

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BERGAMO

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza

Luigi Cornacchia

RESPONSABILITÀ PENALE NEGLI ORGANI COLLEGIALI

Il reato funzionalmente plurisoggettivo



G. Giappichelli Editore – Torino

PREMESSA

LA DECISIONE COLLEGIALE

SOMMARIO: 1. La decisione come dilemma. – 2. La decisione come procedura. – 3. Lo schema collegiale.

1. *La decisione come dilemma.*

L'oggetto di questo studio non è che un tassello del più ampio problema delle decisioni e dei loro effetti giuridico-penali: decisioni individuali o collettive – tra cui quelle adottate con modalità collegiale –, a efficacia diretta o mediata da ulteriori attività esecutive, immediata o cronologicamente distanziata. Decisioni talora assunte in situazioni di necessità, in contesti di rischio imminente, in mancanza parziale o totale di un assetto esaustivo e adeguato di informazioni, nell'esigenza di dovere contemperare interessi contrapposti e istanze magari estranee all'oggetto esatto della decisione (si pensi a quelle legate alla ricerca di un consenso, elettorale o di altro genere, di fronte all'evidenza di dover assumere invece, nell'interesse comune, decisioni impopolari o a effetti pregiudizievoli per chi quel consenso deve esprimere): sono i temi con cui la nostra società si confronta quotidianamente, specialmente in tempi di emergenza sanitaria e ad *escalation* periodica come quelli che sta vivendo.

Il contesto modifica gli schemi comportamentali, i modelli decisionali e persino i principi che presiedono alle scelte relative.

Così, nell'epoca delle decisioni emergenziali, da assumere con rapidità e in modo da veicolare soluzioni immediatamente fruibili, si assiste a un parziale deprezzamento del metodo collegiale a vantaggio di meccanismi autocratici di deliberazione – in particolare in settori nevralgici come le strutture sanitarie, come si vedrà – e soprattutto, spesso, alla eterodeterminazione dei contenuti delle deliberazioni, costrette da prescrizioni rigide orientate a ridurre il rischio – ad esempio quello pandemico – che ne ridimensionano fortemente lo spazio discrezionale.

2. La decisione come procedura.

La responsabilità penale dei membri di organi collegiali è normalmente responsabilità per i reati perpetrati (da uno o più dei membri stessi, ovvero da soggetti esterni al collegio) in esecuzione di delibere adottate dall'organo attraverso votazione.

Partecipazione alle attività del collegio, espressione del proprio voto favorevole o contrario a una certa proposta, raggiungimento della maggioranza valida ad assumere la delibera collegiale, esecuzione dell'illecito penale deliberato sono momenti ben distinti del complesso *iter* che porta alla commissione del reato. Oltretutto, tra la fase formalizzata della partecipazione ai lavori di un collegio validamente costituito e quella, pure formalizzata e anzi procedimentalizzata, della votazione si interpongono ulteriori fasi informali (o talora anche occulte) di contrattazione, ricerca di accordi, formazione di coalizioni destinate ad assicurare una certa maggioranza al voto favorevole o contrario alla delibera: spesso quelle che costituiscono la sede naturale perché si sviluppino fenomeni collusivi in cui la decisione può assumere una curvatura difforme dalle finalità per cui la funzione collegiale è riconosciuta e finanche illecita.

La decisione è un atto espressivo della volontà collettiva: sotto questo profilo, innanzitutto rappresenta prodotto di un procedimento che si dipana secondo regole prefissate.

La dinamica specifica dell'attività collegiale risiede nell'essere la condotta di ciascun membro inserita nel contesto della procedura attraverso la quale essa assume significato in quanto produttiva di effetti tanto all'interno, quanto all'esterno dell'organo: l'appartenenza all'organizzazione comporta una peculiare modalità di divisione dei compiti, il cui corretto o illecito disimpegno dipende dalla manifestazione di volontà del singolo.

Attraverso quell'atto procedurale che è la delibera collegiale si manifesta la volontà collegiale – l'accordo tra i partecipi alla delibera stessa, raggiunto secondo le regole prestabilite – che rappresenta presupposto per l'inizio della realizzazione del reato. Le volontà individuali espresse con i singoli voti consistono nella mera accettazione o rifiuto del contenuto della delibera, quindi presuppongono una soluzione già prefissata, alla quale dare voto a favore o contrario: nella loro connessione proceduralmente definita vengono a formare quella collegiale, ma mantengono la loro autonomia rispetto alla questione di un eventuale rimprovero per la decisione penalmente rilevante.

La delibera collegiale, pertanto, media la riconduzione del fatto illecito al comportamento di voto del singolo membro, al quale può essere imputato solo indirettamente: in essa confluisce il voto e si delinea la realizzazione successiva del reato.

In generale poi la delibera dell'organo collegiale costituisce normalmente atto iniziale di ulteriori attività disimpegnate spesso da livelli su-

bordinati della gerarchia della medesima organizzazione (ove si tratti di organo collegiale con funzione direttiva) o da livelli paralleli funzionalmente distinti o soggetti afferenti a diversa organizzazione (come nel caso di decisioni di organi collegiali di controllo o consultivi).

La delibera dal punto di vista formale può essere corretta o meno, a seconda della sua conformità con la procedura prescritta; ma contenutisticamente può essere lecita o illecita, nel secondo caso persino penalmente rilevante (anche qualora risulti formalmente corretta).

La conformità della delibera alle regole procedurali predeterminate per la sua adozione rappresenta peraltro un aspetto della sua conformità a sistema: si tratta di attività in sé “neutrale” – così come la condotta di voto del singolo componente del collegio, in quanto conforme al ruolo professionale a lui riconosciuto, anche qualora sia lesiva di interessi tutelati – che però può assumere contenuto illecito e finanche criminoso.

Dal punto di vista della responsabilità penale, il contenuto della delibera collegiale anticipa il reato che verrà portato a esecuzione – rendendo riconoscibili le modalità di commissione e il bene giuridico che sarà leso – e concretizza il rischio originato dalle singole condotte di voto.

Le strutture organizzative e quelle decisionali – con l’apparato procedurale che le caratterizza – rappresentano quindi l’“ambiente” di questo peculiare modello di responsabilità penale.

3. *Lo schema collegiale.*

Responsabilità dei vertici di un’azienda, di organi consultivi, di *gatekeepers*, di commissioni di valutazione comparativa, di comitati etici: entità che adottano decisioni collegialmente – tramite votazione – ma i cui membri possono essere chiamati a rispondere individualmente – per fatto proprio (art. 27 Cost.) – dei reati perpetrati con la delibera collegiale.

Assume rilievo sul piano descrittivo un duplice collegamento: prima tra singolo voto e conseguimento della maggioranza necessaria all’approvazione della delibera; poi tra delibera collegiale e commissione dell’illecito penale. Ad esso corrisponde sul piano normativo un corrispondente duplice livello di imputazione (causale o meno): retrospettivamente, tra reato e delibera collegiale, quale prodotto della struttura collettiva; quindi tra detta struttura e condotta individuale di voto; e una duplice dimensione di anti giuridicità: quella orizzontale relativa alla decisione collegiale, che prima dell’esecuzione, dal momento in cui ne vengano realizzati i primi atti, potrà integrare tentativo, ovvero reato consumato laddove essa sia già prevista specificamente come reato; e quella verticale relativa all’esecuzione della delibera, ad opera degli stessi membri del collegio, o di alcuni di essi, o più spesso di terzi.

CAPITOLO PRIMO

LA RESPONSABILITÀ PENALE INDIVIDUALE NELLE STRUTTURE ORGANIZZATIVE COLLEGIALI: IL REATO FUNZIONALMENTE PLURISOGGETTIVO

SOMMARIO: 1. Oggetto d'indagine. – 2. Responsabilità da delibera collettiva. – 3. Natura mesocriminale dell'illecito commesso nel contesto dell'attività di organo collegiale. – 4. Dimensione strutturale del collegio: organizzazione pluripersonale. – 5. Reato funzionalmente plurisoggettivo: stabilità della struttura organizzativa nella quale vengono assunte le decisioni collettive. – 5.1. (segue) Contributo di partecipazione per sviamento dalla funzione assegnata al membro dell'organo collegiale. – 5.2. (segue) Concorso per collusione. – 6. Dimensione funzionale: organo collegiale come istituzione. – 7. Interazione istituzionale a efficacia performativa. – 8. Distinzione tra collegio e organo. – 9. L'organo collegiale come modello legale. – 10. Responsabilità penale da deviazione funzionale. – 10.1. Sviamento o abuso di funzione. – 11. Organizzazione a funzione aggregativa. – 11.1. (segue) Giochi di coalizione. – 11.2. (segue) Il dilemma della congruenza tra deliberazione collettiva e scelte individuali. – 12. Il rilievo del differenziale informativo. – 13. Valutazione delle distorsioni nel processo decisionale sul piano della quantificazione della responsabilità penale e in prospettiva di prevenzione. – 14. La decisione collegiale nell'ambito della dinamica dei gruppi formali. – 14.1. Integrazione delle opzioni individuali nel gruppo collegiale. – 15. L'orientamento della decisione in funzione preventiva: il contributo delle scienze comportamentali e criminologiche. – 16. Rapporti tra organo collegiale e singolo membro: conseguenze sul piano della responsabilità penale (rinvio).

1. *Oggetto d'indagine.*

Quando si parla di responsabilità penale dei membri di organi collegiali si fa riferimento notoriamente a una sfaccettatura del problema della responsabilità delle persone fisiche all'interno di entità meta-individuali, non riducibili alla somma degli individui che le compongono: con questa ovvia affermazione ci si riferisce da un lato al fatto che l'entità collettiva è distinta dalle persone fisiche che ne fanno parte e ha una responsabilità da reato autonoma secondo quanto stabilito dal d.lgs. 231/2001¹; dall'altro

¹ Profilo estraneo all'oggetto di questo studio.

alla complessità del concetto di pluripersonalità, data non da una mera sommatoria di individui, ma dalla dinamica delle loro relazioni e delle articolazioni che da esse si originano.

Gli organi collegiali sono tipici di modelli organizzativi complessi, caratterizzati dalla presenza e co-azione di più persone², dalla formazione della volontà collegiale, spesso dalla gestione collettiva e dalla equivalenza decisionale dei membri³.

Un'impresa privata, o un ente pubblico è la risultante di una serie di livelli organizzativi, all'interno dei quali si svolgono attività che possono integrare illeciti penalmente rilevanti ascrivibili a singole persone fisiche: tra questi si distinguono articolazioni orizzontali a struttura collegiale (es. consiglio di amministrazione). Ma naturalmente l'impresa può avvalersi anche della collaborazione di entità collettive esterne, pure orizzontali di tipo collegiale (es. collegio dei revisori).

La struttura organizzativa, la sfera di competenza e la funzione dell'organo dipendono ovviamente dal tipo di relazione giuridica-istituzionale che ne sta a fondamento⁴: consiglio d'amministrazione di società di capitali o altra entità rispetto agli scopi di questa nell'ambito privato; consiglio comunale, organo collegiale consultivo o con funzioni istruttorie strumentali rispetto a compiti della pubblica amministrazione nel pubblico.

L'organo collegiale è poi una particolare unità collettiva, distinta concettualmente tanto dall'ente di cui eventualmente può costituire articolazione (ma può trattarsi anche di organo esterno e indipendente), quanto dalle persone fisiche che ne sono membri e ne esprimono la volontà a maggioranza: solo considerate collettivamente queste sono in grado di esercitare la funzione dell'organo⁵, ma l'eventuale responsabilità penale per le conseguenze di tale esercizio è personale (art. 27 Cost.).

Oggetto del presente studio è la responsabilità penale delle persone fisiche componenti di organi collegiali, quali soggetti che operano all'interno di particolari strutture organizzative a natura collegiale.

² L'istituzione collegiale trova le sue radici storiche nel principio canonistico dell'*unitas actus*, vale a dire della triplice unità di tempo, luogo e azione di tutti i membri, che devono essere riuniti simultaneamente per il perseguimento di uno scopo deliberativo comune: v. già C. VITTA, *Gli atti collegiali: principi sul funzionamento dei consessi pubblici con riferimenti alle assemblee private*, Athenaeum, Roma, 1920.

³ A. ROSSI, *I profili penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: luci ed ombre dei dati normativi, in un contesto programmatico. I 'riflessi' su alcune problematiche in campo societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, n. 3, (1153) 1180.

⁴ Cfr. E. FRANKE, *Kriminologische und strafrechtsdogmatische Aspekte der Kollegialdelinquenz*, in H.D. SCHWIND-U. BERZ-G. GEILEN-R.D. HERZBERG-G. WARDA (Hrsgg.), *Festschrift Für Günter Blau Zum 70. Geburtstag*, De Gruyter, Berlin-New York, 1985, (227) 236.

⁵ V. già O. V. GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Weidmann, Berlin, 1887, 677 ("... non è la somma delle singole persone, ma l'unità nella pluralità rappresentata secondo l'atto costitutivo a dovere essere intesa come portatrice della posizione dell'organo", *ibidem*, 682 s.).

2. Responsabilità da delibera collettiva.

La responsabilità penale dei membri di organi collegiali deriva da *decisioni* assunte all'interno dei collegi stessi: si tratta in particolare di *deliberazioni collettive*⁶, che producono effetti giuridici all'esterno dell'organo e possono comportare il rimprovero per eventuali conseguenze penalmente rilevanti⁷.

Deliberazioni che oltretutto non sono mai isolate, ma si inseriscono nel complesso processo decisionale delle organizzazioni, quale ricerca sequenziale di soluzioni ai problemi generati dai conflitti interni ed esterni e dalle carenze di informazioni, di nuovi protocolli di ottimizzazione delle risorse disponibili tramite analisi della loro migliore allocazione, di modelli di apprendimento selettivo e adattamento delle procedure di scelta degli oggetti su cui concentrare l'attività⁸.

Peraltro, il *carattere politipico*⁹ del concetto di decisione – e delle sue molteplici coniugazioni: individuale, relazionata ad altre individuali e a quella collettiva finale – rimanda poi a una pluralità di sviluppi nel contesto di approcci multidisciplinari – teorie dell'intenzionalità collettiva e dei giochi, della decisione in generale, dell'economia comportamentale, etc. – che possono offrire alcuni spunti di notevole interesse anche rispetto al tema della responsabilità penale.

In via di prima approssimazione, la deliberazione dell'organo collegiale manifesta sul piano giuridico la volontà di questo, che va apprezzata distintamente da quelle individuali dei suoi singoli componenti: anche se traduce gli interessi o gli scopi di questi ultimi, l'atto collegiale di per sé non è di nessuno dei membri *uti singuli*, ma appunto dell'organo¹⁰.

⁶ Rinviando alla definizione del padre dell'istituzionalismo: “*La délibération est l'acte par lequel une assemblée délibérante prend une résolution, à la majorité des voix, sur un objet d'administration, par une procédure de discussion collective*” (M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 8^a ed., Recueil Sirey, L. Larose & L. Tenin, Paris, 1914, 206).

⁷ Organizzazione, delibera e effetti esteriorizzati rappresentano gli elementi essenziali delle decisioni collegiali: v. C. KNAUER, *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Kausalität und Mittäterschaft*, Beck, München, 2001, 6 ss.

⁸ Cfr. R.M. CYERT-J. G. MARCH, *Verhaltenstheorie der Unternehmung*, in E. WITTE-A.L. THIMM, *Entscheidungstheorie*, Gabler, Wiesbaden, 1977, (127) 129 ss. Ovviamente si può trattare delle decisioni più varie: da quelle relative all'utilizzo di determinati macchinari rispetto alla sicurezza sul lavoro, all'elezione di consulenti esterni, alla predisposizione dell'organigramma con deleghe, alla scelta delle priorità, all'elaborazione di strategie finalizzate alla compensazione dei costi previsti con entrate derivanti da investimenti alternativi, a quelle generali di allocazione delle risorse.

⁹ Nel senso di diffuso in molti ambienti e adottato da discipline eterogenee sotto i più svariati registri: T. DE MAURO, *Guida all'uso delle parole*, Laterza, Bari, 2019, 110.

¹⁰ Con l'approvazione della delibera si assiste al fenomeno della fusione delle volontà individuali – normalmente espresse con il voto – in una unica manifestazione di volontà, quella dell'organo, autonoma dalle volontà dei singoli membri che ad essa concorrono. Ma sul piano della responsabilità penale ovviamente assumono rilievo le condotte individuali.

Al contempo, ciascun membro del collegio esercita la funzione di cui è titolare esprimendo la propria volontà attraverso la forma tipica data dal voto.

Sul piano dinamico si può distinguere la volontà collettiva dell'organo collegiale da quella dei suoi membri; sul piano statico la *funzione* dell'organo stesso e quelle dei singoli componenti. Decisione e funzione sono evidentemente concetti strettamente interconnessi.

3. *Natura mesocriminale dell'illecito commesso nel contesto dell'attività di organo collegiale.*

Recentemente la questione delle relazioni pluripersonali nell'attività d'impresa è stata inquadrata nel contesto della c.d. *mesocriminalità*¹¹: un paradigma che si colloca tra il diritto penale a imputazione individuale e la c.d. macrocriminalità, tipica delle grandi organizzazioni criminali. La mesocriminalità, che invece è propria del diritto penale d'impresa, sarebbe caratterizzata, innanzitutto, da tipologie di condotta in parte devianti, ma in se stesse conformi al sistema¹², nel senso che le finalità – spesso standardizzate nell'attività d'impresa – che esse perseguono risultano prive di qualsiasi connotazione di disvalore giuridico-penale o anche soltanto etico-sociale, anche se il contesto può costituire la *humus* per la perpetrazione di illeciti.

Inoltre, si tratta di connessioni di imputazione tanto individuale, quanto collettiva, interpretabili solamente alla luce della dinamica di gruppo¹³, che ne riconfigura le regole, nel senso che le due prospettive sono talmente interdipendenti che non è possibile risolvere le une senza le altre¹⁴. Anzi, si rileva la impossibilità per il singolo di controllare e dominare i processi che conducono alla verifica di fatti penalmente rilevanti che, per la complessità della loro genesi e l'esigenza di una sua esplicazione nel contesto e in ragione dell'organizzazione, vanno qualificati appunto come mesocriminali. Sotto tale angolatura, vengono all'attenzione le dinamiche

¹¹ H. ALWART, *Zurechnen und Verurteilen*, Boorberg, Stuttgart, 1998, 24 ss., 26; ID., *Sanktion und Verantwortung*, in *ZIS*, 3/2011, (173) 178; K. MITTELSDORF, *Unternehmensstrafrecht im Kontext*, Verlag C.F. Müller, Heidelberg, 2007, 36 ss., 52 ss.; K. KRÄMER, *Individuelle und kollektive Zurechnung im Strafrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015, 264 ss.

¹² Carattere frequentemente osservabile nei fatti collettivi: cfr. H. JÄGER, *Makrokriminalität. Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1989, 132 ss.

¹³ Rispetto alla perpetrazione di reati economici l'autore singolo rappresenta un'eccezione, dal momento che si tratta di un modello di criminalità di solito inserita nel contesto di organizzazioni imprenditoriali: cfr. U. WEBER, *Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschließlich Verbraucherschutz)*, in *ZStW*, 96, 1984, (376) 400 s.

¹⁴ Sulla dinamica di gruppo cfr. H. JÄGER, *Individuelle Zurechnung kollektiven Verhaltens. Zur strafrechtlich-kriminologischen Bedeutung der Gruppendynamik*, A. Metzner, Frankfurt am Main, 1985, 19 ss., 24 ss.; ID., *Makrokriminalität*, 173 ss.

eziologiche multifattoriali di produzione di effetti cumulativi e sinergici, nelle quali va inquadrato anche il tema della responsabilità dei membri di organi collegiali.

Quello di mesocriminalità è quindi un concetto che rimanda alle peculiari relazioni, tipiche del diritto penale d'impresa, tra attività individuali e struttura delle organizzazioni complesse, con le conseguenze che ne derivano sul piano dell'imputazione della responsabilità tanto delle persone fisiche, quanto dei soggetti meta-individuali: la struttura organizzativa dell'impresa o dell'ente costituisce situazione tipica – lecita – del nesso tra azione individuale del singolo componente e illecito collettivamente prodotto. Il rilievo della condotta individuale dipende dall'interazione con le attività degli altri soggetti e con la struttura organizzativa dell'ente in generale, quindi costituisce *forma di manifestazione propria della cornice mesocriminale*¹⁵.

Dal punto di vista della relazione organizzativa, sono reati di matrice mesocriminale quelli che appunto di tale contesto rappresentano espressione, come i reati societari, fallimentari, contro l'ambiente, non di rado integrati da condotte che in sé potrebbero apparire neutrali, ma che assumono rilievo penale proprio in virtù dell'interdipendenza con le dinamiche strutturali dell'organizzazione, ossia del loro significato mesocriminale.

La questione dell'adeguatezza sociale e della "curvatura penale" in forza di contrassegni propri del contesto mesocriminale spiega anche il fenomeno della c.d. dissoluzione di condotta e responsabilità: chi compie l'azione materiale non necessariamente è il principale responsabile, o magari non lo è affatto¹⁶.

Nell'ambito della dottrina italiana, come noto, una prima rudimentale riflessione su queste peculiarità del tipo di responsabilità in oggetto si è tradotta nell'elaborazione della ormai tralasciata concezione del reato collegiale¹⁷: il superamento di questo modello, confliggente con i più fonda-

¹⁵ A. SACHOULIDOU, *Unternehmensverantwortlichkeit und -sanktionierung. Ein strafrechtlicher und interdisziplinärer Diskurs*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019, 28 ss.

¹⁶ Questione che assume rilievo, rispetto al tema oggetto di trattazione, con riguardo all'apprezzamento del contributo del singolo membro del collegio: che l'astensione o la mancata partecipazione alla votazione possa rivestire un significato "strategico" al fine di orientare la delibera in un certo senso o di rendere instabile o far naufragare una determinata maggioranza, etc. è l'effetto di una sua valutazione alla luce di cornici di azione che si insediano a diversi livelli dell'organizzazione. L'emergenza della dissociazione tra azione e responsabilità (ma con particolare riguardo alla dialettica tra subordinati e livello apicale nella struttura gerarchica) è una delle distorsioni rispetto alla teoria classica del reato osservabili nell'ambito dell'organizzazione d'impresa – accanto alla frammentazione degli elementi del fatto tipico come effetto della divisione del lavoro e all'apparizione di *deficit* cognitivi-valorativi e volitivi derivati dalle dinamiche di gruppo – segnalate da J.M. SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2ª ed., Edisofer, Madrid, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2016, 7 s.

¹⁷ Su cui v. Capitolo Secondo, § 2.

mentali principi della responsabilità penale, ha fatto cadere in oblio alcuni caratteri peculiari di tale forma di realizzazione plurisoggettiva, come si dirà in seguito.

4. Dimensione strutturale del collegio: organizzazione pluripersonale.

Il collegio è un'organizzazione pluripersonale, che sul piano *strutturale* può essere descritta come segue.

Innanzitutto, si tratta di un'*organizzazione* deputata all'adozione di determinate decisioni produttive di effetti che possono integrare fatti penalmente illeciti: sotto questo profilo, dal momento che ogni assetto organizzativo di risorse umane presenta normalmente specializzazione, coordinazione, previsione di livelli direttivi dotati di poteri anche configurativi, deleghe e compartimentazione di competenze, formalizzazione¹⁸, il modello collegiale individua una possibile coniugazione della divisione dei compiti.

In secondo luogo, la *pluripersonalità* costituisce elemento strutturale – il collegio assume natura organizzativa ove sia composto da un numero predeterminato di soggetti – e procedurale – le decisioni sono validamente assunte ove siano rispettati certi requisiti richiesti dalla procedura, tra cui il formarsi del tipo di maggioranza legalmente o statutariamente previsto – distinto dalla plurisoggettività costitutiva della fattispecie di concorso e non surrogabile ad essa: non fosse altro, per la semplice osservazione che è inammissibile configurare una responsabilità penale collettiva.

Quindi ciò che qualifica sul piano della struttura tale modello organizzativo è la necessaria interazione di più soggetti, membri del collegio, perché possa essere assunta una deliberazione.

Inoltre, si tratta di entità pluripersonale, ma al tempo stesso *unitaria*.

Il requisito dell'unitarietà, oggetto di un precipuo dibattito nell'ambito della teoria dell'agire collettivo soprattutto rispetto alla configurabilità della c.d. *joint action*¹⁹, dipende dall'essere una entità tipicamente organizzata attraverso la previsione di una disciplina interna relativa all'esercizio delle

¹⁸ Il modello fondato sulla divisione dei compiti e delle specializzazioni come connotato generale delle organizzazioni rappresenta ovviamente motivo tipico dalle più risalenti teorizzazioni (quelle di Durkheim e Weber): cfr. R. CYERT-J.G. MARCH, *A Behavioral Theory of the Firm*, Prentice Hall, New Jersey, 1963, 16 ss. Quello collegiale rimanda invece all'esigenza o opportunità di assegnare a una pluralità di voci le decisioni o le valutazioni sulle medesime, pur nel rispetto della ripartizione di competenze, spesso in vista di finalità eterodeterminate (stabilite dall'organizzazione o dai suoi vertici, etc.), o di garantire la partecipazione alle scelte fondamentali dell'organizzazione di rappresentanti di interessi in conflitto: cfr. H. LAUX-R.M. GILLENKIRCH-H.Y. SCHENK-MATHES, *Entscheidungstheorie*, 9, Aufl., Springer Gabler, Berlin-Heidelberg, 2014, 497 ss.

¹⁹ Su cui v. *infra*.

sue funzioni, che stabilisce le modalità di interazione (regole di voto, maggioranze richieste) atte a permettere l'assunzione della delibera.

In sintesi, il collegio è una struttura pluripersonale, unitaria e organizzata.

Sotto quest'ultimo aspetto, va sottolineato che si tratta di *organizzazione tendenzialmente stabile*: la stabilità è una connotazione fattuale (non si costituisce un collegio diverso ogni volta che occorre assumere una delibera), ma anche normativa, in quanto il collegio è organizzato tramite un apparato predefinito di regole e procedure interne.

Il che induce una prima sommaria riflessione sui rapporti tra questo paradigma e la plurisoggettività che caratterizza il concorso di persone nel reato.

5. *Reato funzionalmente plurisoggettivo: stabilità della struttura organizzativa nella quale vengono assunte le decisioni collettive.*

Se il tema della responsabilità penale dei membri di organi collegiali indubbiamente si colloca all'interno di quello più generale del concorso di persone – in particolare del concorso eventuale – quale forma di partecipazione espressa (principalmente anche se non solo) attraverso il contributo tipico costituito dal voto individuale²⁰, non possono trascurarsi le peculiarità di tale forma di partecipazione.

La relazione tra i concorrenti è innanzitutto di tipo funzionale, nel significato più essenziale²¹: cioè rappresenta una dimensione della *funzione*, tanto di quella esplicita da ciascuno singolarmente, quanto di quella esercitata dall'entità collettiva cui ogni soggetto partecipa come membro, quest'ultima appunto funzione di organo e forma collegiale.

Inoltre, l'esecuzione plurisoggettiva si realizza nel contesto di una struttura organizzativa lecita e riconosciuta dal diritto: la pluripersonalità del collegio, in sé conforme all'ordinamento giuridico, è del tutto eterogenea rispetto a quella dell'esecuzione delittuosa concorsuale, in cui la presenza di più persone è teleologicamente orientata al fine penalmente illecito, antiggiuridica e anzi elemento tipico della fattispecie.

Pertanto è corretto inquadrare la responsabilità per reato commesso da più membri di un organo collegiale nell'ambito del concorso eventuale di persone, ma occorre tenere conto che la partecipazione è possibile solamente in una cornice di natura *istituzionale* – l'organizzazione, come entità autonoma, distinta dai suoi componenti e dotata di un assetto di norme

²⁰ Cfr. ad es. A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bononia University Press, Bologna, 2009, 310 ss.

²¹ Senza alcun riferimento a una particolare concezione funzionale.

e procedure funzionali all'aggregazione delle individualità, alla razionalizzazione delle attività e al loro orientamento a scopi prefissati caratterizzanti – previa rispetto ad essa, senza la quale il contributo di concorso non potrebbe esistere.

In realtà, ogni modello plurisoggettivo penalmente rilevante è indubbiamente caratterizzato da una qualche forma di organizzazione.

Quella del modello collegiale è tuttavia un'organizzazione strutturata, stabile e disciplinata da regole interne dotate di riconoscimento, valide nel contesto dell'ordinamento giuridico generale: la presenza di più membri è necessaria e il numero idoneo a validare la delibera è individuato dalle regole interne dell'istituzione (*pluripersonalità istituzionale*). Ma la plurisoggettività illecita – fondamento della partecipazione – coincide con quella istituzionale solo laddove quest'ultima venga utilizzata come modalità di realizzazione dell'esecuzione criminosa: non si risponde penalmente in quanto componenti del collegio, ma per il contributo apportato alla delibera illecita.

Absolutamente eterogeneo il modello associativo criminoso, che si caratterizza invece per una organizzazione pure strutturata e stabile, ma *anomica*: potrà essere disciplinata da regole (ad es. quelle della "Cupola"), che però non sono riconosciute come norme valide dall'ordinamento giuridico generale, rispetto al quale si pongono in contrapposizione e alternativa. La plurisoggettività è individuata dall'affiliazione all'associazione criminosa: si risponde penalmente in quanto membri del sodalizio criminoso.

Il paradigma concorsuale "aperto" degli artt. 110 ss. c.p. pure presuppone una *organizzazione* tra i partecipi²², un'organizzazione che può essere anche sufficientemente strutturata – laddove vi sia stata una pianificazione dell'esecuzione criminosa con una divisione precisa di compiti tra i concorrenti –, ma di solito non stabile, in quanto definita solo per la realizzazione di uno o più delitti. Nel caso di concorso di persone basato su un accordo criminoso tra i compartecipi si risponde penalmente per avere aderito a tale accordo.

Si deve ravvisare infine una organizzazione non strutturata, non stabile nel modello del concorso di persone basato su un *nesso di strumentalità* tra le condotte dei compartecipi²³: si risponde penalmente per il collega-

²² Cfr. G. INSOLERA, *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, Milano, 1986; ID., *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1988, 437 ss.; ID., *Profili di tipicità del concorso: causalità, colpevolezza e qualifiche soggettive nella condotta di partecipazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, 440 ss.; ID., *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., vol. I, Torino, 2000, 66 ss.

²³ G.A. DE FRANCESCO, *Sul concorso di persone nel reato*, in *Studium iuris*, 1998, 732 ss.; ID., *Il concorso di persone nel reato*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. II, Giappichelli, Torino, 2001 (cap. 5, *Forme di manifestazione nel reato*, III, *Il concorso di persone nel reato*), 328 ss.; ID., *Il concorso di persone e il dogma causale: rilievi critici e proposte alternative*, in *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, (559) 565 ss.

mento della propria condotta con quelle degli altri concorrenti strumentale all'esecuzione plurisoggettiva complessiva.

5.1. (segue) *Contributo di partecipazione per sviamento dalla funzione assegnata al membro dell'organo collegiale.*

In particolare, poi, rispetto all'organizzazione collegiale il comportamento individuale del singolo membro e dell'entità collettiva si connota come *sviamento* dalla funzione tipica, individuale e collettiva.

Si può parlare di *reato funzionalmente plurisoggettivo*²⁴: la plurisoggettività si manifesta come una realtà intermedia tra concorso eventuale e concorso necessario, in quanto la presenza di più soggetti non è richiesta dalla fattispecie incriminatrice (come nel reato necessariamente plurisoggettivo, che incrimina la plurisoggettività stessa quale forma penalmente illecita), ma dalla struttura organizzativa conforme all'ordinamento e dalla funzione che esso riconosce all'organo pluripersonale, che può esprimersi solamente tramite la valida presenza e attività congiunta di più soggetti. Sotto quest'ultimo aspetto, lo sviamento dalla funzione tipica avviene attraverso *utilizzo strumentale* della struttura organizzativa lecita a scopi criminosi.

Quindi, anche a prescindere da ulteriori considerazioni²⁵, non si può configurare un "reato collegiale" di natura necessariamente plurisoggettiva, in quanto l'ordinamento giuridico penale non incrimina la formazione o il mantenimento della struttura organizzativa dell'organo collegiale, o anche solo la presenza di più soggetti alla delibera. Ma nemmeno può negarsi che si tratti di una forma ancipite di concorso eventuale, in cui il modello "aperto" dell'art. 110 c.p. si insedia su una struttura plurisoggettiva preesistente rispetto all'esecuzione criminosa e può configurarsi soltanto in presenza di questa.

²⁴ Il termine adottato riecheggia chiaramente quello di 'reato funzionalmente economico' suggerito in dottrina per qualificare il reato strumentalmente connesso all'esercizio di un'attività economica: E.M. AMBROSETTI-E. MEZZETTI-M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, 4^a ed., Zanichelli, Bologna, 2016, 1 ss. (richiamando la definizione di C. PEDRAZZI, *Interessi economici e tutela penale*, in A.M. STILE, *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Jovene, Napoli, 1985, (293) 295), che sottolineano però che l'approccio di tipo funzionale "privilegia la considerazione dei profili sociologico/criminologici", in vista non tanto della selezione delle oggettività giuridiche di tutela, ma delle tipologie degli autori di tali reati e dell'individuazione delle risposte dell'ordinamento.

In tutt'altro senso, il concetto di reato funzionalmente plurisoggettivo qui proposto è deputato invece a valorizzare la relazione tra concorso di persone e conformità della presenza di più soggetti alla funzione legalmente riconosciuta.

²⁵ Ci riferiamo ovviamente al dibattito ormai risalente sulla figura del reato collegiale e alle veementi critiche di natura assiologica – sul piano dei principi costituzionali, in particolare quello della responsabilità penale personale (art. 27 Cost.) – che hanno condotto al suo rigetto pressoché unanime da parte della dottrina, di cui si darà conto nel prosieguo (v. Capitolo Secondo, § 2).

5.2. (segue) Concorso per collusione.

Inoltre, ai fini della determinazione del contributo penalmente rilevante come partecipazione occorre tenere conto dello specifico formante razionale sotteso a ogni istituzione: la *logica istituzionale*²⁶ delle società commerciali è eterogenea rispetto a quella degli enti pubblici, come si cercherà di illustrare²⁷. Vale a dire, il raffronto tra le azioni condotte nel contesto delle istituzioni da più membri e i modelli comportamentali conformi alla logica istituzionale è estremamente utile in chiave interpretativa, e può portare allo svelamento della natura realmente eversiva di attività apparentemente neutrali (ad es. quelle delle organizzazioni criminali): rispetto ad organi collegiali, la legittimità di accordi di coalizione con quanti condividono il medesimo livello di *knowledge*, laddove i medesimi perseguono finalità illecite, è ciò che porta alla *collusione*, spesso non facilmente decifrabile.

Questione che rimanda al ripetuto adagio della irresponsabilità organizzata²⁸ o strutturata²⁹ che caratterizza spesso in maniera endemica le politiche d'impresa nell'ottica dell'occultamento dei comportamenti devianti. Questione, quella della collusione dissimulata attraverso manipolazione dei flussi informativi, che, come si vedrà³⁰, ha conosciuto sviluppi ermeneutici di notevole interesse nel contesto delle ricerche che fanno proprie le acquisizioni della teoria dei giochi.

Basti rimarcare fin d'ora come questi accordi di coalizione, di per sé ovviamente socialmente adeguati e anzi necessari per il normale funzionamento dell'organo, ma idonei a tradursi in collusioni criminose, trovano la più frequente giustificazione invocando esigenze di efficienza tecnica dell'organizzazione stessa: i membri che detengono le informazioni es-

²⁶ Si fa riferimento alla tesi sviluppato da Friedland e Alford, secondo cui "ognuno dei più importanti ordini istituzionali delle società occidentali contemporanee ha una logica centrale – un corpo di pratiche materiali e di costruzioni simboliche – che costituiscono i suoi principi organizzativi ... Queste logiche istituzionali sono fondate sul piano simbolico, strutturate sul piano organizzativo, salvaguardate sul piano politico e circoscritte sul piano tecnico e materiale, e pertanto hanno specifici limiti storici": R. FRIEDLAND-R.R. ALFORD, *Bringing Society Back In: Symbols, Practices, and Institutional Contradictions*, in W.W. POWELL-P.G. DI MAGGIO, *The New Institutionalism in Organizational Analysis*, The University Chicago Press, Chicago, 1991, (232) 248 s. ("La partecipazione individuale in varie relazioni sociali deve essere analizzata non solo nei termini degli interessi materiali cui è strumentale l'operazione delle istituzioni, ma anche nei termini della significatività simbolica di tale partecipazione": *ibidem* 250).

²⁷ V. Capitoli Terzo e Quarto.

²⁸ Cfr. C. WRIGHT MILLS, *The Power Elite*, Oxford University Press, Oxford-New York, 1956, 338 ss.

²⁹ C. HONEGGER-S. NECKEL-C. MAGNIN, *Strukturierte Verantwortungslosigkeit. Berichte aus der Bankenwelt*, Suhrkamp, Berlin, 2010; S. NECKEL, *Kollektive und institutionelle Verantwortlichkeit aus soziologischer und philosophischer Perspektive*, in E. KEMPF-K. LÜDERSSEN-K. VOLK (Hrsg.), *Unternehmensstrafrecht*, De Gruyter, Berlin-Boston, 2012, (73) 77.

³⁰ V. *infra*.

senziali possono sfruttarle, in nome dell'efficienza stessa, o, detto altrimenti, possono strumentalizzare le proprie conoscenze relative all'ordine simbolico e alle pratiche sociali dell'istituzione in cui operano, per occultare attività realmente illecite ma difficili da identificare dall'esterno.

La logica istituzionale dell'organizzazione diviene allora mezzo di occultamento dei comportamenti collusivi e devianti, ma al tempo stesso, e specularmente, proprio per tale ragione è elemento interpretativo indispensabile per comprenderne il reale significato.

6. Dimensione funzionale: organo collegiale come istituzione.

Sul piano *funzionale*, il collegio è deputato allo svolgimento di attività giuridicamente rilevante³¹: la struttura collegiale è strumentale al compimento di atti orientati allo scopo³².

La prerogativa dell'organo collegiale di *porre regole multilivello* – prescrittive di condotte, delimitative delle cornici comportamentali, di competenza, procedurali, aggregative, etc. – connota in senso istituzionale l'interazione tra persone che partecipano al processo decisionale, e tra queste e l'ambiente interno ed esterno all'ente meta-individuale.

Alla luce di tali elementi, il collegio può essere qualificato alla stregua di *istituzione*³³, ossia modulo di una determinata struttura e organizzazione in vista dell'assolvimento di una funzione³⁴.

³¹ S. VALENTINI, *La collegialità nella teoria dell'organizzazione*, Giuffrè, Milano, 1968, 17.

³² Nell'ambito della dottrina neo-istituzionalista, nel senso che ogni istituzione funziona in vista di uno scopo inteso in senso lato che ne rappresenta il principio base ('*underlying principle*'), v. N. MACCORMICK, *Norms, Institutions, and Institutional Facts*, in *Law and Philosophy*, 17, 1998, (301) 335 ss.; ID., *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2007, 36 s., 50, 263 ss.

³³ S. VALENTINI, *La collegialità nella teoria dell'organizzazione*, 22 ss.; cfr. F. SCHOLDERER, *Institutionalisierte Verantwortung und Gemeinwohl – Corporate Governance, Organhaftung und Organuntreue im Aufsichtsrat*, in E. KEMPF-K. LÜDERSSEN-K. VOLK (Hrsg.), *Gemeinwohl im Wirtschaftsstrafrecht*, De Gruyter, Berlin-Boston, 2013, 177 ss.

³⁴ Si veda la definizione offerta da Elinor Ostrom: istituzione come assetto di norme operative utilizzato per determinare chi è competente ad adottare decisioni in un certo contesto, quali azioni sono permesse o prescritte o vietate, quali regole aggregative si applicano, quali procedure devono essere seguite, quali informazioni debbono essere fornite o denegate, e quali vantaggi vanno assegnati ai singoli individui in dipendenza dalle condotte da loro dispiegate, quali sanzioni vanno comminate per i comportamenti non conformi alle norme stesse e chi sia deputato a controllare i comportamenti e ad applicare le sanzioni (E. OSTROM, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990, Chap. 2. *An Institutional Approach to the Study of Self-Organization and Self-Governance in CPR Situations*, (29) 51).

L'istituzionalizzazione implica che la struttura formale dell'organizzazione assume predefiniti codici dotati di significato normativo nel pensiero e nell'azione sociale: le strutture formali organizzative nella moderna realtà post-industriale si caratterizzano per uno sviluppo di tipo istituzionale, nel senso che tendono a incorporare pratiche e procedure istituzio-