

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

2/2021

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervé Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Masera, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Ennio Amodio, Gastone Andreatza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovero, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri (coordinatore), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Alessandra Galluccio, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida. Il testo completo del codice etico è consultabile su <https://sistemapenale.it/it/codice-etico>

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili).

Il testo completo della licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

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 *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen. (o SP)*, 1/2021, p. 5 ss.

**CONCORSO OMISSIVO DEI SINDACI
NELLA BANCAROTTA (SEMPLICE) DEGLI AMMINISTRATORI:
LA CASSAZIONE TORNA A PRECISARE GLI ACCERTAMENTI
NECESSARI PER L’AFFERMAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ PENALE**

Nota a [Cass., Sez. V, sent. 21 settembre 2020 \(dep. 19 ottobre 2020\),
n. 28848, Pres. Miccoli, Rel. Borrelli](#)

di Giacomo Rapella

La sentenza in commento si confronta con uno dei temi classici del diritto penale commerciale, vale a dire la responsabilità dei sindaci per i reati di bancarotta commessa dagli amministratori. Indicando analiticamente i differenti passaggi logico-giuridici che il giudice del merito è tenuto a compiere nell’accertamento dell’eventuale responsabilità penale dei controllori, la Corte di cassazione sembra assumere un approccio garantista, che – ove seguito – potrebbe rendere più difficoltoso chiamare gli stessi a rispondere dei delitti loro ascritti. Dopo aver analizzato le principali considerazioni esposte all’interno della motivazione, l’articolo si propone di evidenziare le maggiori criticità che ancora permangono rispetto al modulo della responsabilità omissiva dei gatekeepers all’interno degli enti collettivi. Nel fare ciò, si confronterà la posizione dei sindaci con quella di un’altra categoria di soggetti a cui sono affidate funzioni di controllo, ovvero gli amministratori non esecutivi, sottolineando le differenze ricavabili dalla disciplina civilistica e le loro ricadute in ambito penale.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il caso di specie. – 3. Le soluzioni giuridiche offerte dalla Suprema Corte. – 4. Alcuni spunti di riflessione. – 4.1. I poteri e doveri attribuibili ai sindaci. – 4.2. La differente posizione degli amministratori privi di delega. – 5. Le difficoltà nella ricostruzione del nesso causale. – 6. Conclusioni.

1. Premessa.

Il tema della responsabilità penale dei soggetti titolari di poteri e funzioni di controllo all’interno delle compagini sociali per i delitti commessi dagli amministratori rappresenta una delle questioni maggiormente dibattute all’interno del c.d. diritto penale commerciale¹. Numerosi sono infatti i profili problematici: dall’individuazione

¹ Senza alcuna pretesa di esaustività: A. CRESPI, *Note minime sulla posizione di garanzia dell’amministratore delegante nella riforma introdotta dal d.lgs. n. 6/2003*, in *Le Soc.*, 6, 2009, pp. 1419-1433; ID., *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 1999, pp. 1147-1167; F. CENTONZE, *Controlli*

dei poteri attribuiti ai sindaci e agli amministratori non esecutivi, posti a fondamento delle rispettive posizioni di garanzia, alla ricostruzione del nesso causale tipico del concorso mediante omissione, passando per l'accertamento del profilo soggettivo, che si configura come particolarmente delicato specie in relazione a quelle fattispecie costruite alla stregua di reati necessariamente dolosi.

In un simile contesto, la sentenza in commento ha il pregio di dettagliare l'articolato percorso motivazionale cui il giudice del merito deve attenersi nel vagliare la responsabilità dei sindaci accusati di aver concorso nel delitto di bancarotta – nel caso di specie semplice – commessa dagli amministratori di società, sviluppando considerazioni che si ritiene possano ben essere estese, *mutatis mutandis*, anche alle più gravi fattispecie sempre disciplinate dalla legge fallimentare. In particolar modo, la Cassazione precisa che si tratta di un iter “*piuttosto complesso*”, che “*si articola in una serie di verifiche l'una conseguenziale all'altra*”, la cui illustrazione – su cui ci si soffermerà *infra* – viene utilizzata dal collegio quale premessa teorica per la successiva trattazione delle censure sollevate dai ricorrenti.

Nel complesso, può anticiparsi che dalla pronuncia sembra emergere un approccio garantista della Suprema Corte al tema della responsabilità omissiva dei sindaci per i delitti commessi dai componenti dell'organo gestorio. Tale interpretazione, ove seguita da futuri arresti tanto di merito quanto di legittimità, potrebbe rendere maggiormente complesso ritenere gli stessi penalmente responsabili dei reati di bancarotta loro ascritti, trattandosi di un'impostazione che condivisibilmente rifugge qualsiasi automatismo tipico di una responsabilità di posizione² – in aperto contrasto con i principi costituzionali di colpevolezza e di personalità della responsabilità penale – e che, per poter addivenire ad una condanna degli imputati, impone al giudice del merito uno sforzo motivazionale non indifferente, fortemente incentrato sulla valorizzazione degli elementi di fatto propri della specifica vicenda di volta in volta in esame.

Giova, allora, richiamare brevemente il caso da cui ha preso origine la pronuncia per poi soffermarsi sugli aspetti maggiormente significativi che ne caratterizzano la motivazione.

societari e responsabilità penale, Milano, Giuffrè, 2009; ID., *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari (una lettura critica della recente giurisprudenza)*, in *Riv. Soc.*, 2-3, 2012, pp. 317-356; I. MERENDA, *Sulla responsabilità degli amministratori privi di delega. Alcune considerazioni dopo la riforma di diritto societario*, in *Cass. pen.*, 3, 2011, pp. 1182-1195; N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Milano, Giuffrè, 2003; F. STELLA, D. PULITANÒ, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, p. 553 e ss.

² Per una critica alla prassi giurisprudenziale – ormai superata – di ascrivere a sindaci ed amministratori non esecutivi una responsabilità “di posizione” o “per fatto altrui” si veda M. PELISSERO, *Il concorso doloso mediante omissione: tracce di responsabilità di posizione*, in *Giur. it.*, 2010, p. 981 e ss. A livello giurisprudenziale, ha assunto particolare rilevanza Cass. pen., Sez. V, sent. 8 giugno 2012 (dep. 2 novembre 2012), n. 42519, con nota di A. INGRASSIA, [La Suprema Corte e il superamento di una responsabilità di posizione per amministratori e sindaci: una decisione apripista?](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2, 2013, pp. 173-181.

2. Il caso di specie.

La posizione dei due ricorrenti – sindaci di tre società appartenenti al medesimo gruppo, tutte dichiarate fallite tra il 2009 e il 2010 – si inserisce all’interno di un più ampio procedimento nei confronti anche di altri soggetti e concernente numerose altre ipotesi di reato, tra cui fattispecie tributarie, societarie e di truffa ai danni dello Stato.

Ciò che qui rileva è la contestazione di aver concorso nel delitto di bancarotta semplice impropria *ex art. 224, comma 1, n. 1)* in relazione all’*art. 217, comma 1, n. 4) l. fall.* con gli amministratori delle predette società, evitando di assumere le necessarie iniziative. In particolar modo – nella prospettiva accusatoria, confermata nella sostanza dalle sentenze di merito³ – si imputava ai sindaci di aver contribuito ad aggravare il dissesto delle società, a fronte dell’inerzia dei primi nel richiederne il fallimento, attraverso alcune omissioni: si evidenziava, in primo luogo, la mancata convocazione dell’assemblea dei soci al fine di denunciare le gravi irregolarità commesse dagli amministratori *ex art. 2406, comma 2, c.c.*; in secondo luogo, l’omessa denuncia al Tribunale a cui richiedere, previa revoca del *management*, la nomina di un amministratore giudiziario, secondo quanto previsto dall’*art. 2409, comma 7, c.c.*

I ricorsi dei due imputati si articolano in numerosi motivi e censure alla sentenza di appello, tra cui è possibile menzionare: *i)* l’assenza di irregolarità da portare all’attenzione del Tribunale, non essendo emersi indici di dissesto o di insolvenza né essendosi verificate ipotesi di riduzione del capitale sociale ovvero cause di scioglimento di diritto della società e, al contrario, avendo il sistema bancario continuato a fare credito alle imprese; *ii)* l’assenza dell’obbligo in capo ai sindaci di promuovere il giudizio *ex art. 2409, comma 7, c.c.*, poiché, trovandosi in quel momento la società sotto ispezione della Guardia di Finanza ed essendo decaduto il C.d.A. in seguito alle dimissioni di un suo componente, gli effetti che avrebbero potuto derivarne si erano in altro modo già realizzati; *iii)* la mancata motivazione ed erronea applicazione delle disposizioni che fondano la responsabilità concorsuale omissiva dei sindaci, con particolare riferimento all’apporto causale alla commissione dei reati; *iv)* l’illogicità e la contraddittorietà della motivazione quanto al coefficiente soggettivo della colpa in capo ai componenti del collegio sindacale.

3. Le soluzioni giuridiche offerte dalla Suprema Corte

Come evidenziato in premessa, la sentenza in commento si segnala per la precisione con cui identifica i passaggi motivazionali attraverso cui accertare la penale

³ Occorre precisare che la Corte di Appello di Venezia aveva dichiarato prescritti i reati imputati agli attuali ricorrenti, confermando però l’impianto accusatorio ai fini degli effetti civili della pronuncia. Il terzo componente dei collegi sindacali, condannato in primo grado, era stato invece mandato assolto dal giudice del gravame con la formula “*perché il fatto non costituisce reato*”, per difetto dell’elemento soggettivo.

responsabilità dei componenti dell'organo di controllo, nonché i diversi elementi di fatto che avrebbero dovuto guidare tale verifica.

Nello specifico, affinché possa dirsi integrata la fattispecie complessa del concorso omissivo nel reato di bancarotta semplice impropria risulta necessario suddividere l'accertamento cui il giudice è chiamato in due "macro-momenti", *in primis* vagliando la sussistenza oggettiva e soggettiva della fattispecie "base" prevista dall'art. 217 l. fall., per poi soffermarsi sul ruolo dei sindaci, quali titolari di una posizione di garanzia fondata sull'attribuzione di meri poteri di controllo e non di attivazione diretta.

Con riferimento al primo profilo, la Corte di Cassazione, dopo aver individuato il punto di partenza dell'indagine nella verifica circa la sussistenza di una situazione di insolvenza rilevante *ex art. 5 l. fall.*⁴ quale presupposto indefettibile per la richiesta di autofallimento, da parte degli amministratori delle società, che si assume essere stata omessa, sviluppa considerazioni maggiormente significative con riferimento alla struttura del delitto di bancarotta semplice impropria.

In particolare, viene ribadito che sul piano oggettivo l'omessa dichiarazione di fallimento deve determinare quantomeno un aggravamento del dissesto delle società, che si configura come l'evento del reato e che deve intendersi *"non tanto quale una condizione di generico disordine dell'attività della società, quanto una situazione di squilibrio economico patrimoniale progressivo ed ingravescente, che [...] può comportare l'aggravamento inarrestabile della situazione debitoria, con conseguente incremento del danno che l'inevitabile, e non evitata, insolvenza finisce per procurare alla massa dei creditori"*⁵.

Allo stesso tempo, il collegio pone l'accento sull'elemento soggettivo che deve sorreggere il ritardo nella dichiarazione di fallimento. Difatti, la formulazione dell'art. 217, comma 1, n. 4), che punisce l'imprenditore (e per effetto dell'art. 224 l. fall. tutti gli altri soggetti *ivi* indicati) che, *fuori dai casi preveduti nell'articolo precedente ha aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento o con altra grave colpa*, aveva dato luogo a due possibili interpretazioni: da un lato, si sarebbe potuto sostenere che tale coefficiente soggettivo fosse insito nello stesso ritardo nel presentare la richiesta di fallimento, con la conseguenza che l'omissione avrebbe costituito una presunzione assoluta di colpa grave; dall'altro, che quest'ultima dovesse essere oggetto di specifico accertamento, non solo per le condotte diverse dalla mancata richiesta di fallimento, bensì anche con riferimento alla medesima.

Sul punto la pronuncia in esame, nello sposare la seconda delle tesi ora richiamate, si pone in continuità con numerose sentenze precedenti, sottolineando la circostanza che, essendo assolutamente eterogenee le dinamiche gestionali che possono aver indotto l'imprenditore a ritardare la richiesta di autofallimento, risulta improponibile una loro automatica sussunzione nella più intensa dimensione della colpa, dipendendo tale carattere dalle scelte che lo hanno determinato⁶.

⁴ Come noto, l'art. 5 l. fall. definisce lo stato di insolvenza come quella situazione che *"si manifesta attraverso inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni"*.

⁵ § 4.3. del Considerato in diritto. Nello stesso senso si veda Cass. pen., Sez. V, sent. 25 maggio 2011, n. 32899.

⁶ Cfr. Cass. pen., Sez. V, sent. 12 marzo 2018, n. 18108; Cass. pen., Sez. V, sent. 15 luglio 2015, n. 38077; Cass.

Conclude positivamente queste prime verifiche – prosegue la Corte – l’attenzione del giudice deve necessariamente porsi sulla figura dei sindaci, nei cui confronti viene ritenuto pacificamente sussistente un obbligo di impedire la commissione del reato altrui, al fine di verificare se i componenti dell’organo di controllo fossero in condizione di conoscere la reale situazione delle società, anche sulla base di segnali di allarme da loro percepibili. In particolare, questi ultimi – ove presenti – avrebbero dovuto indurli a comprendere che gli enti non stessero semplicemente attraversando una fase di crisi, ma che si trovassero in una vera e propria situazione di insolvenza rilevante ai sensi dell’art. 5 l. fall.

Qualora, poi, anche questa indagine dia esito positivo, si dovrebbe effettuare il giudizio controfattuale e verificare se, laddove le attività che si assumono omesse fossero state compiute, l’evento del reato (*i.e.* l’aggravamento del dissesto) si sarebbe egualmente verificato.

Di grande interesse è l’indicazione delle circostanze che, nella vicenda in esame, avrebbero dovuto guidare tali apprezzamenti, a cominciare dalla precisa delimitazione dell’arco temporale in cui si sarebbero manifestati gli indici di insolvenza che avrebbero dovuto allarmare il collegio sindacale, imponendogli di sporgere denuncia al Tribunale ovvero di convocare l’assemblea dei soci. Iniziativa, quest’ultima, poi effettivamente posta in essere, il che circoscrive ulteriormente il periodo in cui si sarebbero protratte le omissioni penalmente rilevanti. Ancora, assumono importanza le iniziative di informazione o di sollecitazione rispetto all’operato degli amministratori che si sono registrate in quel preciso arco temporale, così come un’attenta esegesi dei poteri e doveri di controllo attribuiti ai sindaci.

In conclusione, dunque, la Corte di Cassazione ritiene insufficiente – se non in alcune parti addirittura del tutto omessa – la motivazione del giudice del gravame in merito alle diverse questioni sopra richiamate e, conseguentemente, conclude per l’annullamento (ai soli effetti civili) della sentenza impugnata.

In particolar modo il collegio evidenzia, anzitutto, come la pronuncia di appello non abbia fornito adeguata risposta alle osservazioni relative alla sussistenza della condizione di insolvenza già più volte menzionata, pur a fronte delle specifiche censure mosse dalle difese nel proprio atto di gravame. Nel dettaglio, non era stata sufficientemente valutata la presenza di indicatori positivi circa la situazione economico-finanziaria delle società del gruppo ed il verificarsi di eventi favorevoli alle vicende societarie, che smentirebbero l’asserita condizione di insolvenza.

Secondariamente, viene ravvisata un’insufficiente analisi delle fonti di conoscenza accessibili ai sindaci, da cui questi ultimi avrebbero dovuto acquisire le informazioni necessarie ad assumere le iniziative di cui viene loro imputata l’omissione. La pronuncia della corte di merito viene definita sul punto “*sibillina*”, essendosi limitata ad una mera elencazione di atti da cui i sindaci avrebbero dovuto trarre indicazioni utili ad agire (i c.d. segnali di allarme), la quale, tuttavia, non può costituire un’effettiva risposta alle censure dei ricorrenti per un duplice ordine di ragioni: da un lato, perché

pen., Sez. V, sent. 25 settembre 2013, n. 43414.

essa comprende anche atti di cui il collegio sindacale poteva non essere necessariamente a conoscenza, poiché non indirizzati a quest'ultimo ovvero in quanto frutto di un'elaborazione successiva all'avvio delle procedure concorsuali e portatori di un patrimonio di conoscenze ricostruito a posteriori, mentre sarebbe stato necessario focalizzarsi esclusivamente sulla situazione conoscibile ai sindaci nei mesi incriminati. Dall'altro, perché l'elencazione in esame appare troppo generica, essendo compito del giudice evidenziare il motivo per cui ciascuna relazione (o verbale) proveniente dal C.d.A., dal collegio sindacale o dalla società di revisione fosse significativa in quanto portatrice di un segnale di allarme.

Né, in tale prospettiva, possono acquisire peso alcuno i dati dei bilanci, quali indicatori della sostanziale inadeguatezza della capitalizzazione di una neocostituita società operativa (anch'essa tra quelle dichiarate fallite). Avendo peraltro il Tribunale escluso l'esistenza di falsificazioni delle scritture contabili, reputando corretti i criteri redazionali adoperati, il giudice del gravame avrebbe dovuto compiere una specifica illustrazione – invero assente – di quali fossero gli espedienti contabili incriminati e come questi ultimi potessero essere ritenuti eloquenti, agli occhi dei sindaci, circa l'insolvenza delle società del gruppo.

Allo stesso tempo viene censurata l'assenza di un'adeguata motivazione rispetto alla valutazione delle iniziative concretamente assunte dal collegio sindacale, specie a fronte della ristrettezza dell'arco temporale lungo cui le omissioni si sarebbero protratte e delle attività di stimolo comunque rivolte all'organo amministrativo.

Da ultimo, emerge un *“radicale vuoto motivazionale”* circa il giudizio controfattuale, ritenuto invece imprescindibile per validare la tesi della contestata condotta omissiva dei sindaci rispetto all'aggravamento del dissesto delle società del gruppo.

4. Alcuni spunti di riflessione.

Indipendentemente dalle peculiarità del caso concreto, la vicenda trattata offre il destro per sviluppare alcune riflessioni in merito al modulo della responsabilità concorsuale omissiva dei c.d. *gatekeepers* all'interno di organizzazioni complesse. La sentenza in commento, infatti, pur presentando numerose condivisibili riflessioni, appare carente rispetto ad alcune questioni meritevoli di approfondimento.

Nel fare ciò, si porrà l'attenzione non solo alla figura dei sindaci – specificamente oggetto di scrutinio nella presente decisione – ma anche a quella degli amministratori non esecutivi, presenza frequente all'interno dei consigli di amministrazione di società commerciali di dimensioni non particolarmente modeste, la cui posizione sembra far emergere criticità ulteriori e ancor più penetranti di quelle che connotano la penale responsabilità dei membri dell'organo di controllo. Tali soggetti sono accomunati, infatti, dall'essere privi di poteri decisionali e di diretta gestione delle attività sociali, essendo investiti, secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale, di un dovere di controllo sull'altrui comportamento da cui discenderebbe il preciso obbligo di intervento

nelle ipotesi in cui si renda necessario impedire che vengano realizzati illeciti da parte dei componenti dell'organo esecutivo⁷.

Due in particolare i temi di approfondimento: da un lato, la ricostruzione – anche sulla scorta della miglior scienza civilistica – dei poteri/doveri attribuiti dall'ordinamento rispettivamente a sindaci e amministratori non esecutivi, essenziali al fine di renderli titolari di una posizione di garanzia rilevante ai sensi dell'art. 40 cpv c.p.; dall'altro, le difficoltà concernenti il giudizio controfattuale, su cui anche la pronuncia di cui ci si è occupati non sembra fornire utili indicazioni.

4.1. I poteri e doveri attribuibili ai sindaci.

Nell'analizzare la posizione dei sindaci, la Corte di Cassazione sembra dare per scontato la sussistenza in capo agli stessi di una posizione di garanzia, su cui viene fondata la relativa responsabilità penale in caso di omesso impedimento del reato commesso dagli amministratori.

In proposito, la sentenza prima afferma perentoriamente che i sindaci sono *“titolari di un potere di controllo e non di attivazione diretta”*⁸ e successivamente ricorda come il collegio sindacale sia il tipico organo di controllo, chiamato a vigilare sull'amministrazione della società, con il compito di garantire l'osservanza della legge ed il rispetto dell'atto costitutivo nonché di verificare che la contabilità sia tenuta in maniera regolare⁹. Tuttavia, tale obbligo di vigilanza – proseguono gli ermellini – non può dirsi circoscritto al mero controllo contabile, ma deve estendersi anche al contenuto della gestione, così come attualmente prescritto dall'art. 2403 *bis* c.c. Pertanto, il controllo sindacale, per quanto non possa investire direttamente le scelte gestorie, affidate unicamente agli amministratori (e, tra loro, nello specifico ai delegati), non si risolve nemmeno in una mera verifica contabile limitata alla documentazione resa disponibile dagli amministratori, dovendo al contrario comprendere anche un minimo di riscontro tra la realtà effettiva e la sua rappresentazione contabile¹⁰.

Dovendosi tale attività svolgere non solo a tutela dell'interesse dei soci, ma anche di quello concorrente dei creditori sociali, la legge attribuisce ai sindaci specifici poteri, quali il compimento – anche individualmente – di atti di ispezione e di controllo; la richiesta agli amministratori di notizie, anche con riferimento a società controllate, sull'andamento delle operazioni sociali e su determinati affari; lo scambio di informazioni sia con i correlativi organi delle società partecipate in merito all'andamento generale dell'attività sociale sia con i soggetti incaricati del controllo contabile¹¹. Senza

⁷ Cfr. C. SANTORIELLO, *Omesso esercizio dei poteri-doveri di controllo sul contenuto della gestione sociale*, nota a Cass. pen., Sez. V, sent. 18 febbraio 2019 (dep. 19 marzo 2019), n. 12186, in *ilFallimentarista.it*, 24 giugno 2019.

⁸ § 4.4. del Considerato in diritto.

⁹ § 4.6. del Considerato in diritto.

¹⁰ Cfr. Cass. pen., Sez. V, sent. 22 marzo 2016 (dep. 7 aprile 2016), n. 14045 e Cass. pen., Sez. V, sent. 14 gennaio 2016 (dep. 6 maggio 2016), n. 18985.

¹¹ Nella dottrina sia commercialistica che penalistica, sul tema delle attribuzioni dei sindaci, si segnala S. AMBROSINI, *I poteri del collegio sindacale*, in *Nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*,

dimenticare, inoltre, il potere di impugnare le deliberazioni assembleari e quelle del Consiglio di Amministrazione, per concludere poi con i due specifici poteri oggetto di scrutinio da parte della sentenza annotata: la convocazione dell'assemblea dei soci, qualora vengano ravvisati fatti censurabili di rilevante gravità e vi sia necessità di provvedere, e la denuncia al Tribunale¹². Quest'ultima, in particolare, avrebbe ad oggetto non solo gli illeciti societari/fallimentari disciplinati dalla normativa civilistica, ma anche fattispecie previste dal Codice penale, allorché integrate da atti di gestione¹³.

Come sottolineato in più occasioni dalla dottrina¹⁴, solo una minima parte di questi poteri sembra appartenere alla categoria di quelli direttamente impeditivi, ossia in grado di generare, attraverso effetti vincolanti nei confronti dell'attività dei soggetti controllati, un dovere di conformazione in capo a questi ultimi¹⁵. In particolar modo, si tratterebbe del potere di impugnare le delibere del Consiglio di Amministrazione ai sensi dell'art. 2388 c.c. e di quello – esperibile all'interno del solo sistema dualistico da parte del consiglio di sorveglianza – di bloccare, di fatto, l'attività del consiglio di gestione, potendone revocare i componenti *ex art. 2409 terdecies*, comma 1, lett. a) c.c.¹⁶.

Le restanti attribuzioni effettuate dalla legge in favore dei sindaci sembrano potersi qualificare allora alla stregua di poteri indirettamente impeditivi, poteri cioè idonei ad avviare una sequenza procedimentale in cui la modifica diretta della realtà fattuale può determinarsi solamente in seguito al coinvolgimento, all'interno di una procedura predeterminata dalla legge, di soggetti diversi ed ulteriori rispetto a coloro che ne sono titolari, i quali potranno compiere le necessarie attività di neutralizzazione delle altrui condotte delittuose¹⁷.

P. ABBADESSA G.B. PORTALE (diretto da), vol. III, Torino, Utet, 2007, p. 44 e ss.; A. MELCHIONDA, *La responsabilità penale dei sindaci di società commerciali: problemi attuali e prospettive di soluzione*, in *Ind. pen.*, 3, 2000, pp. 47-86.

¹² Quest'ultimo potere, peraltro, è stato di recente attribuito anche all'organo di controllo – anche monocratico – delle società a responsabilità limitata, per effetto della modifica apportata all'art. 2477 c.c. dal d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14.

¹³ D. ZINGALES, *Bancarotta commessa dall'amministratore e poteri impeditivi del collegio sindacale: a fronte di evidenti segnali di allarme, l'inerzia continua a costituire elemento indiziario della compartecipazione dolosa del sindaco di società di capitali*, nota a Cass. pen., Sez. V, sent. 18 febbraio 2019 (dep. 19 marzo 2019), n. 12186, in *Cass. pen.*, 2, 2020, p. 554.

¹⁴ Si vedano, *ex multis*, F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari. (Una lettura critica della recente giurisprudenza)*, cit., p. 339 e ss.; N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, cit., p. 67 e ss.

¹⁵ F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento gli illeciti societari (una lettura critica della recente giurisprudenza)*, cit., p. 334, definisce impeditivo “quel potere giuridico che può astrattamente (secondo un modello di causalità generale) impedire, agendo su una o più fasi del processo di realizzazione del reato, il verificarsi dell'illecito da parte del soggetto sottoposto al controllo”.

¹⁶ Cfr. L. CARRARO, *Il concorso omissivo dei sindaci nei fatti di bancarotta commessi dagli amministratori*, nota a Cass. pen., Sez. V, sent. 11 maggio 2018 (dep. 4 ottobre 2018) n. 44107, in *Dir. pen. cont.*, 3, 2019, p. 188.

¹⁷ A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bologna, Bononia University Press, 2009, p. 275 e ss.

Secondo una condivisibile prospettazione dottrinale¹⁸, ciò renderebbe i sindaci titolari non di un vero e proprio obbligo di garanzia, caratterizzato dall'attribuzione di poteri giuridici impeditivi, bensì di un mero obbligo di sorveglianza. Quest'ultimo si distingue proprio in ragione dei differenti poteri giuridici conferiti dall'ordinamento, ossia poteri di semplice vigilanza e di informazione sulla situazione di pericolo. A fronte di ciò, compito dei sindaci sarebbe esclusivamente quello di vigilare e di informare gli organi societari dei reati commessi all'interno della società, spettando a questi ultimi l'obbligo di intervenire allo scopo di interromperne la commissione.

Benché, dunque, la pronuncia in esame non si soffermi più di tanto sullo specifico profilo della posizione di garanzia, appare certamente condivisibile quantomeno il richiamo alla necessaria esegesi relativa all'ambito dei poteri e doveri di controllo attribuiti ai sindaci stessi¹⁹. In proposito, ulteriori riflessioni ed approfondimenti potrebbero derivare da un attento scrutinio delle nuove Norme di comportamento del collegio sindacale di società non quotate, di recente approvate dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili (CNDCEC)²⁰. Nello specifico, si tratta di norme di deontologia professionale che nel contribuire a definire i criteri generali di svolgimento dell'attività dei professionisti cui fanno riferimento forniscono importanti indicazioni per la ricostruzione del paradigma della diligenza professionale loro richiesta. Calate in ambito penalistico, esse possono aiutare il giudice a riempire di contenuto – in relazione alle particolari circostanze del caso concreto – gli obblighi incombenti sui componenti del collegio sindacale e il conseguente dovere impeditivo rilevante ai sensi dell'art. 40 cpv c.p.. Inoltre, potrebbero assumere rilevanza anche sul fronte della colpevolezza dell'agente, consentendo di meglio definire l'atteggiamento (doloso o colposo) con cui il sindaco si è rapportato con gli obblighi – inadempiti – a lui attribuiti²¹.

Appare infine apprezzabile l'aver circoscritto le contestazioni mosse ai sindaci al mancato esercizio di due specifici poteri/doveri: segnatamente, quello di convocazione dell'assemblea dei soci e quello di denuncia al Tribunale, discostandosi così da prassi poco commendevoli in cui agli stessi veniva genericamente e superficialmente imputato di non aver fatto ricorso ad alcuno dei poteri loro attribuiti, senza alcuna ulteriore precisazione.

¹⁸ F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2000, pp. 337-352, in particolare p. 343.

¹⁹ §4.6. del Considerato in diritto.

²⁰ Tali disposizioni, consultabili sul [sito del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili](#), sostituiscono le precedenti Norme di comportamento adottate nel 2015 e sono entrate in vigore il 1 gennaio 2021. Per completezza, si segnala che il CNDCEC ha adottato, nel 2018, analoghe norme di comportamento indirizzate ai sindaci di società quotate.

²¹ R. FRASCINELLI, M. RIVERDITI, *Norme per i collegi sindacali delle non quotate di interesse per il giudice penale*, in *Eutekne.info*, 22 dicembre 2020.

4.2. La differente posizione degli amministratori privi di delega.

Le criticità ora evidenziate si ripresentano, ancor più estesamente, davanti alle contestazioni mosse agli amministratori non esecutivi. Questi ultimi, infatti, sembrano essere titolari di poteri ancor meno incisivi di quelli attribuiti ai sindaci, ragion per cui la relativa posizione di garanzia – per quanto quasi mai messa seriamente in discussione dalla giurisprudenza, che tende ad approfondire maggiormente il tema del necessario elemento psicologico²² – presenta dei contorni assai sfumati.

Sul punto, appare utile gettare uno sguardo alle riflessioni elaborate dalla dottrina civilistica, dal momento che è anzitutto muovendo dalle disposizioni dettate dal Codice civile che è possibile procedere ad una ricostruzione dei poteri e doveri che sembrano fondare l'obbligo giuridico di impedimento ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p.

Nel confronto con le attribuzioni di cui sono investiti i sindaci, può osservarsi in primo luogo come gli amministratori non esecutivi non abbiano poteri ispettivi ed informativi autonomi ed individuali né possano rivolgersi al resto della struttura aziendale, al di fuori del C.d.A., per ottenere le informazioni necessarie all'espletamento delle proprie funzioni²³. Ne consegue che l'organo amministrativo può valutare il generale andamento della gestione sulla scorta delle informazioni contenute nelle relazioni predisposte dal/i delegato/i e solamente ove venga a conoscenza di fatti pregiudizievoli in base a tali flussi informativi manterrebbe il dovere di impedirne, eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose.

Anche in questo caso, tuttavia, sembrerebbero riproporsi le medesime perplessità già sollevate con riferimento ai componenti dell'organo di controllo circa la titolarità di poteri direttamente impeditivi.

Infatti, l'attuale disciplina civilistica, quale risultante della riforma intervenuta nel 2003, circoscrive enormemente le ipotesi di autonoma iniziativa da parte del singolo amministratore privo di delega. Tra queste, le più significative appaiono essere, in primo luogo, la facoltà di sollecitare il Pubblico Ministero ad avviare il procedimento di controllo giudiziale sulla società di cui all'art. 2409 c.c., oggi peraltro limitato – da un punto di vista soggettivo – alle sole società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio e potendo essere avviato, sotto il profilo oggettivo, solo in presenza di gravi irregolarità che possano arrecare danno alla società o a sue controllate. In secondo luogo e per i casi in cui la società di riferimento sia soggetto alla vigilanza di una qualche autorità di stampo pubblicistico, la possibilità di segnalare eventuali irregolarità all'autorità di controllo²⁴. Inoltre, l'organo collegiale – e non, quindi, il singolo componente – potrebbe revocare la delega conferita, sostituendo il vecchio

²² Si vedano, da ultimo, le considerazioni sviluppate da Cass. pen., Sez. I, sent. 9 marzo 2018 (dep. 3 aprile 2018), n. 14783, con nota e commento di E. PIETROCARLO, *Bancarotta da operazioni dolose e responsabilità degli amministratori non esecutivi per bancarotta fraudolenta: alcune importanti precisazioni della Cassazione in punto di elemento soggettivo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2, 2019, pp. 350-383.

²³ U. TOMBARI, *Riflessioni sulle "funzioni" degli amministratori "non esecutivi" e sull'"amministrazione" nella S.p.A. quotata*, in *Riv. dir. soc.*, 2, 2020, p. 328, cui si rimanda per ulteriori riferimenti bibliografici.

²⁴ Cfr. N. MENARDO, *La responsabilità penale omissiva degli amministratori privi di delega. Recenti approdi giurisprudenziali e spunti di riflessione*, in *Dir. pen. cont.*, 19 novembre 2015, p. 16.

amministratore delegato, oppure esercitare la c.d. competenza concorrente *ex art.* 2381, comma 3, c.c.²⁵. Infine, ulteriori possibili interventi sono rappresentati dalla facoltà di impugnativa delle delibere consiliari, dalla richiesta di convocazione del Consiglio di Amministrazione, dall'annotazione nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del dissenso verso una specifica iniziativa gestoria (con relativa segnalazione al Presidente del Collegio Sindacale) e, in *extrema ratio*, dalle dimissioni dalla carica²⁶.

È tuttavia lecito dubitare che specialmente queste ultime prerogative possano essere considerate alla stregua di veri e propri poteri impeditivi, apparendo piuttosto come meri poteri di impulso che, ove correttamente esercitati, potrebbero consentire al singolo amministratore non esecutivo di andare esente da responsabilità quantomeno in sede civile. Allo stesso tempo, però, lasciano dubbi irrisolti in merito alla loro generale idoneità ad impedire il verificarsi e/o il prolungarsi del fatto di reato, spesso rappresentando solamente il presupposto di un successivo, effettivo potere impeditivo, il cui esercizio richiede il coinvolgimento o l'iniziativa di un terzo soggetto (Pubblico Ministero, Presidente del CdA, Presidente del Collegio Sindacale).

In sintesi, l'amministratore non esecutivo sembra sostanzialmente privo, come singolo, di autonomia decisionale ovvero di alcun potere di investigazione o di iniziativa, a differenza, invece, di quanto previsto dall'art. 2403 *bis* c.c. per i componenti del collegio sindacale.

In un tale contesto, la giurisprudenza penale ha di recente compiuto qualche passo nella giusta direzione, chiarendo che è compito dell'interprete, innanzitutto, ricostruire la relazione tra i fatti di reato, la composizione ed il funzionamento del Consiglio di Amministrazione alla luce delle clausole di organizzazione delle funzioni gestorie rispettivamente recate dallo statuto sociale e, eventualmente, da successive deliberazioni di organizzazione della gestione societaria adottate dall'assemblea ovvero dal C.d.A.²⁷, tenendo ben distinte le posizioni dei diversi amministratori privi di deleghe ed evidenziando puntualmente il contributo eventualmente apportato da ciascuno di essi, anche in virtù delle specifiche competenze di cui il singolo è titolare.

Se una tale precisazione è certamente condivisibile, rispondendo chiaramente al principio di personalità della responsabilità penale, l'approccio giurisprudenziale ha però mantenuto nel complesso un significativo *vulnus* rispetto all'individuazione e definizione dei poteri impeditivi concretamente esercitabili dall'imputato, poiché generalmente viene richiamato il solo potere/dovere di richiedere ulteriori informazioni *ex art.* 2381, comma 6, c.c., senza tuttavia specificare in che cosa, nel caso di specie, tale potere avrebbero dovuto concretizzarsi (né, come si approfondirà nel prossimo paragrafo, in che modo il suo esercizio avrebbe impedito il verificarsi dell'evento).

²⁵ In tal senso P. CHIARAVIGLIO, *La responsabilità dell'amministratore delegante fra "agire informato" e poteri di impedimento*, nota a Cass. pen., sez. V, sent. 22 settembre 2009, n. 36595, in *Le Soc.*, 7, 2010, p. 891.

²⁶ Sul punto si rimanda a F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento gli illeciti societari. (Una lettura critica della recente giurisprudenza)*, cit., p. 336.

²⁷ In tal senso, di recente, si veda la già richiamata Cass. pen., Sez. I, sent. 3 aprile 2018, (dep. 3 aprile 2018), n. 14783, con nota e commento di E. PIETROCARLO, *Bancarotta da operazioni dolose e responsabilità degli amministratori non esecutivi per bancarotta fraudolenta*, cit., relativamente ad un fatto di bancarotta fraudolenta per distrazione commesso dal presidente del consiglio di amministrazione, investito di deleghe gestorie.

Ben si comprende, quindi, la tensione con i principi di legalità e determinatezza, in ossequio ai quali una più attenta giurisprudenza ha ragionevolmente evidenziato la possibilità di superare tali criticità introducendo per via legislativa un preciso e dettagliato elenco dei poteri impeditivi connessi alla posizione di garanzia di cui sono investiti gli amministratori privi di deleghe gestorie, così da renderli *“ben determinati ed il loro esercizio normativamente disciplinato in guisa tale da poter ricavare la certezza che, laddove esercitati davvero, l’evento sarebbe stato scongiurato: il che non sembra essere nella legislazione vigente”*²⁸.

5. Le difficoltà nella ricostruzione del nesso causale.

Una delle censure maggiormente significative, anche nei toni, che il Supremo collegio muove alla decisione del giudice di appello riguarda il *“radicale vuoto motivazionale quanto al giudizio controfattuale [...] necessario per validare la tesi dell’eziologia della contestata condotta omissiva dei sindaci rispetto all’aggravamento del dissesto delle società del gruppo”*²⁹. Nonostante ciò, la Corte, a differenza di quanto fatto con riferimento ad altre lacune ravvisate nella decisione annullata, non fornisce alcuno spunto utile all’interprete o al giudice del rinvio.

Se da un lato tale mancanza potrebbe spiegarsi con il fatto che quest’ultimo venga individuato nel giudice civile, dall’altro essa appare emblematica delle difficoltà che anche la giurisprudenza più sensibile incontra nell’affrontare l’accertamento del nesso causale, che dovrebbe condursi – come noto – attraverso un giudizio di natura controfattuale, nel corso del quale verificare, in base a tutte le circostanze del caso concreto ed attraverso un procedimento di aggiunta mentale, se l’azione doverosa che l’imputato ha omesso di compiere avrebbe impedito la realizzazione del fatto *hic et nunc* verificatosi ovvero ne avrebbe determinato la realizzazione in un’epoca successiva o con minore intensità lesiva. Nel contesto in esame, ciò significa verificare, secondo il criterio dell’oltre ogni ragionevole dubbio, se laddove il sindaco (o l’amministratore privo di deleghe) avesse esercitato i poteri astrattamente impeditivi sopra richiamati, egli avrebbe neutralizzato, in quel particolare caso, il programma criminoso posto in essere dal delegato.

Ad essere onesti, deve riconoscersi che la prova del nesso presenta diverse criticità: in primo luogo, essa sconta la non ripetibilità della concreta situazione fattuale – di carattere sociale e non strettamente scientifico – di volta in volta in rilievo e, secondariamente, è ostacolata dall’oggettiva difficoltà del giudizio controfattuale cui è chiamato l’interprete, tanto che spesso non resta al giudice che rifugiarsi in non meglio definite massime di esperienza. Così facendo, tuttavia, si corre il rischio di equiparare

²⁸ Cass. pen., Sez. V, sent. 8 giugno 2012, n. 42519. Per un commento a tale pronuncia, si veda A. INGRASSIA, *la Suprema Corte e il superamento di una responsabilità di posizione per amministratori e sindaci: una decisione apripista?*, cit. In dottrina, per considerazioni analoghe si veda G. MERCONE, *L’obbligo di garanzia degli amministratori privi di deleghe e la funzione probatoria dei c.d. segnali d’allarme*, in DPC, 2 febbraio 2012.

²⁹ § 9 del Considerato in diritto.

l'omessa attivazione in quanto tale al verificarsi del fatto illecito, senza passare da una previa rigorosa verifica dell'esistenza di un rapporto causale, nei termini propri della *condicio sine qua non*, tra l'omissione e l'evento, giungendo a trasformare un reato omissivo improprio in un reato omissivo proprio³⁰.

Sarebbe auspicabile, quindi, che oltre alla puntuale descrizione della condotta impeditiva omessa il giudice di merito si sforzasse di descrivere con maggiore precisione il ragionevole sviluppo fattuale che l'intervento di sindaci o amministratori privi di deleghe sarebbe stato in grado di produrre.

Ciò appare necessario specie in presenza di pronunce che, consapevoli delle suddette difficoltà, hanno introdotto alcune peculiarità all'interno del giudizio controfattuale, produttive di effetti sfavorevoli nei confronti degli imputati. In particolar modo, prendendo atto della segnalata assenza di poteri concretamente impeditivi in capo ai sindaci e della mera titolarità di soli poteri di impulso, esse hanno affermato che il giudizio controfattuale implica accertare non che l'azione doverosa – ove realizzata – avrebbe impedito i fatti di reato contestati, ma che essa avrebbe potuto sollecitare l'adozione di comportamenti virtuosi e soprattutto improntati alla legalità da parte degli amministratori. Si tratta di un arresto che, come detto, produce evidenti effetti *in malam partem* nei confronti dei garanti, dal momento che una corretta interpretazione dell'art. 40, comma 2, c.p., richiederebbe l'esistenza di un potere che consenta loro di intervenire direttamente sulla fonte di rischio da neutralizzare³¹.

6. Conclusioni.

Come si è cercato di mettere in luce nelle considerazioni che precedono, la sentenza in commento può certamente annoverarsi tra le pronunce maggiormente rispettose dei principi costituzionali di colpevolezza e di personalità della responsabilità penale, per lo sforzo compiuto nel delineare precisamente i passaggi logico-giuridici attraverso cui accertare la responsabilità concorsuale omissiva dei sindaci per il delitto di bancarotta semplice impropria imputata agli amministratori.

Sinteticamente, è quindi possibile ribadire l'importanza di: *i)* evidenziare dettagliatamente la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie "base" commessa da coloro a cui è affidata la gestione della società, siano essi reati fallimentari o societari o ulteriori fattispecie delittuose; *ii)* ricostruire i poteri e doveri astrattamente attribuibili ai garanti; *iii)* individuare, nel concreto, l'azione doverosa omessa ed il periodo in cui la stessa si è protratta; *iv)* compiere il giudizio controfattuale, verificando se – alla luce delle peculiarità della singola vicenda in esame – l'esercizio della specifica condotta omessa avrebbe impedito il verificarsi dell'evento o, quantomeno, sposando un approccio meno rigoroso, ne avrebbe attenuato le conseguenze dannose; *v)* in punto di elemento soggettivo, elencare gli specifici documenti da cui i garanti avrebbero

³⁰ A. INGRASSIA, *La Suprema Corte e il superamento di una responsabilità di posizione per amministratori e sindaci: una decisione apripista?*, cit., p. 6.

³¹ D. ZINGALES, *Bancarotta commessa dall'amministratore e poteri impeditivi del collegio sindacale*, cit., p. 559.

dovuto cogliere l'esistenza di segnali di allarme e, ove presenti in maniera significativa, accertare se l'omissione loro imputabile sia tale da poterne desumere la volontaria adesione all'evento, quantomeno nella forma del dolo eventuale (per le fattispecie che non ammettono una versione colposa).