

GABRIELE MARRA, *La responsabilità penale dell'amministratore di fatto. Un excursus critico sull'esperienza della RFT.*

ABSTRACT

La responsabilità penale dell'amministratore di fatto è da tempo al centro di un serrato dibattito all'interno della dottrina e della giurisprudenza di gran parte degli ordinamenti penali europei e non. Nel variegato panorama comparatistico, particolarmente significativo è il contributo offerto dagli studi compiuti dalla scienza penalistica di lingua tedesca; anche per la sorprendente affinità con molti degli argomenti emersi all'interno della non meno serrata discussione in atto nella dottrina italiana. In relazione all'esperienza tedesca l'articolo si propone un triplice obiettivo: indagare le motivazioni poste a fondamento dell'ormai imponente massa di studi in argomento, sintetizzarne i risultati e, infine, ricostruire le linee evolutive maturate in seno alla più che secolare prassi giurisprudenziale. Il tutto con particolare riferimento agli incerti rapporti che intercorrono tra il riconoscimento della responsabilità penale dell'amministratore di fatto ed il rispetto dei principi di determinatezza della norma penale e del divieto di analogia. L'analisi si sofferma poi sui problemi interpretativi e sulle prospettive applicative della clausola legislativa di cui al § 14 Abs. 3 StGB che, ai fini della responsabilità penale, equipara espressamente l'amministratore di fatto all'amministratore di diritto.

Elenco delle abbreviazioni utilizzate nel testo: AG = *Amstgericht*; AK = *Kommentar zum Strafgesetzbuch (in der "Reihe Alternativkommentar)*; AöR = *Archiv des öffentliche Recht*; BayObLG = *Bayerisches Oberstes Landgericht*; BFH = *Bundesfinanzhof*; BFHE = *Entscheidungen des Bundesfinanzhof*; BGH = *Bundesgerichtshof*; BGHSt = *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen*; BGHZ = *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen*; BStBl = *Bundessteuerblatt*; BVerfG = *Bundesverfassungsgericht*; BVerfGE = *Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht*; DB = *Der Betrieb*; DJ = *Deutsche Justiz*; FS = *Festschrift*; GA = *Goldtammers Archiv für Strafrecht*; GG = *Grundgesetz*; GmbHG = *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*; GmbHR = *Rundschau für GmbH*; JR = *Juristische Rundschau*; Jura = *Juristische Ausbildung*; JuS = *Juristische Schulung*; JW = *Juristische Wochenschrift*; JZ = *Juristenzeitung*; KK OWiG = *Kalrsruber Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*; LK = *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*; MDR = *Monatschrift für Deutsches Recht*; NJW = *Neu Juristische Wochenschrift*; NStZ = *Neue Zeitschrift für Strafrecht*; OLG = *Oberlandgericht*; RG = *Reichgericht*; RGSt = *Entscheidungen des Reichsgericht in Strafsachen*; RTDPC = *Rivista trimestrale diritto e procedura civile*; RTDPE = *Rivista trimestrale diritto penale dell'economia*; Sch\Sch = *Schönke-Schröder. Strafgesetzbuch Kommentar*; SK = *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*; StGB = *Strafgesetzbuch*; StrV = *Strafverteidiger*; Wistra = *Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht*; ZHR = *Zeitschrift für die gesamte Handelsrecht*; ZRP = *Zeitschrift für Rechtspolitik*; ZStW = *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*.

GABRIELE MARRA

LA RESPONSABILITÀ PENALE DELL'AMMINISTRATORE
DI FATTO. UN EXCURSUS CRITICO
SULL'ESPERIENZA DELLA RFT

SOMMARIO

1) Considerazioni introduttive e ricognizione normativa. 2) Le "considerazioni fattuali" nel diritto penale. Problemi e prospettive. 3) Le concrete esigenze della prassi. L'esperienza del Reichsgericht. 4) La giurisprudenza del Bundesgerichtshof. 5) "Agire per conto di un altro". La responsabilità penale degli organi e dei rappresentanti. 6) Amministrazione di fatto e reati propri. 7) L'opinione "dissenziante" di H. Otto. 8) L'amministratore di fatto ed il divieto di analogia. 9) Spigolature sulle ipotesi di Untrue, Insider trading, frode fiscale e sulla c.d. responsabilità da prodotto.

1) Considerazioni introduttive e ricognizione normativa

La responsabilità penale dell'amministratore di fatto ha stimolato le riflessioni di larga parte della dottrina penalistica tedesca. Anche nell'ordinamento della RFT, al pari di quanto avviene in Italia, il problema non presenta però il carattere della novità, avendo oramai maturato una lunga e significativa esperienza nella lotta contro la criminalità economica. Accanto a questa importante sollecitazione politico-criminale, la questione dell'amministratore di fatto assume un particolare significato anche dal punto di vista sistematico, per le sue evidenti implicazioni con gli intricati problemi dell'"unità dell'ordinamento giuridico" e dell'"emancipazione del diritto penale dal pensiero civilistico"¹, tanto da essere autorevolmente etichettata come una delle questioni fondamentali della scienza penalistica².

In via preliminare, è necessario sottolineare che l'intero dibattito è orientato lungo coordinate che soltanto parzialmente coincidono con i punti di riferimento che fanno da sfondo all'animata discussione sviluppata in seno alla dottrina italiana. In Germania il *faktische Ge-*

¹ Sul punto, rispettivamente, K. ENGISCH, *Die Einheit der Rechtsordnung*, 1935; *passim*; H. J. BRUNS, *Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken*, 1938, *passim*.

² H. J. BRUNS, *Die "tatsächliche" Betrachtungsweise im Strafrecht*, JR, 1984, 135. V. anche K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht (Teil IV)*, ZStW, 1999, 673.

schäftsführer trova un parziale ma significativo riconoscimento normativo nel § 14 Abs. 3 StGB (*Handel für einen anderen*) che, come è noto, parifica il rappresentante che opera in forza di un titolo invalido (*unwirksam*) a chi agisce in tale veste *pleno iure*³.

Non si deve però credere che questa disposizione abbia dato una soluzione definitiva alla questione. Il diritto penale accessorio offre infatti una grande varietà di fattispecie incriminatrici che, provvedendo ad individuare esse stesse il soggetto attivo del reato attraverso il riferimento a figure tipiche del diritto civile, lasciano ancora spazio ad una serrata discussione sulla possibilità di estendere il giudizio di responsabilità anche nei confronti di quei soggetti che agiscono come amministratori, senza però essere stati nominati tali o che fondano la loro legittimazione su un atto di preposizione che, dal punto di vista civilistico, si presenta viziato.

Prima di procedere oltre è necessaria una limitazione di campo. Affrontare nella sua interezza questo spinoso problema significherebbe sottoporre ad analisi un numero considerevole di norme, confrontarsi con un imponente flusso giurisprudenziale e passare in rassegna un'altrettanto consistente produzione dottrinale sviluppatasi prima nel diritto-

³ Per comodità del lettore si riporta il testo integrale del § 14 StGB "Agire per conto di un altro: (1) Se taluno agisce

1) come organo titolare di un potere di rappresentanza di una persona giuridica o come membro di tale organo,

2) come socio fornito di potere di rappresentanza di una società commerciale di persone, oppure

3) come legale rappresentante di persone fisiche qualora una legge faccia dipendere la punibilità da speciali qualità, rapporti o circostanze personali (particolari caratteri personali) questa si applica anche al rappresentante, ancorché tali caratteri non sussistano in lui, ma in capo al rappresentato.

(2) Se taluno, dal titolare di una azienda o da altro soggetto a ciò autorizzato, è

1) incaricato di gestire in tutto o in parte l'azienda, oppure

2) è espressamente incaricato di adempiere sotto la propria responsabilità obblighi facenti capo al titolare dell'azienda

ed agisce in forza di questo incarico, una legge, per la quale la punibilità sia collegata a speciali caratteri personali, deve essere applicata anche all'incaricato, ancorché tali caratteri non sussistano in lui, ma nel titolare dell'azienda. Agli effetti del primo comma all'azienda è equiparata l'impresa. Si applica il primo comma, nel suo corrispondente significato, anche se taluno agisce in base ad un incarico corrispondente ad una posizione avente ad oggetto scopi della pubblica amministrazione.

(3) I commi 1 e 2 si applicano anche quando il titolo giuridico sul quale doveva fondarsi l'autorizzazione alla rappresentanza o il rapporto di incarico, è inefficace".

to civile, poi nel diritto tributario ed infine nel diritto penale. Tutto ciò travalica ampiamente il più modesto scopo di questo contributo: indagare, al di là della completezza quantitativa dei dati, le linee di tendenza che hanno caratterizzato la discussione penalistica in ordine ai cc.dd. *faktischen Vertretungsverhältnisse*, al fine di verificare se la responsabilità penale dell'amministratore di fatto sia un dogma – un'istanza logica, che una volta affermata prescinde per la sua validità dalla concreta fenomenologia giuridica – o una ipotesi di lavoro che va di volta in volta sottoposta a vaglio critico ed eventualmente accolta o rigettata.

Oltre al già citato § 14 StGB, si prenderanno in esame alcune norme contenute nella parte speciale del codice penale tedesco [§ § 266 (*Untrue*), 283 e ss. (*Bankrott*) StGB]. La scelta, almeno per quest'ultima disposizione è abbastanza evidente: la bancarotta si dimostra, ancora una volta, il banco di prova preferenziale per l'elaborazione della figura del *faktische Geschäftsführer*, l'alveo entro il quale si è sviluppata, fin dai suoi albori, la discussione sulla responsabilità penale dell'amministratore di fatto⁴. La prima ipotesi, invece, più che per ragioni legate alla realtà italiana, è stata scelta perché si presta assai bene ad esemplificare le diverse possibilità interpretative offerte dalla struttura del fatto tipico in ordine al problema oggetto di queste riflessioni.

Si dovrà poi esaminare il § 84 (*Pflichtveletzung bei Verlust, Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit*) GmbHG, preso atto della grande attenzione che dottrina e giurisprudenza hanno riservato a tale norma per l'individuazione del soggetto attivo del reato. Anche a questa scelta non sono estranee considerazioni attinenti al diritto italiano, prima fra tutte, la descrizione del soggetto attivo del reato attraverso la recezione di figure civilistiche: l'amministratore (*Geschäftsführer*) o il liquidatore (*Liquidator*). La strettissima dipendenza della fattispecie incriminatrice dalla disciplina civilistica dettata dalla GmbHG è dimostrata anche dal richiamo, contenuto nell'Abs. 2, a precisi obblighi di legge fissati, rispettivamente, dal § 64 Abs. 1 e § 71 Abs. 4 della medesima legge.

La norma penale, strutturata come reato omissivo proprio, sembra allora prospettarsi come meramente sanzionatoria rispetto all'omissione

⁴ Sul punto sia consentito rinviare a G. MARRA, *Legalità ed effettività nella responsabilità penale dell'amministratore di fatto*, 2001 (in corso di pubblicazione).

di obblighi derivanti dal diritto civile, in perfetta sintonia con quanto accade, ad esempio, in alcune disposizioni del diritto penale tributario italiano (l'abrogato art. 1 commi 1 e 6 L. n. 516/8 – prima e dopo le modifiche intervenute con la L. n. 154/91 – e l'art. 5 Dlgs n. 74/2000).

2) *Le “considerazioni fattuali” nel diritto penale. Problemi e prospettive*

Per il diritto penale tedesco il problema della responsabilità penale degli organi e dei rappresentanti è una questione di evidente spessore dogmatico e di scottante attualità applicativa, tanto che di recente la si è potuta descrivere come la “moderna versione” del problema penalistico dell'azione⁵. Più in particolare, la soluzione di questo problema è stata presa a modello per sviluppare la discussione in ordine alle possibilità e ai limiti offerti dalle cc.dd. *faktische Betrachtungsweise* (abbreviato: *fBw*) nel diritto penale. Il debito contratto dalla dogmatica dell'amministratore di fatto nei confronti delle *fBw* sollecita una seppur breve ricostruzione di tale problematica.

Come già osservato, questo tipo di interpretazione affonda le sue radici nei contributi di quella parte della dottrina che da almeno settant'anni predica l'affrancamento del diritto penale dal pensiero civilistico⁶. Da un punto di vista storico, la valorizzazione di questo metodo interpretativo ha trovato terreno fertile nelle concezioni antiformalistiche sostenute dalla dottrina e dalla legislazione del terzo *Reich*⁷. Ma sarebbe storicamente inesatto considerare le *fBw* come un precipitato tecnico dell'ideologia politica del nazionalsocialismo. È vero inve-

⁵ W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrecht*, 2^a ed., 1990, 206.

⁶ Cfr. H. J. BRUNS, *Die Befreiung*, cit., *passim*.

⁷ Sul radicale ripensamento operato dalla dottrina giuridica nazionalsocialista sulla funzione del diritto penale ed in particolare sulle tendenze “antiformalistiche” tra i tanti si vedano i “meditati” contributi di C. SCHMITT, *Nationalismus und Rechtsstaat*, *JW*, 1934, 713 e F. SCHAFFSTEIN, *Die formalismus im Strafrecht*, *DR*, 1934, 349 ss, l'“entusiastico” articolo di R. FREISLER, *Zur Befreiung des Rechtsdenken*, *DJ*, II, 1936, 1568 ss e la consacrazione “ufficiale” ad opera di F. GÜNTER, *L'idea di giustizia e la rinascita del diritto penale tedesco*, *Riv. dir. pen.*, 1935, 1186. In una prospettiva “storico-filosofica” v. le considerazioni di K. MARXEN, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht*, 1975, *passim* e, nella dottrina italiana, M. A. CATTANEO, *Terrorismo e arbitrio. Il problema giuridico nel totalitarismo*, 1998, 187 ss.

ce che la battaglia a favore del riconoscimento dell'autonomia del diritto penale rispetto agli altri rami dell'ordinamento mirava, e mira, a scopi pienamente condivisibili, tanto che ancora di recente si è potuto autorevolmente riconfermare il valore imprescindibile ("*Allgemeingut*") della separazione della dogmatica penalistica dal pensiero civilistico⁸.

In un'ottica diacronica sembra opportuno ricordare che, nonostante l'ampia rilevanza assunta dalla questione nella prassi giurisprudenziale, una sistematizzazione dei molteplici problemi sollevati da questo genere di "operazioni" interpretative tarda ad arrivare⁹. Tale ritardo, nonostante la scottante attualità del tema, può essere interpretato come sintomo di un'evidente difficoltà da parte della dottrina penalistica nell'affrontare questioni che, se non adeguatamente ponderate rischiano di porre seriamente in crisi l'acquisizione centrale della visione illuministico-liberale del diritto penale: il *nullum crimen sine lege* ed i suoi presupposti politici e filosofici.

Alla luce delle acquisizioni della più recente teoria dell'interpretazione si tratta, forse, di una preoccupazione eccessiva, tuttavia non vi è dubbio che un diritto penale saldamente ancorato alla visione lisztiana di "*Magna Charta del delinquente*"¹⁰, può difficilmente tollerare interventi normativi incentrati sull'uso di clausole generali o che mettano a disposizione dell'interprete altri strumenti in grado di aggredire la competenza esclusiva del legislatore nella creazione di norme penali. In realtà, occorre convenire con quella parte della dottrina tedesca che, nell'affrontare la problematica della responsabilità penale dell'amministratore di fatto, ha chiaramente messo in luce che la vera insidia per le esigenze della legalità non proviene certo dall'impiego di tecni-

⁸ B. SCHÜNEMANN, *Die Problematik der "besonderen persönlichen Merkmale" im Strafrecht*, Jura, 1980, 570. Precedentemente ID., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, 129, 263.

⁹ Con riferimento alla responsabilità dell'amministratore di fatto v. i brevi contributi di H. J. BRUNS, *Über die Organ- und Vertreterhaftung im Strafrecht*, JZ, 1954, 12 ss; ID., *Faktische Betrachtungsweise und Organhaftung*, *ivi*, 1958, 461 ss e la monografia di A. WIESENER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Stellenvertretern und Organen*, 1971, *passim*. Parte della dottrina ha giustamente osservato che all'interno della dottrina penalistica la discussione sulle *fBw* sconta una sensibile ritardo non solo sulla giurisprudenza ma anche nei confronti della legislazione in materia tributaria e civile. Cfr. J. CADUS, *Die faktische Betrachtungsweise*, 1984, 32 ss.

¹⁰ F. v. LISZT, *Über den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts*, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, 1905, v. II, 80.

che descrittive attente alla natura delle cose, ma dal massiccio impiego di clausole generali che, per loro natura, finiscono per annullare ogni effettivo limite alla discrezionalità giudiziaria e che, *in subiecta materia*, corrono anche il rischio di rivelarsi ineffettive.

Se tutto questo è vero non può allora dubitarsi dell'utilità di approfondire lo studio dei limiti e delle possibilità offerte dalla c.d. *fBw*¹¹.

Prima di procedere oltre, si rende necessaria una precisazione terminologica. L'esame della dottrina consente di verificare la presenza di una pluralità di definizioni: alcuni autori parlano di *tatsächlichen Bw*, altri invece utilizzano l'espressione *wirtschaftlichen Bw*. Alla diversità terminologica non sembra però corrispondere una reale differenziazione contenutistica: entrambe le espressioni si riferiscono, infatti, ad un tipo di interpretazione che privilegia il reale assetto delle cose o che, come ha più volte affermato un acuto critico di questa opinione, "svincola la punibilità dalla *strafatbestandlichkeit*"¹². L'unica differenza sembra essere legata alla sfera di applicazione. Quando si affronta l'interpretazione di un reato caratterizzato da una connotazione patrimoniale – il classico esempio è quello del § 323 StGB (*Betrug*) – si preferisce parlare di *wBw*¹³.

Come già sottolineato, uno dei principali stimoli ad approfondire le possibilità ed i limiti offerti dall'applicazione di questo genere di interpretazione è fornito dall'ampio lavoro della giurisprudenza. Già nel 1855 una sentenza del *Königlichen Obertribunal*, rilevando le lacune conseguenti all'applicazione "letterale" dell'allora vigente fattispecie incriminatrice della bancarotta (*betrügerischen Bankrott § 259 Preußischen StGB*), aveva svincolato l'individuazione del soggetto attivo del reato da un formalistico ossequio alle qualifiche civilistiche impiegate dal legislatore del tempo per descrivere questo elemento del reato¹⁴. Da tale momento in poi, la giurisprudenza ha fatto tesoro di questa embrionale indicazione recependola come sicuro strumento interpreta-

¹¹ A. WIESNER, *Di strafrechtliche*, cit.,

¹² K. TIEDEMANN, *Tatbestandfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969, 57.

¹³ J. CADUS, *Die faktischen*, cit., 25 s. La dottrina ha giustamente precisato che le *fBw* non rappresentano un autonomo procedimento interpretativo, ma il naturale complemento del quotidiano strumentario impiegato nell'applicazione del diritto. Sul punto K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht-Einführung und Übersicht*, *JuS*, 1989, 695.

¹⁴ Cfr. N. GÜBEL, *Die Auswirkungen der faktischen Betrachtungsweise auf die strafrechtliche Haftung faktischer GmbH – Geschäftsführer*, 1994, 70 ss.

tivo per correggere, secondo criteri di giustizia materiale, il chiaro tenore letterale di alcune norme che si dimostravano, da questo punto di vista, inadeguate¹⁵. Questa forte caratterizzazione politico criminale, se da una lato rappresenta una buona moneta da spendere a favore delle *fBw*, dall'altra offre lo spunto per formulare alcune significative obiezioni.

Come sostenuto dal più autorevole rappresentante di questa impostazione, la giustizia materiale è solo una parte del diritto penale "giusto", dovendosi a tal fine considerare, stante la perdurante vigenza del principio di legalità, anche la conformità dell'interpretazione sostenuta alla lettera della legge¹⁶. A ciò si aggiunga che nonostante gli sforzi profusi, la dottrina criticata non è riuscita a fornire alcuna argomentazione che convinca definitivamente circa l'erroneità delle tesi di coloro che individuano il motivo di fondo delle *fBw* in un procedimento di tipo analogico e di conseguenza non ha affatto fugato le notevoli perplessità che ancora gravano sul destino di questo metodo di interpretazione¹⁷. Infatti la sua generalizzazione, attraverso un allontanamento dalla dimensione formale dell'illecito, rischia di rivelarsi una comoda copertura ai più disparati punti di vista dei singoli interpreti, con gravi conseguenze sul piano della certezza del diritto¹⁸.

Lo scioglimento forzoso della comunione tra qualificazione extrapenale e struttura del fatto tipico solleva, anche da un punto di vista sistematico, ulteriori perplessità. Come è stato osservato, il diritto penale accessorio, per la particolare tecnica legislativa utilizzata, sembra mettere definitivamente in crisi la centralità del *Tatbestand* come criterio di riferimento per il sistema penale di uno stato di diritto. L'usuale tipizzazione di gran parte delle fattispecie incriminatrici del diritto penale dell'economia attraverso il riferimento a disposizioni extrapenali, introduce elementi di incertezza che si riverberano negativamente

¹⁵ Secondo B. SCHÜNEMANN, § 14, *LK*, 11^a ed., 1993, Rdn. 28 le *fBw* non sono frutto di un "ragionamento teoretico" ma di un approccio "casuistico" della giurisprudenza ai problemi legati al profilo del soggetto attivo nei cc. dd. *Sonderdelikte*.

¹⁶ K. TIEDEMANN, *Grundfragen bei der Anwendung des neuen Konkursstrafrecht*, *NJW* 1977, 779.

¹⁷ K. TIEDEMANN, *Tatbestandfunktionen*, cit., 57 ss.

¹⁸ Cfr. K. TIEDEMANN, *Strafrechtliche Grundprobleme im Kartellrecht*, *NJW*, 1979, 1851. Più in generale W. HASSEMER, *Über die Berücksichtigung von Folgen bei der Auslegung der Strafgesetze*, *FS H. Coing*, 1982, 493 ss ma spec., 512.

sulla funzione di garanzia del fatto tipico¹⁹. Da questa preliminare constatazione parte della dottrina deduce che qualora si ammettesse la praticabilità di un'interpretazione autonoma degli elementi non penalistici si dovrebbe poi attentamente considerare, da un punto di vista normologico, la legittimità di una "separazione della norma" (*Normspaltung* o *Normambivalenz*). In breve: occorrerebbe stabilire "se la stessa determinazione dell'obbligo o del divieto possa...essere interpretata in modo non unitario alla luce della diversa sanzione" comminata²⁰.

I sostenitori dell'opposta opinione non si lasciano certo intimidire da questo genere di osservazioni e a loro volta hanno apprestato una nuova linea di difesa. In particolare si è osservato, che non può essere ragionevolmente sostenuta la tesi secondo la quale esisterebbe un nesso indissolubile tra certezza del diritto e vincolo di accessorialità rispetto all'interpretazione degli elementi di natura extrapenale richiamati dalla norma incriminatrice. Accolto in premessa il carattere relativo ("*Relativität*") proprio di tutte le norme dell'ordinamento giuridico, e quindi anche delle norme penali, questa parte della dottrina ribadisce con forza il carattere autonomo dell'interpretazione penalistica di elementi normativi del fatto tipico tratti da altri rami dell'ordinamento, portando a sostegno della sua opinione i risultati della risalente ricerca condotta da K. Engisch sul problema dell'unità dell'ordinamento giuridico²¹.

La problematica, che coinvolge complesse questioni di teoria generale del diritto, meriterebbe un più ampio approfondimento. Ai fini del presente contributo è però sufficiente osservare che questo slittamento dei termini della discussione nei rarefatti territori della *Allgemeine Rechtslehre* finisce per far perdere di vista all'interprete le pecu-

¹⁹ K. TIEDEMANN, *Straftatbestand und Normambivalenz am Beispiel der Geschäftsbericht fälschung*, FS F. Schaffstein, 1975, 196.

²⁰ K. SCHMIDT, *Die Strafbarkeit "faktischer Geschäftsführer" wegen Konkursverschleppung als Methodenproblem*, FS K. Reebmann, 1989, 436 s, *ivi* l'esposizione delle possibili obiezioni. Questo problema è destinato ad acuirsi alla luce del sempre più evidente scivolamento del diritto penale verso formule legate all'accessorialità di questo nei confronti di regolamentazioni extrapenali. Sul punto si consenta il rinvio a G. MARRA, *Legalità*, cit.

²¹ H. J. BRUNS, *Die sog. "tatsächliche" Betrachtungsweise*, cit., 135 ss. *Ivi*, 136, il riferimento alla notazione di Engisch che vede nella giurisprudenza tedesca l'anticipatrice ("*banhbrechend*") di questo metodo.

liari esigenze del diritto penale (cfr. *infra* § 4), esigenze connesse alla sua natura di mezzo di tutela di beni giuridici attraverso la lesione degli stessi²².

In conclusione: l'esame delle diverse opinioni consente di evidenziare con sufficiente sicurezza che il precipuo scopo dei critici delle *fBw* non è affatto quello di negare la legittimità del ricorso a questo "strumento" interpretativo, ma quello di segnalare i pericoli che possono derivare alle ragioni della stretta legalità da un suo indiscriminato impiego. A questo proposito, è frequente il riferimento esemplificativo al § 84 Abs.1 Nr.2 GmbHG in quanto norma che, per la particolare connotazione del *Tatbestand*, escluderebbe la possibilità di ricorrere alle *fBw* per correggere gli esiti di un'interpretazione legata al dato normativo extrapenale *ivi* richiamato²³. (*amplius infra*, § 6)

Preso atto delle ombre sinistre che aleggiano attorno al metodo delle *fBw* e delle clausole generali, non sembra quindi casuale la posizione di quella parte della dottrina che caldeggia soluzioni di parte speciale per risolvere i problemi delle *Umgebungsverhalten* (alle quali è usualmente ricondotta anche la problematica del *faktischer Geschäftsführer*): solo in questo modo – si dice – il legislatore può costruire uno strumento efficace per colpire le azioni di "aggiramento" senza al contempo esporsi agli inconvenienti (ad es. esiti interpretativi scarsamente compatibili con il divieto di analogia in materia penale) derivanti dall'utilizzazione di *Generalklauseln*²⁴.

Ciò detto, non si può dimenticare che, nonostante i contributi offerti dalla dottrina, il problema delle *fBw* non può considerarsi affatto risolto. Ai nostri fini sarà sufficiente ricordare che la discussione è ancora aperta sia dal punto di vista politico criminale sia dal quello più strettamente normativo: quale funzione realmente assolvono? Hanno confini sufficientemente determinati?²⁵. Sono queste le domande che non hanno ancora trovato una convincente risposta.

²² F. v. LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, 1962, 46.

²³ Cfr. K. SCHMIDT, *Die Strafbarkeit*, cit., 427.

²⁴ N. STÖCKEL, *Bekämpfung des Gesetzmäßigens mit Mitteln des Strafrecht*, ZRP, 1977, 134 ss. *Contra* H. J. BRUNS, *Zur strafrechtlichen Relevanz des gesetzmäßigens Täterverhaltens*, GA, 1986, 1 ss; H. J. RUDOLPHI, § 1, SK, 13 Lfg., 5^a ed., 1990, Rdn. 23. Cfr., anche il classico studio di W. NAUCKE, *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht*, 1973, *passim*.

²⁵ *Amplius* J. M. CADUS, *Die faktische*, cit., 51.

3) *Le concrete esigenze della prassi. L'esperienza del Reichsgericht*

La prima sentenza del RG è datata 1887 e si occupa di un caso in cui era stato giudicato responsabile, per il delitto di bancarotta, un soggetto il cui atto di preposizione alla carica non rispondeva ai requisiti richiesti dalla normativa societaria allora vigente. In sede difensiva era stata sollevata la questione della possibile incidenza della irregolarità della nomina ai fini della esclusione della responsabilità penale (*Strafausschließungsgrund*). La motivazione della sentenza riteneva l'assoluta irrilevanza di tale doglianza, facendo riferimento allo scopo della norma incriminatrice, individuato nella tutela dei creditori e dei soci di una società - in questo caso cooperativa (*Gennossenschaft*) - nei confronti dei possibili abusi compiuti da chi esercita la funzione amministrativa. Si lasciava così chiaramente intendere che, almeno nell'ottica del giudice penale, l'attività materiale realmente compiuta assumeva rilevanza *di per sé*, a prescindere da qualsiasi questione in ordine alla perfezione formale-civilistica del rapporto di amministrazione²⁶. Allo stesso risultato, seppur in un diverso ambito (*Aktiengesellschaft*), è pervenuta una successiva sentenza, la quale affermava che "al fine della responsabilità penale non ha nessun rilievo se la scelta [*rectius*: la nomina] è priva di efficacia giuridica"²⁷.

Successivamente la giurisprudenza si trovò ad affrontare il diverso

²⁶ RGSt 16, 269 ss. In precedenza (1874) il *preußischen Obertribunal* aveva stabilito che ai fini della responsabilità penale per fatti di bancarotta non può avere alcuna rilevanza il fatto che l'amministratore della società effettui pagamenti e tenga libri contabili in relazione ad un patrimonio che non è suo ma della società da lui amministrata. Questa irrilevanza veniva motivata facendo riferimento alla teoria organica della persona giuridica e ad una pretesa esigenza di non "riporre le armi offerte dalla legge contro le gravi manipolazioni" dell'attività economica proprio nei casi in cui, per la forza dei soggetti coinvolti, queste si rivelano maggiormente necessarie. Cfr. *Preußischen Obertribunal*, GA, 1875, 31 ss. Tale decisione aveva fornito lo spunto per rimodellare la legge fallimentare del *Reich* introducendo, con la modifica del 10. 2. 1877, una disposizione (§ 244 *Reichkonkursordnung*) che generalizzava le conclusioni raggiunte in precedenza dalla giurisprudenza, prevedendo la possibilità di considerare penalmente responsabili gli amministratori di società per fatti formalmente riconducibili alla società ma posti in essere dai primi nella loro qualità di organi. Sul punto B. SCHÜNEMANN, § 14, cit., Rdn. 2. La "settorializzazione" di questa disposizione ha finito per impedire, almeno in un primo tempo, l'applicazione del ragionamento espresso dal *preußischen Obertribunal* ad ipotesi diverse dalla bancarotta (ad es. § 288 "*Vereiteln der Zwangsvollstreckung*"). Cfr. RGSt 16, 121 ss e spec. 125.

²⁷ RGSt 64, 81 ss.

problema della responsabilità penale di chi avesse assunto la funzione di amministratore sebbene non fosse stato mai nominato in tale carica. Una tra le prime sentenze in argomento si segnala non solo per la risposta positiva fornita al quesito, ma anche per il fatto che essa costituisce il *trait d'union* con la successiva giurisprudenza del BGH²⁸. “La norma”, così afferma la corte, “descrive l'amministratore come responsabile. Non è [pertanto] contraria alla impostazione della legge l'applicazione della responsabilità anche a carico del direttore di fatto della società quando lo stesso abbia tenuto in maniera irregolare i libri contabili”²⁹. La sentenza si conclude con un'osservazione che, seppur espressa quale *obiter dictum*, non può essere passata sotto silenzio: la non punibilità dell'amministratore di fatto, secondo la sentenza in commento, si porrebbe in insanabile contrasto con il “sano sentimento popolare”. Questo riferimento al *gesundes Volksempfinden* (ex § 2 StGB così come modificato dalla legge 1 settembre 1935) sembrerebbe offrire un decisivo ricolto all'opinione di chi, ancora oggi, ritiene di poter evidenziare l'esistenza di un indissolubile legame tra l'introduzione della responsabilità penale dell'amministratore di fatto ed interpretazioni analogiche *in malam partem*, nonostante che il BGH, in successive sentenze, abbia sempre sostenuto che il medesimo risultato può essere ottenuto per via interpretativa³⁰.

La fondatezza di questa lettura è stata contestata osservando che, nell'economia della decisione, il richiamo al “sano sentimento popolare” svolgerebbe un ruolo marginale. Infatti, da un'attenta lettura della motivazione emergerebbe in modo inequivocabile che la soluzione estensiva era stata ricavata dal Collegio giudicante sulla base della sola *ratio legis* della norma in questione (“*daß das Strafgesetz schon für sich allein eine Verurteilung...rechtfertigen würde*”)³¹ indipendentemente, quindi, da qualsiasi riferimento al *gesundes Volksempfinden*. Accogliendo questa lettura verrebbe definitivamente a cadere il presupposto es-

²⁸ Secondo B. SCHÜNEMANN, §14, cit., Rdn. 69, nt. 211 dal punto di vista dell'“oggetto” delle decisioni questa continuità non sussisterebbe affatto.

²⁹ RGSt 71, 113. Il giudizio si riferiva ad un caso, che non è fuor di luogo definire “classico”, nel quale al “reale” amministratore della società si affiancava, nella qualità di amministratore di diritto, “un'anziana signora di sessantasette anni”.

³⁰ Cfr., C. U. HILDESHEIM, *Die strafrechtliche Verantwortung des faktischen Mitgeschäftsführer in der Rechtsprechung des BGH*, Wistra, 1993, 167.

³¹ RGSt 72, 112. Esclude che si tratti di un ricorso all'analogia anche K. SCHMIDT, *Die Strafbarkeit*, cit., 424.

senziale per poter collegare la responsabilità penale dell'amministratore di fatto con l'impiego di argomentazioni di tipo analogico.

Le sentenze citate si segnalano anche per la loro apparente "neutralità" politico criminale, mancando in esse qualsiasi riferimento alla sostanziale *ingiustizia* di un'interpretazione legata al dato formale della norma incriminatrice: la responsabilità penale dell'amministratore di fatto viene fatta discendere dall'interpretazione della volontà inespresa, ma pur sempre presente, del legislatore. È però interessante sottolineare che il richiamo al "sano sentimento popolare" potrebbe essere letto da un lato come un sintomo dell'insufficienza di un criterio puramente normativo, come quello della *ratio legis*, e dall'altro come segnale di apertura a criteri valutativi esterni alla sfera giuridica³². Come si vedrà in seguito, queste considerazioni, estranee alla decisione in commento, verranno invece esplicitamente proposte da alcune sentenze del BGH nelle quali si fa diretto riferimento all'ingiustizia sostanziale alla quale condurrebbe un "eccesso" di legalismo nell'interpretazione di alcune norme penali.

Da un punto di vista di teoria dell'interpretazione, questo continuo riferimento a conseguenze "esterne" sembra rimandare l'interprete all'applicazione di uno schema argomentativo (*folgenorientierte Argumentation*) più ampio rispetto all'usuale "metodo teleologico", diretto a legittimare una scelta interpretativa attraverso la valutazione delle sue ripercussioni sociali³³. Questa impressione trova conferma ricordando l'autorevole opinione di chi ritiene che "concetti come...lo *scopo della norma, considerazioni naturalistiche*, punti di vista economici, giustizia del caso singolo...costituiscono lo strumentario" usuale di questo tipo di interpretazione³⁴.

Ritornando ora a considerazioni più attinenti all'oggetto del presente studio, si deve ricordare che il RG, in una sua risalente senten-

³² Sui rapporti tra "Grundgedanken eines Strafgesetz" e "gesundem Volksempfinden" P. NUVOLONE, *La riforma del § 2 del codice penale germanico, Trenta anni di diritto e procedura penale*, v. I, 1969, 15 ss. Più in generale W. NAUCKE, *Die Aufhebung des Analogieverbots 1935, NS-Recht in historischer Perspektive*, 1981, 71 ss.

³³ Cfr. N. LUHMANN, *Differenziazione del sistema giuridico, La differenziazione del diritto*, 1990, 74 ss.; ID., *Funktionale Methode und juristische Entscheidung*, AöR, 1969, 3 ss.; L. MENGONI, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, RTDPC, 1994, 1 ss. Sulla distinzione tra *interne ed esterne Folgen* W. HASSEMER, *Über die Berücksichtigung*, cit., 512 ss.

³⁴ W. HASSEMER, *Über die Berücksichtigung*, cit., 511; corsivi aggiunti.

za, aveva impostato il problema delle cc.dd. *Umgebungsverhalten* valorizzando adeguatamente l'aspetto garantistico del *Tatbestand*, pur finendo tuttavia in aperto contrasto con la posizione assunta dalla stessa Corte sul problema dell'amministratore di fatto: "chi elude una norma penale in modo da non realizzarne l'elemento materiale, non può essere punito nemmeno se con la sua azione si sia posto in contrasto con la *ratio* di tutela della fattispecie incriminatrice"³⁵. A questa posizione sembra richiamarsi un marginale orientamento emerso in quegli stessi anni in seno alla giurisprudenza del RG con riferimento alla responsabilità penale dell'amministratore di fatto. Secondo questa parte della giurisprudenza "un dipendente di una GmbH non è direttamente obbligato ai sensi del § 64 [GmbHG] quando di fatto...abbia ricoperto la funzione di amministratore (e perciò nel caso di omissione della richiesta di fallimento non sarà punibile ai sensi del § 84 GmbHG)"³⁶.

4) La giurisprudenza del *Bundesgerichtshof*

La giurisprudenza della "nuova" Corte non tarda ad affrontare il problema dell'amministratore di fatto, e lo fa riprendendo il discorso là dove il RG l'aveva interrotto³⁷: "è amministratore anche chi senza essere stato formalmente nominato o senza essere iscritto nel *Handelsregister* abbia assunto di fatto, con l'accordo dei soci, tale funzione"³⁸. La continuità con la precedente giurisprudenza è segnalata anche dall'espresso richiamo che il 1° *Strafsenat* fa ad alcune precedenti sentenze con le quali il RG aveva ritenuto sufficiente che un soggetto fosse stato in qualche modo preposto all'ufficio di amministratore ("daß er irgendwie zu diesem Amte bestellt worden war")³⁹.

Come già accennato, questo richiamo ha corroborato la posizione di chi, ancora adesso, ritiene la responsabilità penale dell'amministratore di fatto un "frutto proibito", in quanto conseguenza di un'interpretazione analogica a sfavore del reo (v. *supra* § 3). Questa parte della dottrina ha infatti evidenziato la difficoltà di passare sotto silenzio,

³⁵ RG, JW, 1918, 451. *Amplius* N. STÖCKEL, *Über Gesetzumgebung und Umgebungsgesetze im Strafrecht*, Diss., 1966, 75 ss.

³⁶ RGSt, 72, 187.

³⁷ *Contra* H. OTTO, *Anmerkung* BGH, StV, 1984, 462.

³⁸ Cfr. BGHSt 3, 33.

³⁹ In particolare RGSt 16, 269 e 71, 112.

nonostante le “rassicuranti” osservazioni del BGH, il richiamo a sentenze nelle quali l’analogia costituiva l’unica *ratio decidendi*, per giungere poi alla conclusione che l’usuale riferimento all’interpretazione teleologica altro non sarebbe che una “frode delle etichette”, tale da rendere nominalmente “presentabile”, nel sistema penale di uno stato di diritto, una soluzione che al fondo rimane vincolata all’analogia *contra reum*⁴⁰.

Occorre anche ricordare che la giurisprudenza della suprema Corte tedesca, dopo aver risolto il quesito relativo legittimità della responsabilità penale dell’amministratore di fatto, si è soffermata, alla luce delle disposizioni dettate dalla legge sulle società a responsabilità limitata (*GmbHG*) in ordine al potere di nomina degli amministratori ed alle sue forme (§ § 45 Nr.5, 48 Abs.2, 51 Abs.3), sull’esame dei limiti entro i quali possa dirsi esistente una situazione di amministrazione di fatto penalmente rilevante. In questa ricerca il BGH assume come premessa l’opinione secondo cui il diritto penale può, in presenza dello svolgimento di fatto delle funzioni di amministrazione, qualificare un soggetto come amministratore anche qualora non tutte le prescrizioni dettate dal diritto civile siano state puntualmente rispettate. In particolare, la sopra citata sentenza del BGH ritiene che possa ipotizzarsi l’esistenza di una situazione di amministrazione di fatto ogniqualvolta un soggetto, impartendo le disposizioni necessarie allo svolgimento della vita sociale ed esercitando un influsso determinate sull’attività d’impresa, rappresenti “l’anima della società” (“*die Seele des Geschäfts*”)⁴¹.

A questo riguardo il BGH è intervenuto più volte, sostenendo che, ai fini della responsabilità penale, l’amministratore di fatto deve svolgere la sua attività non solo all’interno della società ma anche *all’esterno* di essa, precisando, poi, che ai fini della rilevanza dei rapporti con i terzi, il compimento dell’attività non è di per sé sufficiente se non è ricondotta alla qualifica. Il soggetto che agisce deve cioè “manifestarsi” come amministratore⁴². È stata poi considerata irrilevante la presenza di un amministratore di diritto quando per la “*überragende Stellung*” dell’amministratore di fatto, il primo sia stato trasformato in uno *Strohman*⁴³.

⁴⁰ A. HOYER, *Anmerkung OLG Düsseldorf, NStZ*, 1988, 369 s.

⁴¹ Cfr. BGHSt 3, 33 ss.

⁴² BGH, *GmbHR*, 1958, 179.

⁴³ Per questa indicazione cfr. BGHSt 3, 37; BGHSt 21, 103; BGHSt 31, 122.

Con riferimento a questa ipotesi si è altresì osservato che la responsabilità penale dell'amministratore di fatto non può essere esclusa neppure quando l'amministratore *pleno iure* abbia esercitato, almeno in parte, l'attività di gestione⁴⁴. Specificando ulteriormente questa indicazione, si è precisato che in caso di amministrazione occulta la responsabilità dell'amministratore di fatto non è esclusa qualora quest'ultimo eserciti una "posizione preponderante nei rapporti con l'amministratore di diritto (*ein Übergewicht gegenüber der eingetragenen Geschäftsführer/in*")⁴⁵. Il BGH non ha mancato di osservare che oltre all'aspetto "attivo" dello svolgimento dell'attività, è peraltro necessario accertare la "reale" presenza del consenso della maggioranza dei soci. La presunzione unilaterale del soggetto agente di essere *amministratore*, non è infatti sufficiente per fondare la sua penale responsabilità⁴⁶.

Nel tentativo di ricostruire in modo convincente la figura dell'amministratore di fatto il BGH ha considerato penalmente irrilevante l'attività meramente estemporanea connessa al compimento di un singolo atto richiedendo, invece, una "permanenza nelle funzioni" che dimostri l'assunzione, da parte dell'amministratore di fatto, di una posizione di dominio all'interno della società. Di questo ulteriore requisito, che rappresenta la vera chiave di volta di ogni tentativo definitorio, la giurisprudenza non fornisce una descrizione in positivo, ma si limita ad affermare che dal punto di vista temporale l'attività penalmente rilevante è quella *non momentanea*⁴⁷.

I problemi definitori legati alla figura dell'amministratore di fatto rivestono un ruolo centrale anche nel contesto del dibattito scientifico più ampio. Infatti, almeno in prima approssimazione, non può negarsi che la maggioranza degli autori che si sono occupati dell'argomento ammettono la figura dell'amministratore di fatto salvo poi interrogarsi sulla sua compatibilità con il principio di determinatezza. Mancando una definizione legislativa di cosa debba intendersi per "amministrato-

⁴⁴ BGH, GA, 1971, 36; BGHSt 31, 118. Secondo BGH, NJW, 1988, 3166 ss la responsabilità penale dell'amministratore di fatto dovrebbe però essere esclusa qualora quest'ultimo abbia agito insieme all'amministratore *pleno iure*.

⁴⁵ BGH, StV, 1984, 461; OLG Frankfurt, NStZ, 1988, 368 s.

⁴⁶ P. LÖFFELER, *Strafrechtliche Konsequenzen faktischer Geschäftsführung*, Wistra, 1989, 124; G. JAKOBS, *Strafrecht. AT*, 2^a ed., 1991, § 21, Rdn. 12 *ivi* i riferimenti giurisprudenziali. Volendo v. anche G. MARRA, *Legalità*, cit.

⁴⁷ Cfr., A. DIERLMANN, *Die faktische Geschäftsführen im Strafrecht-ein Phantom?*, NStZ, 1996, 157.

re”, è chiaro che il compito di disegnare i contorni dell'amministratore di fatto non può che spettare agli interpreti, ed in modo particolare alla giurisprudenza, poiché, come è stato giustamente osservato, la precisazione non può avvenire in astratto ma solo alla luce del fatto concreto⁴⁸. Occorre però ricordare che parte della dottrina ha da tempo denunciato che, procedendo caso per caso secondo il principio *neminem ledere*⁴⁹, si finisce per perdere ogni possibilità di arrivare ad una definizione dell'amministratore di fatto che sia conforme al principio di determinatezza.

Prima di concludere questo esame degli orientamenti emersi e consolidati in senso alla giurisprudenza tedesca, non ci si può esimere dall'evidenziare il “faro” politico-criminale che sembra guidare le decisioni sin qui discusse: le lacune nella tutela o, per usare le parole della sentenza che più si è soffermata su questo aspetto, “*l'ingiustizia del risultato*” che conseguirebbe ad una considerazione puramente formale della legge⁵⁰. Ancora più esplicitamente, si è sostenuto che un'interpretazione in tal senso restrittiva impedirebbe alla società di tutelarsi “di fronte ai disonesti maneggi dell'amministratore”⁵¹, e che così facendo si infliggerebbe un serio *vulnus* alla fiducia dei consociati, con probabili ricadute negative sulla tenuta general-preventiva del sistema penale nel suo complesso.

In conclusione: la foga punitiva che fa da sfondo alle *lamentazioni* della giurisprudenza non concede spazio alcuno alle rivendicazioni, assai meno appariscenti ma tutt'altro che secondarie, della legalità.

A questo punto occorre però dare atto dell'impegno profuso da parte della giurisprudenza nell'evidenziare l'impraticabilità, rispetto al “semplicistico” impiego delle *fBw*, di percorsi punitivi alternativi, quali – ad esempio – l'applicazione della disciplina del *concorso di persone nel reato*⁵². Senza dubbio si tratta di un dato significativo che lascia emergere il tentativo di accreditare la possibile forzatura della legalità penale connessa all'estensione della responsabilità agli organi “di fatto” della società come *extrema ratio*, quale inevitabile conseguenza di

⁴⁸ A. DIERLMANN, *Die faktische*, cit., 154.

⁴⁹ BGHSt 6, 315. *Contra* AG Alsfeld, NJW, 1981, 2589.

⁵⁰ BGHSt 21, 105.

⁵¹ BGHSt 31, 122.

⁵² BGHSt 21, 105. Con riferimento alla situazione italiana, volendo, G. MARRA, *Legalità*, cit.

manchevolezze attribuibili all'intero sistema penale⁵³. In breve: un male necessario.

Merita tuttavia di essere ricordato che anche in materia civile si è consolidato un orientamento giurisprudenziale favorevole al riconoscimento di un'autonoma rilevanza dell'amministratore di fatto⁵⁴. Si tratta di un dato di estrema rilevanza che apporta un significativo contributo alla discussione del problema che qui ci occupa, offrendo la possibilità di superare la rigidità formale di alcune norme, come ad es. il § 84 GmbHG, che per la loro strettissima ascendenza civilistica sembrerebbero suscitare più di una riserva in relazione alla responsabilità del *faktischer Geschäftsführer*⁵⁵.

⁵³ Molto meno attenta a curare la sua immagine di *bocca della legge* è quella parte della dottrina che sostiene con forza la necessità del ricorso alle *fBw*: opinando diversamente ("Mit...eine...reine rechtliche Betrachtungsweise"), si "restringerebbe eccessivamente il campo della punibilità per gli autori di reati economici". Così H. FUHRMANN, § 84, F. ROWEDDER-H. FUHRMANN, *Kommentar GmbHG*, 1985, Rdn. 5, nt. 5. Nello stesso senso v., A. DIERLMANN, *Die faktische*, cit., 155 "La spinta... è nella necessità e sensatezza politico criminale". In modo ancora più esplicito N. GÜBEL, *Die Auswirkung*, cit., 91 secondo cui l'opera della giurisprudenza merita un plauso perché difende la società "contro pericolosi criminali" che, attraverso l'aggiramento della legge, compiono azioni meritevoli di pena.

⁵⁴ Cfr. BGHZ 75, 106 (con ampi riferimenti alla giurisprudenza penale precedente); 95, 330; 104, 44. Sul punto v. anche H. ACHENBACH, *Aus der 1987/1988 veröffentlichten Rechtsprechung zum Wirtschaftsstrafrecht*, *NSStZ*, 1988, 498. Occorre sottolineare che l'ordinamento tedesco offre, almeno nell'ambito del diritto commerciale, significativi spunti in ordine all'estensione della responsabilità degli amministratori anche al gestore di fatto. Infatti il § 117 dell'*Aktiengesetz* prescrive, al primo comma, che "chiunque attraverso l'esercizio doloso della propria influenza sulla società induce un amministratore... ad agire in danno della società è obbligato a risarcire il danno". Si tratta di una previsione normativa davvero significativa anche in un'ottica penalistica. Su questa disposizione N. ABRIANI, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, 1998, 67 s. al quale si rimanda per una completa disamina dello *status artis* non limitata alla materia commercialistica. Da ricordare, infine, che in taluni casi anche la maggioranza dei soci può essere considerata destinataria degli obblighi di cui al § 64 GmbHG. Cfr., BGHZ 65, 15, c. d. ITT-Entscheidung.

⁵⁵ Sul punto cfr. K. TIEDEMANN, *Kommentar zum GmbHG-Strafrecht (§§ 82-85 GmbHG und ergänzende Vorschriften)*, 3^aed., 1995, § 83, Rdn. 31 e J. VOGEL, *Schein- und Umgebung handlungen im Strafrecht, insbesondere im europäischen Recht*, Aa. Vv. *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrecht. Madrid Symposium für K. Tiedemann*, 1994, 166 ss. Si ricordi che la dottrina commercialistica, alla luce di alcune pronucie del BGH, ha sostenuto che la *Konkursverschleppungshaftung* trova applicazione anche nei confronti dell'amministratore di fatto. In questo senso, per tutti, W. FLUME, *Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers bei Geschäften nach Konkursreife der GmbH*, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1994, 342.

Alla luce dei dati offerti da questa ricostruzione, è possibile formulare una prima osservazione di carattere generale. L'intero dibattito in materia di responsabilità penale dell'amministratore di fatto sembra scontare una difficoltà di partenza legata alla non chiara distinzione tra il piano *dogmatico* ed il piano *esegetico*. Accogliendo questa preliminare distinzione, secondo cui i rapporti tra diritto penale e diritto civile si svolgono lungo un doppio binario, non dovrebbero sussistere dubbi sulla specificità, da un punto di vista dogmatico, del diritto penale rispetto diritto civile, ma allo stesso tempo si dovrebbe ammettere la possibilità di riscontrare, almeno sul piano esegetico ed alla luce della costruzione del *Tatbestand*, una sovrapposizione tra la disciplina penalistica e quella civilistica, sovrapposizione che costringa l'interpretazione della fattispecie incriminatrice all'interno dei limiti soggettivi disegnati dalle qualifiche civilistiche⁵⁶.

Per esemplificare questa posizione, è sufficiente richiamare l'opinione di quella parte della dottrina che, leggendo nel § 84 Abs.1 Nr.2 GmbHG un rapporto di *presupposizione* necessaria tra gli obblighi civilistici nella loro integralità e norma penale, ritiene "fondate su una falsa applicazione della legge civile" quelle sentenze che affermano la possibilità di considerare a fini penali l'esistenza di una nomina anche quando non siano rispettate tutte le prescrizioni formali dettate dal diritto civile⁵⁷. Una chiara messa a punto di questa distinzione potrebbe peraltro sgombrare il campo da un'obiezione piuttosto ricorrente in dottrina⁵⁸.

⁵⁶ Nella manualistica, ad es., R. MAURACH-H. ZIPF, *Strafrecht. AT.*, Bd. 1, 8ª ed., 1992, 37 ss; H. H. JESCHCHK-T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrecht. AT.*, 5ª ed., 1996, 53 s; G. DANNECKER, *La recente giurisprudenza della Corte Federale di Giustizia sul significato dei principi "nullum crimen sine lege" e "ne bis in idem" per il diritto penale e penale amministrativo dell'economia*, RTDPE, 1990, 448. Con specifico riferimento al problema dell'amministratore di fatto K. TIEDEMANN, *Kommentar*, cit., Rdn. 25; H. OTTO, *Aktienstrafrecht. Erläuterungen zu den §§ 399-410*, 1997, Rdn. 22; H. ACHENBACH, *Wirtschaftsstrafrecht*, ZStW, 1999, 706 ss. Nella dottrina italiana B. PETROCELLI, *Istituti e termini del diritto privato nel diritto penale*, *Saggi di diritto penale*, 1952, 296 ss.

⁵⁷ Cfr. K. SCHMIDT, *Die Strafbarkeit*, cit., 438, per il quale la peculiare struttura del fatto tipico di questa norma precluderebbe la possibilità di ricorrere alle *fBw* per superare gli esiti di un'interpretazione legata al dato normativo extra penale. G. KOHLMANN, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des GmbH Geschäftsführer*, 1990, Rdn. 16 e ss parla di "*formelle...Handlungspflicht*".

⁵⁸ Cfr. L. CONTI, *I soggetti*, AaVv. *Trattato di diritto penale dell'impresa*, 1990, 231 ss.

Si è infatti affermato che l'opinione restrittiva finirebbe per attribuire al diritto penale una funzione ulteriormente sanzionatoria di obblighi già posti da altri rami dell'ordinamento ponendosi così in aperto contrasto con l'opinione assolutamente prevalente, anche sul piano internazionale, che riconosce al diritto penale la più assoluta autonomia rispetto ad obblighi di natura extrapenale. Questa osservazione critica sembra tuttavia cadere con la sua premessa: se la natura sanzionatoria di una fattispecie incriminatrice dipende dalla struttura del *Tatbestand* e non da una opzione *generale ed astratta* sulla funzione della norma penale, non ha davvero più senso parlare di un ritorno al ruolo ulteriormente sanzionatorio del diritto penale. Infatti, il riconoscimento della funzione meramente sanzionatoria svolta da alcune fattispecie penali non intacca in alcun modo la peculiarità del diritto penale rispetto alla altre branche dell'ordinamento ma – al contempo – contribuisce a sminuire il pregio di questo genere di argomentazioni.

In breve: chi decide della funzione della norma penale è *il tipo di fatto* incriminato, non la teoria generale del reato.

5) “*Agire per conto di un altro*”. *La responsabilità penale degli organi e dei rappresentanti*

Nel dibattito sulla responsabilità degli amministratori non ha mancato di far sentire la sua voce il legislatore, e non solo in materia penale⁵⁹. Inizialmente, la scelta non toccava la questione dell'amministratore di fatto, ma il problema più generale della responsabilità degli organi e dei rappresentanti. Infatti il § 6 dell'*Entwurf eines Deutschen Strafrechtsgesetzbuch* del 1936 conteneva una disposizione che consentiva all'interprete di ampliare la portata applicativa di talune norme anche nei confronti di chi “in qualità di amministratore o rappresentante, agisce per conto di un altro”⁶⁰.

⁵⁹ L'abrogato § 9 del *Abgabenordnung – AO* – del 1919 imponeva all'interprete di prendere in considerazione, tra i diversi criteri interpretativi, anche lo scopo ed il significato economico della disposizione: “nell'interpretazione della legge tributaria”, così disponeva l'articolo in questione, “vanno considerati lo scopo ed il significato economico della norma”.

⁶⁰ Cfr. (Hrsg) J. REGGE-W. SCHUBERT, *Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrecht*, II Abteilung – NS Zeit (1933-1939) – *Strafgesetzbuch*, Bd. 1, *Entwürfe eines Strafgesetzbuch*, Teil I, 1988, 344-410.

Come è noto, questo progetto di riforma non ricevette mai una consacrazione definitiva, con la conseguenza che, almeno fino alla mini-riforma del 1968, la soluzione del problema continuò ad essere affidata esclusivamente all'opera della giurisprudenza. Tuttavia, in vista della riforma del codice penale, la discussione – anche in dottrina – continuò senza soluzione di continuità e il frutto prezioso di questa sinergia fu quello di rendere disponibile al legislatore un quadro dettagliato, anche se non definitivo, dei molteplici problemi sollevati dalla responsabilità penale del *faktischer Organ*⁶¹.

Nel fervido clima degli anni '60, quando maturarono le linee fondamentali per una radicale riforma dello StGB, grazie alle concorrenti proposte della Commissione ministeriale (sfociata nell'*Entwurf* 1962 – E '62-) e della Commissione indipendente composta da alcuni professori di diritto penale (*Alternativ-Entwurf* del 1966 -AE '66-), la responsabilità penale dell'amministratore di fatto venne affrontata in modo espresso soltanto nell'E '62, progetto che, come osserva autorevole dottrina, rappresentava la *continuità* con le scelte più significative compiute dalla dottrina e dalla giurisprudenza a partire dal 1871⁶².

I componenti della Commissione ministeriale, richiamandosi espressamente alla problematica delle *fBw*, proposero l'introduzione, in coda al paragrafo destinato a regolare la responsabilità degli organi e dei rappresentanti, di una disposizione che parificasse l'amministratore di fatto agli amministratori *pleno iure* nel caso in cui l'atto di nomina risultasse invalido ("*umwirksam*")⁶³. Per comprendere questa diversa impostazione è opportuno soffermarsi brevemente sulla diversa formulazione delle due ipotesi normative.

Mentre il § 14 dell'E '62 era incentrato su una descrizione prevalentemente "legalistica" dei soggetti, il § 13 dell'AE '66 faceva riferimento al "rappresentante" con una formulazione più ampia, ed al fondo svincolata da stretti legami normativi. Da questa impostazione veniva fatta discendere la necessità – oppure no – di un espresso riferimento alla *irrelevanza* della validità della nomina: la restrizione dello spazio applicativo della norma entro ben definiti limiti normativi impone-

⁶¹ H. J. BRUNS, *Faktische Betrachtungsweise und Organhaftung*, JZ, 1958, 461 ss.

⁶² C. ROXIN, *Strafrecht. AT*, Bd I, 3^a ed., 1997, § 4, IV, Rdn. 17.

⁶³ *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, Bd. XII, 1959, 544. Per la cronologia degli interventi in materia C. ROXIN, § 14, LK, Bd. 1, 1985, 80 s.

va all'E '62, anche alla luce del possibile effetto di "sbarramento", di prendere espressamente in considerazione l'amministratore di fatto⁶⁴.

L'urgenza politico criminale di introdurre nell'ordinamento un'efficace arma di lotta contro la criminalità economica, non dovette però attendere la riforma complessiva del codice penale, realizzata, come è noto, solo alla metà degli anni settanta: essa trovò invece un agile veicolo nella legge introduttiva della disciplina dell'illecito amministrativo (*Einführungsgesetz zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten -EGOWiG* - del 24 maggio 1968). Per la parte che qui interessa il nuovo § 50a StGB non si discostava molto dalle indicazioni emerse nella redazione dell'E '62, parificando all'amministratore *pleno iure* le ipotesi nelle quali "l'autorizzazione alla rappresentanza (*Vertretungsbefugnis*) o il rapporto di funzioni (*Auftragverhältnis*)" fossero "fondate su un titolo invalido"⁶⁵.

All'esito del travagliato processo di riforma, il codice penale tedesco si è adeguato a questa indicazione disciplinando, con una disposizione di parte generale (§ 14), la responsabilità penale degli organi investiti del potere di rappresentanza, siano essi di diritto o di fatto⁶⁶.

L'introduzione di una disposizione come quella del § 14 StGB, che rispecchia anche il § 9 della legge sugli illeciti amministrativi (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* del 24 maggio 1968 e successive modifiche -OWiG-), risponde all'esigenza di ampliare il campo di applicazione di norme penali che, espressamente o in via indiretta, indicano il soggetto attivo del reato attraverso il riferimento a specifici *personenbezogene Merkmale*, quando ad agire non sia direttamente la persona qualificata, bensì un suo incaricato. La parola d'ordine è: "colmare le lacune"⁶⁷.

In quest'ottica il *leading case* utilizzato per esemplificare la necessità di introdurre una disposizione come quella ora in esame è rappresentato dal § 288 StGB, con il quale si punisce la "frustrazione dell'azione di esecuzione forzata". Si afferma che, nel caso di azione esecutiva promossa nei confronti di una società, solo attraverso una norma come quella del § 14 StGB è possibile punire le azioni degli ammini-

⁶⁴ Cfr. *Alternativentwurf eines Strafgesetzbuch*, AT, 2ª ed., 1969, 48 ss.

⁶⁵ R. BUSCH, § 50a, LK, Bd. 1, 9ª ed., 1974, Rdn. 1.

⁶⁶ Per altre disposizioni in materia H. H. JESCHECK-T. WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 230.

⁶⁷ Opinione unanime. C. ROXIN, § 14, cit., Rdn. 1; T. LENCKNER, § 14, *Sch/Sch*, 24ª ed., 1991, Rdn. 1; K. MARXEN, § 14, AK, Bd. 1, 1990, Rdn. 2.

stratori dirette a frustrare le pretese dei creditori nei confronti della società da essi amministrata⁶⁸.

Altrettanto esemplare, per due ordini di ragioni, è l'ipotesi della bancarotta *ex* § 283 ss StGB. La prima ragione è legata alla sua rilevanza quantitativa all'interno della dinamica della criminalità economica⁶⁹, la seconda si collega direttamente a quelle decisioni del RG e del BGH che in via interpretativa avevano riconosciuto la responsabilità penale dell'amministratore di fatto: la disposizione ora in esame sembra confermare, sia pure *ex post*, la fondatezza della tesi sostenuta dalla prevalente giurisprudenza. Da altro punto di vista, l'utilità di questa disposizione può essere apprezzata se posta in relazione con l'ipotesi di bancarotta omissiva di cui al n. 5 del § 283 StGB. Con riferimento a questa fattispecie, che punisce chi, essendovi legalmente obbligato, non tiene i libri contabili, la dottrina ha riconosciuto al § 14 StGB anche un'importante funzione *limitativa* del campo di applicazione della norma in questione⁷⁰. A ben vedere, però, lo spazio applicativo più ampio è offerto dal c.d. *Nebenstrarecht*⁷¹ (*amplius infra* § 6).

Come accennato, il legislatore ha introdotto un'analoga disposizione anche nell'OWiG allo scopo di allargare la cerchia dei soggetti attivi degli illeciti amministrativi, al fine di realizzare una più efficace lotta contro la criminalità economica. Ma la contemporanea introduzione dei § 30 e 130 ha permesso a parte della dottrina di sottolineare che, nell'ambito dell'OWiG, la disposizione del § 9 assolve una ulteriore e più specifica funzione: predisporre una griglia normativa capace di offrire una risposta efficace alle varie forme di criminalità di impresa (i c.d. *corporate crimes*) direttamente riferibili alla persona giuridica⁷².

A questo punto, è opportuno ricordare l'opinione di chi interpreta il paragrafo in esame, "al pari del § 13, come "obbligo legislativo di analogia", in quanto norma che facoltizza l'interprete a *creare* una

⁶⁸ E. SAMSON, § 14, SK, Bd. 1, 1985, Rdn. 2a.

⁶⁹ Cfr. K. H. LABSCH, *Die strafbarkeit des GmbHG-Geschäftsführer im Konkurs der GmbH*, Wistra, 1985, 1 ss (*ivi* l'esame dei rapporti tra § 283 ss StGB e § 14 StGB); W. HEINZ, voce, *Wirtschaftskriminalität*, (Hrsg) G. Kaiser et al. *Kleine kriminologische Wörterbuch*, 3^a ed., 1993, 591.

⁷⁰ C. ROXIN, § 14, cit., Rdn. 13 (in rif. al § 225 *Arbeitsförderungssetz*); T. LENCKNER, § 14, cit., Rdn. 6.

⁷¹ Una panoramica in C. ROXIN, § 14, cit., Rdn. 22.

⁷² P. CRAMER, § 9, KK OWiG, 1982, Rdn. 1-2.

nuova fattispecie attraverso la sovrapposizione della disposizione in esame con una norma incriminatrice di parte speciale⁷³.

Questa "immanente" presenza dell'analogia fa sì che alcuni autori abbiano avvertito la necessità di insistere per una interpretazione restrittiva o, "riduzione teleologica" (alla luce della legge fondamentale e della funzione politico criminale svolta dal § 14 StGB), al fine di rendere compatibile quella norma con l'obbligo di determinatezza⁷⁴. Ma vi è anche chi, ritenendo la disposizione del § 14 del tutto superflua, in quanto gli stessi risultati potrebbero essere raggiunti attraverso l'interpretazione delle singole disposizioni di parte speciale, non ritiene di doversi attenere ad una linea che restringa indebitamente il campo di applicazione delle *fBw*⁷⁵. In definitiva sembra cogliere nel segno l'osservazione di chi rimprovera al § 14 StGB la "mancanza di una base unitaria"⁷⁶.

In realtà non si cessa di dibattere se la disposizione in esame crei uno sbarramento (*Sperrwirkung*) per l'ulteriore espansione della *fBw*. Gli autori che sostengono questa tesi ritengono che con l'introduzione del § 14 StGB il legislatore si proponesse un duplice scopo: ampliare l'ambito di applicazione di alcune fattispecie incriminatrici, ma allo stesso tempo tutelare anche l'opposto interesse alla certezza del diritto ("*Rechtssicherheit* "). Tale obiettivo – si afferma – poteva essere raggiunto solo attraverso una disposizione espressa che, *a contrario*, limitasse il ricorso ad interpretazioni "fattuali" che per loro natura rimangono estranee alle metodologie interpretative del diritto penale⁷⁷.

⁷³ K. MARXEN, § 14, cit., Rdn. 6.

⁷⁴ K. MARXEN, § 14, cit., Rdn. 8 ss; ID., *Die strafrechtliche Organ – und Vertreterhaftung-eine Waffe im Kampf gegen die Wirtschaftskriminalität*, JZ, 1988, 287 ss. Cfr. tuttavia H. M. PAWLOWSKI, *Introduzione alla metodologia giuridica*, 1993, 125 che definisce la riduzione "teleologica. . . l'esatto *pendant* della analogia". Occorre qui ricordare l'insegnamento del BVerfG secondo cui si ha violazione del principio di determinatezza tutte le volte in cui i risultati dell'interpretazione giurisprudenziale non consentono al cittadino di determinare in astratto i confini dell'illecito (v. *infra* § 8).

⁷⁵ Per tutti A. WIESENER, *Die strafrechtliche*, cit., 14 ss, 185 ss.

⁷⁶ C. ROXIN, § 14, cit., Rdn. 4. Nello stesso senso B. SCHUNEMANN, § 14, cit., Rdn. 3.

⁷⁷ Così K. TIEDEMANN, *Vor § 283, LK*, cit., Rdn. 66; K. MARXEN, § 14, cit., Rdn. 43, descrive il § 14 Abs 3 StGB come "caso eccezionale", insuscettivo di applicazione estensiva; H. OTTO, *Bankentätigkeit und Strafrecht*, 1983, 162 ss. Nella dottrina commercialistica U. STEIN, *Das faktische Organ*, 1984, 194 ritiene che al di fuori delle ipotesi previste dal § 14 Abs. 3 StGB residui spazio soltanto per interpretazioni analogiche.

Altra parte della dottrina, incline ad ammettere le *fBw* come metodo interpretativo proprio del diritto penale, parte invece dall'esame del Abs. 3 § 14 StGB per sostenere l'opposta soluzione. Questa disposizione – si dice – contiene un espresso riconoscimento della legittimità delle *fBw*, offrendo all'interprete l'appiglio per procedere, ove necessario, al *completamento* della norma incriminatrice. In altre parole: di fronte alle eventuali insufficienze "repressive", non sarebbe più legittimo alcun dubbio sulla convenienza ed ammissibilità delle *fBw*. Ad una soluzione di questo tipo non sarebbe peraltro di ostacolo che la fattispecie sia incardinata lungo i binari della *descrizione casistico-normativa* delle diverse figure soggettive, poiché il legislatore penale avrebbe dimostrato di considerare la *funzione* come penalmente rilevante solo sulla base dell'esercizio *di fatto* dei poteri che derivano dall'atto di preposizione alla carica. Secondo questa parte della dottrina, dal punto di vista penalistico il soggetto "agisce non sulla base di un atto di preposizione invalido, ma sulla base di un atto di nomina fattualmente valido"⁷⁸.

Resta fermo che l'esegesi della norma in questione non presenta particolari difficoltà, prescrivendo, in tutti i casi, l'esistenza di una nomina a prescindere dalla sua validità. Tale regola non patisce eccezioni. Anche nell'ipotesi di cui all'Abs. 2 non è prescritta la validità formale della nomina ma solo la sua "fatticità" ("*Faktizität*"). È tuttavia necessario evidenziare che la nomina di per sé non è idonea a fondare una responsabilità del rappresentante, perché mancando l'esercizio dei poteri il soggetto agente non può assumere alcun dovere⁷⁹. In definitiva: si può affermare che "il rappresentante di fatto ai sensi del Abs. 3...è solo colui che è stato nominato in modo irregolare", ma nonostante ciò abbia concretamente esercitato la funzione⁸⁰.

A questo punto è necessario verificare in quali casi possa considerarsi esistente una nomina ai sensi del § 14 StGB. A tal fine, è richie-

⁷⁸ H. J. BRUNS, *Grundprobleme der strafrechtlichen Organ-und Vertreterhaftung* (§14 StGB, §9 OWiG), GA, 1982, 19 ss (per la cit. cfr. 22); N. GÜBEL, *Die Auswirkungen*, cit., 113. *Contra* però K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., 685 secondo cui "l'acritica" applicazione delle *fBw* si porrebbe in contrasto con la più recente giurisprudenza costituzionale (in particolare BVerfGE 92, 1 ss).

⁷⁹ C. ROXIN, § 14, cit., Rdn. 44; W. BOTTKE, *Empfiehl es sich die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Wirtschaftsstrataten zu Verstärken*, Wistra, 1991, 84.

⁸⁰ T. LENCKNER, § 14, cit., Rdn. 43; W. ROTBERG, *Ordnungswidrikeigesetz*, 5ª ed., 1975, § 9, Rdn. 33.

sta quantomeno la presenza di un comportamento *concludente* da parte dell'organo legittimato ad esercitare il potere di elezione, comportamento nel quale siano ravvisabili gli estremi "minimali di un atto di nomina" ("*rudimentär Bestellungsakt*"). Non sono quindi sufficienti né l'atteggiamento di tolleranza dimostrato dagli organi sociali verso l'attività di amministrazione svolta al di fuori di qualsiasi incarico, né l'usurpazione unilaterale della funzione⁸¹.

Prima di concludere, si deve ricordare che la norma in esame non spiega alcun effetto nei riguardi del rappresentato o del delegante. Nel caso in cui nel comportamento del rappresentato siano ravvisabili profili di rilevanza penale, troveranno applicazione disposizioni diverse dal § 14 come, ad es., le norme sul concorso di persone nel reato. In breve: "non si da applicazione a rovescio del § 14 StGB"⁸².

6) Amministrazione di fatto e reati propri

La ricognizione dei limiti codicistici entro cui è costretta la responsabilità penale dell'amministratore di fatto, non esaurisce per intero la problematica: infatti il § 14 StGB non può trovare applicazione in relazione ad ipotesi di reato nelle quali la questione dell'ammissibilità dell'esercizio di fatto di funzioni di amministrazione assume una grande rilevanza⁸³. La prima ipotesi è quella dei *Sonderdelikte*, tra i quali, come già anticipato, merita di essere segnalato il § 84 GmbHG.

Tale reato punisce l'amministratore che omette di comunicare ai soci una perdita per l'ammontare della metà del capitale sociale (Abs.1) o l'amministratore che, in violazione del dovere di cui al § 64 Abs.1 GmbHG, omette di richiedere l'apertura di una procedura concorsuale nel caso di insolvenza ("*Zahlungsunfähigkeit*") o di eccessiva esposizione debitoria ("*Überschuldung*"). In questo caso, ci si trova senza alcun dubbio in presenza di un reato proprio⁸⁴, reato al quale la disposizione del § 14 StGB non può essere applicata, in quanto norma destinata a disciplinare ipotesi nelle quali non vi è coincidenza

⁸¹ K. MARXEN, § 14, cit., Rdn. 43. con riferimenti alla giurisprudenza (BGHSt 21, 104; BGHSt 31, 123).

⁸² E. SAMSON, § 14, cit., Rdn. 13. Conf., OLG Düsseldorf, NJW, 1970, 1387.

⁸³ Come è facilmente intuibile la lista di questi reati è davvero lunga. Per una ricapitolazione v. B. SCHÜNEMANN, § 14, cit., Rdn. 42.

⁸⁴ *Echte Sonderdelikte*: così K. TIEDEMANN, *Kommentar*, cit., § 84, Rdn 18.

tra il soggetto che materialmente agisce e la titolarità dell'obbligo extrapenale al quale fa riferimento la norma incriminatrice⁸⁵, mentre nel caso in esame sussiste una perfetta coincidenza delle due posizioni⁸⁶. In questi casi, ove si verifichi una "scissione" tra titolarità dell'obbligo ed esercizio dei poteri a questo inerenti, ad esempio perché all'amministratore di diritto venga affiancato un amministratore di fatto il quale eserciti in maniera "predominante" le funzioni di amministrazione, esautorando completamente il primo, il problema della punibilità del gestore di fatto, sostenibile solo in via interpretativa, torna a porsi in primo piano, ed in termini del tutto diversi.

Generalmente si esclude che l'imperfezione formale della nomina (ad es. in caso di mancata iscrizione dell'amministratore nell'apposito registro) o la nullità della stessa possano incidere, con effetto esimente, sul giudizio di responsabilità: anche in questi casi sussiste l'accordo dei soci, e l'amministratore agisce su questa base⁸⁷.

Ben diverso è invece il caso dell'amministratore *oculto*. Una recente ricerca, facendo propria una risalente pronuncia del RG, ha affrontato il problema assumendo l'esistenza di un rapporto di presupposizione necessaria tra gli obblighi previsti dal § 64 Abs. 1 GmbHG e la violazione dell'obbligo penalmente sanzionato. Se questa presupposizione manca, venendo meno la possibilità di riferire i doveri del § 64 cit. a chi non è amministratore in senso civilistico, non potrebbe esservi responsabilità penale dell'amministratore di fatto tanto più se il reato proprio è anche un reato *omissivo* proprio, per il quale, come è noto, non può essere chiamato a rispondere chi non ha la possibilità di agire nel senso prescritto dalla norma.

Questa conclusione sembra rafforzarsi riconoscendo l'essenza integralmente normativa dell'obbligo e l'influenza esercitata da questa caratteristica sulla ricostruzione della situazione tipica posta al centro della norma penale. In tal caso, contrariamente a quanto accade nella bancarotta, dove almeno di regola la condotta tipica è incentrata su un atto di rilevanza fattuale ("*körperlich-tatsächlichen Akt*"), l'esegesi della norma deve dimostrarsi particolarmente attenta ai limiti imposti

⁸⁵ Si pensi alle ipotesi di bancarotta in cui è possibile che la titolarità dell'obbligo faccia capo ad una persona giuridica, mentre i singoli fatti di bancarotta sono necessariamente commessi dagli amministratori.

⁸⁶ Cfr. BGHSt 31, 122. In senso adesivo H. OTTO, *Anmerkung*, cit., 462; H. H. JESCHECK-T. WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 231.

⁸⁷ BGHSt 3, 37. K. TIEDEMANN, *Kommentar*, cit., § 84, Rdn. 27.

alla norma incriminatrice dalla sua sovrapposizione con la normativa extrapenale⁸⁸. Tale restrittiva conclusione, sempre secondo questa parte della dottrina, non potrebbe del resto essere superata facendo ricorso alle *fBw*⁸⁹. Di fronte ad un'inscindibile compenetrazione tra "forma" e "sostanza", l'art.103 II GG creerebbe un insormontabile ostacolo ad ogni operazione di *sostanzializzazione* delle fattispecie in questione, rendendo così impossibile l'estensione della norma incriminatrice all'amministratore di fatto.

Di contrario avviso si dimostrano tuttavia la dottrina e la giurisprudenza dominanti, le quali ritengono di poter correggere le soluzioni fondate su argomentazioni di "dogmatica giuridica" attraverso la valorizzazione del reale stato delle cose – *rectius: fBw*⁹⁰. Lungo questa traiettoria sembra muoversi un'importante decisione del BGH resa in una materia – le sovvenzioni al commercio – nella quale il nodo dei rapporti tra norme di diversi rami dell'ordinamento ricopre un ruolo decisamente importante. Affrontando il tema delle relazioni tra interpretazione della norma incriminatrice ed istituto civilistico richiamato quale elemento di fattispecie – nel caso di specie si trattava di un contratto –, il BGH ha espressamente statuito che quest'ultimo deve essere interpretato restrittivamente quando l'interpretazione teleologica della norma penale suggerisca un simile risultato. In applicazione di questo principio, è stato ritenuto penalmente rilevante anche un mero

⁸⁸ K. TIEDEMANN, *Kommentar*, cit., Rdn. 32; ID, *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., 681. Nello stesso senso G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., § 21, Rdn. 14, nt. 26. Secondo questo autore la responsabilità penale dell'amministratore di fatto non è contraria "per se" all'art. 103 II GG, ma deve essere valutata caso per caso. In senso contrario si suggerisce l'ipotesi in cui la fattispecie incriminatrice richieda il compimento di una azione giuridicamente rilevante ("*Rechtsbehandlung*") ed il soggetto agente non abbia in concreto al possibilità giuridica di agire nel senso voluto dalla norma. Non manca un accenno all'opportunità di considerare le potenzialità offerte dalla normativa sul concorso di persone nel reato. Cfr. anche J. VOGEL, *Schein – und Umgehungshandlungen*, cit., 166 ss.

⁸⁹ K. SCHMIDT, *Die Strafbarkeit*, cit., 433 ss. V. anche J. C. JOERDEN, *Grenzen der Auslegung des § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG*, *Wistra*, 1990, 1 ss e K. TIEDEMANN, *Tatbestand*, cit., 70 ss. Quest'ultimo autore ammette un'autonoma interpretazione degli elementi normativi della fattispecie penale soltanto quando questi ultimi si rivelino irrilevanti ai fini della determinazione del contenuto dell'illecito (*Unrechtgehalt*), pena la violazione del principio costituzionale di riserva di legge.

⁹⁰ H. J. BRUNS, *Die sog. "tatsächliche"*, cit., 134 ss; J. M. CADUS, *Die faktische*, cit., 145 s e giur. cit., alla quale *adde* OLG Düsseldorf, *NJW*, 1988, 3167.

accordo tra le parti, anche se inidoneo, secondo il diritto civile, a produrre effetti giuridici patrimoniali⁹¹.

Questa interpretazione ha suscitato forti critiche da parte di alcuni settori della dottrina che, richiamando anche considerazioni di teoria generale dell'interpretazione, hanno negato la conformità di questa decisione al contenuto dell'art. 103 II GG. Infatti, anche la riduzione teleologica del "tipo" può essere considerata contraria al divieto di analogia qualora venga estesa oltre il limite segnato dall'"ambito marginale" (*Begriffshof*) del concetto da interpretare, venendo così ad intaccare il nucleo essenziale (*Begriffkern*) dell'illecito⁹².

La problematica relativa ai complessi rapporti tra reati propri e la previsione di cui al § 14 StGB è stata di recente oggetto di un complessivo ripensamento da parte di autorevole dottrina.

Secondo B. Schünemann l'unica argomentazione capace di fornire una soluzione soddisfacente per i casi di "azione per conto di un altro" andrebbe ricercata all'interno della dogmatica dei reati omissivi impropri. In particolare, secondo l'opinione dell'autore, l'amministratore dovrebbe essere ritenuto responsabile per la violazione di obblighi legislativamente stabiliti a carico della società rappresentata, in quanto lo stesso dovrebbe essere considerato quale *garante* della tutela di determinati beni giuridici. L'amministratore, infatti, grazie all'assunzione di una posizione di gestione attiva all'interno della società, possiede tutti i poteri per evitare la lesione di beni giuridici e pertanto deve essere considerato *garante* dell'integrità di questi⁹³. A differenza di quanto avviene nell'ambito dei reati omissivi impropri (§ 13 StGB) la disposizione in esame si caratterizzerebbe per l'individuazione del garante attraverso l'utilizzazione di peculiari figure normative (come, ad es., commerciante, datore di lavoro ecc.): tuttavia l'integrale normativizzazione del soggetto attivo del reato non potrebbe, almeno di regola, limitare l'estensione della responsabilità penale conseguente alla violazione di queste norme da parte di chi abbia assunto la funzione gestoria degli interessi e delle attività altrui.

Questa soluzione sarebbe imposta dalla funzionalizzazione del diritto penale alla tutela di beni giuridici e troverebbe una significativa

⁹¹ BGHSt 32, 256 ss.

⁹² V. KREY, *Zur Problematik richterlicher Rechtsfortbildung contra legem*, JZ, 1978, 366 e K. ENGISCH, *Einführung in das juristen Denken*, 8^{ed.}, 1983, 107 s.

⁹³ B. SCHÜNEMANN, § 14, LK, cit., Rdn. 12 ss.

conferma nella disposizione di cui al § 14 Abs. 3. Infatti, se il legislatore ritiene penalmente responsabile anche chi abbia di fatto esercitato l'attività di amministrazione, allora può fondatamente sostenersi che non è la titolarità formale di una qualifica soggettiva extrapenalistica ad intergrare la posizione di garanzia nei confronti del bene, ma piuttosto l'assunzione *di fatto* di una posizione di controllo che consente all'amministratore di esercitare un effettivo potere sulla vita societaria (*rectius*: "Kontrolle über einen sozialen Bereich")⁹⁴.

7) L'opinione "dissenziente" di H. Otto

Dalle argomentazioni proposte, risulta di immediata evidenza la centralità della discussione sulle *fBw* per la soluzione del problema dell'amministratore di fatto. In dottrina si è però obiettato che impostando in questo modo la *quaestio* si rischia, in realtà, di smarrire il bandolo della matassa. Meglio sarebbe, prescindendo dal richiamo alle *fBw*, riferirsi ad un principio generale dell'ordinamento che trova espressione nei casi di *actio libera in causa* (*a.l.i.c.*) e nelle situazioni di legittima difesa provocata: "nessuno può trarre un vantaggio giuridico ("Rechtsvorteil") dalla realizzazione dolosa di un pregiudizio al bene giuridico altrui"⁹⁵. Anche qui occorre una precisazione. Parte della dottrina ha ritenuto di dover distinguere dai casi di *a.l.i.c.* le ipotesi di *omissio libera in causa*, proponendo così uno schema che nominalmente sembra adattarsi meglio alla situazione dell'amministratore di fatto nelle ipotesi di cui al § 84 Abs.1 Nr.2 GmbHG⁹⁶. Tuttavia, queste precisazioni non incidono sulla discendenza di entrambi gli schemi dal principio enunciato da H. Otto.

È noto, che ambedue le questioni costituiscono aspetti altamente problematici nella discussione scientifica di lingua tedesca⁹⁷. Prescindendo ora da ulteriori considerazioni, preme evidenziare che *a.l.i.c.* e situazione di legittima difesa provocata sarebbero strettamente correlate almeno per quella parte della dottrina che utilizza, al fine di risol-

⁹⁴ B. SCHÜNEMANN, § 14, LK, cit., Rdn. 12 e 17.

⁹⁵ H. OTTO, *Anmerkung*, cit. p. 463.

⁹⁶ *Pro e contra* rispettivamente W. STREE, *Vor. § 13, Sch/Sch*, cit., Rdn. 144; J. HRUSCHKA, *Probleme der actio libera in causa heute*, JZ, 1986, 310 s.

⁹⁷ Su ambedue i punti per tutti C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., § 15, VIII, Rdn. 61 ss; § 20/ C, Rdn 57 ss.

vere i problemi della *provozierte Notwehrlage*, uno schema di immediata derivazione dalla *a.l.i.c.*: l'*actio illicita in causa*⁹⁸. In realtà, come bene ha dimostrato Roxin, lo schema della *actio illicita in causa* non si presta a spiegare le situazioni di legittima difesa provocata: più opportuno è il riferimento allo schema dell'abuso del diritto⁹⁹. Ai fini del presente lavoro questa ulteriore osservazione non fa venir meno la necessità di segnalare l'importanza della condotta precedentemente tenuta dall'agente e l'intenzione che questo persegue: ciò impone all'interprete di verificare caso per caso l'adattabilità di tale schema.

Per chiarire la praticabilità di questa ipotesi interpretativa, nei limiti della presente indagine, sembra opportuno distinguere il caso in cui l'esercizio di fatto dell'attività di amministrazione sia preordinato al compimento di illeciti – leggi: con l'intenzione di preconstituersi una scusa – dalle ipotesi in cui tale preordinazione non possa ritenersi esistente. Nel primo caso non dovrebbero esserci dubbi sulla possibilità di chiamare a rispondere anche l'amministratore di fatto degli illeciti da lui commessi, mentre nella seconda ipotesi è assai più difficile ipotizzare la strumentalità dell'attività di gestione senza "forma" rispetto all'esenzione da pena: venendo a mancare il rapporto di implicazione necessaria tra l'esercizio di fatto dell'attività di amministrazione e successiva commissione dell'illecito, sarebbe difficile ipotizzare quell'abusività della situazione che secondo l'opinione di Otto dovrebbe connotare il contesto nel quale agisce l'amministratore di fatto, con la conseguenza di dover mandare assolto l'amministratore di fatto, salvo che la sua responsabilità possa essere affermata "autonomamente" per altra via.

⁹⁸ Cfr. J. BAUMANN, *Rechtsmißbrauch bei Notwehr*, MDR, 1962, 3-4-9 ss.

⁹⁹ C. ROXIN, *La situazione di legittima difesa provocata*, (a cura di) S. Moccia *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, 1996, 185 ss. Va ricordato che di recente parte della dottrina di lingua tedesca ha tentato di offrire una lettura alternativa del problema della responsabilità penale dell'amministratore di fatto richiamandosi proprio a questo schema argomentativo. Cfr. K. MOSSMAYER, *Anmerkung zu Biletzki: Strafrechtlicher Gläubigerschutz bei fehlerhafter Buchführung durch den GmbH - Geschäftsführers*, NStZ 1999, 537, NStZ, 2000, 295 ss. Nello stesso senso v. E. MUSCO, *Diritto penale societario*, 1999, 25 e, volendo, G. MARRA, *Legalità*, cit.

8) L'amministratore di fatto ed il divieto di analogia

Nonostante che dottrina e giurisprudenza prevalenti considerino pienamente legittima la responsabilità penale dell'amministratore di fatto¹⁰⁰ non sono mancati autori che hanno osservato come un simile risultato non sarebbe possibile se non facendo ricorso ad una applicazione *analogica* della norma penale¹⁰¹, ed altresì autori che hanno denunciato la sostanziale indeterminatezza ("Konturenlos") della figura di amministratore di fatto¹⁰². Entrambi i punti meritano un approfondimento.

In precedenza si è più volte fatto cenno ad una controversa decisione del BVerfG con la quale si è affrontato lo spinoso problema dei rapporti tra principio di legalità ed interpretazione giurisprudenziale con riferimento alla prassi applicativa del concetto di violenza. Con questa sentenza, ricca di significati che di gran lunga trascendono la fattispecie di violenza privata alla quale la decisione si riferisce, la Corte Costituzionale tedesca ha imposto una svolta significativa all'usuale interpretazione della *ratio* e dell'estensione della riserva di legge. In breve: secondo il BVerfG il controllo di costituzionalità in materia di determinatezza della legge penale andrebbe esteso anche nei confronti della prassi giurisprudenziale quando questa, giovandosi della possibile polifunzionalità semantica di un qualche elemento della fattispecie penale, finisca per "creare" norme sostanzialmente indeterminate ed "illimitabili".

Questa conclusione si giova di una puntuale rivisitazione dei contenuti dell'art. 103 II GG che prende l'avvio dall'analisi delle finalità attribuite alla riserva di legge. Secondo l'opinione della Corte questa norma assolverebbe un duplice scopo: riservare al solo legislatore la possibilità di determinare la materia dell'illecito e la sua estensione,

¹⁰⁰ Oltre agli scritti di H. J. BRUNS cit. in precedenza v. E. DREHER-H. TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 48^a ed., 1997, § 14, Rdn. 18.

¹⁰¹ A. HOYER, *Anmerkung*, cit., 371 ss. V. anche U. STEIN, *Die Normadressaten der §§ 64, 84 GmbHG und die Verantwortlichkeit von Nichtgeschäftsführen wegen Konkurrenzverschleppung*, ZHR, 1984, 207 ss secondo la quale al di fuori delle ipotesi di cui al § 14 Abs. 3 StGB "il superamento della categorie civilistiche . . . contrasta con il divieto di analogia in materia penale". *Contra*, però, H. FUHRMANN, *Die Bedeutung des "faktischen Organs" in der strafrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshof*, FS H. Tröndle, 1989, 145 ss.

¹⁰² N. REICH, *Die zivil- und strafrechtliche Verantwortlichkeit des faktischen Organmitgliedes in Gesellschaftsrecht*, DB, 1967, 1663 ss parla di "contorcimento" dell'idea di organo.

assicurare ai cittadini la possibilità di prevedere con assoluta certezza la liceità o meno di una determinata azione. Quest'ultima garanzia non può subire limitazioni nè per effetto di una cattiva tecnica di redazione della leggi né per la riconosciuta "circolarità" di ogni opzione ermeneutica. Se ciò è vero, l'interprete è sempre obbligato, anche nei "casi limite" ("*Grenzfälle*"), ad offrire una soluzione interpretativa che permetta al cittadino di rendersi conto, almeno, del possibile rischio di penalizzazione ("*daß...das Risiko der Bestrafung erkennbar ist*") che incombe su un determinato comportamento.

Alla luce di queste considerazioni la Corte passa ad affrontare il contiguo problema dei rapporti tra norma ed attività interpretativa della stessa, individuando nell'"ossequio" alla lettera della legge il criterio sul quale valutare il rispetto dei limiti costituzionalmente imposti all'interprete. Richiamandosi ad un consolidato insegnamento, la Corte ritiene violato il divieto di analogia tutte le volte in cui si esorbiti dal significato letterale delle parole. Il divieto di analogia - continua il BVerfG - non va quindi ristretto alla analogia vera e propria ("*in enger technischer Sinn*"), ma deve essere interpretato in modo da comprendere ogni tecnica interpretativa che in qualche modo "fuoriesca dal contenuto" della norma incriminatrice: "l'art. 103 II GG non impedisce soltanto l'integrazione giudiziale della fattispecie ma anche l'allargamento dei limiti interpretativi"¹⁰³.

Questa rinnovata riflessione sui limiti costituzionali dell'attività interpretativa ha evidenti ricadute sul problema che qui ci occupa, suggerendo, forse, un complessivo ripensamento dell'ancora controversa questione dell'amministratore di fatto¹⁰⁴.

Con riguardo invece alla posizione di quegli autori che lamentano la violazione del divieto di analogia, il primo punto che interessa sottolineare riguarda la formulazione letterale delle norme prese in considerazione. Sia il § 14 StGB, sia il § 84 GmbHG descrivono il soggetto attivo attraverso la preposizione "come" ("*als Geschäftsführer*"). La dottrina ha giustamente sottolineato che il significato semantico di questa espressione si caratterizza per una spiccata "comprensione funzionale dei soggetti attivi del reato" e che l'impegno di questa tecnica legislativa legittimerebbe un'estensione delle norme in questione a tutti i casi in cui di fatto si agisce all'interno "del circolo dei doveri e degli

¹⁰³ BVerfGE 92, 11 ss. G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., § 4, Rdn. 33, ritiene che il divieto di analogia sia in sostanza un "divieto di generalizzazione".

¹⁰⁴ Per questa opinione v. K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., 685.

obblighi” che debbono essere salvaguardati dagli amministratori¹⁰⁵. Si è poi osservato, accentuando così il carattere oggettivo della disposizione, che la legge non richiederebbe in ogni caso che il rappresentante agisca nell'interesse del rappresentato¹⁰⁶. A quest'ultima considerazione è stato obiettato che nei casi in cui ci si trovi di fronte allo sfruttamento della propria posizione di rappresentante al fine di soddisfare esclusivamente un proprio interesse, non può considerarsi quell'azione come azione del rappresentante. Infatti, se l'attività di quest'ultimo non “serve” al rappresentato (come nel caso in cui il primo ometta di tenere -o lo faccia malamente - un prospetto da cui risulti la situazione patrimoniale del debitore) non può dirsi che ci si trovi in presenza dell'attività di un rappresentante “ma di un falsario”¹⁰⁷. Senza voler approfondire oltre la questione, queste brevi osservazioni sono sufficienti per dimostrare che l'elasticità del richiamo legislativo all'amministratore può lasciare spazio, al di fuori delle ipotesi di amministrazione occulta, anche alla responsabilità dell'amministratore di fatto senza violare il divieto di analogia in materia penale.

A questo punto non sembra eccentrico soffermarsi, seppur brevemente, sulla diversa impostazione che dottrina e giurisprudenza tedesche hanno dato al problema dei rapporti tra analogia ed interpretazione estensiva, al fine di evidenziare la profonda divergenza che fa da sfondo alla vicenda dell'amministratore di fatto nell'ordinamento italiano ed in quello tedesco. Seguendo le linee di sviluppo della questione, diventerà maggiormente intelligibile la posizione dominante di chi ritiene ammissibile la responsabilità penale dell'amministratore di fatto anche al di fuori dell'ambito di applicazione del § 14 Abs.3 StGB.

Mentre in Italia è incontrovertito che l'elemento differenziale tra in-

¹⁰⁵ D. MONTAG, *Die Anwendung der Strafvorschriften des GmbHG-Rechts auf faktischer Geschäftsführer*, 1994, 51; J. CADUS, *Die faktische*, cit., 110 s. Precedentemente W. GALLAS, *Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurf*, ZStW, 1968, 22.

¹⁰⁶ T. LENCKNER, § 14, cit., Rdn. 26. Diff. H. J. BRUNS, *Grundprobleme*, cit., 28, che ritiene sempre decisivo il criterio della considerazione economica; B. SCHÜNE-MANN, *Unternehmenskriminalität*, cit., 152 s; ID., § 14, Rdn. 50. Analogamente, in giurisprudenza, BGHSt 28, 371; 30, 127; 34, 221. Si è altresì precisato che questo interesse deve essere valutato da un punto di vista esclusivamente economico (cfr. BGH, NJW, 1969, 1494; BGHSt 30, 128). Questo profilo consentirebbe di superare le difficoltà legate alla natura “giuridica” o semplicemente “fattuale” dell'attività del rappresentante (BGHSt 34, 129 ss e con riferimento all'amministratore di fatto pp. 221 e 223 ss).

¹⁰⁷ Ampiamente C. ROXIN, § 14, cit., Rdn. 30.

interpretazione estensiva ed analogia debba essere individuato nel rispetto che la prima deve alla massima estensione semantica delle parole¹⁰⁸ (indicazione che trova importanti riscontri anche nella giurisprudenza del BVerfG ed in diverse sentenze del BGH¹⁰⁹), la dottrina tedesca si dimostra molto più incerta. Alcuni autori, infatti, sul presupposto della perfetta *identificazione logica* tra il processo di interpretazione e l'analogia, negano che il significato letterale delle parole possa fornire un limite idoneo ad assicurare l'operatività del divieto di analogia¹¹⁰. In breve: "nessuna legge può determinare lo sviluppo della giurisprudenza" perché "è il giudice stesso a stabilire i limiti" del proprio spazio interpretativo¹¹¹. L'*Analogieverbot* impone all'interprete di rimanere fedele al significato delle parole utilizzate dalla legge anche quando queste confliggano con lo scopo della legge stessa; ma se le parole non dicono nulla senza il rinvio al senso -derivato dal contesto nel quale le parole sono inserite - e se la ricostruzione di questo paga un pesante debito alla *precomprensione* dell'interprete, viene a cadere l'appiglio per vincolare il giudice al tenore letterale delle leggi e di conseguenza il significato garantistico del divieto di analogia viene drasticamente ridimensionato: non più la difesa del cittadino contro gli abusi del sistema giudiziario, ma un "effetto Placebo" che permette di acquietare la critica che in uno stato di diritto necessariamente accompagna l'abbandono di una norma penale alla piena discrezionalità della giurisprudenza¹¹².

Questa parte della dottrina si trova quindi costretta a ricercare un limite all'interpretazione diverso dall'usuale riferimento al possibile spazio semantico delle parole: a tal fine si è fatto riferimento a criteri

¹⁰⁸ Per una panoramica e per imporanti notazioni critiche per tutti G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 3^a ed., 1995, 92 ss.

¹⁰⁹ Cfr., BVerfGE 73, 235; BVerfG, NJW, 1995, 2776; BVerfGE 92, 12; BGHSt 3, 303. BGHSt 6, 936 ritiene invece che l'interpretazione giudiziale trovi un limite "nello scopo... perseguito dal legislatore".

¹¹⁰ Ad es. W. SAX, *Das strafrechtliche Analogieverbot*, 1953, 147 ss. Arth. KAUFMANN, *Analogie und "Natur der Sache"*. *Zugleich ein Beitrag zur Lehre von Typus*, 1965, 3 ss. *Contra* K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3^a ed., 1975, 309.

¹¹¹ W. HASSEMER, *Rechtssystem und Kodifikation: Die Bindung des Richters an des Gesetz*, (Hrsg) A. KAUFMANN-W. HASSEMER *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 4^{ed.}, 1985, 204.

¹¹² W. HASSEMER, *Einführung*, cit., 270 ss. Già prima ID., *Tatbestand und Typus*, 1968, 162 ss. *Contra* C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., § 5, V, Rdn. 36.

come "il tipo di illecito...descritto da una norma penale"¹¹³ o al "tipo di lesione del valore" (*Wertverletzungstypus*)¹¹⁴ tutelato. In questo modo si rischia però di svuotare di ogni significato la disposizione dell'art.103 II GG riducendolo a semplice divieto della c.d. "ricerca libera del diritto" e ci si espone ad un'obiezione di non poco conto: ignorare l'esistenza di un preciso obbligo costituzionale al quale l'interprete deve necessariamente assicurare uno spazio di operatività¹¹⁵. Trova così conferma la validità del criterio discretivo del "tenore letterale delle parole" (*Wortlautgrenze*). Precisando ulteriormente questa indicazione di massima, alcuni autori hanno osservato che il significato delle parole deve essere ricostruito tenendo conto dell'accezione nella quale sono utilizzate nella vita di tutti i giorni, salvi i casi in cui il legislatore descriva la condotta incriminata utilizzando una "terminologia tecnica"¹¹⁶. Questa formalizzazione crea, infatti, un'insormontabile barriera tra la precezione sociale di questi elementi e la loro esatta dimensione normativa, barriera che impedisce all'interprete di far propria la costruzione semantica di un determinato elemento normativo così come emerge dalla "vita di tutti i giorni". Si tratta di una distinzione davvero degna di nota anche in relazione all'analisi della responsabilità penale dell'amministratore di fatto, specialmente se riferita a norme che sono inserite in un contesto prettamente civilistico, come nel caso del § 84 GmbHG.

9) *Spigolature sulle ipotesi di Untreue, Insider trading, frode fiscale e sulla c.d.responsabilità da prodotto*

Il § 266 StGB prevede il reato di "infedeltà" ("*Untreue*"). La tipizzazione della norma è incardinata sul "chiunque" ("*wer*") e sulla previsione di due distinte modalità di illecito: la fattispecie di abuso

¹¹³ Arth. KAUFMANN, *Analogie*, cit., 52.

¹¹⁴ W. SAX, *Grundsätze der strafrechtpflege*, (Hrsg) Bettermann et. a. *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Bd. III, Halbband II, 1959, 1008 s.

¹¹⁵ C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., § 5, V, Rdn. 38. *Amplius* V. KREY, *Studien zum Gesetzvorbehalt im Strafrecht. Eine Einführung in die problematik des Analogieverbots*, 1977, 49 ss.

¹¹⁶ K. ENGISCH, *Methoden der Strafrechtswissenschaft*, (Hrsg) Thiel *Enzyklopädie der geisteswissenschaftlichen Arbeitsmethoden. Methoden der Rechtswissenschaft*, Teil I, 1972, 62 s.

(“*Mißbrauchtatbestand*”) e la fattispecie di iganno/frode (“*Treubruchtatbestand*”). L’attuale fattispecie ha assorbito, successivamente alla legge di riforma del 1 aprile 1970, anche la speciale ipotesi di infedeltà societaria originariamente disciplinata dal § 82 GmbHG in quanto il legislatore ha ritenuto che un’autonoma disciplina relativa a casi di “infedeltà societaria” fosse superflua perché già integralmente ricompresa nel § 266 StGB¹¹⁷. Alla luce del vivace dibattito che ha investito la fattispecie in esame e le sue importanti implicazioni politico criminali, la possibilità di ascrivere la violazione della norma di cui al § 266 StGB a soggetti che agiscono di fatto in qualità di amministratori non può affatto stupire: la fattispecie si presta infatti assai bene ad essere modellata sulla tutela del “bene supremo della fiducia in tutti i rapporti della vita sociale, indipendentemente dalla durata e dall’origine di tali rapporti”¹¹⁸.

Nonostante le suggestioni antiformalistiche che fanno da sfondo al § 266 StGB, parte della dottrina ha preferito indagare separatamente le due diverse modalità di condotta (“*Mißbrauch* – *Treubruchtatbestand*”) giungendo a risultati diametralmente opposti. Si è infatti osservato che per il caso di *Mißbrauchtatbestand* la necessaria giuridicità del vincolo¹¹⁹, il cui abuso integra il reato in esame, esclude che possa essere chiamato a rispondere del reato anche l’amministratore di fatto. La responsabilità di quest’ultimo può, invece, essere ipotizzata in relazione alle ipotesi di *Treubruchtatbestand*, trattandosi di una fattispecie fondata su una considerazione etico-sociale del rapporto di fiducia che prescinde da qualsiasi riferimento alla giuridicità o meno del vinco-

¹¹⁷ Per queste distinzioni cfr. N. GÜBEL, *Die Auswirkung*, cit., 137 ss. Per una critica alla soppressione del § 82 GmbHG si veda K. TIEDEMANN, *Kommentar*, cit., § Vor-82, Rdn. 11 ss.

¹¹⁸ Così P. NUVOLONE, *L’infedeltà patrimoniale nel diritto penale*, 1941, 130. Da un punto di vista storico occorre ricordare che l’introduzione della fattispecie di *Unt-true* è stata vivamente caldeggiata dalla c.d. scuola di Kiel e non soltanto per la sua possibile funzionalizzazione “politica” ma anche e soprattutto perché ben si prestava ad esemplificare le finalità del “nuovo” diritto penale: dalla tutela dei beni giuridici alla tutela della fedeltà attraverso un controllo il più possibile esteso e, perciò, privo di lacune. Sul punto v. L. FOFFANI, *L’infedeltà patrimoniale e conflitto di interessi nella gestione d’impresa*, 1997, 238.

¹¹⁹ T. LANCKNER, § 266, *Sch/Sch*, cit., Rdn. 4. V. anche U. NELLES, *Untrue zum Nachteil von Gesellschaften. Zugleich ein Beitrag zur Struktur des vermögensbegriffs als Beziehungsbegriff*, 1991, 501 ss.

lo¹²⁰. Parte autorevole della dottrina ha tuttavia dubitato della correttezza di questa duplicità di soluzioni, sostenendo che anche nell'ipotesi di "violazione della fiducia" non dovrebbero esserci ostacoli all'affermazione della penale responsabilità dell'amministratore di fatto in quanto, con la disposizione *de qua*, si è inteso sanzionare penalmente sia la violazione di un dovere fiduciario di origine civilistica, sia la lesione di un "rapporto di fiducia di fatto" ("*tatsächliches Treuerverhältnis*")¹²¹.

Infine occorre ricordare che secondo altra parte della dottrina la distinzione che emerge dalla lettura del § 266 StGB non dovrebbe essere sopravvalutata, in quanto l'ampiezza del *Treubruchtatbestand* finirebbe per rendere di fatto inapplicabili le ipotesi di abuso di potere di fonte legale (*Mißbrauchtatbestand*) riducendo quest'ultima ad una mera ipotesi esemplificativa della prima¹²². Non può quindi sorprende-

¹²⁰ Per queste osservazioni e per le implicazioni connesse alla responsabilità penale dell'amministratore di fatto v. rispettivamente E. DREHER-H. TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch*, cit., § 266, Rdn. 9 e P. LÖFFLER, *Strafrechtliche*, cit., 122 e dottrina cit. nt. 19; BGH *Wistra*, 1996, 345; N. GÜBEL, *Die Auswirkung*, cit., 146. *Ivi* alcune considerazioni sui limiti di applicabilità del § 266 StGB ai gruppi di società, svolte alla luce della produzione giurisprudenziale della Corte di Giustizia della U. E. che ha indicato nella considerazione economico-fattuale del fenomeno un indispensabile strumento interpretativo.

¹²¹ B. SCHÜNEMANN, § 14, *LK*, cit., Rdn. 17. Ad una conclusione analoga, con riferimento però all'ipotesi del § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB, perviene anche C. ROXIN, § 25, *LK*, 10^a ed., 1985, Rdn. 37. In senso contrario, invece, ma con riferimento ad un'ulteriore fattispecie G. WEGNER, *Neue Fragen bei § 266 a Abs. 1 StGB-Eine systematische Übersicht*, *Wistra*, 1998, 283 ss. In un'ottica di più ampio respiro C. ROXIN, nel suo fondamentale lavoro sui rapporti tra politica criminale e sistema del diritto penale, aveva individuato ed isolato una peculiare categoria di reati (cc.dd. *Plichtdelikte* includendo tra questi anche il § 266 StGB) nei quali "il punto di vista normativo prende per la prima volta in considerazione... la realtà sociale che costituisce il substrato di tutte le distinzioni dogmatiche". Cfr. C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, (a cura di) S. Moccia *Politica criminale e sistema del diritto penale*, 1998, 53.

¹²² Così G. ARTZ-U. WEBER, *Strafrecht. Besonder Teil: Wirtschaftstraftaten*, 2^a ed., 1989, 66, nt. 179; E. HUBER, § 266, *LK*, cit., Rdn. 17. In senso contrario, però, v. E. SAMSON, § 266, *SK*, cit., Rdn. 13 e T. LENCKNER, § 266, *Sch/Sch*, cit., Rdn. 2. La distinzione fatta nel testo, frutto, come è noto, di un compromesso da due opposte opinioni dottrinali, è stata indicata da parte della dottrina italiana come "espressione [del]la lotta tra la corrente pancivilistica e la corrente autonomistica del diritto penale" così P. NUVOLONE, *L'infedeltà*, cit., 23, nt. 11. Sulle genesi storica della fattispecie e sulle sue attuali problematiche interpretative cfr., L. FOFFANI, *L'infedeltà*, cit., 235 ss.

re che nella realtà non si rinvenga quella drastica contrapposizione che sembrerebbe essere fatta propria dalla lettera della legge. Senza approfondire oltre la questione, è qui sufficiente ricordare che il BGH¹²³ sembra aver fatto proprio l'orientamento favorevole ad una ricostruzione unitaria della fattispecie in esame affermando che anche per l'ipotesi di *Mißbrauch* è essenziale l'esistenza di un sottostante *Vermögensbetreuungspflicht*, così come per la successiva ipotesi della violazione degli obblighi di fedeltà¹²⁴.

Si discute, poi, se la recente normativa sull'*insider trading* possa trovare applicazione anche alle ipotesi di amministrazione di fatto, se cioè quest'ultimo possa essere considerato o meno un *insider* primario (*rectius*: colui che ha accesso diretto alle informazioni riservate). Il tema, per quanto risulta, manca di sufficienti approfondimenti interpretativi e non trova alcun riscontro nella attività giurisprudenziale. Si è comunque sottolineato, *obiter dictum*, che la formulazione del § 13 *Wertpapierhandelsgesetz* del 26 luglio 1994 (*WpHG*) è tale da poter agevolmente ricomprendere (cfr. § 13 I Nr.3 *WpHG*) l'amministratore di fatto; conseguentemente anche il *faktischer Geschäftsführer* che, in violazione dei divieti descritti dal successivo § 14, divulghi informazioni ricevute in "specifica connessione" con le funzioni di fatto esercitate all'interno dell'impresa, potrà rispondere del reato di cui al § 38 *WpHG*¹²⁵.

Un'altra ipotesi delittuosa che merita alcune brevi considerazioni è la frode fiscale (*Steuerhinterziehung*) di cui al § 370 AO. Sul punto si registrano diverse sentenze favorevoli alla responsabilità penale dell'amministratore di fatto, anche con riferimento alle ipotesi omissive *ivi* descritte (§ 370 I Nr. 2 e 3)¹²⁶. L'aspetto che merita di essere sottolineato è la particolare interpretazione offerta dalla giurisprudenza circa la fonte dell'obbligo tributario. Questo, sempre secondo questa parte della giurisprudenza, non deriverebbe dal disposto del § 35 AO "ma dall'esercizio dell'attività economica produttiva di reddito": non quindi da una fonte normativa ma direttamente dall'*esercizio di fatto* dell'attività economica¹²⁷. Se ciò è vero, anche l'amministratore di fatto

¹²³ BGHSt 24, 386.

¹²⁴ U. WEBER, *Überlegungen zur Neugestaltung des Untrüestrafrechts*, FS E. Dreber, 1977, 555 ss.

¹²⁵ A. DIERLMANN, *Das neue Insiderstrafrecht*, NStZ, 1996, 520.

¹²⁶ BGH, *Wistra*, 1987, 147; BGH, *ivi*, 1991, 197 ss.

¹²⁷ BGH, *Wistra*, 1987, 147; BFHE 156, 46; BFH BStBl, 1980, II, 526; BFH, *ivi*, 1989, II, 491.

potrebbe essere considerato soggetto attivo nell'ipotesi delittuosa in esame purché sia a lui riconducibile la reale gestione dell'attività di impresa. Assai meno problematica risulta l'ipotesi "attiva" di cui al § 370 I Nr.1 AO, fattispecie nella quale la descrizione del reato è incentrata sul "chiunque" (*jedermann*) ed espressamente svincolata da sottostanti obblighi tributari¹²⁸.

Con riguardo alla frode fiscale, la giurisprudenza ha avuto modo di approfondire i riflessi dell'amministrazione di fatto nell'ambito dell'elemento soggettivo del reato. Si è affermato che l'amministratore "di fatto...assume il significato di elemento normativo del fatto tipico"¹²⁹: ciò significa che il dolo del soggetto attivo del reato deve coprire anche la qualifica soggettiva. A tal fine non è però necessario che si rappresenti l'esatto significato normativo di questo: anche per questa ipotesi è sufficiente l'usuale "conoscenza parallela nella sfera laica" (*Parallelwertung in der Laiensphäre*)¹³⁰. Con specifico riguardo alla frode fiscale, si è sostenuto che soltanto le circostanze che fondano l'obbligo e non l'obbligo stesso, sono elementi del *Tatbestand* del reato. L'agente dovrà, allora, rappresentarsi la posizione ricoperta all'interno della società ed il "significato sociale" espresso dalla qualifica, in modo da poter ricavare la conoscenza della posizione di garanzia che si viene ad assumere con l'esercizio di quella attività¹³¹.

Più in generale, si deve ricordare che quest'ultima questione pone all'interprete delicati problemi in ordine alla delimitazione dello spazio applicativo da destinare all'errore di fatto (§ 16 StGB) o all'errore di diritto (§ 17 StGB) nell'ambito della frode fiscale, in quanto l'attività che fonda l'obbligo tributario appartiene al fatto tipico, ma una sua conoscenza parallela nell'ambito sociale non è possibile perché tale obbligo deriva esclusivamente dal contenuto di valutazioni compiute da norme di diritto tributario. È allora impossibile ricostruire autonomamente nell'ambito sociale il significato dell'azione, perché questo coinciderebbe perfettamente con la valutazione normativa; di conseguenza, l'ignoranza della norma renderebbe impossibile una conoscen-

¹²⁸ E. SAMSON, § 370, A. FRANZEN-B. GAST-E. SAMSON *Steuerstrafrecht*, 3^aed. 1983, Rdn. 11 s. BGH 21/1/98, *Wistra*, 1998, 146.

¹²⁹ BGH, *Wistra*, 1991, 197. A favore della responsabilità dell'amministratore di fatto si è pronunciata anche BGH 21/1/98, *ivi*, 1998, 146 s.

¹³⁰ E. MEZGER, *Strafrecht*, 1931, 328.

¹³¹ BGH, *Wistra*, 1991, 197 e BGH, *StrV*, 1984, 461 per la bancarotta.

za del fatto tipico. Seguendo questa impostazione, l'errore sulle circostanze poste alla base di un debito tributario sarebbe un errore di fatto che escluderebbe il dolo del fatto tipico¹³².

Un'altra segnalazione proveniente dalla dottrina che si è occupata dell'amministratore di fatto riguarda un problema di stretta attualità nella prassi e nella dogmatica tedesca: la responsabilità penale per danni alle persone provocati da prodotti¹³³. Giova premettere che, a differenza delle ipotesi considerate sopra, in questi casi ci si trova di fronte ad una tipologia delittuosa (ad es. lesioni personali, omicidio) solo occasionalmente collegata con l'esercizio di attività imprenditoriali. Per queste ipotesi non sussiste alcun dubbio che l'esercizio di fatto di funzioni costituisca il criterio fondante della responsabilità penale.

Infatti, secondo la giurisprudenza del BGH, nelle ipotesi omissive, il presupposto necessario per poter affermare la responsabilità penale per danni da prodotti si sostanzia in una posizione di garanzia in capo all'amministratore che immette prodotti nel mercato, quando ciò comporti, "in modo contrario all'obbligo", un pericolo per la salute dei consumatori o provochi loro un danno. Infatti, nell'ambito dello scopo della società la "produzione e la vendita di un prodotto" costituiscono le azioni tipiche dell'amministratore: in forza di ciò, a carico di quest'ultimo sorge l'obbligo di attivarsi affinché non si verifichino conseguenze dannose per i consumatori¹³⁴. Di fronte ad una formulazione di principio di questo tipo, non priva di inconvenienti¹³⁵, è evidente che a nulla rileva la piena titolarità giuridica o meno di chi compie quell'azione: ciò che conta è l'attività realmente compiuta, la posizione assunta nei confronti dell'attività di produzione. Diversamente opinando si finirebbe per dar vita a forme di imputazione penale totalmente modellate sulle prescrizioni normative del diritto commerciale, dimenticando così le peculiarità di scopo ("Ziele") che caratterizzano le prescrizioni penalistiche in materia. "I criteri di imputazione non possono", allora, "essere astratti e totalmente indipendenti dalle

¹³² BGH, NJW, 1980, 1005; BayObLG, MDR, 1990, 655; E. SCHLÜCHTER, *Zur Irrtumlehre im Steuerstrafrecht*, Wistra, 1985, 43 ss; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., § 12, II, Rdn. 96 s.

¹³³ P. LÖFFELER, *Strafrechtliche*, cit., 122, note 30-36; A. DIERLMANN, *Die faktischen*, cit., 154.

¹³⁴ BGSt 37, 106 ss (spec. 113 s.) c. d. Lederspray – Entscheidung.

¹³⁵ W. HASSEMER, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, 1994, 52 ss.

competenze di fatto”¹³⁶. Una volta riconosciuta legittima la responsabilità penale dell'amministratore di fatto, per la sua individuazione non resterà che riferirsi ai criteri usualmente utilizzati in dottrina e giurisprudenza: influenza determinante sulle più rilevanti decisioni sociali, manifestazione esterna ed interna della funzione di amministratore, ecc.

Questa cursoria ricostruzione dei profili di rilevanza della figura dell'amministratore di fatto sembra confermare l'opinione di chi ritiene che la soluzione di questo problema è indissolubilmente legata alle peculiarità delle singole figure criminose, alla loro tipizzazione ed ai rapporti che queste eventualmente intrattengono con obblighi giuridici di natura extrapenale. Sembra altresì avvalorato il convincimento di chi osserva che soluzioni generalizzanti fondate sul richiamo alla funzione del diritto penale o alla predilezione di quest'ultimo per il “reale stato delle cose” rischiano di mettere in crisi il corposo apparato di garanzie, anche di rango costituzionale, che l'ordinamento appronta in materia penale.

¹³⁶ W. HASSEMER, *Produktverantwortung*, cit., 65 s. ID., *Questioni giuridiche relative alla “responsabilità per il prodotto”*, (a cura di) G. Borré-G. Palombarini, *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, 1998, 135 s.