

# Osservatorio sulla responsabilità degli enti

---

**MICHELE PAPPONE**

## **Amministratori non esecutivi e profili di responsabilità penale alla luce dei recenti arresti giurisprudenziali**

Il presente contributo intende esaminare il regime di responsabilità penale degli amministratori non esecutivi (o anche “deleganti”) in presenza di illeciti commessi dagli altri membri esecutivi del Consiglio di Amministrazione. Nella complessa materia, un ruolo determinante è stato ricoperto dalla giurisprudenza di legittimità che ha permesso di individuare, con non poche difficoltà ermeneutiche, alcuni indici sintomatici della responsabilità in questione. Si esporranno, poi, i rimedi preventivi esperibili dagli amministratori non esecutivi al fine di impedire la realizzazione dell'illecito da parte dell'amministratore delegato.

*The aim of this essay is to examine the criminal liability of non-executive directors (or even known as “delegators”) related to unlawful acts committed by the other executive members of the Board. In this matter, a decisive role has been offered from the Supreme Court which has identified, with some hermeneutical difficulties, several symptomatic indices of this responsibility. Moreover, the paper will expose the potential remedies that can be used by non-executive directors in order to prevent the criminal fact by the CEO.*

**SOMMARIO:** 1. Premessa. – 2. L'obbligo di agire informato. – 3. La responsabilità per omesso impedimento dei fatti pregiudizievoli. – 4. L'approccio della giurisprudenza nell'individuazione dei criteri di valutazione dell'elemento soggettivo. – 5. Poteri impeditivi: *quid iuris?*

### **1. Premessa**

L'individuazione dei profili di responsabilità penale degli amministratori non esecutivi di società costituisce un tema attuale e controverso, rispetto al quale la giurisprudenza ha avuto il pregio di stabilire taluni criteri finalizzati a valutare l'operato dei consiglieri privi di delega.

La delega, infatti, se da un lato spezza l'unitarietà della prestazione dell'amministratore, affievolendo il regime generale della solidarietà, dall'altro non comporta automaticamente che i componenti del consiglio di amministrazione siano esonerati da ogni responsabilità circa i comportamenti illeciti tenuti dagli amministratori delegati<sup>1</sup>.

È possibile individuare, difatti, due forme di responsabilità da reato in capo all'amministratore non esecutivo: da un lato, una responsabilità per concorso commissivo mediante un contributo attivo, morale o materiale, che consenta

---

<sup>1</sup> SPIOTTA, sub *art. 2392 c.c.*, in *Il nuovo diritto societario*, commentario diretto da Cottino-Bonfante-Cagnasso-Montalenti, Bologna, 2004, 833.

o agevoli la realizzazione dell'illecito da parte dell'amministratore delegato; dall'altro, una responsabilità per concorso omissivo improprio, che si configura allorquando l'agente ometta di adempiere all'obbligo giuridico di impedire la commissione di reati altrui nell'ambito dell'attività societaria. Quest'ultima ipotesi, come si vedrà meglio nel prosieguo, dipende dalla sussistenza di una specifica posizione di garanzia, che nel caso di specie trova la sua fonte in una norma del codice civile, precisamente nell'art. 2392 c.c., che impone, per l'appunto, specifici obblighi in capo agli amministratori societari. L'analisi dell'evoluzione normativa di riferimento è un imprescindibile punto di partenza, atteso che la riforma del 2003 ha inciso anche sulle norme disciplinanti i doveri degli amministratori privi di deleghe<sup>2</sup>.

Come è noto l'art. 2392, co. 2, c.c. *ante* riforma prevedeva in capo a tali amministratori un obbligo di vigilanza sulla gestione che si concretizzava in un generale controllo sull'operato dell'amministratore munito di delega. Conseguenza di tale ampio quanto indefinito controllo era il rischio di trasformare la responsabilità dell'amministratore non esecutivo in una sorta di responsabilità oggettiva la cui violazione - presunta o reale che fosse - è stata all'origine della quasi totalità delle cause di responsabilità civile promosse dalle società nei confronti degli amministratori<sup>3</sup>.

Consapevole di tale rischio, il legislatore, con il D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 ha eliminato esplicitamente, dal previgente secondo comma dell'articolo in commento, l'obbligo «di vigilanza sul generale andamento della gestione sociale». Il nuovo art. 2392 c.c., al comma secondo, prevede ora che gli amministratori, fermo quanto disposto dal co. terzo dell'articolo 2381 c.c., siano solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose. La norma, pertanto, pone un espresso rinvio all'art. 2381 c.c., il quale a sua volta sancisce sia il dovere di "agire informato" (art. 2381, co. 6, c.c.) sia la previsione di altri obblighi specifici, tra cui quello di valutare l'adeguatezza dell'assetto amministrativo, organizzativo e contabile della società "sulla base delle informazioni ricevute" e l'andamento della gestione "sulla base della relazione degli organi delegati". Ne consegue che il nuovo obbligo incombente sugli amministratori privi di delega si traduce nella richiesta di ricevere dai delegati un'informazione periodica sulla gestione e un obbligo valutativo avente ad oggetto il generale andamento della

<sup>2</sup> Per un ampio approfondimento, v. *La riforma del diritto societario: lavori preparatori, testi e materiali*, a cura di AULETTA, LO CASCIO, TOMBARI, VIETTI, ZOPPINI, Milano, 2006.

<sup>3</sup> BUONOCORE, *Le nuove forme di amministrazione nelle società di capitali non quotate*, in *Gco*, 2003, 406.

gestione e l'adeguatezza degli assetti organizzativi amministrativi e contabili attraverso cui prevenire gli eventi pregiudizievoli.

In tal modo si è ritenuto che la Riforma del 2003 abbia ridimensionato le responsabilità degli amministratori privi di deleghe, ravvisando, per un verso, un regime di solidarietà più "attenuato", in quanto declinato sulla base dei ruoli concretamente ricoperti da ciascuno di essi e, per altro verso, una speculare amplificazione della responsabilità degli amministratori delegati rispetto ai deleganti in conformità al dato di fatto che solo i primi svolgono funzioni di amministrazione diretta. Dalla Relazione di accompagnamento<sup>4</sup> si evince, infatti, che lo scopo del flusso di informazioni sulla gestione è quello sia «di rendere efficaci ed utili le riunioni e le deliberazioni del consiglio» sia di «definire un'articolazione interna del consiglio e del suo funzionamento [...] in modo che anche le rispettive responsabilità possano essere rigorosamente definite»<sup>5</sup>. Ne discende, pertanto, un'attenuazione degli oneri e delle responsabilità degli amministratori non esecutivi, con la conseguenza che ove l'attività di *reporting* da parte dell'organo esecutivo sia stata esaurientemente condotta, il delegante potrà ritenere assolto il proprio dovere di agire informato<sup>6</sup>.

L'aspetto centrale, sul quale la dottrina e la giurisprudenza hanno manifestato maggiore attenzione, è stato quello di identificare il perimetro del dovere di agire in modo informato, onde evitare una sua eccessiva estensione che verosimilmente avrebbe riportato, in capo ai medesimi, il previgente dovere di vigilanza, seppure sotto la nuova veste del "dovere di informarsi".

## 2. L'obbligo di agire informato.

L'art. 2381, cui fa rinvio l'art. 2392, co. 2, c.c., riconosce al co. 6, il potere-dovere, in capo a ciascun consigliere, di informarsi in merito alla gestione della società: siffatto *modus agendi* deve estrinsecarsi essenzialmente attraverso la partecipazione alle delibere consiliari<sup>7</sup>. Si rinviene, in tal caso, un'eccezione al principio di collegialità, atteso che viene riconosciuta una legittimazione *uti singuli* in capo agli amministratori nella richiesta di informazioni, funzionale proprio al rispetto dell'obbligo di agire informati<sup>8</sup>. A seguito della richiesta di

<sup>4</sup> Relazione al d.lgs. 17 gennaio 2003, § 6, n. 2.

<sup>5</sup> DE NICOLA, sub art. 2381, in *Commentario alla Riforma delle società*, a cura di Marchetti, Bianchi, Ghezzi, M. Notari, Milano, 2005, 106.

<sup>6</sup> ROCCATAGLIATA, *I criteri di attribuzione della responsabilità penale in capo al consigliere senza deleghe. Quando repetita iuvant*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com).

<sup>7</sup> In tal senso, Trib. Bologna, Sez. Specializzata in materia di imprese, 19 gennaio 2017, *Alfa S.P.A. e altri c. Lorenzo Carapezzi*.

<sup>8</sup> BONELLI, *Gli amministratori di S.p.A. a dieci anni dalla riforma del 2003*, Torino, 2013, 45. Recen-

informazioni, il delegato è tenuto a riferire le notizie esclusivamente al consiglio inteso come *plenum*, essendo questa l'unica sede legittimata alla raccolta del ragguaglio informativo sollecitato<sup>9</sup>.

La previsione del “dovere di agire in modo informato” è stata oggetto di particolare attenzione da parte di numerosi interpreti nell'intento di individuare gli “indici” che fanno sorgere in capo agli amministratori non esecutivi il dovere di attivarsi, e conseguentemente di informarsi. Ad avviso di una parte della dottrina, ad esempio, tali indici sono stati individuati nella presenza di lacune e/o contraddizioni nelle informazioni fornite da parte degli amministratori delegati<sup>10</sup>. Un'altra linea di pensiero, viceversa, afferma che l'obbligo di agire informato debba essere inteso in senso più ampio, in quanto funzionale a mantenere un costante flusso informativo<sup>11</sup>.

Così individuati gli indici comportanti il dovere di informarsi, è possibile affermare che i profili di responsabilità degli amministratori deleganti non potranno che essere valutati in base alla misura e alla natura delle informazioni che gli amministratori esecutivi provvederanno a fornire: in tal modo il loro agire potrà essere fondato su scelte ponderate, basate sulle conoscenze messe a disposizione e frutto di un rischio calcolato e non già di una irresponsabile o negligente improvvisazione<sup>12</sup>.

---

temente, Tribunale di Milano, Sez. Impr., 31 ottobre 2016, n. 11897, *Monocots Cereals & Beans Trading S.r.l. c. G. B. - A. M. - P. M.*, ha affermato che gli obblighi di agire in modo informato previsti dalla disciplina della società per azioni ex art. 2381 c.c. si applicano anche agli amministratori di s.r.l., ogniqualvolta in tal genere di tipo societario venga adottato statutariamente un sistema gestorio collegiale imperniato sulla nomina di consiglio di amministrazione, da ritenersi regolato dalla disciplina di tale organo contenuta nelle disposizioni relative alle S.p.a.

<sup>9</sup> L'importanza di tale disposizione ha indotto taluni autori ad affermare che la codificazione di siffatto potere-dovere di agire in maniera informata implica che oggi l'informazione rappresenta un vero e proprio presupposto necessario del processo decisionale dell'imprenditore. *Cfr.*, sul punto, MARCHETTI, *La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali*, Torino, 2015, 19. In senso più ampio, sull'obbligo di agire informato, *cfr.* MARCHISIO, *L'agire consapevolmente disinformato dell'amministratore di s.p.a.*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2017, 1, 103-146; TALLIA, *Il dovere di agire in modo informato - Duty of inquiry*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 2012 fasc. 10, 38 - 57.

<sup>10</sup> SACCHI, *Amministratori deleganti e dovere di agire in modo informato*, in *Giur. comm.*, 2008, 375; IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005, 251; ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance delle società per azioni*, Milano, 2005, 338.

<sup>11</sup> MORANDI, sub art. 2381 c.c., in MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve al diritto delle società*, Padova, 2007, 482; MARULLI, *La delega gestoria tra regole di corporate governance e diritto societario riformato*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 97 ss.

<sup>12</sup> Così, MAURA, *La responsabilità civile e penale degli amministratori e dei sindaci. Nuovi problemi e questioni controverse alla luce della giurisprudenza civile e penale*, Matelica, 2007, 52.

### 3. La responsabilità per omesso impedimento dei fatti pregiudizievoli.

Ciò premesso in ordine all'obbligo di agire informato, alcuni autori hanno opinato nel senso che la nuova formulazione dell'art. 2392 c.c. avrebbe fatto venir meno la posizione di garanzia in capo agli amministratori deleganti. Tale tesi, in realtà, non può essere accolta atteso proprio il contenuto del capoverso della norma in parola, secondo cui gli amministratori sono responsabili dei danni cagionati alla società qualora, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminare o attenuare le conseguenze dannose. Sebbene la norma faccia riferimento a rimedi e forme di responsabilità di matrice civilistica, essa è stata assunta quale perno attorno al quale strutturare la responsabilità penale omissiva dei consiglieri non *executives* in relazione ad illeciti perpetrati dagli amministratori delegati nella gestione dell'attività d'impresa.

Il componente del consiglio di amministrazione, dunque, non può sottrarsi alla responsabilità adducendo che le operazioni integranti l'illecito siano state poste in essere autonomamente da un altro soggetto, bensì risponderà per omesso impedimento del fatto altrui ove a conoscenza di dati di fatto così rilevanti da sollecitare il proprio intervento, ovvero laddove abbia omesso di attivarsi per procurarsi gli elementi necessari ad agire in maniera informata<sup>13</sup>.

In ambito penale, tale forma di responsabilità scaturisce dal combinato disposto dell'art. 40, co. 2, c.p. e della specifica fattispecie commissiva di reato posta in essere da un altro soggetto, e si fonda sull'esistenza, in capo ad un certo soggetto (c.d. garante) di uno specifico obbligo di attivarsi per impedire la realizzazione di fatti di reato. Come si è avuto modo di anticipare, la fonte dell'obbligo giuridico di attivarsi è stata individuata nell'art. 2392 c.c., con la conseguenza che ove il consigliere non operativo, pur essendo a conoscenza della realizzazione - imminente o in corso - di un reato da parte dei consiglieri esecutivi, ometta deliberatamente di attivarsi per impedirne la realizzazione, egli incorrerà in sanzione penale ai sensi del succitato combinato disposto<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Cass. civ. Sez. I, 31 agosto 2016 n. 17441, secondo cui «La responsabilità degli amministratori di s.p.a. privi di delega non può ad oggi fondarsi su una generale omissione di vigilanza, tale da tramutarsi nei fatti in una responsabilità oggettiva, ma deve necessariamente riconnettersi alla violazione del dovere di agire informati, sia sulla base delle informazioni che a detti amministratori devono essere somministrate, sia sulla base di quelle che essi possono acquisire di propria iniziativa».

<sup>14</sup> MENARDO, *La responsabilità penale omissiva degli amministratori privi di delega. Recenti approdi giurisprudenziali e spunti di riflessione*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

**4. L'approccio della giurisprudenza nell'individuazione dei criteri di valutazione dell'elemento soggettivo.**

Un aspetto problematico che si è posto in relazione al giudizio di responsabilità penale di tal genere ha sempre riguardato il rigoroso accertamento dell'elemento soggettivo del reato, dovendo il comportamento omissivo, per assumere rilevanza sul piano penale, essere connotato da rappresentazione e volizione, quantomeno nella forma del dolo eventuale<sup>15</sup>.

Un primo orientamento, facendo leva sulla genericità degli obblighi di vigilanza, ha fornito risposta al problema individuando nel binomio costituito dalla violazione del dovere di vigilanza e di quello di mancata attivazione dei poteri impeditivi l'elemento sintomatico per configurare la consapevole adesione, da parte dei consiglieri deleganti, all'illecito posto in essere dagli amministratori esecutivi<sup>16</sup>: in tal guisa la mera inosservanza degli obblighi di vigilanza imposti dalla legge costituirebbe presupposto sufficiente per ravvisare l'elemento del dolo.

Una diversa corrente giurisprudenziale, muovendo dall'esigenza di non estendere eccessivamente la sfera di responsabilità del soggetto garante, ha ravvisato nei "segnali di allarme" il fondamento per il giudizio di responsabilità degli amministratori non esecutivi. In particolare, secondo la teoria dei segnali di allarme, il coefficiente psicologico minimo richiesto per attribuire a tali amministratori una responsabilità concorsuale omissiva sussisterebbe ogniqualvolta si dimostri l'avvenuta rappresentazione, da parte del singolo agente, di una serie di indici rivelatori che, secondo le massime di comune esperienza e il grado di diligenza imposto all'amministratore nell'adempimento dei propri obblighi, avrebbero dovuto indurre il medesimo ad attivarsi per accertare e impedire, mediante i poteri che gli sono propri, la realizzazione delle condotte illecite<sup>17</sup>.

L'orientamento menzionato è stato criticato da altra parte della giurisprudenza, la quale ha messo in luce l'assenza di una precisa e adeguata previsione delle caratteristiche che siffatte circostanze debbano avere per assicurare al rango di indicatori di un illecito in itinere, in modo da dimostrare, ogni oltre ragionevole dubbio, la presenza della componente del dolo<sup>18</sup>.

Con la modifica intervenuta del 2003, la giurisprudenza ha operato una rivisitazione del proprio orientamento al fine di adeguarsi al nuovo quadro norma-

---

<sup>15</sup> *Idem*, *op. cit.*, 4.

<sup>16</sup> Cass. pen., Sez. V, sent. 27 maggio 1996, Perelli, in *Cass. Pen.*, 1997, 2232.

<sup>17</sup> Cass. pen., Sez. V, 14 luglio 1998, De Benedetti e Bagnasco, in *Cass. Pen.*, 1999, 652.

<sup>18</sup> MENARDO, *op. cit.*, 7.

tivo: in una nota vicenda riguardante un gruppo bancario di Brescia<sup>19</sup>, ad esempio, i giudici di legittimità, prendendo atto delle modifiche apportate dal già citato d.lgs. 6/2003, hanno affermato che ai fini della configurazione del dolo di concorso non è sufficiente la mera percepibilità dei segnali di allarme bensì è necessario verificare che i segnali d'allarme siano stati effettivamente percepiti dal singolo consigliere non esecutivo. Onde superare le critiche mosse in precedenza circa l'individuazione dei segnali d'allarme idonei a rilevare l'esistenza di un illecito, la Cassazione ha circoscritto la loro rilevanza solo a quei segnali «perspicui e peculiari in relazione all'evento illecito» e connotati per il loro grado di anormalità rispetto al contesto operativo in cui si sono manifestati. La Corte precisa, inoltre, che non costituiscono prova del dolo in capo all'amministratore non operativo le seguenti condotte: l'abituale approvazione di ogni iniziativa della dirigenza; le sostanziose rettifiche apportate poco dopo l'approvazione dei bilanci; il riconoscimento di “*stock options*”, la stretta relazione di amicizia con l'autore degli illeciti, la facile rilevanza di certe situazioni.

Alcune pronunce successive hanno messo in discussione i principi sopra enunciati nella sentenza del 2007, ritenendo nuovamente sufficiente la conoscenza potenziale dell'indice di rischio da parte del consigliere non operativo e il fatto che questi abbia avuto percezione dei sintomi d'illecito o che le attività incriminate fossero talmente anomale da non poter essere ignorate<sup>20</sup>.

Ciononostante, un ritorno all'impostazione maggiormente garantista si è registrato con la sentenza n. 42519 del 2012 della Corte di cassazione<sup>21</sup>, con la quale i giudici di legittimità hanno inteso ribadire l'esigenza di sottoporre gli indici di allarme ad un duplice vaglio: da un lato, essi devono essere oggettivamente percepibili; dall'altro, essi devono essere soggettivamente percepiti dal componente del consiglio di amministrazione come univocamente indicativi del reato posto in essere. Ciò premesso, se i segnali di rischio, nei termini sopra descritti, possono essere considerati validi strumenti per dimostrare la rappresentazione del fatto illecito, essi non possono ritenersi sufficienti per dimostrare la seconda componente del dolo, ossia l'elemento della volizione. Onde raggiungere la prova di siffatto elemento, occorre tenere in considerazione una serie di elementi che manifestano in maniera inequivocabile la vo-

<sup>19</sup> Cass. pen., Sez. V, sent. 4 maggio 2007, n. 23838, PM presso GUP di Brescia, in *CED Cassazione*, 2007.

<sup>20</sup> Cass. pen., Sez. V., 19 ottobre 2010, G.A. in *Fisco on line*, 2010; Id., Sez. V, 23 febbraio 2011, n. 7088, G.F., in *Dejure.Giuffrè.it*.

<sup>21</sup> Cass. pen., Sez. V., 8 giugno 2012, n. 42519, Credito Commerciale Tirreno S.p.a, in *Società*, 2013, 5, 603.

lontaria e consapevole adesione all'illecito altrui: a) la fiducia riposta dai consiglieri non esecutivi nei confronti degli amministratori delegati e nel loro operato; b) la sussistenza di un eventuale pregiudizio derivante dall'amministratore privo di deleghe dalla condotta illecita realizzata dall'amministratore esecutivo, come tale incompatibile con l'atteggiamento di adesione interiore all'illecito altrui; c) l'esistenza di condotte artificiose o fraudolente poste in essere dai consiglieri esecutivi al fine di schermare i segnali di allarme, le informazioni o i fatti anche solo potenzialmente sintomatici di un reato<sup>22</sup>.

Una diversa pronuncia di legittimità è stata poi apprezzata, sempre in materia di segnali di allarme, per la valutazione del significato da assegnare al c.d. comportamento compiacente tenuto dall'amministratore non esecutivo che disertò le sedute consiliari<sup>23</sup>. Nel caso di specie, la Corte di Cassazione ha ritenuto, infatti, che l'elemento rappresentativo del dolo nei reati omissivi necessita sempre la prova dell'avvenuta contezza, da parte del soggetto in questione, della situazione di pericolo per il bene protetto, che integra per l'appunto il presupposto dell'obbligo di attivarsi al fine d'impedire la realizzazione dell'illecito.

Recentemente, sempre la Suprema Corte ha ribadito la necessità, «ai fini dell'affermazione della responsabilità, ai sensi dell'art. 40 c.p., comma 2, degli amministratori senza deleghe gestorie [...]» di provare che gli stessi amministratori siano stati informati delle condotte illecite altrui, ovvero che delle stesse abbiano comunque avuto conoscenza, oppure che - per il caso di delitto di bancarotta fraudolenta - «vi sia stata la presenza di segnali peculiari di distrazione aventi carattere di anormalità di questi sintomi per tali amministratori, dai quali è dato desumere la consapevole accettazione del rischio dell'evento illecito»<sup>24</sup>.

Orbene, applicando quanto descritto, la violazione del dovere di agire informati in capo all'amministratore non esecutivo potrà essere contestata previa dimostrazione: (i) che vi fossero segnali d'allarme, perspicui e peculiari in relazione all'evento illecito; (ii) che l'amministratore li conoscesse; (iii) che tali segnali siano stati volontariamente trascurati dall'amministratore<sup>25</sup>. In quest'ultimo caso, la fattispecie integrata sarà senz'altro addebitabile a titolo

<sup>22</sup> INGRASSIA, *La Suprema Corte e il superamento di una responsabilità di posizione per amministratori e sindaci: una decisione apripista?*, Nota a Cass. Pen., Sez. V, 8 giugno 2012, n. 42519, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>23</sup> Cass. pen., Sez. V, 22 marzo 2016, n. 14045, De.Cu.Gi. e altri, in *CED Cassazione*, 2016.

<sup>24</sup> Cass. pen., Sez. I, 3 aprile 2018, n. 14783, L.A. e altri, in *CED Cassazione*, 2018.

<sup>25</sup> ROCCATAGLIATA, *op. cit.*, 6.



doloso, mentre risulta diverso il caso in cui venga in rilievo un reato colposo, atteso che per esso non è necessaria una consapevolezza da parte del soggetto circa i segnali di allarme. In siffatte ipotesi, invero, è sufficiente la colpevole ignoranza dei segnali d'allarme in capo all'amministratore delegante, secondo gli standard di diligenza richiesti dalla normativa societaria: obbligo di informarsi o dovere di attivarsi in caso di assenza o incompletezza delle informazioni del delegato.

### 5. Poteri impeditivi: *quid iuris?*

Una volta riconosciuta la posizione di garanzia in capo all'amministratore non esecutivo, occorre chiedersi quali siano i poteri esperibili da quest'ultimo al fine di impedire la realizzazione dell'illecito da parte dell'amministratore delegato.

È bene premettere, a tal riguardo, che i poteri impeditivi dei consiglieri d'amministrazione incontrano di regola un limite nella collegialità, con la conseguenza che il singolo amministratore non può prendere da solo i provvedimenti volti a impedire il danno.

In via di eccezione, tuttavia, l'art. 2409 c.c. riconosce all'amministratore il potere di sollecitare il pubblico ministero ad avviare il procedimento di controllo giudiziale sulla società: tale attribuzione, se si considera la sua circoscrizione alle sole società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, risulta evidentemente limitata e inidonea a configurare un potere impeditivo di tipo generale.

Ulteriore ipotesi eccezionale di potere impeditivo esercitabile singolarmente dall'amministratore non esecutivo si configura, nell'ambito delle società sottoposte alla vigilanza delle autorità pubbliche di settore, nel potere di chiedere l'intervento dell'autorità di riferimento in presenza di eventuali irregolarità.

Una terza situazione in cui è ravvisabile una forma d'intervento impeditivo è rappresentata senza dubbio dall'impugnazione della delibera consiliare che non sia conforme alla legge o allo statuto, a norma dell'art. 2391 c.c. Come autorevolmente sostenuto, l'impugnativa «può veramente apparire, nella più parte dei casi, mezzo idoneo per l'impedimento dell'evento dannoso alla società (ovvero per la sua eliminazione od attenuazione)»<sup>26</sup>. Ciononostante essa risulta spesso inidonea a impedire quegli illeciti la cui genesi e sviluppo avvengano al di fuori della sede consiliare, ove svincolati da delibere formali del *board*, come nel caso in cui l'amministratore delegato realizzi il reato

---

<sup>26</sup> CRESPI, *Reato plurisoggettivo e amministrazione pluripersonale della società per azioni*, in *L'illegale ripartizione di utili e altri scritti di diritto penale societario*, Milano, 1986, 186.

nell'esercizio dei poteri ad essi delegati, senza necessità di passare per una decisione del consiglio di amministrazione<sup>27</sup>.

Un diverso strumento è offerto dal già citato art. 2381 c.c., il cui comma terzo attribuisce all'intero consiglio il potere di impartire direttive agli organi delegati e avocare a sé le funzioni comprese nella delega. Questo potere, generalmente indicato come competenza concorrente, può certamente avere una valenza eziologica ostativa alla verifica dell'illecito penale, ma al contempo il singolo consigliere non operativo resta pur sempre privo di un potere impeditivo concreto, perché incapace di incidere sul comportamento discrezionale degli altri consiglieri in sede di votazione della proposta di avocazione<sup>28</sup>.

Dal quadro normativo così brevemente esposto emerge, quindi, che il singolo amministratore (esecutivo e non esecutivo) non può impedire direttamente l'illecito altrui in quanto privo di poteri impeditivi autonomi ma soprattutto effettivi, in grado di incidere direttamente e realmente sullo sviluppo dell'iter criminoso, essendo invece dotato di una mera capacità di sollecitazione indiretta, come tale astrattamente idonea ad attivare una procedura di intervento e controllo da parte di autorità terze.

---

<sup>27</sup> Vedi, in tal senso, Trib. Milano 20 febbraio 2017, n. 2043, in [www.giurisprudenzadelleimprese.it](http://www.giurisprudenzadelleimprese.it), ove il giudice ha ritenuto non responsabili gli amministratori deleganti per omesso controllo sull'operato dell'amministratore che aveva effettuato finanziamenti in favore di società insolventi, sulla base della considerazione secondo cui "le operazioni in parola sono state concluse dall'AD senza passare attraverso una delibera del Cda o qualsivoglia formale comunicazione", e rilevando poi che nell'attuale regime normativo non esiste più un controllo del delegante sul generale andamento della gestione.

<sup>28</sup> CHIARAVIGLIO, *La responsabilità dell'amministratore delegante fra "agire informato" e poteri di impedimento*, nota a Cass., Sez. V, 16 aprile 2009, B.M., in *Società*, 2010, 7, 886.