianto normativo dei delitti ivi previsti al Titolo IX, al di là delle scelte terminologiche¹⁷, è rimasto pressoché immutato, ad una più attenta ed approfondita verifica il nuovo assetto – specie nella regolamentazione della crisi – impone di misurarsi con non trascurabili effetti *indiretti*¹⁸, tra cui, in particolare, quello sulla definizione del *pomerium* della responsabilità penale dei componenti del vertice aziendale.

2. Prima di procedere ad indagare le ripercussioni che dalla novella legislativa originano sulla (ri)definizione dei confini della responsabilità dell'amministratore, è d'uopo svolgere una, ancorché sintetica, ricognizione delle principali direttrici in materia penale imprese dal CCII. Ebbene, l'ordito penalistico del d.lgs. n. 14/2019

254, 270, 272, 273, 274, 275, 298, 306, 307, 310, 311, 312, 316.

¹³ Direttiva (UE) n. 2019/1023 cit., Considerando (4). Con riferimento al d.lgs. n. 14/2019 si indica l'art. 25.

¹⁴ Direttiva (UE) n. 2019/1023 cit., Considerando (1) e art. 1. Con riferimento al d.lgs. n. 14/2019 si indicano, in particolare, gli artt. 1 e 121.

¹⁵ Testualmente l'art. 4 co. 2 lett. c CCII: «In particolare il debitore ha il dovere di: [...] c) gestire il patrimonio o l'impresa durante la procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza nell'interesse prioritario dei creditori».

¹⁶ Per tali osservazioni si vedano, in particolare, F. Mucciarelli, *Risvolti penalistici*, cit., 1194; L. Pellegrini, *op. cit.*, 3 dattiloscritto.

¹⁷ Per lo più racchiuse nella sostituzione del lemma *fallimento* con quello di *liquidazione giudiziale* per oggettivare la crisi anche sul piano linguistico, sublimandola da condizione dell'imprenditore a difetto dell'impresa. Sul punto A. Rossi, *La legge delega per la riforma delle discipline della crisi d'impresa: una prima lettura*, in *Soc* 2017, 1376; G. Lo Cascio, *Il codice della crisi*, cit., 264.

¹⁸ Dello stesso avviso G. Minicucci, *I delitti di bancarotta al crocevia tra continuità e palingenesi*, in *www.disCrimen.it*, 24.04.2020, 5 e 17, che conclude il suo lavoro preconizzando una nuova palingenesi delle fattispecie di bancarotta derivante dal «dialogo col mutato contesto normativo».

ruota tolemaicamente attorno a tre nuclei *ideologico-programmatici*.

In primo luogo, il sistema tende alla *autonormazione* ed alla *amministrativizzazione* delle procedure di prevenzione e di gestione della crisi, affrancandosi così dalle tradizionali impostazioni *giudiziario-centriche*. A ben vedere, infatti, l'art. 3 co. 1 e 2 CCII chiama il debitore ad adottare, in prima persona, le misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e a prendere, senza indugio, le iniziative necessarie a farvi fronte, anche predisponendo un apparato organizzativo adeguato ai sensi dell'art. 2086 Cc. Vengono, così, attribuiti agli amministratori poteri di indirizzo connotati da una fattiva capacità di penetrazione, che si concretizzano nell'obbligo di un tempestiva esternalizzazione delle precarie condizioni economiche in cui versa la società – che risulta assolvibile soltanto attraverso una struttura ben organizzata – e di intervento sin dai primi segnali rivelatori dello stato di *pre-crisi* o di crisi ovvero, più in generale, sin dal momento in cui siano percepibili minacce per la continuità aziendale.

All'*autodiagnosi* da parte del debitore si accompagnano, poi, procedure di allerta, che fanno leva su un sistema di controlli tra loro incrociati¹⁹, radicato sul coinvolgimento non soltanto degli organi societari a ciò deputati (collegio sindacale, revisore contabile, società di revisione – art. 14 CCII²⁰-) ma anche dei creditori pubblici qualificati (Agenzia delle entrate, Istituto nazionale della previdenza sociale, Agente della riscossione – art. 15 CCII²¹-), che sono tenuti ad avvisare immediatamente l'organo amministrativo dell'esistenza di fondati indizi della crisi e, in caso di inerzia, alla comunicazione all'organismo amministrativo di composizione assistita. L'OCRI (art. 16 ss. CCII²²), istituito presso ciascuna Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura, ha, infatti, il compito di assistere l'imprenditore nella ricerca di una composizione della crisi, agevolando le trattative con i creditori. Infine, per sopperire ad eventuali carenze nei meccanismi di comunicazione interna tra gli organi di controllo societari e, in ogni caso, al fine di garantire tempestività alla segnalazione dell'allerta, al co. 4 dell'art. 14 CCII si stabilisce che determinati soggetti, e cioè gli istituti di credito e gli altri intermediari finanziari di cui all'art. 106 d.lgs. 1.9.1993 n. 385, provvedano a dare notizia anche agli organi di controllo societari, laddove

¹⁹ G. Santoni, *I sistemi di allerta e prevenzione e le procedure di anticipazione della crisi nel progetto di riforma della legge fallimentare*, in *DFall* 2004, I, 733 ss.; G. Lo Cascio, *La nuova legge delega sulle procedure concorsuali tra diritto ed economia*, in *Fall* 2017, 1256 ss.; S. De Matteis, *L'allerta nel disegno di legge delega n. 3671-bis*, in *DFall* 2017, I, 751 ss.; M. Fabiani, *Di un ordinato ma timido disegno di legge delega sulla crisi d'impresa*, in *Fall* 2016, 266.

²⁰ L'art. 14 CCII pone a carico di determinati soggetti – segnatamente gli organi di controllo societari ed i revisori – un duplice obbligo, consistente sia nel controllo dell'attività dell'organo amministrativo che nella segnalazione allo stesso di fondati indizi della crisi, laddove esistenti. Più precisamente, gli organi di controllo debbono verificare che l'organo amministrativo monitori costantemente l'adeguatezza dell'assetto organizzativo dell'impresa, il prevedibile andamento della gestione nonché il suo equilibrio economico-finanziario.

²¹ L'art. 15 CCII estende l'obbligo di segnalazione dello stato di crisi dell'impresa ai creditori pubblici qualificati i quali «da[to] avviso al debitore [...] che la sua esposizione debitoria ha superato l'importo rilevante [...], e che se entro novanta giorni dalla ricezione dell'avviso egli non avrà estinto o altrimenti regolarizzato per intero il proprio debito con le modalità previste dalla legge o [...] non avrà presentato istanza di composizione assistita della crisi o domanda per l'accesso ad una procedura di regolamentazione della crisi e dell'insolvenza, [...] ne fa[ranno] segnalazione all'OCRI, anche per la segnalazione agli altri organi di controllo della società».

²² Che può essere attivato anche su istanza del debitore ai sensi degli artt. 16 co. 1 e 18 co. 6 CCII.

esistenti, di eventuali variazioni, revisioni e revoche degli affidamenti previamente comunicati al cliente.

In secondo luogo, il CCII incentiva l'emersione della crisi e la sua composizione assistita attraverso *misure premiali* disposte a favore di quei soggetti che abbiano promosso con sollecitudine la procedura di allerta, così da eliderne o comunque attenuarne fortemente la responsabilità. Ci si riferisce, anzitutto, agli organi di controllo societari, la cui pronta segnalazione all'organo amministrativo (OCRI) può valere come causa di *esonero da responsabilità solidale* per le conseguenze pregiudizievoli derivanti dalle omissioni ed azioni successivamente poste in essere dagli amministratori, che non siano però conseguenza diretta di decisioni assunte nel lasso temporale ad essa antecedente (art. 14 co 3 CCII)²³. Ma anche al debitore, che può andare *esente da pena*²⁴ per i delitti di bancarotta²⁵, purché il danno cagionato sia di *speciale tenuità* (art. 25 co. 2 CCII), ove abbia presentato tempestiva²⁶ istanza all'OCRI o domanda di accesso a una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza²⁷. All'interno della medesima disposizione si prevede, altresì, una *circostanza attenuante obbligatoria ad effetto speciale*, che riduce la pena fino alla metà, quando, al di fuori dei casi di speciale tenuità del danno, alla data di apertura della procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza il valore dell'attivo inventariato o offerto ai creditori assicuri il soddisfacimento di almeno un quinto

²³ L'esclusione da responsabilità opera sicuramente sul piano *civilistico*, sia con riferimento ai fatti oggetto di segnalazione che per tutti i comportamenti successivamente posti in essere dagli amministratori che non si siano conformati alle indicazioni del collegio sindacale e, quindi, non abbiano introdotto la procedura di composizione della crisi OCRI o altra procedura concorsuale. Il portato normativo, a nostro avviso, può però avere anche un rilievo sul piano della responsabilità *penale* del sindaco, ancorché limitatamente a quei fatti da cui è emersa la crisi e che siano stati oggetto di segnalazione da parte dell'organo. La segnalazione è, infatti, da interpretarsi quale contegno effettivo ed idoneo sul piano impeditivo, di talché l'esonero da responsabilità non sembra possa estendersi anche all'operato dei sindaci ad essa successivo e ciò poiché l'attività di vigilanza sulla legalità e corretta amministrazione deve comunque proseguire. In tale ultimo senso v. A. Guiotto, *op. cit.*, 409 ss.; A. Bartalena, *Le azioni di responsabilità nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Fall 2019*, 298 ss.

²⁴ Per la dottrina prevalente dovrebbe essere inquadrata tra le *cause di non punibilità*. In questo senso F. Mucciarelli, *Risvolti penalistici*, cit., 1197; R. Bricchetti, *Codice della crisi d'impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della legge fallimentare*, in *DPenCont 2019*, 97; P. Chiaraviglio, *Le innovazioni penalistiche del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: alcuni rilievi critici*, in *Soc 2019*, 452; A. Rossi, *I profili penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: luci e ombre dei dati normativi, in un contesto programmatico. I 'riflessi' su alcune problematiche in campo societario*, in *RIDPP 2019*, 1177; M. Gambardella, *Il codice della crisi d'impresa: nei delitti di bancarotta la liquidazione giudiziale prende il posto del fallimento*, in *CP 2019*, 494 ss. Concorda, pur non senza qualche riserva, G. Minicucci, *op. cit.*, 11 s. Per un secondo indirizzo, minoritario, si tratterebbe, invece, di una *scriminante procedurale*: S. Cavallini, *op. cit.*, 1336.

²⁵ Di cui agli artt. 322, 323, 325, 328, 329, 330, 331, 333 e 341 co. 2 lett. a e b CCII.

²⁶ Quello della *tempestività* è elemento normativizzato dall'art. 24 CCII. L'iniziativa del debitore non è considerata tempestiva se egli propone una domanda di accesso ad una delle procedure regolate dal codice della crisi oltre il termine di *sei mesi* o se presenta l'istanza di composizione assistita della crisi oltre il termine di *tre mesi*, a decorrere da quando si verifica alternativamente una delle seguenti circostanze: a) l'esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno sessanta giorni per un ammontare pari ad oltre la metà del totale complessivo mensile delle retribuzioni; b) l'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno centoventi giorni per un ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti; c) il superamento, nell'ultimo bilancio approvato, o comunque per oltre tre mesi, degli indici elaborati ai sensi dell'art. 13 co. 2 e 3 CCIII. La tempestività ai fini dell'applicazione delle misure premiali potrà essere *attestata*, su richiesta del debitore, dal Presidente del Collegio degli esperti dell'OCRI.

²⁷ Richiamati agli artt. 322, 323, 325, 328, 329, 330, 331, 333, 341 co. 2 lett. a e b CCII.

dell'ammontare dei debiti chirografari e, comunque, il danno complessivo cagionato non superi l'importo di due milioni di euro.

Da ultimo, il legislatore, con il CCII, ha avviato quello che, a tutti gli effetti, può dirsi essere un (virtuoso) processo di *tipizzazione decentrata* del contributo omissivo, tradizionalmente riconosciuto in capo agli organi societari di controllo, per il mancato impedimento della realizzazione di illeciti nel governo della società. In ragione, infatti, della stretta procedimentalizzante della crisi, da un lato, e della elaborazione di indicatori e regole di "ingaggio" da parte dello stesso amministratore e degli organi amministrativi del Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili e della Camera di commercio dell'impresa e dell'artigianato (artt. 12, 13 e 19 CCII), dall'altro, si è pervenuti ad una più puntuale individuazione delle fonti e dei poteri di intervento dei vari soggetti coinvolti e ad una più compiuta definizione dell'efficacia causale dei comportamenti giuridicamente dovuti ma omessi. Particolare attenzione è stata, infine, riservata alle modalità di rilevamento degli *indici*²⁸ della crisi ed ai procedimenti di comunicazione "interna" ed "esterna", dal momento che è a questi affidato il compito di garantire la conoscenza, in termini effettivi e concreti, a tutti i soggetti chiamati al controllo ed alla vigilanza (anche - e soprattutto - a quelli sprovvisti di poteri gestori diretti) della criticità dell'azienda e del pericolo di realizzazione di reati.

3. L'analisi della regolamentazione riservata dal CCII al momento della crisi, che è sfociata nella descrizione dei predicati essenziali e delle direttrici di fondo in materia penale, si è resa necessaria perché la responsabilità degli amministratori per i fatti di reato posti in essere nell'esercizio delle loro funzioni assume una configurazione più definita proprio nel corso di tale fase²⁹.

E la ragione, al di là del dato "statistico" secondo il quale è nella *pre-insolvenza* che si concentra la più elevata probabilità di commissione dei delitti di bancarotta³⁰, sta nel fatto che nella crisi d'impresa si specificano e si precisano contenutisticamente tanto l'obbligo di *diligenza* oggettivato al co. 1 quanto quello di *impedimento* previsto dal co. 2 dell'art. 2392 Cc³¹.

²⁸ Il legislatore, con lo schema di decreto correttivo e integrativo sopra richiamato, è intervenuto definendo gli *indicatori di crisi* come «gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore, tenuto conto della data di costituzione e di inizio dell'attività, rilevabili attraverso appositi indici che diano evidenza della non sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi e dell'assenza di prospettive di continuità aziendale per l'esercizio in corso o, quando la durata residua dell'esercizio al momento della valutazione è inferiore a sei mesi, nei sei mesi successivi. A questi fini, sono indici significativi quelli che misurano la non sostenibilità degli oneri dell'indebitamento con i flussi di cassa che l'impresa è in grado di generare e l'inadeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi. Costituiscono altresì indicatori di crisi ritardi nei pagamenti reiterati e significativi, anche sulla base di quanto previsto nell'articolo 24».

²⁹ R. Rordorf, *Doveri e responsabilità degli amministratori*, cit., 669; G. Bozza, *Diligenza e responsabilità degli amministratori di società in crisi*, in *Fall* 2014, 1098 ss.; P. Montalenti, *Amministrazione e controllo nelle società per azioni, riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *RSoc* 2013, 42 ss.

³⁰ Mediante condotte che violino la *par condicio creditorum*, sottraggano elementi attivi dal patrimonio, ostacolino la ricostruzione dell'attivo ed il movimento degli affari od occultino l'andamento negativo mediante la falsificazione della contabilità.

³¹ Obbligo di diligenza da intendere non soltanto alla stregua di criterio di *valutazione* di un comportamento, ma

Infatti, quando l'impresa entra in crisi, dinanzi agli amministratori *delegati* si profila, oggi più di ieri, un vero e proprio "bivio" decisionale, che si articola tra una gestione conservativa del patrimonio sociale, la quale imprimerebbe all'attività amministrativa una "curvatura liquidatoria", inclinandola verso lo scioglimento e la conseguente cessazione; e soluzioni di (possibile) risanamento, essenzialmente basate su di una prosecuzione dell'attività d'impresa, che si realizzi attraverso imponenti o persino drastiche ristrutturazioni dell'azienda. Tale ambivalenza di ruoli, poteri e funzioni costituisce, al contempo, *aporìa* e *risorsa* ed impone un più generale ripensamento dei principi e dei criteri cui informare la responsabilità – anche e soprattutto penale – degli amministratori *esecutivi*³².

Quanto, poi, agli amministratori *non operativi*, l'obbligo di *agire informati*, tradizionalmente incentrato sul potere-dovere, a livello *collegiale*, di: a) valutare, sulla base delle informazioni ricevute, l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile; b) esaminare i piani strategici, industriali e finanziari; c) valutare, sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione (art. 2381 co 3 Cc) e, a livello *individuale*, chiedere agli organi delegati di informare il Consiglio di amministrazione sulla gestione della società (art. 2381 co. 6 Cc), con il CCII – come vedremo tra poco – si arricchisce e si trasforma³³. La tendenza è, infatti, quella di creare, da una parte, dei meccanismi di controllo "incrociati" ed "a rete", che consentano di fare emergere - il prima possibile - le criticità gestionali e renderne trasparentemente edotta l'intera compagine amministrativa; e di stimolare, dall'altra, con un grado di coerenza differente a seconda dei casi, l'organo di governo al compimento di tutti gli atti più appropriati per la tutela dei creditori, nell'auspicio di giungere ad una composizione della crisi.

A questo proposito è il caso di trarre due prime, provvisorie, conclusioni, che saranno poi oggetto di più puntuale approfondimento dal punto di vista tecnico-normativo.

Con riferimento alla figura dell'amministratore *delegato* ed al suo ruolo nella fase della crisi d'impresa il CCII ha segnato il passaggio da un'impostazione esclusivamente *statico-conservativa* ad una *mista*, incentivando anche la realizzazione di atti dinamici. Il rischio d'impresa non è, perciò, più avvertito come un "male" da contenere od eliminare, ma piuttosto come una "risorsa" necessaria per la continuità, da coltivare, dunque, sia pure con prudenza. In tale nuova prospettiva a cambiare è la logica su cui si fonda il giudizio di responsabilità penale dell'amministratore *delegato*. Si può, infatti, anticipare sin da adesso come l'"apertura di credito" fatta dal CCII finisca con il rendere alquanto problematica sia la formulazione di un rimprovero per aver agito colposamente (sfugge *ab imis* l'individuazione della regola cautelare); sia l'ascrizione di un addebito a titolo doloso, specie nella forma del dolo eventuale

anche quale *contenuto* del dovere di buona gestione societaria da coniugare con la perizia nell'adottare scelte informate e meditate. Così A. Patti, *Crisi d'impresa e ruolo del giudice*, Milano 2009, 235 ss.

³² G. Montella, *Ristrutturazione preventiva e doveri dei dirigenti nella proposta di direttiva del 22 novembre 2016*, in *Fall* 2017, 1118 ss.

³³ S. Serafini, *Responsabilità degli amministratori non operativi: dal dovere di vigilanza al dovere di informarsi solo in presenza di segnali di allarme*, in *Soc* 2017, 226 ss.

(l'accettazione dell'evento finisce con il coincidere con l'incoraggiato dinamismo nella gestione).

Quanto, invece, alla figura dell'amministratore *non operativo*, il CCII ha comportato la transizione da un modello essenzialmente costruito su di un obbligo, *prima*, di attivarsi per acquisire informazioni e, *poi*, di agire nei limiti delle proprie facoltà per impedire la realizzazione di eventi-reato ad uno che, muovendo dal presupposto di una corretta e completa informazione di tutti gli amministratori, si *spinge* nell'individuazione di precisi e specifici doveri comportamentali nella conduzione dell'azienda, che implicano il coinvolgimento di organismi terzi e pubblici, ai quali viene- *ex lege* - affidato un potere di *co-direzione* (art. 18 co. 4 CCII³⁴), di controllo (artt. 18 co. 5³⁵, 19 co. 4³⁶, 20 co. 1³⁷, 20 co. 5³⁸, 22 co. 1³⁹ CCII) e, in ultima analisi, di ricorso all'autorità giudiziaria per la dichiarazione di insolvenza e per l'apertura della liquidazione giudiziale (art. 121 e 122 CCII).

4. Nell'angolazione prospettica della crisi d'impresa, le ipotesi di responsabilità degli amministratori *delegati* possono essere ricondotte a comportamenti essenzialmente consistenti nell'aver: a) cagionato il danno o aggravato la crisi di impresa; b) tardivamente percepito i sintomi della crisi e non aver reagito con sollecitudine; c) fatto un cattivo uso degli strumenti idonei a fronteggiarla o limitarla⁴⁰.

In merito all'ipotesi *sub a)* cruciale rilievo assume l'inadempimento delle disposizioni di cui agli artt. 3 CCII, 2086 (così come novellato dall'art. 375 co. 2 CCII), 2257 (così come novellato dall'art. 377 co. 1 CCII) e 2381 Cc, ovverosia dell'obbligo di curare la predisposizione di un *adeguato* assetto organizzativo, amministrativo e contabile, tenendo conto della natura, delle dimensioni e delle caratteristiche della società⁴¹. A ben vedere, infatti, è proprio la carenza organizzativa a determinare l'*inefficacia* dei controlli e, conseguentemente, ad agevolare le condizioni per la

³⁴ Confermata l'esistenza di fondati indizi di crisi, il Collegio degli Esperti si confronta con il debitore per individuare le misure più idonee per il suo superamento, fissando un termine entro il quale l'imprenditore deve riferire in merito alla relativa attuazione.

³⁵ Il Collegio degli Esperti, se il debitore non assume alcuna iniziativa allo scadere del termine fissato per l'individuazione delle misure per porre rimedio alla crisi, ne dà immediata comunicazione agli autori delle segnalazioni.

³⁶ Il Collegio degli Esperti incarica il relatore di seguire le trattative e di controllarne lo svolgimento.

³⁷ Il Collegio degli Esperti, se non viene concluso un accordo con i creditori, invita il debitore a presentare domanda di accesso ad una delle procedure previste dall'art. 37 CCII nel termine di trenta giorni.

³⁸ Il Collegio degli Esperti, ove ravvisi che non è possibile addivenire a una soluzione concordata della crisi o che non vi sono significativi progressi nell'attuazione delle misure adottate per superare la crisi, effettua una segnalazione al giudice competente e ciò determina la revoca/non concedibilità delle misure premiali di cui al Capo IV del CCII.

³⁹ Il Collegio degli Esperti informa il Pubblico Ministero nel caso di inerzia o inadempienza grave del debitore.

⁴⁰ A. Patti, *Crisi d'impresa e responsabilità degli amministratori di società*, in *Fall* 2018, 130; R. Rordorf, *Doveri e responsabilità degli amministratori*, cit., 669 ss.; Id., *La responsabilità degli amministratori di S.p.A. per operazioni successive alla perdita del capitale*, in *Soc* 2009, 279 ss.; P. Montalenti, *La responsabilità degli amministratori nell'impresa globalizzata*, in AAVV., *Mercati finanziari e sistema dei controlli*, Milano 2005, 132 ss.; F. Dimundo, *Responsabilità degli amministratori per violazione dell'art. 2486 c.c. e danno risarcibile*, in *Fall* 2019, 1289 ss.; L.D. Cerqua, *La posizione di garanzia degli amministratori: brevi riflessioni*, in *Soc* 2009, 1305.

⁴¹ Cfr. N. Abriani, A. Rossi, *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, in *Soc* 2019, 395.

possibile realizzazione di fatti aventi rilievo penale nella conduzione societaria.

È, dunque, la cultura della *governance* aziendale, ben presente nel CCII, a rappresentare il primo e più efficace strumento di disinnesco di quei processi che possono, poi, degenerare in illeciti penali.

Nell'ottica della riforma attuata dal d.lgs. n. 14/2019 il dovere testé richiamato si fa ancora più pregnante con riferimento al rischio segnalato *sub b)*, essendo gli amministratori *esecutivi* obbligati ad un *costante monitoraggio* sull'impresa e sul suo andamento anche e proprio in funzione della tempestiva *percezione* dei sintomi della crisi e della puntuale adozione di rimedi appropriati. Dal punto di vista giuridico, tale obbligo risulta specificato in modo assai più rigoroso rispetto a quanto avveniva (e ancora avviene, nelle more della sua entrata in vigore) prima del CCII, essendosi il legislatore fatto carico di individuare quale sia il (miglior) comportamento da tenere per sottrarsi a future contestazioni di reati fallimentari. Ed, infatti, secondo la nuova disciplina, l'amministratore delegato è chiamato a: (i) convocare «senza indugio» l'assemblea per gli opportuni provvedimenti nel caso di perdite rilevanti (oltre il terzo del capitale sociale, senza altre complicazioni - artt. 2464, 2482 *bis* Cc) e, qualora tali perdite abbiano ridotto il capitale al di sotto del limite legale, per deliberare la riduzione del capitale e il suo contemporaneo aumento ad una cifra non inferiore a detto minimo o per decidere in ordine alla trasformazione della società (art. 2447, 2482 *ter* Cc); (ii) mettere in atto le misure più idonee per il risanamento, la ristrutturazione e la continuità d'impresa (art. 3 CCII); (iii) instaurare il procedimento di composizione assistita della crisi rivolgendosi all'OCRI (art. 16 co. 1 CCII); (iv) presentare ricorso al Tribunale per la dichiarazione di liquidazione giudiziale (art. 37 co. 1 CCII); (v) informare il Pubblico Ministero affinché assuma le determinazioni necessarie, tra cui anche quella "estrema" di presentazione del ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale (art. 38 co. 1 CCII); (vi) non proseguire nell'attività caratteristica d'impresa dopo l'intervenuta perdita del capitale sociale e fino al momento della consegna dell'azienda *ex art.* 2487 *bis* Cc, limitandosi a conservare l'integrità e il valore del patrimonio sociale (art. 2486 Cc).

Infine, quanto ai profili evocati *sub c)*⁴², si tratta, come si può intuire, di aspetti intimamente collegati alla selezione dello strumento di gestione o di risanamento più efficiente, che varia a seconda dell'entità della crisi e della tipologia di intervento di ristrutturazione della posizione debitoria, della composizione del ceto creditorio, dell'appartenenza o meno dell'impresa ad un gruppo: il tutto in un delicato bilanciamento tra esigenze di tempestività ed istanze di riservatezza. Ebbene, anche in questo caso, il CCII sembra destinato a lasciare il segno, nel senso di un'inequivoca discontinuità rispetto al passato, quanto meno per un duplice ordini di ragioni. Per un verso, perché esso individua regole puntuali, "sanzionando" la mancata collaborazione del debitore nel procedimento di composizione assistita della crisi. Qualora, infatti, questi (i) non compaia all'audizione davanti all'OCRI (art. 18 CIII)⁴³; (ii) non depositi,

⁴² Sul punto v. G. Lombardi, P.D. Beltrami, *I criteri di selezione della procedura più adatta al risanamento di un'impresa in crisi*, in *GiurComm* 2011, 713 ss.

⁴³ Segnala G. Minicucci, *op. cit.*, 8, come tale meccanismo indurrà ad uno spiccato *interventismo* del Pubblico Ministero anche in questa fase, che determinerà un'anticipazione, in altra sede rispetto a quella del processo

ad audizione terminata, l'istanza di cui all'art. 19 co. 1 CCII; (iii) non presenti, all'esito - negativo - delle trattative, nel termine perentorio assegnatogli, domanda di accesso ad una procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza; (iv) commetta, durante la procedura, atti in frode ai creditori (art. 20 co. 5 CCII), dovrà soggiacere alla triplice conseguenza, rappresentata dalla: (a) risoluzione della procedura di composizione della crisi; (b) privazione della possibilità di accedere alle misure premiali di cui al Capo IV del CCII; (c) trasmissione, da parte del Collegio degli Esperti, della segnalazione al Pubblico Ministero per dar corso all'esercizio dei propri poteri, tra cui la presentazione *motu proprio* del ricorso al Tribunale affinché questo dichiari lo stato d'insolvenza, nomini un curatore e apra la fase della liquidazione giudiziale.

Per l'altro verso, perché ammette il sindacato sulle decisioni assunte dall'imprenditore nel chiaro obiettivo di garantire la continuità aziendale, senza, tuttavia, nel contempo offrire indicazioni altrettanto accurate circa i criteri in forza dei quali valutarne l'idoneità. E ciò pare la naturale conseguenza dell'*ontologia* stessa del "fare impresa", che non è, e mai potrà essere, una scienza esatta, giacché soluzioni che, nel breve-medio periodo, possono risultare antieconomiche, non è escluso che, in tempi medio-lunghi, si rivelino addirittura come le più opportune.

La conservazione (*rectius*: valorizzazione) del ruolo gestorio-dinamico del debitore porta con sé non trascurabili implicazioni in tema di ricostruzione dell'*elemento soggettivo* dei delitti di bancarotta. Sebbene, infatti, il CCII richieda agli amministratori di attivarsi non appena si palesino le prime avvisaglie di seria difficoltà per l'impresa, prevenendo così il rischio che questa trasfiguri in insolvenza conclamata, non si esclude, nel contempo, la legittimità di un governo societario in continuità, nella logica di un complesso contemperamento tra misure finalizzate alla salvaguardia dell'interesse dei creditori e condotte strumentali al salvataggio dell'impresa.

Stando così le cose, v'è da interrogarsi su quale sia la *regola cautelare* di tipo *prudenziale* che si assume violata nelle ipotesi di reati *colposi*, primo tra tutti la bancarotta patrimoniale semplice, ove il precetto si sostanzia, come noto, nell'aver compiuto operazioni *manifestamente* o *gravemente* imprudenti o nell'aver aggravato il dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione di liquidazione giudiziale (art. 323 lett. *b*, *c* e *d* CCII). La manifesta o grave imprudenza deve essere, infatti, intesa come superamento del rischio, per così dire, "consentito" e contraddistingue, pertanto, quelle scelte che, sebbene poste in essere nell'interesse dell'impresa⁴⁴, siano connotate «da avventatezza e spregiudicatezza, superando i limiti dell'ordinaria

penale, delle valutazioni che oggi costituiscono il perno dell'accertamento dei fatti di bancarotta. Sulle "nuove" funzioni di cui sarà investito il P.M. v. anche S De Flammineis, *Il "nuovo" ruolo del P.M. tra crisi e perdita della continuità aziendale*, in *DPenCont* 2019, 7 ss.

⁴⁴ Altrimenti si ricadrebbe nella diversa ipotesi di bancarotta fraudolenta. In tal senso cfr. Cass. 9.6.2015 n. 35716, in *CEDCass*, m. 265871, che, nel tracciare il confine tra bancarotta semplice e bancarotta fraudolenta, precisa come le operazioni realizzate con imprudenza siano quelle «il cui successo dipende in tutto o in parte dall'alea o da scelte avventate», fermo restando che deve comunque trattarsi di comportamenti realizzati nell'interesse dell'impresa; Cass. 19.10.2011 n. 47040, *ivi*, m. 251218, che ribadisce come, sul versante oggettivistico, affinché le operazioni contestate possano essere qualificate come *imprudenti* e quindi ricondotte alla bancarotta semplice, esse debbano presentare «un minimo carattere di coerenza e razionalità nella prospettiva delle esigenze dell'impresa»; Cass. 4.11.2004 n. 6462, *ivi*, m. 231394.

“imprudenza”»⁴⁵.

In un siffatto contesto non si può, tuttavia, fare a meno di considerare come tutte le operazioni di *management* di chi si trovi a condurre (secondo il ‘crisma’ della dinamicità) una società in crisi presentano un grado di rischio che eccede quello c.d. *ordinario*, rivelandosi, per così dire, *consustanziali* ad ogni iniziativa funzionale alla continuità aziendale. Decidere di investire nell’acquisto di materie prime per incrementare la produzione in presenza di un forte squilibrio finanziario e carenza di liquidità; appaltare a terzi, dopo aver ristrutturato l’azienda e reciso alcuni suoi rami, una porzione considerevole del processo produttivo; contrarre nuove obbligazioni in presenza di reiterati e consistenti ritardi nei pagamenti costituiscono esemplificazioni di comportamenti ad alta rischiosità per i possibili esiti infausti che potrebbero derivarne ma non per questo estranee alla *fisiologia* che contrassegna il tempo della crisi.

Non può, pertanto, ritenersi coerente (e forse neanche logica) la *convivenza* tra un rimprovero fondato sul non aver tempestivamente presentato ricorso al Tribunale per far dichiarare l’insolvenza e la conseguente liquidazione giudiziale e la contrapposta incentivazione a che il debitore, dinanzi all’emersione dei sintomi della crisi, reagisca con intraprendenza e coraggio al divergente fine di ovviare allo scioglimento della società.

Anche con riferimento alla verifica processuale della sussistenza del dolo in capo all’amministratore *esecutivo* emergono non trascurabili criticità, soprattutto ove si verta nell’ipotesi del *dolo eventuale*. A ben vedere, infatti, se può ritenersi raggiunta la consapevolezza della potenziale incidenza negativa dell’operazione di gestione sui diritti della massa dei creditori – anche in ragione del sistema di controllo “a rete” sopra illustrato – non altrettanto può dirsi per la *volontà accettante*, che, finendo con il *compenetrarsi* con la stessa essenza “rischiosa” dell’attività *dinamica*, risulta “espropriata” di un proprio autonomo spazio applicativo. Né potrebbe validamente sostenersi che si tratta di un approccio senz’altro censurabile ma pur sempre meramente ripropositivo di quella consolidata giurisprudenza di legittimità, che ha da sempre polarizzato l’accertamento dell’elemento soggettivo attorno al solo momento *rappresentativo* del rischio⁴⁶. L’innegabile mutamento dei parametri di valutazione della condotta strumentale al superamento della crisi acuisce la problematicità di un

⁴⁵ V., in particolare, Cass. 20.03.2003 n. 24231, in *CP* 2005, 3101, che si riferisce, per l’appunto, ad «iniziative coraggiose», da «*extrema ratio*», ancorché ragionevolmente dotate di probabilità di successo.

⁴⁶ Particolarmente significativa in tal senso Cass. 23.6.2017 n. 38396, in *CP* 2017, 4330 ss. con nota di E. Fassi, *La valutazione della natura e degli elementi costitutivi della bancarotta fraudolenta patrimoniale e la ricerca degli «indici di fraudolenza» della condotta nel caso concreto*. La sentenza così motiva: «In tema di bancarotta fraudolenta per distrazione, l’accertamento dell’elemento oggettivo della concreta pericolosità del fatto distrattivo e del dolo generico deve valorizzare la ricerca di “indici di fraudolenza”, rinvenibili, ad esempio, nella disamina della condotta alla luce della condizione patrimoniale e finanziaria dell’azienda, nel contesto in cui l’impresa ha operato, avuto riguardo a cointeressenze dell’amministratore rispetto ad altre imprese coinvolte, nella irriducibile estraneità del fatto generatore dello squilibrio tra attività e passività rispetto a canoni di ragionevolezza imprenditoriale, necessari a dar corpo, da un lato, alla prognosi postuma di concreta messa in pericolo dell’integrità del patrimonio dell’impresa, funzionale ad assicurare la garanzia dei creditori, e, dall’altro, all’accertamento in capo all’agente della consapevolezza e volontà della condotta in concreto pericolosa». Negli stessi termini anche Cass. 4.6.2015, n. 38447, in *RespCivPrev* 2015, 1999 ss.

marcato disinteresse per il profilo *volitivo*, stante la già denunciata inconcludenza, ai fini della prova del dolo, della pur acclarata percezione della rischiosità di manovre dirette alla salvaguardia della continuità aziendale.

5. La risposta giurisprudenziale alla criminalità societaria si è distinta per un'alterazione dello schema "ortodosso" di accertamento della responsabilità penale per omesso impedimento⁴⁷, che presuppone, in ossequio ai principi costituzionali, la rigorosa individuazione di una *posizione di garanzia* in capo all'organo di controllo, la delimitazione contenutistica dei poteri *direttamente impeditivi*, la prova del nesso causale tra la mancata attivazione di questi ed il fatto di reato e, nell'ipotesi di concorso in un delitto doloso, l'accertamento dell'elemento soggettivo, consistente nella rappresentazione e volizione del fatto storico congruente con la fattispecie astratta⁴⁸.

La deviazione dai suddetti canoni ha portato, secondo molti, alla costruzione di una vera e propria *responsabilità di posizione* a carico degli amministratori *non operativi* per gli illeciti posti in essere dai delegati⁴⁹.

Tre le principali "giustificazioni" evocate a sostegno di un'impostazione ancora prevalente, nonostante alcuni virtuosi arresti di segno contrario (fra tutti, il pensiero va al noto caso *Bipop Carire*⁵⁰).

⁴⁷ D. Pulitanò, *Amministratori non operativi e omesso impedimento di delitti commessi da altri amministratori*, in *Soc* 2008, 902 ss.; F. Centonze, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo*, cit., 317, Id., *La Suprema Corte di cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*, in *CP* 2008, 103 ss.; Id., *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi. I limiti dell'intervento penalistico e le indicazioni del sistema statunitense*, in *Scritti per Federico Stella*, a cura di G. Forti, M. Bertolino, Il, Napoli 2007, 1915; A. Crespi, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, in *RIDPP* 1999, 1147 ss.; G. Ferrando, *Brevi riflessioni in merito alla responsabilità omissiva degli amministratori di una società di intermediazione mobiliare*, in *GP* 2015, 1 ss.

⁴⁸ N. Menardo, *La responsabilità penale omissiva degli amministratori privi di delega*, in *www.penalecontemporaneo.it.*, 4.12.2015; E. Garavaglia, *Posizione di garanzia propria degli amministratori e obbligo di impedire i reati*, in *GiurComm* 2009, 446 ss.; F. Centonze, *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano 2009, 64 ss.; V. Di Cataldo, *Problemi nuovi in tema di responsabilità di amministratori di società per azioni dal possibile affievolimento della solidarietà all'incerto destino della minoranza*, in *GiurComm* 2004, 647; A. Fiorella, *I principi generali del diritto penale dell'impresa*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova 2001, 3 ss.; A. Rossi, *Reati ed illeciti societari*, in F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, a cura di C.F. Grosso, Milano 2007, 845 ss.; R. Zannotti, *Il nuovo diritto penale dell'economia. Reati societari e reati in materia di mercato finanziario*, Milano 2008, 32 ss.; N. Pisani, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, Milano 2003; J. Bertolina, *Note in tema di responsabilità degli amministratori privi di delega*, in *IP* 2012, 79 ss.; E.M. Ambrosetti, E. Mezzetti, M. Ronco, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna 2016, 114 ss.; G. Mercone, *L'obbligo di garanzia degli amministratori privi di deleghe e la funzione probatoria dei c.d. segnali d'allarme*, in *www.penalecontemporaneo.it.*, 2.2.2012; P. Chiaraviglio, *La responsabilità dell'amministratore delegante fra "agire informato" e poteri di impedimento*, in *Soc* 2010, 891 ss.

⁴⁹ Sul tema della responsabilità di posizione in caso di concorso doloso mediante omissione cfr., per tutti, M. Pelissero, *Il concorso doloso mediante omissione: tracce di responsabilità di posizione*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche di impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, a cura di R. Bartoli, Firenze 2010, 382 ss.

⁵⁰ Per un'approfondita disamina critica della sentenza Cass. 4.5.2007 n. 23383 vedasi E. Burzi, *Amministratore privo di delega e obbligo di impedire i reati dei quali abbia conoscenza*, in *GI* 2008, 423 ss.; L.D. Cerqua, *Responsabilità penale degli amministratori privi di delega volutamente inerti*, in *DPratSoc* 2008, 60 ss.; F. Centonze, *La Suprema Corte di Cassazione*, cit., 103 ss. Per l'analisi dell'impatto della pronuncia sulla giurisprudenza successiva, a partire da Cass. 8.6.2012 n. 42519, vedasi A. Crespi, *Studi di diritto penale societario*, Milano 2018; A. Ingrassia, *La Suprema Corte e il superamento di una responsabilità di posizione per amministratori*

La prima ha natura *empirica* e muove dalla constatazione che, nel nostro Paese, le società sono, per lo più, di dimensioni medio-piccole e, anche quando ciò non accada (emblematico in tal senso il caso *Parmalat*⁵¹), si informano comunque ad una concezione “padronale” della gestione dell’impresa, affidata ad uno o a pochi soggetti – tradizionalmente l’imprenditore fondatore, una cerchia ristretta dei suoi familiari o un *manager* individuato da questi ultimi - nelle cui mani si accentra ogni potere. Tale “fisiognomica di governo” neutralizza il sistema di controlli predisposto dal legislatore, riducendolo a mero *simulacro* e, al contempo, sta alla base dell’allargamento del novero di coloro ai quali vengono addebitati gli atti gestori, in quanto soggetti che, sottoposti alla altrui direzione, si assume che ne condividano le decisioni, accettandole supinamente.

La seconda, più propriamente *giuridica*, si fonda sul rilievo che l’attività degli amministratori *senza deleghe* si esaurisce nel *solo potere di voto*, non essendo costoro a conoscenza, in via diretta, dei fatti relativi alla concretezza del governo della società, per i quali non potrebbero fare altro che affidarsi alle informazioni ricevute dai delegati⁵². Da tale assunto dovrebbe derivare come conseguenza che si tratti di soggetti destinatari non di un obbligo di garanzia bensì – come avremo modo di precisare meglio tra breve – di un *obbligo di sorveglianza* e, per l’effetto, l’impossibilità di configurare una responsabilità per omesso impedimento, che investe soltanto coloro che non abbiano individualmente adottato provvedimenti in grado di evitare il prodursi dell’evento-reato. Con tutte le difficoltà che, tuttavia, scaturirebbero da una tale presa di posizione, verso la quale si tende ad opporre resistenza per il colpo che un eccessivo arretramento della tutela penale assesterebbe alla *prevenzione generale*.

La terza ed ultima, di stampo più squisitamente *probatorio*, è rappresentata dalla esigenza di ovviare alle insidie che notoriamente si accompagnano all’accertamento del nesso causale e dell’elemento soggettivo nel concorso mediante omissione e che dipendono dalla sua essenza di giudizio di tipo *predittivo* e dunque *ipotetico* piuttosto che *esplicativo* o *di realtà*, risolvendosi in una valutazione *prognostica* e non *diagnostica*, in quanto correlata ad un processo causale mai attivatosi.

Attorno a tali fondamentali critiche si è edificata la giurisprudenza che ha, come noto, esteso la responsabilità penale per omesso impedimento dei fatti commessi dagli amministratori esecutivi anche ai soggetti *privi di deleghe*, senza, tuttavia, chiarire di quali poteri realmente impeditivi essi dispongano, in che modo l’inerzia risulti eziologicamente collegata all’evento che si pretende venga impedito e come venga ricostruito l’elemento soggettivo, che risulta per lo più omologato ai criteri di imputazione propri della responsabilità civile⁵³.

e sindaci: una decisione apripista?, in www.penalecontemporaneo.it, 14.2.2013.

⁵¹ Cfr. P. Chiaraviglio, *Causalità omissiva e potere di impedire l’evento: la posizione dei sindaci e degli amministratori privi di delega nelle società di capitali*, in *RDottComm* 2012, 187 ss.

⁵² F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, a cura di L. Conti, Milano 1999, 81.

⁵³ Di recente Cass. 2.4.2019 n. 37848, in *GD* 2019, 38, che così si esprime: «dalla semplice posizione di amministratore di diritto di un’impresa derivano conseguenze giuridiche ben precise in ordine a eventuali responsabilità penali». In senso analogo Cass. 9.3.2018 n. 14783, in *Dejure*; Cass. 22.3.2016 n. 35344, in *Fall* 24.8.2016; Cass. 18.2.2019 n. 12186, in *RDottComm* 2019, 563; Cass. 7.3.2014 n. 32352, in *Dejure*; Cass. 10.2.2009 n. 9736, *ivi*; Cass. 14.6.2011 n. 36435, *ivi*.

Il CCII ha cercato di farsi carico delle aporie applicative derivanti dal diritto vivente, quantomeno nella fase della crisi d'impresa, rendendo la prescrizione dell'*agire informati*, sia pure assolvibile in maniera non continuativa poiché sostenuta da flussi informativi periodici, ancor più stringente. Il sistema di rilevamento dei segnali di allarme (a titolo esemplificativo: compimento di atti *ultra vires*; gestione personalistica; risonanza pubblica della vicenda e difficoltà dell'azienda o del gruppo di dominio pubblico, anche a seguito di notizie di stampa; rilievi critici dell'*internal audit* o dell'Organismo di vigilanza; operazioni anomale o irragionevolezza dei corrispettivi) impone, infatti, al *non operativo* di attivarsi, chiedendo spiegazioni e chiarimenti ai delegati sulla loro condotta e tenendo, di conseguenza, ogni ulteriore comportamento che possa, almeno secondo gli auspici del legislatore, rivelarsi idoneo ad impedire il verificarsi dell'evento dannoso⁵⁴.

Una volta tratteggiate, sia pure per sommi capi, le linee portanti su cui si regge la responsabilità penale degli amministratori *non operativi* per i fatti di reato che siano stati posti in essere nello svolgimento dell'attività sociale, al fine di meglio apprezzare l'impatto innovativo ed i progressi apportati dal CCII, appare opportuno procedere nella disamina dei singoli profili costitutivi dell'incriminazione per concorso nel reato omissivo improprio.

5.1. Come noto, affinché vi sia responsabilità per omesso impedimento di un evento, è necessario che il soggetto si trovi, rispetto al bene giuridico tutelato, in una *posizione di garanzia*⁵⁵, che consiste, come oramai da tempo chiarito, in un «obbligo giuridico, gravante su specifiche categorie predeterminate di soggetti previamente forniti di adeguati poteri giuridici, di impedire eventi offensivi di beni altrui, affidati alla loro tutela per l'incapacità dei titolari di adeguatamente proteggerli»⁵⁶.

Tuttavia, non tutti gli obblighi di garanzia, ma soltanto «quelli cui conseguono effettivi poteri impeditivi»⁵⁷, in grado di inibire la conversione del pericolo in danno, possono dar luogo ad una responsabilità omissiva che rispecchi i canoni della personalità e non defletta in una responsabilità per fatto altrui⁵⁸.

Ebbene, dottrina e giurisprudenza maggioritarie⁵⁹ hanno concordemente

⁵⁴ In tal senso G. Milano, *La responsabilità degli amministratori non esecutivi: nuove e vecchie questioni*, in *Soc* 2017, 885 ss.; A. Patti, *Crisi d'impresa e responsabilità degli amministratori di società*, cit., 132 s.

⁵⁵ F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, Torino 2018, 214 ss.; F. Mantovani, *Diritto penale, Parte generale*, Padova 2017, 131 e 158. Lo esige il rispetto del principio di *libertà*, ex art. 13 Cost., per cui l'obbligo di impedire l'evento non può gravare su tutti i consociati, ma soltanto su categorie *specifiche e predeterminate* di soggetti, che si trovino in un rapporto giuridico particolare col bene da tutelare o con la fonte di pericolo da controllare.

⁵⁶ Si tratta di una definizione che cerca di conciliare il concetto di obbligo di garanzia con i principi costituzionali di *riserva di legge* (giuridicità dell'obbligo), di *tassatività* (specificità dell'obbligo), di *solidarietà* (specificità dei destinatari dell'obbligo), di *libertà* (specificità dei destinatari dell'obbligo) e di *personalità della responsabilità penale* (imprescindibilità dei poteri giuridici impeditivi, preesistenza dell'obbligo impeditivo, possibilità materiale di tenere l'azione impeditiva idonea). Così F. Mantovani, *Causalità, obblighi di garanzia e dolo nei reati omissivi*, in *RIDPP* 2004, 984 ss.

⁵⁷ A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bologna 2009, 294 ss.; F. Giunta, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in *RTrimDPenEc* 2006, 608 ss.

⁵⁸ F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, cit., 268.

⁵⁹ In dottrina, per tutti, F. Consulich, *Poteri di fatto ed obblighi di diritto nella distribuzione delle responsabilità*

individuato la fonte giuridica dell'obbligo gravante sugli amministratori *non operativi* negli artt. 2381 e 2392 Cc, facendo, tuttavia, leva su norme dal contenuto precettivo-comportamentale molto *generico*, se non propriamente *indefinito*, che fanno dubitare della loro reale capacità di dar vita ad una responsabilità che sia in linea con l'*eccezionalità* del reato omissivo improprio, ben rimarcata dalla necessità di una ricostruzione della posizione di garanzia alla luce dei principi fondamentali di rango costituzionale⁶⁰. Al di là, infatti, della *petitio principii* contenuta nell'art. 2392 co. 2 Cc, anche a seguito dell'intervento legislativo del 2003⁶¹, l'art. 2381 co. 6 Cc e, più in generale, l'intero apparato codicistico-civile che si rivolge all'amministratore positivizza un obbligo che pare essere, a tutti gli effetti, più di *sorveglianza* che di *garanzia*⁶², con tutte le implicazioni che ne derivano in caso di sua violazione.

L'oggettiva difficoltà/impossibilità di individuare quali siano i comportamenti idonei ad evitare che il reato venga portato a compimento ha indotto la giurisprudenza a dilatare il concetto di omesso impedimento, facendovi rientrare tutto quanto presenti un'efficacia *lato sensu* ostativa all'offesa. Con il duplice, negativo, effetto di trasformare, come efficacemente rilevato, il garante in un soggetto "onnipotente"⁶³, al quale viene rimesso, di volta in volta, il compito di stabilire quale sia lo strumento, direttamente derivante dall'assetto societario, a cui egli debba ricorrere per scongiurare la realizzazione dell'illecito⁶⁴.

Il CCII ha avuto, senz'altro, il merito di inserirsi in un contesto così deficitario, fissando, agli artt. 3 e 375 CCII, un preciso dovere sia di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa sia di attivarsi senza indugio all'inverarsi dei primi sintomi della crisi; v'è, tuttavia, da interrogarsi sulla reale attitudine di tali disposizioni ad attribuire all'obbligo di agire del *non operativo* una valenza realmente impeditiva.

L'unico ambito, peraltro non nuovo, in cui può ritenersi che l'obiettivo sia stato raggiunto è senz'altro quello che attiene alla *formazione del bilancio*. Gli artt. 2381 co. 4 e 2423 Cc, nel prevedere la *non delegabilità* dell'attività di formazione del bilancio,

penali societarie, in *Soc* 2012, 556 ss.; I. Merenda, *Reati fallimentari e responsabilità dell'amministratore di diritto per la gestione di fatto della società*, in *GP* 2011, II, c. 225 ss. In giurisprudenza, *ex multis*, Cass. 24.9.2010 n. 42201, in *Dejure*; Cass. 28.11.2012 n. 7556, *ivi*; Cass. 22.3.2016 n. 35344, *ivi*; Cass. 22.3.2016 n. 14045, *ivi*.

⁶⁰ F. Mantovani, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 158 s. e cfr. *supra*, nota 55; P. Chiaraviglio, *La responsabilità dell'amministratore delegante fra "agire informato" e poteri di impedimento*, cit., 893 ss. con posizione di recente ripresa da C. Paonessa, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, in *Crim* 2012, 671 ss.

⁶¹ Il riferimento è al d.lgs. 17.1.2003, n. 6. Sul punto, in dottrina, cfr., per tutti, A. Crespi, *Note minime sulla posizione di garanzia dell'amministratore delegante nella riforma introdotta dal d.lgs. n. 6/2003*, in *RSoc* 2009, 1419 ss.

⁶² Distingue con chiarezza tra obbligo di garanzia, obbligo di sorveglianza e obbligo di attivarsi, ascrivendo quello gravante sugli amministratori, genericamente intesi, tra gli obblighi di sorveglianza I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino 1999, *passim*, ma soprattutto, 161 ss.

⁶³ Così C. Paonessa, *op. cit.*, 662.

⁶⁴ N. Mazzacava, E. Amati, *Diritto penale dell'economia: problemi e casi*, Padova 2010, 41 ss.; F. Centonze, *La Suprema Corte di Cassazione*, cit., 109 ss., in cui l'Autore condivisibilmente parla di un «doppio rinvio in bianco»: il primo, quello dell'art. 40 co. 2 Cp all'art. 2392 co. 2 Cc ed il secondo, quello dell'art. 2392 Cc alle disposizioni civilistiche che disciplinano i poteri impeditivi dell'amministratore, evidenziando la frizione di questa impostazione con il principio di legalità, segnatamente sotto il profilo della (carenza di) determinatezza della fattispecie incriminatrice.

riconoscono in capo agli amministratori *privi di delega* un potere d'intervento *diretto*, dal cui mancato esercizio deriva la responsabilità per la sua redazione⁶⁵ e, a cascata, per la prosecuzione della gestione sociale tipica nonostante l'avvenuta perdita del capitale, resa di sovente possibile dalla falsificazione⁶⁶.

5.2. Affinché possa dirsi enucleata, sul piano dogmatico, una posizione di garanzia con correlato obbligo a carattere impeditivo, non è, dunque, sufficiente l'individuazione di una previsione normativa che deponga (apparentemente) in tal senso, ma occorre che la verifica del suo contenuto dia riscontri positivi nel segno dell'*effettività* e della *concretezza* delle attribuzioni conferite a coloro che si pretende di far assurgere a garanti⁶⁷.

Calibrando le osservazioni che precedono sui poteri assegnati agli amministratori *non operativi*, ci sembra di poter constatare come essi siano per lo più caratterizzati da un'idoneità impeditiva *mediata* dalla condotta di terzi⁶⁸. E' pur vero che il CCII ne arricchisce sensibilmente il 'catalogo', riconoscendo a costoro il poterdovere di: (i) far emergere il proprio dissenso in CdA ed impugnare le delibere consiliari che non siano state assunte in conformità alla legge o allo statuto (art. 2388 co 4 Cc); (ii) esprimere il proprio voto contrario in CdA ed impugnare quelle delibere consiliari in grado di arrecare danno alla società, in quanto assunte in una situazione di conflitto di interessi (art. 2391 co. 3 Cc); (iii) presentare denuncia al Tribunale ai sensi dell'art. 2409 co. 1 Cc; (iv) riferire al Pubblico Ministero circa le gravi irregolarità che si sospetta siano state poste in essere dagli amministratori *delegati*, così da attivare i poteri ispettivi dell'Ufficio; (v) effettuare una segnalazione all'autorità competente nelle società soggette a forme di vigilanza pubblicistica (quali, ad esempio, Banca d'Italia, CO.N.SOB., I.V.ASS.); (vi) chiedere agli organi delegati che in Consiglio siano date informazioni relative alla gestione della società (art. 2381 co. 6 Cc); (vii) controllare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile dell'impresa; (viii) chiedere al Presidente la convocazione del CdA per valutare e, conseguentemente, adottare gli opportuni provvedimenti nei confronti degli atti posti in essere dagli esecutivi (art. 2381 Cc); (ix) spendersi all'interno del CdA per impedire la votazione di delibere che integrino gli estremi di un reato; (x) spendersi all'interno del CdA per assumere ogni più idonea iniziativa contro gli amministratori infedeli, chiedendone la revoca, la limitazione delle deleghe o proponendo l'avocazione all'organo collegiale delle operazioni rientranti nel perimetro delle deleghe loro conferite (art. 2381 co. 3 Cc); (xi) far annotare il proprio dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del collegio; (xii) dimettersi dalla carica per rimarcare il proprio dissenso; (xiii) interessare il collegio sindacale; (xiv) segnalare i fatti

⁶⁵ Sull'esclusione della possibilità dell'amministratore di confidare acriticamente nei bilanci redatti dai precedenti amministratori, anche se con il giudizio positivo delle società di revisione: Cass. 7.5.2015 n. 9193, in *GiurComm* 2016, II, 780.

⁶⁶ Così G. Milano, *op. cit.*, 890, il quale aggiunge che ad integrare la responsabilità in oggetto concorre anche l'inderogabilità della competenza consiliare, relativa alle attribuzioni riguardanti l'attuazione degli adempimenti conseguenti alla perdita rilevante del capitale sociale ai sensi degli artt. 2446 e 2447 Cc (art. 2381 co. 4 Cc).

⁶⁷ M. Pelissero, *op. cit.*, 383.

⁶⁸ F. Centonze, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo*, cit., 317 ss.

all'Organismo di vigilanza di cui all'art. 6 d.lgs. n. 231/2000; (xv) proporre in CdA l'apertura della procedura di composizione della crisi presentando istanza all'OCRI (art. 16 CCII).

Ma, nonostante la pletoricità dell'elenco, se si eccettuano i poteri di impugnazione della delibera assembleare, ai quali va senz'altro riconosciuta una funzione efficacemente *inibitoria* ma pur sempre entro uno spettro pratico-applicativo alquanto circoscritto⁶⁹ e se si escludono le condotte di semplice manifestazione del dissenso (anche mediante denunce *endo* o *extra* societarie), a cui non si può che tributare una valenza al più *repressiva* di illeciti già verificatisi⁷⁰ non si riesce, a tutt'oggi, a cogliere quali tra le molteplici prerogative loro assegnate siano *direttamente* impeditive di comportamenti potenzialmente in grado di integrare ipotesi di reato. Ciascuna di esse, infatti, non pare possa prescindere dall'attivazione di un meccanismo a trazione, per così dire, *indiretta*, che postula l'intervento di un soggetto terzo, sia esso l'organo collegiale, il Presidente del CdA, il collegio sindacale, il Pubblico Ministero, l'Organismo di vigilanza, altre Autorità di vigilanza indipendenti e speciali o l'OCRI.

A conforto dell'insussistenza, in capo ai *non operativi*, di poteri ad *efficacia impeditiva diretta* vi è la preclusione, per costoro, di avanzare domanda di apertura della liquidazione giudiziale anche nel caso in cui l'inerzia dell'organo consiliare e dei singoli delegati sia manifesta, trattandosi di facoltà rimessa in via esclusiva al collegio sindacale ed agli altri soggetti ivi espressamente menzionati (art. 37 CCII) e non potendo tale "lacuna", anche ammesso che lo sia, essere colmata per via ermeneutica, giacché l'art. 121 ss. CCII dà vita ad un vero e proprio *procedimento giurisdizionale*, le cui forme di instaurazione debbono reputarsi rigide e vincolate e, come tali, insuscettibili di essere interpretate in maniera estensiva.

Peraltro, ancorché non sia espressamente previsto nel CCII, si può ragionevolmente ritenere, stavolta in forza di un'interpretazione teleologica, che l'amministratore *non operativo* che ravvisi, nel caso concreto, l'inverarsi di indici della crisi, a fronte dell'immobilismo degli operativi (ovvero nel caso in cui questi offrano motivazioni *ex art. 14 co. 2 CCII* non condivise) possa *individualmente* effettuare la *segnalazione*⁷¹, oltre che al collegio sindacale, *direttamente* all'OCRI e ciò ai sensi del combinato disposto degli artt. 14 co. 1, 16 co. 1, 3 co. 1 e 2, CCII e 2086 Cc. Il riconoscimento di tale potere in capo all'amministratore *senza deleghe*, benché ne convalidi la natura soltanto *indirettamente* impeditiva, assume un rilievo pratico non indifferente, dal momento che consentirebbe l'estensione della *causa di non punibilità* di cui agli artt. 14 co. 3 e 25 co. 2 CCII, favorendo così il prodursi degli effetti positivi del conflitto di interessi interno tra amministratori delegati e non delegati.

⁶⁹ Si tratta di casi che non ricorrono frequentemente dal momento che, di solito, i reati vengono realizzati dall'amministratore delegato nell'*autonomo* esercizio del proprio potere, senza, cioè, passare attraverso una delibera consiliare.

⁷⁰ C. Paonessa, *op. cit.*, 671 ss. In senso parzialmente diverso F. Centonze, *La Suprema Corte di Cassazione*, cit., 112, per il quale l'impugnazione della delibera assembleare, quando questa non sia *self executing* e quindi rappresenti un passaggio essenziale di un più complesso *iter* criminoso, può avere efficacia impeditiva *ex ante*.

⁷¹ Al pari, dunque, del collegio sindacale o dei creditori pubblici qualificati *ex art. 15 CCII*.

5.3. L'esistenza di un obbligo di garanzia è, come noto, presupposto necessario ma non sufficiente ai fini dell'affermazione di responsabilità del garante, non potendosi, infatti, prescindere della verifica *ex post* che l'esercizio di quel potere impeditivo avrebbe effettivamente neutralizzato quello specifico "programma criminoso"⁷².

Ebbene, le ragioni per cui la giurisprudenza tende ad eludere il tema dell'efficacia causale del comportamento concorsuale giuridicamente dovuto ma omissso dall'amministratore *senza deleghe*, finendo sostanzialmente per presumerla⁷³, sono legate alla combinazione tra difficoltà, per così dire, "generali" ed incertezze più propriamente "settoriali".

Quanto alle prime, si pongono dinanzi all'interprete le consuete problematiche correlate, per un verso, all'accertamento della c.d. *causalità normativa*, che postula la formulazione di un giudizio *predittivo, controfattuale* e, quindi, *doppiamente ipotetico*. L'omissione, essendo priva di un sostrato di tipo *naturalistico*, impone al giudice di acclarare l'idoneità impeditiva di un comportamento che, non esistendo nella realtà degli accadimenti, può essere soltanto ipotizzato, con tutto ciò che ne consegue in termini di possibile tensione con il principio di personalità della responsabilità penale⁷⁴. E, per l'altro, alle *peculiarità* del contributo concorsuale mediante omissione per un reato materialmente commesso da altri, il cui apporto eziologico si allontana decisamente dall'evento, in ragione dell'"affidamento" riposto nella condotta attiva di un terzo⁷⁵.

Quanto alle seconde, è facile prevedere il rilevante impatto che seguirà all'entrata in vigore del CCII sul piano della ricostruzione causale della responsabilità omissiva degli amministratori *non esecutivi*. Il coinvolgimento di quella che potremmo definire la migliore scienza in materia *aziendalistico-societaria ed economica*, alla quale è rimesso il compito di positivizzare gli indici di crisi (art. 13 CCII), sembra destinato ad inoculare una *presunzione* di stampo *esperienziale* – secondo il criterio dell'*id quod plerumque accidit* – sulla capacità di quello *specifico*⁷⁶ stato di crisi di

⁷² In tal senso, e con specifico riferimento al concorso doloso mediante omissione dell'amministratore senza deleghe nei reati societari degli operativi, vedasi F. Centonze, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo*, cit., 317; Id., *La Suprema Corte di cassazione*, cit., 103 ss.; P. Chiaraviglio, *Causalità omissiva*, cit., 187 ss.; G. Insolera, *Il concorso di persone nei reati fallimentari*, in *RIDPP* 2013, 965 ss.; C. Paonessa, *Obbligo di impedire l'evento*, cit., 671 ss.

⁷³ Emblematica in tal senso Cass. 1.7.2011 n. 31163, in *CP* 2012, 1056 ss.

⁷⁴ Tra i molti cfr. F. Palazzo, *Morti da amianto e colpa penale*, in *DPP* 2011, 185 ss.; R. Bartoli, *Il problema della causalità penale*, Torino 2010, 85 ss. Con riferimento alla materia in esame, A. Verrico, *Le insidie al rispetto di legalità e colpevolezza nella causalità e nella colpa: incertezze dogmatiche, deviazioni applicative, possibili confusioni e sovrapposizioni*, in *CP* 2011, 101 ss.

⁷⁵ G. Fiandaca, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano 1979, 113 ss.; F. Sgubbi, *Responsabilità penale per omissso impedimento dell'evento*, Milano 1975, 142 ss.; L. Risicato, *La partecipazione mediante omissione a reato commissivo*, in *RIDPP* 1995, 1267 ss.; Ead., *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano 2001, 389 ss.; I. Leoncini, *op. cit.*, 70 ss.; L. Bisorì, *L'omissso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane*, in *RIDPP* 1997, 1339 ss.

⁷⁶ Nel senso di rientrante nella 'categoria' tipica (art. 13 co. 2 CCII).

cagionare il dissesto e, in stretta consequenzialità, sulle modalità con cui esso debba essere affrontato e gestito.

In buona sostanza, la rilevanza *eziologica* del singolo comportamento rispetto alla causazione dell'evento che si è tenuti ad impedire sarà direttamente proporzionale alla gravità dello stato della crisi ed alla distanza rispetto a quei comportamenti che la migliore scienza ed esperienza identifica come idonei a contenere le *chances* di verificazione del reato, tra cui, *in primis*, la segnalazione dell'OCRI, con conseguente apertura della procedura di composizione assistita.

5.4. L'impostazione "presuntiva" seguita dalla giurisprudenza nell'accertamento del nesso causale si riflette anche sulla prova dell'elemento soggettivo del concorrente, ancorché le fibrillazioni nelle orientazioni applicative siano, sul punto, ancora più significative⁷⁷.

Il dibattito si è essenzialmente incentrato sulla sussistenza (o meno) del *dolo eventuale* quale forma di sostegno psicologico all'evento, nell'ambito della consolidata, ancorché controversa, teoria dei c.d. "segnali d'allarme".

Il dato – benché non sempre esplicitato – da cui i giudici di legittimità prendono le mosse è costituito dalla mancata evidenza di una volontaria e preordinata partecipazione del garante all'illecito commesso da terzi, con la conseguente necessità di fondare il giudizio di responsabilità sull'accertamento processuale di alcuni indici, che rivelino come l'amministratore *non delegato* non potesse non rappresentarsi la criticità della situazione e la portata illecita delle operazioni compiute dalla *governance* dell'azienda, accettandone, nell'inerzia, tutte le possibili conseguenze, ivi compreso il reato.

La dottrina ha prontamente "denunciato" i limiti che affliggono tale orientamento, segnalando, da un lato, come non vi sia alcuna puntuale individuazione delle circostanze di fatto suscettibili di diventare "indici" di un illecito *in itinere*; e rimarcando, dall'altro, come la semplice rappresentazione di questi (e, *a fortiori*, la mera rappresentabilità) non possa mai assurgere di per sé stessa a volizione, neppure nella più circoscritta variante di accettazione⁷⁸.

Sulla scia di tali penetranti rilievi, la Suprema Corte si è successivamente attestata su una posizione ermeneutica dei "segnali di allarme", che potremmo qualificare come *evoluta*. A muovere dalla nota sentenza n. 2338 del 2007, la quinta Sezione⁷⁹ se ha, da un lato, ribadito come questi ultimi costituiscano validi strumenti

⁷⁷ Per una esaustiva ricognizione dell'evoluzione giurisprudenziale in tema di concorso omissivo nell'ambito dei controlli societari L. D'Altilia, *Le falsità nel diritto penale societario: l'individuazione dei soggetti responsabili tra criticità e rimedi*, Milano 2016.

⁷⁸ P. Chiaraviglio, *La responsabilità dell'amministratore delegante fra "agire informato" e poteri di impedimento*, in Soc 2010, 891 ss.; D. Pulitanò, *op. cit.*, 902 ss.; F. Centonze, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo*, *cit.*, 317 ss.

⁷⁹ Cass. 4.6.2007 n. 23838, in *GD* 2007, 71 ss., con nota di R. Bricchetti, *Un obbligo di garanzia "leggero" che pone numerosi interrogativi*. Quale approdo giurisprudenziale più recente, ma in linea con quanto già sostenuto allora, si legga Cass. 19.6.2018 n. 42568, in *Dejure*, secondo cui, in tema di bancarotta fraudolenta patrimoniale, ai fini della configurabilità del concorso dell'amministratore privo di delega per omesso impedimento dell'evento, è necessario che, nel quadro di una specifica contestualizzazione delle distrazioni in rapporto alle concrete modalità di funzionamento del Consiglio di amministrazione, emerga la prova, da un lato, dell'effettiva

per dimostrare l'avvenuta *rappresentazione* del fatto illecito da parte del concorrente, ha, tuttavia, nel contempo riconosciuto come sia necessario dimostrare la conoscenza e non la mera conoscibilità della condotta in esecuzione e come tale prova debba essere raggiunta verificando che detti segnali siano stati oggetto di *reale ed effettiva* percezione da parte dell'amministratore *privo di delega*, dovendo l'astratta percepibilità rimanere confinata all'interno della colpa. Ed affinché questo accada, è essenziale che si presentino con tale significatività ed evidenza, da stimolare l'attenzione anche del più noncurante e distratto degli amministratori: la *macroscopicità* delle anomalie diventa, cioè, parametro per il riscontro dell'acquisita consapevolezza della esistenza del pericolo dell'illecito⁸⁰.

Cionondimeno, se, per un verso, gran parte della giurisprudenza successiva, anche interna alla stessa Sezione quinta, ha pervicacemente continuato a rimanere ancorata all'orientamento, per così dire, tradizionale, perseguendo istanze general-preventive anche a costo di patenti distorsioni di principi aventi chiara matrice costituzionale⁸¹, per l'altro, neppure i parametri della «macroscopicità dell'anomalia» e della «particolare intensità e gravità dell'indice», assunti a riferimento dall'indirizzo più garantista, appaiono sufficienti a dimostrare l'*adesione volontaristica* all'evento, intesa come opzione a favore del reato. Per usare le parole delle Sezioni unite *Espenhahn*⁸², a fare difetto, anche aderendo a quest'ultima impostazione, è la verifica

conoscenza di fatti pregiudizievoli per la società o, quanto meno, di «segnali di allarme» inequivocabili dai quali desumere l'accettazione del rischio – secondo i criteri propri del dolo eventuale – del verificarsi dell'evento illecito e, dall'altro, della volontà – nella forma del dolo indiretto – di non attivarsi per scongiurare detto evento.

⁸⁰ F. Centonze, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo*, cit., 317 ss.

⁸¹ Cass. 9.12.2008 n. 45513, in *Dejure* e Cass. 16.4.2006 n. 36595, *ivi*, le quali *presumono* la conoscenza da parte dell'amministratore senza delega degli indici d'allarme «salvo prova contraria»; Cass. 18.2.2010 n. 17690, *ivi*, la quale afferma che è sufficiente che la prova della conoscenza in capo agli esponenti societari si ancori a canoni dimostrativi compatibili con il «senso comune» di chi è chiamato a scelte di gestione, controllo e vigilanza; Cass. 19.10.2010 n. 41136, *ivi*, secondo cui «basta la conoscenza potenziale dell'indice di rischio da parte dell'amministratore non operativo»; Cass. 27.1.2011 n. 7088, *ivi*, secondo cui si ha dolo eventuale «se gli indici sono talmente forti ed evidenti da doversi necessariamente imporre anche all'attenzione del più noncurante e distratto degli amministratori»; Cass. 7.3.2014 n. 32352, in *FI* 2014, 7 ss. (su cui v. F. Balato, *Sentenze Parmalat vs Corvetta: il dilemma della struttura della bancarotta fraudolenta*, in www.penalecontemporaneo.it, 16.2.2015) che considera «segnali precisi e peculiari tutti quelli che, secondo massime di esperienza, costituiscono indizi gravi, precisi e concordanti dell'effettiva conoscenza da parte dell'amministratore privo di deleghe del compimento del fatto illecito su cui incombe un *devoir d'alerte* che viene misurato sulle specifiche competenze ed esperienze professionali e si fonda sulla distinzione tra segnali *possibili* di evento-reato e segnali *probabili* di evento-reato». Si attua, nella sentenza in esame, una inversione dell'onere della prova: è l'imputato amministratore *non operativo* che dovrà dare una spiegazione alternativa alla logica *presuntiva* delle massime d'esperienza sull'inerzia e questa dovrà essere «convincente» e «legittima»; Cass. 3.3.2015 n. 9266, in *Dejure*, per la quale gli indici di allarme fanno presumere la conoscenza, specie nel caso di una S.I.M., ove gli obblighi di controllo spettano agli amministratori sull'attività posta in essere dai promotori finanziari che operino come mandatari; Cass. 7.3.2014 n. 32352, *ivi*, e Cass. 10.2.2009 n. 9736, *ivi*, secondo le quali la presenza dei c.d. segnali d'allarme costituirebbe la rappresentazione dell'evento e il non attivarsi, qualora siano perspicui e peculiari, equivarrebbe a scegliere per una volontaria omissione di impedire l'evento secondo il tradizionale criterio dell'accettazione del rischio; Cass. 9.3.2018 n. 14783, in *CP* 2018, 3876, che precisa come «allorché si tratti di un soggetto che accetti il ruolo di amministratore allo scopo di fare da prestanome, la sola consapevolezza che dalla propria condotta omissiva possano scaturire gli eventi tipici del reato o l'accettazione del rischio che questi si verifichino possono risultare sufficienti per l'affermazione della responsabilità penale».

⁸² Ci si riferisce a Cass. S.U. 24.4.2014 n. 38343, in www.penalecontemporaneo.it, 19.9.2014, su cui cfr. R. Bartoli, *Luci e ombre della sentenza delle Sezioni unite sul caso Thyssenkrupp*, in *GI* 2014, 2565 ss.; e (in commento alla

della sussistenza in capo al soggetto agente di una «nitida, ponderata consapevolezza della concreta prospettiva dell'evento collaterale» che, a fronte della decisione di ugualmente tenere la condotta realizzativa dell'evento, «si traduce in adesione a tale eventualità, quale prezzo o contropartita accettabile in relazione alle finalità primarie». Una decisione in favore di una possibile lesione del bene giuridico, una presa di posizione con cui si privilegia il raggiungimento dei propri scopi egoistici accettando, dunque, l'eventualità che si realizzi l'evento collaterale sia pure non direttamente voluto, ma inteso quale accessorio ineluttabile rispetto all'obiettivo intenzionalmente perseguito (c.d. *criterio o formula del bilanciamento*)⁸³.

Non può, dunque, che essere salutata con favore l'avvenuta *tipizzazione*, ad opera dell'art. 13 CCII, degli indicatori della crisi, per quanto la loro attuazione sia appannaggio di organi esterni della P.A., poiché, nell'identificare più compiutamente le situazioni di pericolo, essa incide sul momento *rappresentativo* del dolo, *procedimentalizzandolo*. Ciò non toglie che, così facendo, si rinunci comunque a sindacare se il complesso di circostanze manifestatasi nella gestione aziendale sia o meno inequivocabile espressione della *scelta*, da parte dell'amministratore *privato di deleghe*, di aderire alla condotta lesiva posta in essere dall'amministratore operativo, abdicando ai propri poteri di intervento, sia pure indirettamente, impeditivo. Per dirla in altri termini, il momento *volitivo* sembra destinato ad appiattirsi su quello *rappresentativo*, riproponendo un modello di *accertamento presuntivo* sostanzialmente, ed ancora, per lo più omologato sui canoni propri della responsabilità civile degli amministratori.

È necessario, quindi, uno sforzo ulteriore; non di poco conto, senza dubbio, ma essenziale al rispetto dei principi costituzionali e, dunque, in ultima analisi, imprescindibile per la tenuta stessa dei pilastri su cui si regge il diritto penale liberale.

sentenza di primo grado) Id., *Il dolo eventuale sbarca anche nell'attività d'impresa*, in DPP 2012, 703 ss.; Id., *La sentenza sul rogo della Thyssenkrupp: tra prassi consolidata e profili d'innovazione*, in LP 2012, 529 ss.; G. Fiandaca, *Le Sezioni Unite tentano di diradare il "mistero" del dolo eventuale*, in RIDPP 2014, 1938 ss.; G. De Vero, *Dolo eventuale e colpa cosciente: un confine tuttora incerto. Considerazioni a margine della sentenza delle Sezioni Unite sul caso ThyssenKrupp*, ivi, 2015, 77 ss.; M. Ronco, *La riscoperta della volontà nel dolo*, ivi, 2014, 1953 ss.; A. Montagna, *Il disastro della Thyssen: un "ordinario" caso di omicidio colposo*, in DPP 2014, 1283 ss.; L. Facchini, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in SI 2014, 1457 ss.; A. Aimi, *Il dolo eventuale alla luce del caso Thyssenkrupp*, in www.penalecontemporaneo.it, 6.11.2014. Per una più ampia panoramica v. anche M. Donini, *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza*, in DPenCont 2014, 100 ss.

⁸³ La paternità della c.d. *teoria del bilanciamento* è da attribuirsi a S. Prosdocimi, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993, 24 ss.; Id., *Reato doloso*, in DigDPen, XI, 1996, 235 ss. È, tuttavia, il caso di precisare come le Sezioni Unite, avendo posto fine alla stagione della *dogmatica delle formule*, tutta orientata alla ricerca utopistica del criterio teoretico perfetto, a beneficio della *pratica degli indicatori*, si mostrino sensibili a tale elaborazione soltanto nella misura in cui questa traduca, sul piano dell'elemento psicologico, il *paradigma del ragionamento indiziario*, che si sviluppa mediante il ricorso a molteplici indicatori che, sebbene talvolta possano condurre a risultati tra loro contraddittori, rimangono pur sempre ineluttabili per sondare il foro interno del reo, altrimenti inaccessibile, valutando se costui abbia o meno aderito alla prospettiva della verifica dell'evento.