



DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

DIRITTO PENALE  
CONTEMPORANEO

---

Fascicolo  
**3/2019**

**DIRETTORE RESPONSABILE** Gian Luigi Gatta  
**VICE DIRETTORI** Guglielmo Leo, Luca Luparia

ISSN 2039-1676

**COMITATO DI DIREZIONE** Alexander Bell, Antonio Gullo, Luca Masera, Melissa Miedico, Alfio Valsecchi

**REDAZIONE** Anna Liscidini (coordinatore), Francesco Lazzeri (segretario), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Carlo Bray, Alessandra Galluccio, Stefano Finocchiaro, Erisa Pirgu, Serena Santini, Tommaso Trincherà, Maria Chiara Ubiali, Stefano Zirulia

**COMITATO SCIENTIFICO** Emilio Dolcini, Novella Galantini, Alberto Alessandri, Jaume Alonso-Cuevillas, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Francesco Angioni, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, David Carpio, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Luis Chiesa, Cristiano Cupelli, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Ombretta Di Giovine, Massimo Donini, Giovanni Fiandaca, Roberto Flor, Luigi Foffani, Gabriele Fornasari, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kistoris, Sergio Lorusso, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Jean Pierre Matus, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Santiago Mir Puig, Vincenzo Mongillo, Adan Nieto Martin, Francesco Mucciarelli, Renzo Orlandi, Íñigo Ortiz de Urbina, Francesco Palazzo, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Vicente Pérez-Daudí, Daniela Piana, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Joan Josep Queralt, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Mario Romano, Gioacchino Romeo, Carlo Ruga Riva, Markus Rübenstahl, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Rosaria Sicurella, Placido Siracusano, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Costantino Visconti, Matteo Vizzardi, Francesco Zacchè

**Diritto Penale Contemporaneo** è un periodico on line, ad accesso libero e senza fine di profitto, nato da un'iniziativa comune di Luca Santa Maria, che ha ideato e finanziato l'iniziativa, e di Francesco Viganò, che ne è stato sin dalle origini il direttore nell'ambito di una partnership che ha coinvolto i docenti, ricercatori e giovani cultori della Sezione di Scienze penalistiche del Dipartimento "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano. Attualmente la rivista è edita dall'Associazione "Diritto penale contemporaneo", il cui presidente è l'Avv. Santa Maria e il cui direttore scientifico è il Prof. Gian Luigi Gatta. La direzione, la redazione e il comitato scientifico della rivista coinvolgono oggi docenti e ricercatori di numerose altre università italiane e straniere, nonché autorevoli magistrati ed esponenti del foro.

Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

Le opere pubblicate su "Diritto penale contemporaneo" sono attribuite dagli autori con licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0" Italia (CC BY-NC 3.0 IT). Sono fatte salve, per gli aspetti non espressamente regolati da tale licenza, le garanzie previste dalla disciplina in tema di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (l. n. 633/1941).

Il lettore può condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0 Italia" (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista fa proprio il Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

#### **Peer review.**

Salvo che sia diversamente indicato, tutti i contributi pubblicati nella sezione *papers* di questo fascicolo hanno superato una procedura di *peer review*, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, individuati secondo criteri di competenza tematica e di rotazione all'interno dei membri del Comitato scientifico. Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da un revisore, il quale esprime il suo parere in forma parimenti anonima sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole del revisore. Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

#### **Modalità di citazione.**

Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Diritto penale contemporaneo*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 1/2017, p. 5 ss.



3/2019

## IL CONCORSO OMISSIVO DEI SINDACI NEI FATTI DI BANCAROTTA COMMESSI DAGLI AMMINISTRATORI

Nota a [Cass., Sez. V, sent. 11 maggio 2018 \(dep. 4 ottobre 2018\),  
n. 44107, Pres. Zaza, Est. Settembre](#)

di Luca Carraro

**Abstract.** *La Suprema Corte, con la sentenza annotata, riaccende i riflettori sul dibattuto e complesso tema della responsabilità penale dei sindaci per concorso omissivo nei fatti di bancarotta commessi dagli amministratori di società commerciali. Il tema viene affrontato con un taglio dogmatico evidenziando, da un lato, l'interpretazione giurisprudenziale delle due clausole di integrazione suppletiva (artt. 40 cpv. e 110 c.p.) – che costituiscono, nel loro intreccio, il paradigma ascrittivo utilizzato dalla giurisprudenza per chiamare i sindaci a rispondere di omesso impedimento del reato altrui – dall'altro, l'arbitraria obliterazione del segmento volitivo del dolo mediante il ricorso alla teorica dei c.d. segnali di allarme. Il bilancio complessivo, "redatto" con un continuo sguardo ai principi di responsabilità per fatto proprio, materialità e colpevolzza, vuole stimolare una riflessione critica, auspicando un uso più corretto delle clausole di integrazione suppletiva ed un reale accertamento di tutti gli elementi del dolo.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il caso di specie e la sentenza della V Sezione. – 3. Il modulo omissivo improprio ex art. 40 cpv c.p. e i relativi problemi. – 3.1. Il modulo omissivo improprio. Poteri direttamente o indirettamente impeditivi (continua). – 3.2. (segue) Il modulo omissivo improprio. Poteri tipici e poteri atipici. – 4. Il modulo omissivo improprio concorsuale: la fattispecie concorsuale eventuale e l'accertamento del nesso causale. – 5. Il dolo: segnali d'allarme e distinzione tra momento intellettuale e momento volitivo dell'elemento psicologico del reato.

### 1. Premessa.

La V sezione penale della Corte di Cassazione, con sentenza 4 ottobre 2018 n. 44107<sup>1</sup>, torna ad affrontare il problema della responsabilità penale dei sindaci (nel caso

---

<sup>1</sup> Cass., Sez. V, 11 maggio 2018 (dep. 4 ottobre 2018) n. 44107, Pres. Zaza, Est. Settembre, ric. Machieraldo in questa *Rivista*, 11 gennaio 2019, con nota a prima lettura di G. RAMPPELLA, [In tema di bancarotta fraudolenta patrimoniale: la Cassazione precisa i confini del concorso omissivo dei sindaci nelle condotte distrattive degli](#)

di specie, una S.r.l.) per concorso omissivo nel delitto di bancarotta fraudolenta perpetrato dagli amministratori *ex art. 223 l. fall.*

Si tratta di una pronuncia che, nel porsi lungo un'evoluzione giurisprudenziale di (graduata ma progressiva) recupero di legalità in tema di omesso impedimento del reato altrui, affronta tre temi fondamentali: i) la ricostruzione di poteri-doveri dei sindaci e la conseguente individuazione di una posizione di garanzia; ii) l'accertamento del nesso causale tra l'omissione contestata e l'evento in concreto verificatosi (per sorreggere la struttura concorsuale); iii) l'elemento soggettivo che deve informare "l'omissione concorsuale" penalmente rilevante.

La pronuncia, inserendosi nel processo di erosione del paradigma della "responsabilità da posizione" o "per assunzione"<sup>2</sup> – frequente nella prassi giurisprudenziale e, tuttavia, in frizione con i principi di legalità e colpevolezza – offre l'occasione di riflettere sulla ricostruzione dogmatica delle clausole generali di integrazione suppletiva (l'art. 40 cpv. c.p. e l'art. 110 c.p.) e sull'elemento doloso tipico.

La sentenza in commento afferma infatti la rilevanza penale della condotta del sindaco che, omettendo di controllare l'attività gestoria degli amministratori e di attivare i propri poteri di *ricognizione* e *segnalazione*, «abbia dato un contributo giuridicamente rilevante – sotto l'aspetto causale – alla verifica dell'evento e che abbia avuto la coscienza e volontà di quel contributo, anche solo a livello di dolo eventuale»<sup>3</sup>.

Posta la strutturazione soggettiva dell'art. 223 l. fall., il paradigma di imputazione utilizzato dalla pronuncia annotata in ordine ai componenti il collegio sindacale (invero, in ordine al singolo sindaco ricorrente dalla stessa considerato) è, dunque, quello del concorso, mediante omissione impropria, nel delitto doloso altrui.

Occorre ripercorrere in via preliminare il caso di specie.

## 2. Il caso di specie e la sentenza della V Sezione.

Il ricorrente, quale sindaco di una S.r.l. dichiarata fallita il 15 aprile 2010, veniva condannato per concorso "negativo" – *ex artt. 40 cpv e 110 c.p.* – in bancarotta fraudolenta patrimoniale, per non aver attivato i poteri di impulso tipici della propria qualifica sociale e aver, conseguentemente, omesso i necessari e doverosi controlli sulla gestione degli amministratori.

In particolare, mediante la propria condotta omissiva, il ricorrente avrebbe agevolato «i propositi distrattivi» degli amministratori, concretizzatisi: a) nell'appropriazione di somme nel corso di circa un anno per un valore complessivo di € 235.710,00; b) nell'affidamento esterno del ramo più redditizio della S.r.l. ad un canone

---

[amministratori.](#)

<sup>2</sup> Cfr. su tutti M. PELISSERO, *Il concorso doloso mediante omissione: tracce di responsabilità di posizione*, in *Giur. it.*, 2010, 978 ss.; A. BOIDO, *Le posizioni di garanzia* in M. Ronco (a cura di), *Commentario sistematico al codice penale, Il reato. Struttura del fatto tipico. Presupposti oggettivi e soggettivi dell'imputazione penale*, Bologna, 2011, spec. 299.

<sup>3</sup> Cass., Sez. V, 4 ottobre 2018 n. 44107, § 4, 5.

irrisorio proprio in prossimità della dichiarazione di fallimento; c) nell'impiego di circa € 100.000,00 per il noleggio di uno yacht adibito a usi personali nel periodo 2006-2007; d) nell'appropriazione di somme di denaro (€ 5.000,00 mensili ed € 100.000,00 per indennità di fine mandato) imputati formalmente a compenso per l'amministratore, pur in difetto di delibera dell'assemblea.

Il ricorso avverso la sentenza di condanna veniva articolato in quattro motivi, di cui due concernenti profili di erronea applicazione di legge e due concernenti profili di carenza motivazionale. Tutti i motivi, tuttavia, apparivano convergenti nel censurare il modo con il quale il paradigma ascrittivo del concorso mediante omissione nel delitto altrui aveva trovato applicazione nella pronuncia della Corte di Appello, lamentando (i) il difetto di sussistenza di poteri necessari a fondare una posizione di garanzia in capo al sindaco, (ii) l'inconsistenza del legame causale tra la condotta omissiva del medesimo ed il reato altrui, (iii) l'insussistenza di spessore probatorio in ordine all'elemento soggettivo del reato.

La pronuncia in commento ha disatteso le censure mosse con il ricorso, confermando la sentenza di condanna e argomentando, quanto ai profili qui di interesse, proprio lungo le tre richiamate direttrici: i) l'esistenza di una posizione di garanzia in capo al ricorrente quale sindaco di una S.r.l.; ii) la sussistenza del nesso causale tra l'omissione a questi ascritta e l'evento; iii) la sussistenza dell'elemento soggettivo tipico della fattispecie.

Seguendo tali direttrici, la prima parte della sentenza annotata traccia un quadro di doveri e poteri dell'organo di controllo, muovendo dalla normativa civile-commerciale al fine esplicito di rintracciare un dovere di attivazione del sindaco sul quale far riposare la relativa posizione di garanzia.

Il riferimento normativo viene individuato dalla Suprema Corte nell'art. 2403 c.c., in forza del quale il collegio sindacale è tenuto a vigilare circa l'osservanza, da parte degli amministratori, «della legge», «dello statuto», nonché «della corretta amministrazione»: dizione, questa, che, secondo la Corte di legittimità, comprenderebbe, all'evidenza, anche la preservazione del patrimonio sociale rispetto a contegni distrattivi o dissipatori dell'organo di gestione.

Individuato, dunque, il nucleo fondamentale del dovere di vigilanza del sindaco (*recte*: del collegio sindacale), gli Ermellini procedono ad identificare i pertinenti poteri sul piano strettamente normativo: vengono così enucleati i poteri di compiere atti di ispezione e controllo, di richiedere informazioni agli amministratori su ogni aspetto dell'attività sociale o su determinati affari di cui all'art. 2403-*bis* c.c., di convocazione dell'assemblea ove si ravvisino fatti censurabili di rilevante gravità di cui all'art. 2406 c.c. e, ancora, il potere di denunciare al Tribunale le gravi irregolarità riscontrate nell'attività dell'amministratore di cui all'art. 2409 c.c. (potere attribuito dalla norma in via espressa solamente al collegio sindacale di una S.p.A.)<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Al proposito, pur dando conto del fatto che «l'argomento sia oggetto di discussione anche nella giurisprudenza» la Corte di legittimità esplicita un chiarimento: «non è corretto affermare – ad avviso di questa Corte – che il collegio sindacale delle società a responsabilità limitata sia sprovvisto del potere di segnalazione al Tribunale previsto dall'art. 2409 c.c.», in quanto la norma richiamata starebbe a disciplinare

In tal modo la Corte giunge a qualificare le predette prerogative funzionali quali autentici poteri impeditivi, sufficienti ad integrare una responsabilità omissiva del sindaco, in quanto gli stessi sarebbero «necessari a stroncare sul nascere le velleità appropriative dell'amministratore, atteso che [il sindaco-ricorrente] poteva segnalare all'assemblea le scorrettezze di quest'ultimo ma poteva anche segnalare al Tribunale le irregolarità di gestione» (§ 5).

Il Supremo Collegio, in altri termini, afferma che i poteri funzionali al riconoscimento di una possibile responsabilità per omissione in capo ai sindaci, non identificandosi necessariamente con i soli poteri capaci di evitare in via diretta la commissione di reati da parte dell'organo di gestione, possono ben essere individuati anche nei poteri di ricognizione e di segnalazione previsti per l'organo di controllo dal codice civile, siccome idonei, da un lato, a dissuadere gli amministratori dal perpetrare contegni distrattivi o dissipatori e, dall'altro, a stimolare l'attivazione dei soggetti titolari di poteri direttamente impeditivi<sup>5</sup>.

La sentenza prosegue esplicitando che<sup>6</sup>, al fine di riconoscere la sussistenza di una responsabilità penale, la rilevazione di un omesso esercizio dei poteri di vigilanza deve essere accompagnata da un penetrante accertamento circa il nesso causale tra siffatto contegno omissivo e l'evento e circa la sussistenza dell'elemento soggettivo tipico del reato, rinvenibile, secondo la Corte, anche nella forma del dolo eventuale<sup>7</sup>.

La sentenza annotata, dunque, ribadisce la responsabilità penale del sindaco di una S.r.l. ove si possa provare che «egli abbia dato un contributo giuridicamente rilevante, sotto l'aspetto causale, alla verificazione dell'evento e che abbia avuto la coscienza e la volontà di quel contributo, anche solo a livello di dolo eventuale» avendo dunque con la propria condotta «determinato o favorito, consapevolmente, la commissione dei fatti di bancarotta da parte dell'amministratore» pur a prescindere – sempre a seguire la Corte – da un previo accordo tra sindaco e amministratore.

In applicazione dei suddetti principi, viene confermata la condanna del ricorrente a titolo di concorso omissivo nel delitto di bancarotta fraudolenta commesso dagli amministratori, ritenendosi, da un lato, che il collegio sindacale avesse completamente abdicato alle proprie funzioni e, dall'altro, che il sindaco ricorrente avesse tenuto *consapevolmente* – in relazione ad una lettura corale di vari “segnali

---

in via generale i poteri del collegio sindacale ove esso sia esistente e, pertanto, a prescindere dal fatto che la costituzione del medesimo sia facoltativa. Cfr. § 3 della sentenza in commento.

<sup>5</sup> La sentenza parla in questo senso del possibile avvio di «un circuito informativo idoneo ad influenzare le scelte dell'amministratore e costringerlo a comportamenti più rispettosi degli interessi della società e dei creditori» (§ 5).

<sup>6</sup> Sebbene, in ambito civilistico, la sola violazione dei predetti obblighi di vigilanza comporti una responsabilità risarcitoria ove sia possibile affermare che, secondo il meno stringente criterio del “più probabile che non”, il danno prodotto alla società non si sarebbe verificato ove il sindaco si fosse correttamente attivato.

<sup>7</sup> Accertamento anch'esso, si ritiene, da conseguire con il medesimo grado di corroborazione processuale richiesto per ogni altro elemento costitutivo della fattispecie: l'elevata probabilità logica confinante con la certezza.

d'allarme"<sup>8</sup> – un comportamento idoneo ad *agevolare* la commissione di comportamenti delittuosi da parte dell'organo di gestione.

L'analisi del caso, dunque, muovendo dal paradigma ascrittivo usato dalla sentenza annotata, suggerisce una tripartizione tematica: (i) l'equivalenza causale prevista dall'art. 40 cpv c.p.; (ii) la struttura della fattispecie concorsuale *ex art.* 110 c.p.; (iii) l'elemento soggettivo doloso e la relativa prova.

### 3. Il modulo omissivo improprio *ex art.* 40 cpv c.p. e i relativi problemi.

Anzitutto occorre soffermarsi sulla struttura del delitto commissivo mediante omissione.

È infatti noto che l'operatività della clausola di equivalenza tra commettere ed omettere<sup>9</sup> di cui all'art. 40 cpv c.p. è subordinata alla sussistenza di un obbligo giuridico di impedire l'evento. Tale obbligo giuridico, d'altra parte, è a propria volta subordinato alla previa identificazione di poteri-doveri impeditivi, secondo la dialettica *Können – Sollen*<sup>10</sup>.

Insomma, non si può essere gravati da una posizione di garanzia che imponga di evitare un dato evento se, a monte, non si dispone di corrispondenti poteri impeditivi.

Sul piano normativo-causale, il tema di fondo affrontato dalla sentenza è quindi il seguente: posto che i componenti del collegio sindacale sono gravati da una serie di obblighi di sorveglianza e di segnalazione, possono essi concorrere mediante omissione nel delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale perpetrato dagli amministratori?

La risposta a tale interrogativo richiede l'analisi delle condizioni progressive alle quali l'omissione (impropria) – che sempre più caratterizza il diritto penale dell'economia<sup>11</sup> – può dirsi penalmente rilevante.

<sup>8</sup> In particolare la sentenza, quanto all'accertamento circa la sussistenza dell'elemento soggettivo tipico, dopo aver evidenziato (del tutto correttamente) come non sia sufficiente la mera conoscibilità «delle malefatte dell'amministratore», essendo doverosamente richiesta la effettiva conoscenza delle stesse, enuclea una lunga serie di elementi evocanti un contesto di diffusa illegalità, sufficienti, secondo la Corte, a provare lo stato psicologico del ricorrente: mancato adempimento degli obblighi tributari per almeno cinque anni, alienazione del ramo d'azienda più fruttifero, falsificazione dei bilanci, appropriazioni reiterate per il valore complessivo di oltre € 235.000,00, distrazione di risorse sociali per fini personali, auto-compensi in difetto di delibere assembleari sono segnali di allarme idonei ad allertare un legio organo di controllo circa la spregiudicatezza del *board* di gestione e ad attivare i conseguenti poteri di contenimento.

<sup>9</sup> Non va infatti dimenticato che «per quanto accomunate dall'esprimere entrambe una libera, non necessitata, esternazione della persona nel mondo» (M. RONCO, *Il Reato: modello teorico e struttura del fatto tipico*, in *Commentario sistematico al Codice Penale*, Bologna, 2011, 110 ss.), condotta attiva e condotta omissiva differiscono profondamente già sotto il profilo naturalistico; cfr. G. FIANDACA, *Omissione (diritto penale)* in *Dig. pen.*, VIII, Torino, 1994, 547.

<sup>10</sup> Cfr. M. GALLO, *La legittimità costituzionale dell'art. 57 n. 1 c.p., e un problema di efficacia delle pronunce di rigetto*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1956, 460. L'Illustre Autore, con chiarezza, afferma: «tra i buoni risultati della tecnica giuridica credo che si possa annoverare quello di aver posto in luce che il dovere presuppone sempre nel soggetto che se ne afferma titolare un potere di fatto sul risultato che da lui si attende, perché a rigore non si deve se non ciò che si può: in diritto dovere l'impossibile è assurdo».

<sup>11</sup> Cfr. A. ALESSANDRI, *La responsabilità omissiva*, in AA. VV., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna,

In primo luogo, bisogna interrogarsi in ordine al contenuto effettivo dei poteri attribuiti ai sindaci al fine di saggiare le relative capacità impeditive rispetto all'evento e di sagomare, di conseguenza, anche la specifica posizione di garanzia che sui medesimi grava.

Questo sembra, a ben vedere, anche il percorso logico seguito dalla sentenza in commento, giacché la stessa, in primo luogo, delinea i doveri dei sindaci, per poi passare a rintracciare i poteri dei quali essi dispongono al fine di adempiervi. Quanto agli obblighi – ricorda la Suprema Corte – i sindaci sono tenuti al dovere di vigilare (i) «sull'osservanza della legge e dello statuto», (ii) sul «rispetto dei principi di corretta amministrazione»<sup>12</sup>, con particolare rilievo all'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società, e (iii) sul concreto funzionamento di tale assetto (oltre a svolgere il controllo contabile nel caso previsto dall'art. 2409-*bis* c.c.<sup>13</sup>).

Per adempiere a siffatti doveri di vigilanza i sindaci dispongono di alcuni poteri, loro attribuiti dall'ordinamento in modo specifico (art. 2403-*bis* c.c.): essi possono in qualsiasi momento, anche individualmente, procedere ad atti di ispezione e di controllo (avvalendosi anche, per specifiche operazioni, a proprie spese e sotto la propria responsabilità, di propri dipendenti e ausiliari che non si trovino in una delle situazioni di cui all'art. 2399 c.c.<sup>14</sup>); possono chiedere agli amministratori notizie, anche con riferimento a società controllate, sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari; possono altresì scambiare informazioni con i correlativi organi delle società partecipate (e controllate) in merito ai sistemi di *governance* e all'andamento generale dell'attività sociale<sup>15</sup> e scambiare informazioni con i soggetti incaricati del controllo contabile (art. 2409-*septies* c.c.). Ancora, *ex* art. 2406, co. 2, c.c. il collegio sindacale ha il potere di convocare l'assemblea «qualora nell'espletamento del suo incarico ravvisi fatti censurabili di rilevante gravità e vi sia urgente necessità di provvedere». Infine, *ex* art. 2409 c.c., i sindaci possono esercitare il potere di denuncia al Tribunale laddove ritengano sussistente un fondato sospetto di gravi irregolarità di gestioni potenzialmente dannose e, ai sensi degli artt. 2377 e 2388 c.c., hanno

---

1998, il quale già prima della riforma del 2003 affermava come il paradigma dell'omissione impropria fosse lo strumento utilizzato dalla giurisprudenza per rispondere alle esigenze di tutela originate dallo sviluppo della complessità economica e societaria.

<sup>12</sup> Cfr. F. FERRARA JR – F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, XIII ed., 2006, 630 ss. ove viene peraltro evidenziato come l'attuale dicitura «rispetto dei principi di corretta amministrazione» risulti molto più precisa di quella recata dalla precedente formulazione della norma («controllare l'amministrazione della società»), la quale «suggeriva di considerare i sindaci come una sorta di superamministratori (origine di quella giurisprudenza portata ad appiattare la responsabilità dei sindaci su quella degli amministratori, coinvolgendoli sistematicamente in tutte le responsabilità imputabili a questi ultimi)».

<sup>13</sup> *Ibidem*, 631, ove gli Autori evidenziano come «non senza una qualche incoerenza, tuttavia, il riformatore ha lasciato al collegio sindacale una serie di mansioni meglio assimilabili al controllo contabile, che norme sparse già precedentemente gli attribuivano»: si tratta, a ben vedere, sempre di poteri informativi e consultivi, in nessun caso direttamente inibitori o impeditivi.

<sup>14</sup> Fermo restando (art. 2403-*bis* c.c.) che gli amministratori hanno facoltà di rifiutare agli ausiliari e ai dipendenti dei sindaci l'accesso a informazioni riservate.

<sup>15</sup> Registrando peraltro le operazioni eseguite nel libro di cui all'art. 2421, co. 1 n. 5, c.c.



rispettivamente il potere di impugnare le deliberazioni assembleari e quelle del consiglio di amministrazione.

Merita rilevare, a uno sguardo di insieme, come i singoli sindaci godano di poteri ispettivi mentre, collegialmente, l'organo di controllo appaia dotato di poteri informativi e di segnalazione.

Individualmente o collegialmente, tuttavia, i sindaci svolgono un'attività di "mera" vigilanza, avente ad oggetto gli atti di amministrazione<sup>16</sup>, gli atti di organizzazione dell'organo gestorio<sup>17</sup>, le decisioni assembleari e, in alcuni casi, la eventuale violazione delle regole contabili.

Se, dunque, sono questi i poteri attribuiti dall'ordinamento ai sindaci, si ritiene opportuna un'ulteriore sottoderminazione tematica.

In primo luogo, è necessario considerarne l'idoneità impeditiva rispetto all'illecito altrui laddove i predetti poteri fossero stati correttamente e tempestivamente azionati, posto che solo ove essi permettano di "impedire l'evento" potrebbe, a rigore, concretizzarsi la clausola di equivalenza di cui all'art. 40 cpv. c.p.

In secondo luogo, tuttavia, anche qualora l'esercizio degli stessi non fosse autenticamente impeditivo in termini di assoluta certezza, si dovrebbe in ogni caso valutare se la combinazione tra le clausole normative di cui agli artt. 40, co. 2 c.p. e 110 c.p. sia tale da autorizzare – sul piano tanto dogmatico, quanto probatorio – l'attenuazione del rigore della prova "impeditiva" a favore di quella meramente "agevolatrice" o "di rinforzo", o addirittura del contributo morale alla compartecipazione criminosa, secondo le acquisizioni del c.d. modello unitario del concorso di persone nel reato disciplinato dal nostro diritto penale.

In terzo luogo, si è persuasi che assuma conclusivo rilievo, per risolvere gli eventuali dubbi dogmatici e probatori destinati ad affiorare dall'analisi dei predetti due passaggi logico-giuridici, la considerazione dell'ingrediente soggettivo doloso – vuoi come consapevolezza del contributo concorsuale al fatto distrattivo, vuoi come rafforzamento consapevole del proposito criminoso dell'*intrausus* –, dell'*animus* che informa la condotta antidoverosa dell'organo di controllo.

I tre passaggi dianzi enunciati – modulo omissivo improprio, modulo omissivo improprio concorsuale e contributo concorsuale morale e doloso – scandiranno le successive argomentazioni.

### *3.1. Il modulo omissivo improprio. Poteri direttamente o indirettamente impeditivi (continua).*

In tema di responsabilità penale da reato omissivo improprio degli organi di controllo, la dottrina ha operato una duplice e peculiare *summa divisio* – sulla quale

---

<sup>16</sup> Controllando che l'organo gestorio si astenga dal compiere atti in conflitto di interessi con la società o estranei all'oggetto sociale o comunque suscettibili di compromettere l'integrità del patrimonio sociale.

<sup>17</sup> Verificando le procedure ideate ed il grado di loro effettivo rispetto.

appare opportuno soffermarsi – tra poteri direttamente e indirettamente impeditivi, da un lato; tra poteri tipici e atipici<sup>18</sup>, dall'altro.

Si definisco poteri direttamente impeditivi quelli ai quali corrispondono «doveri di conformazione» e conseguono in via diretta «effetti vincolanti sull'attività del soggetto controllato»<sup>19</sup>.

Si dicono, invece, poteri indirettamente impeditivi quei poteri che decodificano «uno schema di azione coincidente con un segmento di una procedura nella quale il titolare – dei poteri stessi – è immesso», senza che sia tuttavia egli stesso a poter modificare direttamente la realtà<sup>20</sup>, essendo pur sempre necessario l'intervento di altri soggetti della sequenza procedimentale<sup>21</sup>.

A ben vedere, allo stato attuale della normativa civilistico-societaria, sembra che i poteri direttamente impeditivi dei sindaci, ove anche riscontrabili, siano davvero esigui: si limiterebbero, fundamentalmente, al potere di impugnare le delibere del consiglio di amministrazione di cui all'art. 2388 c.c. e al potere – esercitabile nell'ambito del sistema dualistico – di “bloccare” l'attività del consiglio di gestione di cui all'art. 2409-terdecies, lett. a), c.c. Poteri i cui ambiti di attivazione e rilevanza sono peraltro strettamente determinati dalla disciplina di settore.

I poteri intorno ai quali viene, invece, di consueto ricostruita – dalla dottrina e dalla giurisprudenza – la responsabilità penale per concorso omissivo dei sindaci rispetto all'attività illecita degli amministratori, come si è in precedenza evidenziato, sono i poteri di attivazione dei flussi informativi di cui all'art. 2403-bis c.c. ed il potere di denuncia al Tribunale di cui all'art. 2409 c.c.: poteri, questi, funzionali (i) alla *conoscenza* di eventuali irregolarità o attività illecite e (ii) alla conseguente *segnalazione* ad altri soggetti (l'assemblea dei soci o il Tribunale) affinché questi ultimi si attivino per inibire o reagire dinanzi ai contegni serbati dalla compagine amministrativa<sup>22</sup>. In altri termini si

<sup>18</sup> Cfr. A. INGRASSIA, [La suprema Corte e il superamento di una responsabilità di posizione per amministratori e sindaci: una decisione apripista?](#), Nota a Cass. Pen., Sez. V, 8 giugno 2012 (dep. 2 novembre 2012), n. 42519, Pres. Oldi, Rel Micheli, in questa Rivista, 14 febbraio 2013.

<sup>19</sup> Per le richiamate definizioni cfr. F. GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in Riv. trim. dir. pen. econ., 2006, 608. In ordine ai poteri impeditivi cfr. F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari (Una lettura critica della recente giurisprudenza)*, in Riv. soc., 2012, 333 ss.; ID., *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2009, 162 e ss.; N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Milano, 2003, 67 ss.

<sup>20</sup> A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bologna, 2009, 275 ss., il quale aggiunge che tali poteri non comportano «un mutamento in atto della realtà, bensì l'attesa, riposta in una norma, che la realtà subisca un mutamento».

<sup>21</sup> Cfr. G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2012, spec. 224, ove si afferma che nei poteri indirettamente impeditivi: «l'impedimento dell'evento a cui è obbligato il garante dipende dalle condotte di terze persone».

<sup>22</sup>Cfr. A. MELCHIONDA, *La responsabilità penale dei sindaci*, cit., 74, il quale afferma che: «ove si eccettuino alcune ipotesi del tutto eccezionali, i sindaci non godono di alcun potere ostativo nei confronti degli amministratori: i loro compiti sono, prevalentemente, dei compiti referenti»; cfr. anche G. CAVALLI, *Il controllo societario e gli interessi protetti*, in *Le Società*, 1998, 891 e 892 il quale afferma che «il nocciolo del controllo sindacale sull'amministrazione sta nel verificare e nel riferire». Sebbene in un contesto normativo precedente alla riforma del 2003, siffatte affermazioni possono ancora essere condivise, almeno in linea generale.

tratterebbe di poteri di *informazione* e di *impulso*, ma non ancora poteri che consegnino al sindaco la possibilità giuridica di intervenire nella realizzazione della fattispecie tipica (perpetrata dall'amministratore) impedendone in senso proprio la commissione<sup>23</sup>. Dunque, per mantenere il lessico iniziale, i poteri intorno ai quali viene edificata – in via giurisprudenziale – la posizione di garanzia dei sindaci difetterebbero di una efficacia direttamente impeditiva.

Alcune voci in dottrina<sup>24</sup> hanno dunque rilevato che, se nessun concreto potere di intervento – che vada oltre alla mera sollecitazione o all'intimazione di carattere dissuasivo – è ravvisabile in capo ai componenti del collegio sindacale, dovrebbe allora concludersene che nessuna posizione di garanzia in grado di sorreggere il meccanismo di integrazione suppletiva di cui all'art. 40 cpv. c.p. possa essere individuata in capo ai sindaci medesimi. Su questi graverebbe – proprio in virtù dell'assenza di poteri in senso proprio impeditivi – una posizione di sorveglianza o di vigilanza<sup>25</sup> che, come noto, sarebbe in grado di fondare una responsabilità penale in caso di violazione degli obblighi dalla stessa discendenti solo ove ciò fosse espressamente previsto da fattispecie di omissione propria<sup>26</sup>.

Da altra prospettiva, siffatto filone dottrinale, ha anche evidenziato come non ogni obbligo giuridico di attivarsi sia suscettibile di essere convertito – in chiave penalistica – in un obbligo giuridico di impedimento<sup>27</sup>: piuttosto che di obblighi di garanzia in senso proprio, i sindaci sarebbero dunque depositari di poteri (e conseguentemente tenuti da obblighi) di *sorveglianza*, essendo «soggetti che, lungi dall'essere giuridicamente tenuti a (proprio perché privi dei suddetti poteri di) impedire l'evento offensivo degli interessi affidati alla loro tutela, sono più genericamente tenuti (proprio perché privi dei suddetti poteri impeditivi) solo a sorvegliare per conoscere della commissione di reati e comunque ad informare il titolare del bene o garante»<sup>28</sup>.

La dottrina maggioritaria<sup>29</sup>, sulla scia della giurisprudenza, ritiene tuttavia che il sindaco, in quanto garante, debba nondimeno attivare tutti i poteri, anche quelli

<sup>23</sup> In modo tale che le stesse appaiano come emanazione della sua sfera di signoria. Cfr. al proposito, V. TORRE, *Nota a Tribunale di Ancora, G.I.P., 5 dicembre 1997, Giudice D'Aprile*, in *Ind. pen.*, 2000, 269 ss. Le considerazioni dell'Autrice, pur in un contesto normativo parzialmente diverso, conservano indubbia attualità e profondità di ricostruzione dogmatica.

<sup>24</sup> Su tutti si veda A. MELCHIONDA, *La responsabilità penale dei sindaci*, cit., *passim*.

<sup>25</sup> Cfr. V. TORRE, *op. ult. cit.*, 285 e 286; secondo l'Autrice, infatti, l'attività dei sindaci non presenterebbe «l'incisività necessaria per fondare una posizione di garanzia che abbia come contenuto l'impedimento di un reato» non avendo la possibilità di intervenire sulla sfera di autodeterminazione altrui.

<sup>26</sup> In modo del tutto analogo MELCHIONDA, *La responsabilità penale dei sindaci*, cit., 75.

<sup>27</sup> Cfr. V. TORRE, *op. ult. cit.*, 281.

<sup>28</sup> Cfr. A. MELCHIONDA, *La responsabilità penale dei sindaci*, cit., 75, richiamandosi anche, nel relativo corpo di testo, la definizione di obbligo di sorveglianza proposta dal c.d. Progetto Vassalli-Pagliaro.

<sup>29</sup> Cfr. F. STELLA – D. PULITANÒ, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.* 1990, 563: «il dovere di impedimento non potrà ritenersi adempiuto, se non quando siano stati esercitati *tutti* i poteri inerenti al ruolo di garante, che possano servire ad evitare l'evento. L'esercizio di alcuni soltanto dei poteri comporta, infatti, l'omesso esercizio di altri poteri intesi ed idonei ad impedire l'evento; e questo basta a fondare la responsabilità ex art. 40 cpv. c.p.» (corsivo originale); F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità*, cit., 334 ss.; *Contra* F. GIUNTA, *Controllo e controllori*, cit., 608.

dissuasivi, informativi e/o conoscitivi, ancorché non direttamente impeditivi, per non essere chiamato a rispondere penalmente *ex art. 40 cpv c.p.* a titolo di concorso nei reati commessi dagli amministratori.

Tale posizione consegue, principalmente, a due itinerari argomentativi, uno di teoria generale e uno di carattere funzionale.

Il primo si sostanzia nell'evidenziare come la modifica di una posizione soggettiva altrui, quale risultato tipico dell'esercizio di un potere, si ottiene di sovente attraverso l'attivazione di procedure più o meno complesse, le quali presuppongono necessariamente degli atti di impulso<sup>30</sup>.

Il secondo argomento, di carattere funzionale, evidenzia invece come, non essendo presenti nel diritto societario poteri individuali direttamente impeditivi di atti gestori, si dovrebbe rinunciare a qualificare come garanti, già sul piano astratto, tutti i componenti degli organi di controllo delle società commerciali<sup>31</sup>.

Siffatta impostazione è stata condivisa anche dalla giurisprudenza, di merito e di legittimità, in base alla quale «la posizione di garanzia richiede l'esistenza dei poteri impeditivi che peraltro possono concretizzarsi in obblighi diversi (per es. di natura sollecitatoria), e di minore efficacia, rispetto a quelli direttamente e specificamente diretti ad impedire il verificarsi dell'evento»<sup>32</sup>.

In tale cornice interpretativa si colloca anche la sentenza in commento.

La stessa afferma, infatti, che il ricorrente, in base alla nuova formulazione degli artt. 2403, 2406, 2409 e 2477 c.c., avrebbe certamente disposto dei «poteri necessari a stroncare sul nascere le velleità appropriative dell'amministratore, atteso che poteva segnalare all'assemblea le scorrettezze di quest'ultimo, ma poteva anche segnalare al Tribunale le irregolarità di gestione»; e ciò in quanto, da un punto di vista più generale «i "poteri impeditivi" necessari a configurare una responsabilità per omesso controllo [...] non sono i poteri capaci di evitare, in assoluto, la commissione dei reati da parte degli amministratori (atteso che non è demandato ai sindaci un controllo preventivo sugli atti di amministrazione), ma i poteri, senz'altro appartenenti al sindaco, di ricognizione e di segnalazione sopra specificati, che stimolano la reattività dei soggetti legittimati ad agire per la tutela del patrimonio sociale» (§ 5 della sentenza in commento).

### 3.2. (segue) Il modulo omissivo improprio. Poteri tipici e poteri atipici.

Riprendendo il secondo polo della *summa divisio* in precedenza indicata, preme ora soffermarsi a considerare la dicotomia tra poteri tipici e poteri atipici.

Al riguardo, va in primo luogo evidenziata una netta divergenza di interpretazioni tra dottrina e giurisprudenza.

---

<sup>30</sup> A. NISCO, *Controlli*, cit., 286.

<sup>31</sup> Cfr. F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità*, cit., 334.

<sup>32</sup> Cfr. Cass., Sez. IV, 11 marzo 2010, n. 16761, in *Cass. pen.*, 2011, 101 con nota di A. VERRICO, *Le insidie al rispetto di legalità e colpevolezza nella causalità e nella colpa: incertezze dogmatiche, deviazioni applicative, possibili confusioni e sovrapposizioni*. Cfr. anche A. INGRASSIA, *La Suprema Corte*, cit., 4 e la bibliografia ivi citata.

Quest'ultima appare orientata<sup>33</sup> nel senso di pretendere dal garante l'attivazione di ogni possibile potere, giuridico o di fatto, direttamente connesso o meno che sia con la propria funzione, trovando limite esclusivamente nel comportamento antiggiuridico.

La Suprema Corte, infatti, ha già in passato affermato, con riferimento ai poteri dei sindaci rispetto alla posizione di garanzia, che spetterebbe al giudice «rinvenire la relativa esistenza nella dotazione disponibile al soggetto», giacché «l'area interessata è quella più prossima all'attività esercitata, ma nulla vieta di ipotizzare rimedi diversi contrassegnati da efficacia impeditiva»<sup>34</sup>.

La dottrina maggioritaria, per contro, ha evidenziato come tale opzione ermeneutica esporrebbe al rischio di condurre il giudice a ricostruire la posizione di garanzia a ritroso, individuando l'area dei poteri che la presidiano e la fondano a posteriori, seguendo una logica, anche sotto il profilo causale, del "*post hoc propter hoc*"<sup>35</sup>, in violazione del principio di legalità, assecondando un'espansione della responsabilità penale del sindaco fino a ricomprendere qualsiasi forma di inerzia, pur in assenza di uno stretto legame, eziologico e soggettivo, con l'evento tipico.

Evidenziando come una definizione eccessivamente generica dei poteri (e dunque degli obblighi) dei sindaci finisca per «privare la situazione tipica della consistenza necessaria a selezionare le condotte tipiche»<sup>36</sup>, la dottrina maggioritaria ha ribadito con fermezza come la posizione di garanzia possa fondarsi solamente su poteri *giuridici* predeterminati e sufficientemente circoscritti, ovvero su poteri «ricostruibili alla luce della normativa che disegna la posizione di garanzia degli organi di controllo»<sup>37</sup>.

Ribadendo dunque la necessità della previsione, in capo al soggetto gravato della posizione di garanzia, di poteri (direttamente o indirettamente) impeditivi sufficientemente predeterminati (*id est*: tipici, in quanto giuridicamente previsti), una

<sup>33</sup> Salvo alcune timide aperture, comunque lasciate "ristagnare" sul solo profilo dell'argomentazione astratta. Cfr. in questo senso Cass., Sez. V, 8 giugno 2012, n. 42519 – con nota di A. INGRASSIA, *La Suprema Corte*, cit., 5 – ove si afferma che «occorre che i poteri siano ben determinati, ed i loro esercizio sia normativamente disciplinato in guisa tale da poterne ricavare la certezza che, laddove esercitati davvero, l'evento sarebbe stato scongiurato: il che non sembra essere nella legislazione vigente».

<sup>34</sup> Cass., Sez. V, 4 maggio 2011, 4422, in *Riv. dott. comm.*, 2012, 187 con nota di G. CHIARAVIGLIO, *Causalità omissiva e potere di impedire l'evento: la posizione dei sindaci e degli amministratori privi di delega nelle società di capitali*, richiamata anche da A. INGRASSIA, *La Suprema Corte*, cit., 4; in ordine alla ricostruzione giurisprudenziale di un'ampia area dei poteri di impedimento (ancorché indiretti) dei sindaci sui quali fondare una loro responsabilità *ex art. 40 cpv. c.p.* per fatti di bancarotta commessi dagli amministratori, cfr. anche Cass., Sez. V, 13 dicembre 2006, n. 17393; Cass., Sez. V., 5 luglio 2012 n. 37920; Cass., Sez. V, 5 marzo 2012 n. 26399; Cass., Sez. V, 14 gennaio 2016, n. 18985; Cass., Sez. V, 26 maggio 2017 n. 42046.

<sup>35</sup> Segnala il rischio di una pericolosa inversione logica anche V. TORRE, *op. ult.* cit., 289 e 290, affermando che «L'omissione tipica si ricostruirebbe solo procedendo a ritroso a partire dall'accertamento dell'evento tipico e, attraverso un criterio causale, si individuerrebbe a posteriori il contenuto specifico di un obbligo giuridico, posto dall'ordinamento in base ad una proposizione del tutto generica [...] La discrezionalità del giudice costituirebbe l'unica fonte de precepto, individuato e individuabile in base al criterio causale solo al momento dell'applicazione della norma».

<sup>36</sup> Cfr. V. TORRE, *op. ult.*, cit., 289.

<sup>37</sup> F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità*, cit., 335; in questo senso anche G. CHIARAVIGLIO, *Causalità omissiva e potere di impedire l'evento*, cit., 890 ss.

parte della dottrina, seguendo gli sviluppi e gli affinamenti dei poteri attribuiti dalla normativa civilistica ai sindaci, ha svolto un'ulteriore considerazione, così riassumibile: se anche si ritenesse che, dopo il 2003, la migliore delineazione degli obblighi e la più penetrante incisività dei poteri attribuiti ai componenti del collegio sindacale permettesse di ricostruire in capo ai medesimi una posizione di garanzia, coerente – con particolare riferimento alle S.p.A. quotate – anche con una funzione di garanzia generale e di tutela degli investitori<sup>38</sup>, nondimeno si dovrebbe prestare particolare attenzione a non sovrapporre ciò che risulta rilevante sul piano civilistico rispetto a quanto oggetto di specifica attenzione penalistica.

Il progressivo affinamento e la più precisa delimitazione dei compiti e dei poteri del collegio sindacale – prosegue tale dottrina – può infatti ben fondare, ai sensi dell'art. 2407 c.c., solo una responsabilità civilistica in capo ai sindaci in solido con gli amministratori per le conseguenze dannose da questi ultimi cagionate alla società<sup>39</sup>. Una responsabilità penale, invece, ricostruita attraverso la clausola di integrazione suppletiva di cui all'art. 40 cpv c.p., potrà essere configurata – pur alla luce del nuovo dettato civilistico – solo laddove essa esibisca una effettiva correlazione tra poteri impeditivi predeterminati (in ossequio ad un ben inteso principio di legalità) e specifico fatto costituente reato che attraverso l'attivazione degli stessi si sarebbe dovuto scongiurare.

Del resto, il possibile disallineamento che verrebbe così a crearsi tra risposta civile e risposta penale al medesimo fatto storico si poggia sull'ineliminabile differenza che sussiste tra le ragioni del "risarcire" e le ragioni del "punire"<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> Cfr. A. MELCHIONDA, *La responsabilità penale dei sindaci*, cit., 78 ss. il quale valorizza la funzione di collegamento informativo del collegio sindacale delle S.p.A. quotate con la Consob. L'Autore – citando V. Rordorf, *Mercati finanziari e società di capitali. I controlli interni dal dattiloscritto della Relazione all'incontro di studio sul tema "La tutela penale del mercato finanziario" tenuto presso il CSM nel maggio 1998* – afferma che «l'attuale maggiore specificità ed incisione di siffatti poteri (quelli dei sindaci) è, in effetti, tale da inserire questo organo in un più vasto sistema di garanzia, non solo a beneficio dei soci ma anche del mercato nel suo insieme».

<sup>39</sup> *Ibidem*, 81.

<sup>40</sup> Del resto, l'aver disatteso degli obblighi di controllo non necessariamente deve trovare una risposta penale da parte dell'ordinamento. Per tutelare gli interessi privatistici sottesi alla gestione societaria potrebbero essere considerati bastevoli anche i rimedi già previsti sul piano risarcitorio. D'altra parte, quando il legislatore ha voluto dare rilievo penalistico alle condotte dei sindaci, l'ha fatto in modo esplicito. La posizione di garanzia individuata nel campo civilistico, per finalità di stampo risarcitorio, non può essere *sic et simpliciter* spostata sul piano penalistico, giacché non ogni obbligo giuridico è suscettibile di convertirsi in obbligo di impedire l'evento rilevante in una fattispecie omissiva impropria ex art. 40 cpv c.p. (Cfr. A. MELCHIONDA, *La responsabilità penale dei sindaci*, cit., 75).

#### 4. Il modulo omissivo improprio concorsuale: la fattispecie concorsuale eventuale e l'accertamento del nesso causale.

La seconda tematica dischiusa dal paradigma ascrittivo adottato dalla sentenza in commento in ordine ai sindaci, è relativa, come sopra anticipato, alla disciplina del concorso di persone nel reato *ex artt.* 110 e ss. c.p.

Alcune voci della dottrina<sup>41</sup>, argomentando sull'assenza di poteri dotati di efficacia direttamente impeditiva rispetto all'evento (*id est*, in questo caso, il reato altrui) in capo ai sindaci, ritengono che la condotta omissiva dei medesimi non possa esplicitare un'efficacia causale sufficiente a sorreggere la struttura di cui all'art. 110 c.p.

A ben vedere, tuttavia, ragionando in ordine ai meccanismi giuridici ed agli equilibri sistematici che presidiano il concorso di persone nel reato, sarebbe possibile ricostruire il contributo causale dei sindaci al delitto di bancarotta degli amministratori in termini di agevolazione o, ipotizzando un previo accordo, in termini di concorso morale<sup>42</sup> – nella forma del rafforzamento del proposito (o della causalità di rinforzo) – senza la necessità di ricorrere alla clausola di equivalenza di cui all'art. 40 cpv. c.p.<sup>43</sup>.

La giurisprudenza, ben consapevole dell'importanza centrale dell'accertamento causale nell'ambito del paradigma omissivo utilizzato per ascrivere ai sindaci, a titolo di concorso doloso, fatti illeciti commessi dagli amministratori, ha in passato affermato la necessità di vagliare con rigore «l'esistenza di elementi sintomatici, dotati del necessario spessore indiziario, della loro partecipazione, in qualsiasi modo, all'attività degli amministratori ovvero di valide ragioni che inducano a ritenere che l'omesso controllo abbia avuto effettiva incidenza causale nella commissione del reato da parte degli amministratori»<sup>44</sup>.

Nel solco di questo orientamento, la sentenza in commento ribadisce che, per ritenerne sussistente la penale responsabilità del sindaco, è necessario che egli abbia dato, con la propria omissione, un «contributo giuridicamente rilevante – sotto l'aspetto causale – alla verifica dell'evento» aggiungendo che, al riguardo, «occorre la prova – che può essere data, come di regola, anche in via indiziaria – del fatto che la sua condotta abbia determinato o favorito consapevolmente la commissione del fatto di bancarotta da parte dell'amministratore».

Evidente sembra, dunque, che la sentenza annotata richiami un contributo causale modulato in termini di agevolazione rispetto alla condotta illecita altrui. In questo senso va inquadrata l'ulteriore precisazione svolta dalla Suprema Corte che, in

---

<sup>41</sup> Cfr. V. TORRE, *op.ult. cit.*, 291; A. MELCHIONDA, *La responsabilità penale dei sindaci*, cit., 64 ss., spec. 75, 76, 77 e 78.

<sup>42</sup> Cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte generale*, Bologna, 2014, 509 ss.

<sup>43</sup> O almeno nella relativa funzione di disciplina. Cfr. sul punto F. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983, 140 ss., ove viene evidenziato come, mentre l'art. 40 cpv. c.p. viene a svolgere la funzione di dettare la sola regola di equivalenza della compartecipazione omissiva alla condotta illecita commessa da altri, l'art. 110 c.p. conserva invece una funzione incriminatrice (e non solo di disciplina): il contributo negativo risulta in tal modo assimilato (art. 110 c.p.) alla condotta concorsuale attiva ove sussista un obbligo giuridico di impedire il reato altrui (art. 40 cpv c.p.).

<sup>44</sup> Cass., Sez. V, 21 aprile 2010 n. 15360.

risposta ad un motivo di impugnazione, ha precisato come sarebbe «del tutto inconferente [...] il riferimento del ricorrente al ragionamento controfattuale, che, secondo lui, si imporrebbe nella specie, giacché l'esercizio scrupoloso della funzione di controllo è richiesto per stimolare, in generale, comportamenti legali e virtuosi dell'amministrazione e non già per impedire, rendendoli impossibili, i reati di bancarotta» (§ 5).

In sostanza, la Suprema Corte sembra connettere l'attivazione della funzione di controllo (*recte*: di vigilanza) del sindaco non ad evitare l'evento-reato commesso dagli amministratori ma all'attivazione di un circuito informativo volto a propiziare comportamenti legali e virtuosi dei medesimi. Con tale precisazione, la Cassazione sembra dunque confermare che, in queste ipotesi, la connessione causale richiesta assuma le venature dell'agevolazione (e non di una causazione *stricto sensu* intesa sul piano naturalistico-materiale).

Il problema di maggior spessore, allora, quanto al profilo causale, sembrerebbe porsi sul piano epistemico-processuale, segnatamente con riferimento al grado di corroborazione richiesto per l'accertamento del descritto legame eziologico: è sufficiente un mero aumento del rischio del verificarsi del reato a cagione della condotta omissiva del sindaco? O serve piuttosto l'elevata probabilità logica confinante con la certezza richiesta dalla Franzese<sup>45</sup>?

Affrontare partitamente il grande tema della dogmatica causale esula evidentemente dagli intenti di questo contributo, ma talune considerazioni vanno svolte.

Si ritiene, infatti, che sia possibile mettere in luce un possibile equivoco al fondo della contrapposizione netta tra le due più radicali posizioni interpretative.

Le stesse si fronteggiano in modo esasperatamente "atomistico".

Da un lato, la posizione – in certo senso più garantistica – secondo cui occorrerebbe la puntuale previsione, nell'ordinamento giuridico civile, di poteri

<sup>45</sup> Cass. Pen. Sez. Un. 10 luglio 2002, Franzese, che si può leggere, tra l'altro, in *Cass. pen.*, 2002, 3643 ss. Su tale sentenza sono stati scritti veri e propri fiumi di inchiostro: senza pretesa di esaustività cfr. R. BLAIOTTA, *Con una storica sentenza le Sezioni Unite abbandonano l'irrealistico modello nomologico deduttivo di spiegazione causale di eventi singoli. Un nuovo inizio per la giurisprudenza*, in *Cass. pen.*, 2003, 1176 ss.; F. CENTONZE, *Causalità attiva e causalità omissiva: tre rivoluzionarie sentenze della giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 289 (a commento di tre pronunce della Suprema Corte che hanno costituito il presupposto dell'intervento a Sezioni Unite del luglio 2002); ID., *Il nuovo corso della giurisprudenza di Cassazione sulla spiegazione causale: la necessità del ricorso a leggi universali o statistiche con coefficiente percentualistico vicino a cento, il ruolo del giudice e del consulente medico legale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2002, 589 (pure a commento delle sentenze della Suprema Corte prodromiche a quella del luglio 2002); F. D'ALESSANDRO, *La certezza del nesso causale: la lezione 'antica' di Carrara e la lezione 'moderna' della Corte di Cassazione sull'oltre ogni ragionevole dubbio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 743 ss.; O. DI GIOVINE, *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle Sezioni unite*, in *Foro it.*, 2002, II, 608 ss.; A. DI MARTINO, *Il nesso causale attivato da condotte omissive tra probabilità, certezza e accertamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 50 ss.; M. RONCO, *La struttura del fatto tipico*, in *Commentario cit.*, 259 ss.; F. STELLA, *Etica e razionalità nel processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni unite della Suprema Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 767 ss.; ID., *Verità, scienza e giustizia: le frequenze medio-basse nella successione di eventi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1215 ss. Tra i più recenti bilanci del dibattito penalistico alimentatosi sulla storica sentenza, cfr., da ultimo, AA.VV., *Il rapporto di causalità a dieci anni dalla sentenza 'Franzese'. Riflessioni problematiche nel settore penale e in quello civile*, Atti del Convegno di studio del 28 novembre 2012, Tropea, 2013, in particolare la relazione di F. Viganò.



*radicalmente impeditivi* in capo ai sindaci<sup>46</sup>, rischia l'ineffettività applicativa nel vivo dispiegamento dell'esperienza giudiziaria, la quale non può che essere "sensibile" quantomeno alle più macroscopiche – nonché sintomatiche sul piano dell'effettività concorsuale e della sussistenza di volontà concorsuale dolosa – violazioni dei doveri funzionali dei sindaci<sup>47</sup>. Inoltre, nella sua "intransigenza condizionalistica", essa non sembra considerare la rilevanza penale anche dei contributi concorsuali "non condizionalistici", come noto tipici della compartecipazione criminosa penalmente rilevante.

Da un altro canto, è tuttavia innegabile che gli orientamenti più rigorosi della giurisprudenza – secondo i quali, al fine di configurare la penale rilevanza concorsuale dell'omissione, sarebbe sufficiente l'accertamento del dovere funzionale dell'organo di controllo – condurrebbero a istituire l'impropria equivalenza dogmatica tra violazione del mero dovere di condotta *in vigilando* e compartecipazione di carattere doloso.

A ben vedere, senza doversi necessariamente "schierare" per l'una o l'altra posizione, proprio per rispondere all'esigenza di non sovrapporre – in forza di inaccettabili automatismi applicativi – il "controllo negligente" con l'"omesso controllo" proattivamente finalizzato alla realizzazione del delitto altrui, è sul piano della compartecipazione morale e dell'ingrediente soggettivo del reato che risulta necessario pretendere *standard* elevati di dimostrazione della responsabilità dolosa.

Sotto tale riguardo, l'annotata sentenza, forse in modo eccessivamente cursorio e approssimativo sul piano motivazionale, sembra cogliere significativi profili indiziari in ordine alla sussistenza di un pieno dolo di concorso.

Importante diviene dunque l'analisi dell'elemento soggettivo del reato.

## **5. Il dolo: segnali d'allarme e distinzione tra momento intellettuale e momento volitivo nell'elemento psicologico del reato.**

La sentenza annotata muove la propria argomentazione in ordine al segmento soggettivo del reato affermando che, per configurare «la responsabilità penale del sindaco, occorre [...] che egli – oltre ad aver dato un contributo causalmente rilevante – abbia avuto la *coscienza e la volontà* di quel contributo, anche solo a livello di dolo eventuale (a parte i casi in cui l'elemento soggettivo sia richiesto nella forma del dolo specifico)». A fugare ogni dubbio la pronuncia prosegue chiarendo che «non basta imputare al sindaco – e provare – comportamenti di negligenza o imperizia anche gravi, come può essere il disinteresse verso le vicende societarie [...] ma occorre la prova – che può essere data, come di regola, anche in via indiziaria – del fatto che la sua condotta abbia determinato o favorito *consapevolmente* la commissione dei fatti di bancarotta da

---

<sup>46</sup> Nonché la prova, attraverso il giudizio controfattuale, che l'attivazione degli stessi avrebbe impedito (al modo degli accertamenti processuali degli eventi naturalistici provocati dalla violazione dei doveri impeditivi), con elevato grado di probabilità logico-razionale confinante con la certezza, il verificarsi dell'evento (nei casi in esame, oltretutto, consistente nel fatto illecito altrui).

<sup>47</sup> Evenienza che si realizza, a ben vedere, anche nella vicenda oggetto della sentenza in commento.

parte dell'amministratore. Non è necessaria la prova di un preventivo accordo [...] giacché l'inerzia è sinonimo di omissione e questa [...] può anche essere animata da dolo» (§ 5).

Sul piano della ricostruzione astratta, dunque, il rigore richiesto dalla Suprema Corte nell'affermare la necessaria sussistenza dell'elemento doloso in entrambe le sue componenti – quella rappresentativa e quella volitiva<sup>48</sup> – e la chiarezza nel tracciare la demarcazione tra i coefficienti psicologici attivi tipici del dolo e quelli di difettività tipici della colpa sono certamente degni di plauso.

La Suprema Corte prosegue poi nell'impiegare siffatti principi al caso *sub iudice* e, dopo aver richiamato quelle che sono state individuate nel capo di imputazione come le condotte distrattive perpetrate dagli amministratori, afferma: «se è vero che la responsabilità (per distrazione) del sindaco presuppone la conoscenza, e non la sola conoscibilità delle malefatte dell'amministrazione, è altrettanto indubbio che l'ampiezza dell'arco temporale [...] il loro numero e reiterazione, oltre che la loro rilevanza vanno presi in considerazione dal giudicante per risalire allo stato psicologico del soggetto gravato da obblighi di garanzia; stato che [...] può essere accertato solo in maniera induttiva, facendo ricorso a massime di esperienza e valorizzando i segni esteriori della volontà [...] perché anche i singoli atti di distrazione assumono [...] la connotazione di "segnali di allarme", idonei ad avvisare l'organo di controllo circa la spregiudicatezza del controllato e la necessità di attivarsi per contenerla». Su questa base, atteso il numero, la gravità e la reiterazione delle condotte distrattive perpetrate dagli amministratori (ovverosia quelli che la sentenza identifica nei segnali di allarme), il Collegio di legittimità giunge a ritenere provata la sussistenza in capo al ricorrente dell'elemento soggettivo doloso.

Da un lato, dunque, la Corte riafferma come *necessaria* la prova della concreta conoscenza in capo al sindaco dei fatti criminosi degli amministratori; dall'altro, però, sembra, almeno *prima facie*, ritenere anche *sufficiente* siffatta prova di conoscenza a fondare il dolo, facendo leva proprio sulla teoria dei segnali d'allarme.

Del resto, come evidenziato in dottrina<sup>49</sup>, ad aver ingenerato una certa tendenza giurisprudenziale a concentrare l'accertamento dell'elemento soggettivo del reato sulla rappresentazione sarebbe stata una singolare eterogenesi dei fini della teoria impiegata: tale teorica, invero, era stata originariamente elaborata come strumento di accertamento del solo momento rappresentativo del dolo, sul quale poi innestare la prova del (necessariamente conseguente) momento volitivo. Nella prassi giurisprudenziale<sup>50</sup>,

---

<sup>48</sup> Benché la dizione usata in sentenza – "coscienza e volontà" – afferisca in realtà alla c.d. *suitas* di cui all'art. 42 c.p. più che all'elemento doloso di cui all'art. 43 c.p., ove si parla invece di *previsione* e *volizione*.

<sup>49</sup> Fondamentale per una comprensione delle derive applicative della teoria dei segnali d'allarme cfr. C. PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?* in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2000, 1265 ss.

<sup>50</sup> Cfr. Cass. Pen, Sez. V, 27 novembre 2017, n. 52433; Cass., 5 marzo 2014, n. 26399. Va segnalata, per contro, come emblema di una pronuncia attenta e rigorosa nel ricostruire mediante la teoria dei segnali d'allarme il solo momento rappresentativo del dolo Cass., 8 giugno 2012 n. 42519, in base alla quale l'esistenza di segnali obiettivamente idonei a manifestare la sussistenza di un reato *in itinere* non è di per sé sufficiente a dar prova del momento rappresentativo del dolo, giacché è necessario che il segnale venga percepito dal controllore e sia riconosciuto da costui come tale, cioè nella sua portata rappresentativa dell'illecito da

tuttavia, il secondo segmento di accertamento avrebbe finito per essere assorbito interamente nella dimostrazione del primo, essendo divenuto sufficiente riscontrare, nel caso *sub iudice*, la presenza di segnali di allarme idonei a imporsi all'attenzione anche del più noncurante dei sindaci<sup>51</sup>.

Seguendo tale lettura critica<sup>52</sup>, dunque, dal piano astratto della *conoscibilità*, espressa dalla gravità dei segnali di allarme, si presumerebbe la *conoscenza* concreta in capo al singolo agente degli stessi (prova della rappresentazione); posta tale rappresentazione, "l'inerzia" fonderebbe, con ulteriore presunzione, la prova della *volizione*, quantomeno nella forma di minore intensità del dolo eventuale<sup>53</sup>.

Invocando la necessità di maggiore aderenza ai principi di colpevolezza e di autorità autenticamente personale, la richiamata dottrina ha evidenziato come i segnali di allarme dovrebbero risultare non solo «oggettivamente percepibili» ma anche «soggettivamente percepiti»<sup>54</sup>: in altri termini sarebbe necessario, per fondare compiutamente il dolo, che il segnale di allarme non solo esista e sia dotato di una certa solidità ma che sia anche percepito e riconosciuto come tale dall'agente. In secondo luogo, quale momento successivo ed ulteriore di accertamento – prosegue tale dottrina<sup>55</sup> – dovrebbe essere dimostrato che il contegno omissivo (*i.e.* la mancata attivazione dei poteri di vigilanza dell'organo di controllo) si manifesti espressivo di un'inclinazione realmente volitiva, da intendersi quale adesione intenzionale alla lesione del bene giuridico tutelato dalla fattispecie incriminatrice<sup>56</sup>.

Si potrebbe parlare al proposito di una *probatio diabolica*. Nondimeno – sostiene la citata dottrina – si tratta di una *probatio* che deve essere rigorosamente raggiunta per fondare l'addebito di responsabilità penale in capo al sindaco, giacché solo un illecito penale «correttamente apprezzato anche sotto il profilo dell'effettività delle sue necessarie

scongiorare. Si potrà ritenere dunque accertato il dolo solo quando l'imputato «sia concretamente venuto a conoscenza di dati da cui potesse desumersi un evento pregiudizievole per la società, od almeno il rischio che un siffatto evento si verificasse ed abbia volontariamente omesso di attivarsi per scongiurarlo»; o, ancora, Cass. Pen, Sez. V, 22 marzo 2016, n. 14045 (sebbene riferita agli amministratori non esecutivi).

<sup>51</sup> Cfr. Cass., Sez. V, 27 gennaio 2011 n. 7088, dalla quale emerge come, per provare la sussistenza del dolo, sarebbe sufficiente che i segnali d'allarme si presentino sufficientemente forti da imporsi all'attenzione anche del più noncurante ed indifferente degli amministratori o dei sindaci. Si vedano al proposito le aspre critiche di F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità* cit., 324, richiamato al proposito anche da A. INGRASSIA, *La suprema Corte*, cit., 7, nota 25.

<sup>52</sup> Cfr. A. MELCHIONDA, *La responsabilità*, cit., 67, ed anche A. INGRASSIA, *La suprema Corte*, cit., 7.

<sup>53</sup> In tal modo l'oggetto del dolo verrebbe a sostanzarsi nei segnali d'allarme del reato *in itinere* ed il relativo accertamento si limiterebbe, in fondo, alla mera percepibilità dei predetti segnali, sulla quale fondare – per salti logici successivi – la rappresentazione e la volizione come automatici risvolti soggettivi della fattispecie oggettiva.

<sup>54</sup> Tale dicitura è tratta da A. INGRASSIA, *La suprema Corte*, cit., 8, che a sua volta la rinviene in Cass., Sez. V., 4 maggio 2007 n. 23838 (nota n. 28 alla quale si rinvia anche per la bibliografia ivi citata).

<sup>55</sup> *Ibidem*.

<sup>56</sup> In ordine alla consistenza ontologica e dogmatica del dolo cfr. M. RONCO, *Gli elementi soggettivi del fatto tipico*, in ID. (a cura di), *Commentario sistematico*, cit., 422 ss. e 461 ss.; ID. *La struttura del dolo nel pensiero di Giuseppe Bettiol*, in S. RIONDATO (a cura di), *Dallo Stato costituzionale democratico di diritto allo Stato di Polizia? Attualità del "Problema Penale". Nel trentesimo dall'Ultima Lezione di Giuseppe Bettiol*, Padova, 2012, 91 ss.; ID. *Le radici metagiuridiche del dolo eventuale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Milano, 2011, 1177 ss.

*componenti soggettive potrà configurarsi quale oggetto di un rimprovero “personale” e “colpevole”»<sup>57</sup>.*

Del resto, anche la più accorta giurisprudenza, non rimanendo sorda ai moniti della dottrina richiamata, ha inteso valorizzare il momento volitivo in sede di accertamento del dolo – cercando di enucleare degli elementi fattuali idonei a consegnare l'autentica inclinazione soggettiva del singolo agente – ed ha proseguito nel costante lavoro di affinamento verso l'individuazione di un punto di equilibrio tra esigenze di dogmatica ed esigenze di accertamento<sup>58</sup>.

A ben vedere, infatti, anche la sentenza annotata, pur in modo estremamente succinto, ha ricostruito la consistenza dell'elemento soggettivo avallando la ricerca di indici di *volontà* concorsuale.

Nel caso di specie, la Cassazione ha ritenuto corretto l'incedere argomentativo della Corte di appello, secondo la quale la gravità delle plurime (e puntualmente ricostruite) violazioni degli obblighi di vigilanza non poteva che indiziare un'inclinazione soggettiva espressiva (non solo di mera negligenza nello svolgimento delle funzioni di controllo bensì) di un volontario contributo concorsuale all'attività illecita degli amministratori. L'aver completamente abdicato alle proprie funzioni, infatti, avrebbe imposto alla sfera *rappresentativa* del sindaco la prefigurazione di una compagine amministrativa “a briglie sciolte” e, dopo un decennio di distrazioni, operazioni sospette e formalità procedimentali oblite, avrebbe consegnato anche una consistenza *volitiva* idonea a trapassare l'area della “mera” negligenza per rivelare una adesione dolosa (quantomeno nella forma eventuale) al contegno della compagine amministrativa.

È del resto evidente che, difettando una concatenazione strettamente naturalistica sotto il profilo eziologico, il contributo di agevolazione venga nutrito proprio dal formante soggettivo: il sindaco che voglia agevolare l'attività distrattiva di un amministratore, a ben vedere, potrebbe limitarsi – anche senza un previo accordo – a “non vedere”, a “lasciar fare”, senza aver naturalisticamente immesso alcun elemento fenomenico nella dinamica reale. Eppure non v'è chi non veda come un siffatto contegno del “controllore” rappresenti una condotta certamente idonea a fondare una responsabilità concorsuale (nei termini sopra detti) siccome idonea ad esprimere un disvalore assimilabile a quella dell'amministratore che, proprio sulla base di quella “generosa inerzia”, sia riuscito a realizzare, indisturbato, i propri propositi criminosi.

---

<sup>57</sup> A. MELCHIONDA, *La responsabilità*, cit., 64.

<sup>58</sup> Va infatti evidenziato come una parte della giurisprudenza, al fine di agevolare l'accertamento di un elemento soggettivo autenticamente doloso, abbia valorizzato alcuni indici fattuali e precisamente: i) la fiducia riposta dai sindaci (o dagli amministratori non esecutivi) negli amministratori esecutivi (o nell'amministratore delegato, che gode spesso di consensi, fiducia e asimmetrie informative); ii) l'investimento da parte degli amministratori (tenuti all'oscuro delle condotte illecite) di ingenti somme di denaro; iii) l'eventuale “occultamento” dell'illecito perpetrato dall'esecutore materiale (l'amministratore) rispetto ai componenti dell'organo di controllo (o agli altri amministratori). Sul tema si vedano gli interessanti approfondimenti svolti da A. INGRASSIA, *La suprema Corte*, cit., 10 ss., il quale, nel commentare Cass., Sez. V, 8 giugno 2012 n. 42519, parla al proposito di una particolare applicazione della formula di Frank.