

LA RICONVERSIONE GARANTISTICA DELL'ILLECITO PARA-PENALE: IL CONCORSO MEDIANTE OMISSIONE DEI SINDACI NELL'ILLECITO AMMINISTRATIVO DI MANIPOLAZIONE DEL MERCATO EX ART. 187 TER TUF

Corte app. Bologna, Sez. III civile, sent. 9 febbraio 2024, Pres. De Cristofaro, rel. Salina

di Vittorio Manes

L'accertamento della responsabilità penale degli organi di controllo è spesso edificato su macroposizioni di garanzia generalizzate e onnivore e su rimproveri che prestano un ossequio formale al principio nullum crimen sine culpa, per poi disattenderne de facto la portata garantista, dimostrando una chiara preferenza per un criterio di ascrizione della responsabilità piegato alla vieta logica del versari in re illicita o declinato sulla "mera responsabilità da posizione". La decisione in commento, al contrario, si lascia apprezzare per la mutuazione dello statuto penalistico "puro" della responsabilità omissiva impropria dei membri del collegio sindacale per l'illecito amministrativo di manipolazione del mercato, prestando una sorvegliata attenzione tanto alla ricostruzione del corretto perimetro della posizione di garanzia e dei relativi poteri/doveri, oltreché alla scrupolosa verifica dell'incidenza causale della violazione dei doveri di intervento e dell'efficacia impeditiva del comportamento alternativo lecito, quanto, soprattutto, all'accertamento del dolo, valorizzato nella sua determinante componente volitiva e depurato da automatismi concettuali e semplificazioni presuntive.

SOMMARIO: 1. Garanzie "al di là delle apparenze" – 2. L'addebito mosso al Presidente del Collegio sindacale. – 2.1. (segue) La ridefinizione del perimetro delle responsabilità. – 2.2. La mutuazione dello statuto penalistico "puro" della responsabilità omissiva impropria. – 3. La progressiva estensione delle garanzie penalistiche all'universo punitivo para-penale. – 4. Le sequenze concettuali dell'accertamento della responsabilità per omesso impedimento dell'altrui illecito – 4.1. L'estensione della posizione di garanzia e i relativi poteri/doveri del collegio sindacale. – 4.2. L'incidenza causale della violazione dei doveri d'intervento e la verifica controfattuale del comportamento alternativo lecito. – 4.3. L'accertamento del dolo come volontà – 5. Un precedente importante.

1. Garanzie "al di là delle apparenze".

Come si sa, il settore del diritto penale dell'impresa è ciclicamente esposto ad eccedenze interpretative, se non a vere e proprie "scorribande analogiche", generate ora dalla malintesa urgenza di porre rimedio alle più diverse istanze di tutela, ora dall'esigenza di approntare risposte forti, *fast & furious*, ai vari scandali finanziari o alle

più gravi crisi aziendali; e sempre in questo settore si percepisce anche, non poche volte, una diffusa “renitenza ermeneutica” rispetto ad una puntuale e vivida ricostruzione della colpevolezza, le cui forme tipologiche – tanto il dolo quanto la colpa – sono volta a volta oggetto di verifiche superficiali o preda di indebiti automatismi, se non persino curvate a veri e propri schemi presuntivi, tanto comodi quanto inappaganti.

È anche noto quanto il *tòpos* della responsabilità degli organi di controllo interni – consiglio di amministrazione e collegio sindacale – o quello di più recente emersione della responsabilità dei controllori esterni, come i revisori, siano spesso vessati da attribuzioni di responsabilità edificate su macroposizioni di garanzia generalizzate e onnivore, e su rimproveri che prestano, a tutto concedere, un ossequio formale al principio *nullum crimen sine culpa*, per poi disattenderne *de facto* la portata garantistica, dimostrando una chiara preferenza per un criterio di ascrizione della responsabilità piegato alla vieta logica del *versari in re illicita* o declinato sulla mera “responsabilità da posizione”¹: la strada più rapida, del resto, per chi si affretti alla sfrenata ricerca di uno o più “capri espiatori organizzativi”.²

Simili derive interpretative ed applicative, del resto, hanno ormai contagiato anche il campo contiguo del diritto sanzionatorio amministrativo: un diritto amministrativo “armato” che in molti casi presenta marcati contrassegni afflittivi e che in diversi contesti supporta – o più esattamente duplica³ – i presidi penalistici piegandosi spesso alle medesime torsioni, come emblematicamente dimostra – *inter alia* - proprio l’esperienza applicativa in campo di *market abuse*.

In un simile contesto, suscitano positiva sorpresa e piena condivisione, dunque, alcune recenti decisioni, di legittimità e di merito, che manifestano una più sorvegliata attenzione al principio di legalità, da un lato, ed una più affilata sensibilità per la ricostruzione delle responsabilità orientata ai principi di personalità e colpevolezza, anche al cospetto di illeciti la cui natura afflittivo-punitiva esige, appunto, una riconduzione al rigoroso statuto delle garanzie penalistiche.

Sul primo versante, una importante pronuncia della Corte di Cassazione ha ricostruito con nettezza – e con un tratto *hard edge* – il perimetro delle responsabilità per le ipotesi di falsità nelle relazioni affidate ai revisori, rimarcando l’impossibilità di corresponsabilizzarli per il reato di bancarotta societaria – e, a monte, per il falso in bilancio che innesca la fattispecie di cui all’art. 223 l. fall. – al di fuori degli schemi ordinari del concorso di persone, così sterilizzando la possibilità di corresponsabilizzarli in forme diverse da quelle previste *ex lege* dall’art. 2624 c.c.; precisando, più in particolare, che questi possano concorrere nel falso in bilancio solo mediante un

¹ Tra gli studi monografici che hanno approfondito questa complessa tematica, cfr. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Giuffré, Milano, 2009, 125 ss. e 227 ss.; NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale*, Bup, Bologna, 2009, 189 ss. e in ptc. 315 ss.; da ultimo, GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell’offesa*, Pisa university press, Pisa, 2022, in ptc. 52 ss.

² CATINO, *Trovare il colpevole. La costruzione del capro espiatorio nelle organizzazioni*, Bologna, 2022; sul punto, cfr. anche i rilievi di CONSULICH, *Organizzazione e imputazione per colpa*, in Aa. Vv., *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Milano, 2022, 583 ss.

³ V. al riguardo il recente, istruttivo studio di TRIPODI, *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi. Profili di sostenibilità del cumulo sanzionatorio nel quadro dell’ordinamento multilivello*, Torino, 2022.

contributo “che passa attraverso le ordinarie forme di cui all’art. 110 c.p. (e relativi oneri probatori) e non attraverso una non consentita combinazione di altre norme incriminatrici, foriera di inammissibili scorciatoie probatorie”.⁴ Una ricostruzione condotta alla luce della disciplina vigente al momento dei fatti, e doverosamente ispirata al puntuale rispetto del disegno legislativo, del principio di tassatività e della sistematica del complessivo ordito delle fattispecie in rilievo.

Sul secondo versante, una recente pronuncia della Corte d’Appello di Bologna⁵ ha visto i giudici impegnati in una preziosa ricostruzione del concorso omissivo dei sindaci nell’illecito amministrativo punitivo, declinato, doverosamente, sul paradigma “penalistico” della responsabilità personale e colpevole, integralmente e coerentemente seguito sino ad importare nell’universo para-penale il modello penalistico “puro” dell’art. 40 cpv., rigorosamente ricostruito nei suoi presupposti e, soprattutto, nei suoi limiti.

Su quest’ultima pronuncia si concentreranno le brevi riflessioni che seguono.

2. L’addebito mosso al Presidente del Collegio sindacale.

La Corte bolognese è stata chiamata a scrutinare la legittimità della delibera con cui la CONSOB, in relazione all’illecito amministrativo previsto dall’art. 187 *ter* del d.lgs. n. 58/1998, aveva irrogato una ingente sanzione amministrativa pecuniaria (pari ad euro 170.000) e la sanzione accessoria interdittiva (di mesi sedici) al Presidente del Collegio sindacale di una società per azioni (la *Bio-on* s.p.a), “per avere, in sintesi, diffuso, in concorso con altri, informazioni false e fuorvianti circa la correttezza delle rilevazioni contabili concernenti i ricavi derivati dalle cessioni di licenze, le scoperte, le relazioni contrattuali e la classificazione delle partecipazioni nelle società del gruppo, meglio descritte nell’impugnata delibera, idonee a creare nel mercato e tra gli investitori l’affidamento circa la capacità della società di stare sul mercato e di produrre profitti e, quindi, circa il prezzo/valore degli strumenti negoziati da quest’ultima”.

L’addebito mosso al Presidente del Collegio sindacale consisteva, in sostanza, nell’aver contribuito alla diffusione di una serie di notizie idonee a manipolare il mercato, realizzata attraverso la pubblicazione dei bilanci consolidati del Gruppo *Bio-on*, oltre che con la diffusione delle relazioni e dei comunicati relativi alla loro approvazione, e perpetrata, secondo CONSOB, “in attuazione di un’unitaria strategia manipolativa di cui le condotte sopra descritte costituivano espressione”, che sarebbe stata “resa possibile ed agevolata” – appunto – “anche attraverso le relazioni del collegio sindacale” concernenti diversi bilanci d’esercizio relativi alla capogruppo.

⁴ Cass., Sez. V, 30 ottobre 2023, n. 47900.

⁵ Corte d’Appello di Bologna, Sez. III civ., 9 febbraio 2024.

2.1. (segue) La ridefinizione del perimetro delle responsabilità.

Ciò premesso, la Corte ha anzitutto fornito alcune utili, e doverose, precisazioni preliminari in ordine al perimetro della valutazione alla stessa rimessa, e segnatamente in ordine a *natura della responsabilità e struttura della condotta* oggetto dell'addebito mosso al Presidente del Collegio sindacale.

Sotto il primo profilo, si è prontamente rimarcata la distanza della verifica richiesta rispetto a quella concernente la responsabilità civile *ex art. 2403 c.c.*, il cui "regime" è evidentemente distinto – e distante – rispetto a quello che governa la responsabilità amministrativa per un illecito dalle chiare stimate afflittivo-punitiva quale quello, appunto, previsto all'art. 187 *ter* TUF.

Non meno significativa la puntualizzazione in merito alla reale struttura della condotta rimproverata all'opponente: se il nucleo di rimprovero inizialmente rivolto era, a ben vedere, quello di "avere, nella predetta qualità, dolosamente e, quindi, consapevolmente ed intenzionalmente, agevolato la commissione, da parte degli amministratori e, in generale, degli organi apicali della suddetta società, del predetto illecito manipolativo, contribuendo alla sua consumazione attraverso la predisposizione di positive relazioni ai bilanci di esercizio relativi agli anni 2015-2018, ed attestanti, appunto, la regolarità e correttezza di determinate rilevazioni contabili, nonché l'adeguatezza degli assetti societari, amministrativo, organizzativo e contabile, favorendo, così, in concorso con altri e [...] in modo consapevole ed intenzionale, l'insorgere, nel mercato di riferimento e tra gli investitori, dell'affidamento circa la capacità di *Bio-on s.p.a* di stare sul mercato e di produrre profitti, e, conseguentemente, sull'effettivo valore degli strumenti finanziari da questa negoziati in un particolare mercato non regolamentato (AIM)", la Corte evidenzia che – come emerso nella interlocuzione dialettica con le deduzioni e controdeduzioni delle difese – il contegno realmente contestato era quello di aver agevolato la manipolazione del mercato "ideata e, in concreto attuata" dagli amministratori mediante una *condotta inosservante degli obblighi attribuiti ai sindaci* dalla legge con riferimento sia al bilancio d'esercizio che a quello consolidato.

Più precisamente, al collegio sindacale, ed al suo Presidente, si contestava di aver concorso nell'illecito amministrativo materialmente realizzato dagli amministratori «mediante la stesura di positive relazioni ai bilanci della capogruppo, il cui contenuto, certificativo della correttezza dell'amministrazione, dell'osservanza delle norme di legge e di statuto nella predisposizione dei bilanci, nonché dell'adeguatezza degli assetti, amministrativo, organizzativo e contabile, della società, avrebbe accresciuto e rafforzato, nel mercato, l'attendibilità dei dati del bilancio consolidato ivi così divulgati [...]»;⁶ contributo agevolativo nell'altrui illecito consistente, dunque, nell'aver in tali "positive relazioni ai bilanci" sostanzialmente *omesso* di verificare «l'idoneità degli assetti

⁶ "[...] e ciò in conseguenza della particolare rilevanza da attribuire ai dati provenienti dai bilanci "separati" della capogruppo in ragione della oggettiva preponderanza delle attività e delle risultanze contabili di quest'ultima rispetto a quelle proprie delle società controllate": Corte di Appello di Bologna, 9 febbraio 2024, cit., p.6.

amministrativi e contabili a rappresentare adeguatamente i fatti di gestione, mediante la loro compiuta e corretta rilevazione nella contabilità e nel bilancio» e, in secondo luogo, nel non aver individuato «tempestivamente le eventuali criticità, segnalando gli opportuni approfondimenti, nonostante gli indici di sospetto emersi in sede di verifica dell'adeguatezza e del funzionamento dell'assetto contabile».

Così ricostruita la condotta, in definitiva, la Corte ha focalizzato il vero nucleo dell'addebito rivolto ai sindaci, identificato in un contegno – non già commissivo, bensì – fondamentalmente *omissivo*: contegno consistente, in particolare, nella omessa «individuazione di una corretta metodologia di contabilizzazione dei ricavi», e nell'aver «omesso di svolgere le valutazioni e gli approfondimenti che sarebbero stati necessari in ordine a tale essenziale questione, in tal modo agevolando l'errata e fuorviante rappresentazione in bilancio dei ricavi (e dei crediti) da parte degli amministratori della società».

2.2. La mutuazione dello statuto penalistico “puro” della responsabilità omissiva impropria.

È proprio questa opera preliminare di precisazione e “sistematizzazione concettuale” che consente alla Corte di declinare lo strumentario dogmatico pertinente a condurre le proprie valutazioni, e di evocare – del tutto condivisibilmente – la necessaria mutuazione dello statuto della responsabilità omissiva impropria di matrice penalistica, nel caso concreto riferibile al concorso omissivo nell'altrui illecito punitivo.

Pur non esplicitato, appare chiaro il sillogismo alla base di questa conclusione: la premessa maggiore è che l'illecito di cui all'art. 187 ter TUF, e la relativa sanzione, hanno certamente un carattere afflittivo-punitivo, cosicché – senza necessità di richiamare la rocciosa posizione della giurisprudenza di Strasburgo sul tema e il concetto di “*matière pénale*” nel quale certamente vanno ricompresi gli illeciti in esame – evocano pertanto, al di là della anòdina disciplina dell'art. 5 l. n. 689 del 1981, un paradigma di inquadramento rigorosamente penalistico; la premessa minore è che il contributo agevolatorio all'altrui attività illecita contestato ai sindaci è di natura sostanzialmente omissiva; la conclusione è che il paradigma di riferimento – *quoad disciplinam* e, prima e più in alto, *quoad substantiam* – non può se non essere quello della responsabilità per omesso impedimento dell'altrui reato, declinato dall'art. 40 cpv. c.p., da verificare ripercorrendo puntigliosamente – nel prisma dei principi di legalità e di colpevolezza – i suoi presupposti, i contrassegni costitutivi, e i relativi limiti.

Verifica che, puntualmente, il Collegio si perita di svolgere.

3. La progressiva estensione delle garanzie penalistiche all'universo punitivo penale.

Prima di analizzare i principali snodi argomentativi seguiti dalla decisione in commento, va evidenziata l'importanza di una così netta scelta di inclusione dell'illecito

amministrativo punitivo nello spettro garantistico dei principi *nullum crimen sine lege e sine culpa*.

Al di là della intuitiva “geometria sillogistica” sopra accennata, questa scelta non poteva dirsi affatto scontata, essendo diverse le ragioni che – nonostante la chiara omogeneità teleologica delle sanzioni amministrative punitive rispetto a quelle penali – hanno tradizionalmente militato a favore di una diversa, opposta scelta: prima fra tutte la preoccupazione che da tale riconversione garantistica potesse risultarne frustrata l’efficacia dei sistemi tradizionalmente ricondotti all’area del c.d. diritto penale amministrativo, o persino che dalla stessa potesse discendere una vera e propria “moratoria costituzionale” riottosa a modelli di corresponsabilizzare dell’ente *ex delicto*.⁷

Solo più di recente, del resto, si è diffusa una diversa sensibilità circa le inefficienze di un sistema di responsabilità non colpevole anche nell’universo apocrifo degli illeciti “para-penali”, smascherando l’allettante ma illusoria funzionalità della responsabilità oggettiva come strumento di semplificazione probatoria; ed è maturata, simmetricamente, una diversa consapevolezza circa l’esigenza di affermare una piena tutela della libertà di autodeterminazione, e di subordinare il rimprovero sotteso ad ogni “pena nascosta”, senza ulteriori distinzioni, alle istanze di legalità, personalità e, soprattutto, di colpevolezza.⁸

Si tratta, come noto, di una riflessione che è stata sollecitata dal già menzionato approccio sostanzialistico della Corte europea al tema della delimitazione dei contorni della “materia penale” e che ha favorito l’estensione di alcune garanzie penalistiche – primi fra tutti i corollari più tradizionali del *nullum crimen* e la stessa *lex mitior* – rispetto alla generalità delle sanzioni punitive nella stessa giurisprudenza costituzionale più recente.⁹ E se è vero che la Consulta ha mostrato qualche residua timidezza con riguardo ai principi sulla responsabilità stabiliti dall’art. 27 Cost.,¹⁰ si deve evidenziare la rilevanza che tali garanzie hanno progressivamente acquisito nella giurisprudenza

⁷ Per tutti, BRICOLA, *La depenalizzazione nella legge 24 novembre 1981, n. 689: una svolta “reale” nella politica criminale?*, in *Pol. Dir.*, 1982, 368 ss.; PALAZZO, *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*, in *Ind. pen.*, 1986, 50; PALIERO-TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1989, 149 ss.

⁸ Per tutti, F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, 43 ss., 122 ss.: «Al riconoscimento della natura sanzionatoria di una misura, pertanto, non può che conseguire l’estensione di determinate tutele, senza che si riveli necessaria né opportuna l’adozione di qualsiasi ulteriore criterio selettivo, anche considerando che eventuali esigenze (iper)preventive non rappresentano certamente contro-interessi di rango costituzionale in grado di giustificare una deroga alle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza di Strasburgo. Una volta superate antiche riserve, l’esito più originale di una definizione sostanziale della materia penale incentrata sull’analisi delle funzioni è quindi rappresentato dal definitivo abbandono di ogni residua distinzione [...], tra la nozione di pena ed ogni altra forma di manifestazione della potestà punitiva» (p. 51).

⁹ Su tale evoluzione, che ha interessato in particolare i principi di legalità (attraverso un esplicito riferimento all’art. 25 Cost.) e di retroattività della legge favorevole, cfr. soprattutto VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 1791 ss.; F. MAZZACUVA, *L’estensione attuale dei principi di irretroattività e di retroattività della legge favorevole*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 417 ss.; nonché, volendo, MANES-NAPOLEONI, *La legge penale illegittima*, Giappichelli, Torino, 2019, 265 ss.

¹⁰ Si fa riferimento, in particolare, a quanto affermato nella sentenza C. cost. n. 112/2019 in cui, d’altra parte, la Corte costituzionale ha comunque affermato la rilevanza costituzionale del principio di proporzionalità rispetto ad un’ipotesi di confisca amministrativa facendo riferimento all’art. 42 Cost.

di Strasburgo, in cui soprattutto il *divieto di responsabilità per fatto altrui* risulta ormai stabilmente ricondotto all'art. 7 Cedu¹¹ e, quindi, dovrebbe in ogni caso costituire parametro costituzionale "interposto" nel diritto penale amministrativo ai sensi dall'art. 117 Cost.¹²

4. Le sequenze concettuali dell'accertamento della responsabilità per omesso impedimento dell'altrui illecito.

Riprendendo il filo del discorso, l'adesione al paradigma penalistico "puro", in punto di omesso impedimento dell'altrui illecito amministrativo punitivo, consente alla Corte di inquadrare il problema della responsabilità del Presidente del Collegio sindacale su binari ben più solidi e sicuri di quelli che aveva percorso il provvedimento sanzionatorio della Consob.

Acquisito che l'addebito a questi rivolto – come si è visto – consisteva di fatto nell'aver redatto relazioni positive "omettendo lo svolgimento di ulteriori approfondimenti, verifiche e controlli pur nella consapevolezza di determinate criticità gestorie, contrattuali e contabili", e di essersi "limitato a recepire acriticamente le informazioni assunte presso gli amministratori e le società di revisione di *Bio-on* s.p.a., attestando supinamente la correttezza gestoria, l'osservanza delle norme di legge e di statuto, nonché l'adeguatezza degli assetti societari, amministrativo e contabile", la Corte si diffonde in una puntuale disamina dogmatica del concorso omissivo improprio, declinata secondo le sue più aggiornate sequenze concettuali, ed impegnata a verificare: 1) il perimetro della posizione di garanzia, circoscritto alle attività doverose che si sono omesse, e che si sarebbero dovute compiere; 2) l'accertamento del nesso causale tra la contestata omissione e l'altrui condotta illecita, verificato attraverso il criterio controfattuale della c.d. condotta alternativa lecita; 3) la rimproverabilità soggettiva della condotta agevolatoria, ossia, il c.d. dolo di concorso omissivo nell'altrui illecito.

4.1. L'estensione della posizione di garanzia e i relativi poteri/doveri del collegio sindacale.

Quanto al perimetro della posizione di garanzia dei sindaci, si premette che la stessa va delineata sulla base delle norme e delle linee guida che tratteggiano il c.d. "statuto comportamentale del collegio sindacale", rammentando che – a norma dell'art. 40 c.p. – "il sindaco potrà essere chiamato a rispondere di concorso omissivo

¹¹ Cfr. Corte EDU, 29.10.2013, *Varvara c. Italia*, § 66, con conclusioni ribadite nella sentenza Corte EDU, Grande Camera, 28.6.2018, *Giem srl e a. c. Italia*, §§ 271 s. Quest'ultima pronuncia (§ 242), peraltro, ha ribadito la necessità di accertare quel collegamento psicologico (*lien de nature intellectuelle*) tra fatto e autore che per la prima volta era stata affermata nella nota sentenza Corte EDU, 20.1. 2009, *Sud Fondi e a. c. Italia*, § 116.

¹² Lo segnala F. MAZZACUVA, *Il perimetro della materia penale*, in Aa. Vv., *Il diritto europeo e il giudice nazionale*, Vol. II.I, Giuffrè, Milano, 2023, 271 ss.

(agevolativo) nel reato posto in essere dall'amministratore, solo ed esclusivamente entro i limiti dei suoi doveri/poteri di attivazione rispetto all'oggetto della contestazione".

E qui compare una prima precisazione importante, ove si evidenzia che ai sindaci è sì attribuito dalla legge il compito di esprimere, con apposita relazione, un giudizio sul bilancio di esercizio, verificando la regolare tenuta della contabilità sociale e la corretta rilevazione dei fatti di gestione nelle scritture contabili, ma precisando che – a mente degli artt. 2403, primo comma, e 2407 c.c. – al collegio sindacale non spetta un controllo di merito sulla contabilità, essendogli affidato solo il controllo di legittimità e sul rispetto delle procedure e/o delle prassi operative.

Più in particolare, si afferma che al collegio sindacale – ove non gli sia affidata, come nella fattispecie concreta, la revisione legale – “spetta, in relazione al bilancio di esercizio, lo svolgimento della sola attività di vigilanza sull'osservanza della legge e dello statuto, essendogli demandato di vigilare sull'osservanza, da parte degli amministratori, delle norme civili sottese alla formazione, controllo, approvazione, deposito e pubblicazione del bilancio di esercizio e di effettuare un controllo sintetico complessivo volto a verificare la corretta redazione del bilancio”, mentre la “verifica della corrispondenza ai dati contabili e la loro valutazione [...] spetta, più propriamente, al revisore legale”.

Certo ai sindaci spettano molti altri doveri e poteri, e tra questi – come rilevano i giudici ripercorrendo puntigliosamente la disciplina degli artt. 2403 ss. c.c. – anzitutto quello di chiedere chiarimenti ed informazioni all'organo amministrativo (o all'incaricato della revisione legale), ove rilevino fatti o evenienze che incidono sulla rappresentazione in bilancio di talune operazioni sociali, e di segnalare all'assemblea l'eventuale mancata ricezione dei chiarimenti richiesti; ovvero quello di procedere ad ispezioni e controlli, di chiedere notizie ed attivare flussi informativi con i corrispondenti organi delle società controllate; ovvero quello di convocare l'assemblea qualora, nell'espletamento dell'incarico, il collegio sindacale ravvisi fatti censurabili di rilevante gravità e vi sia urgente necessità di provvedere; sino al potere di denunciare al tribunale gravi irregolarità nella gestione che possono arrecare danno alla società o a una o più società controllate, eventualmente commesse dagli amministratori, in violazione dei loro doveri.

Ma tutto ciò non significa, conclude recisamente la Corte, che una tale, articolata corona di poteri-doveri, e una siffatta, cospicua posizione di garanzia possa tradursi in un debito di controllo precipuamente spettante ad altri soggetti, e segnatamente ai revisori, ai quali è “affidato un ben più penetrante ed incisivo vaglio sul qui contestato contenuto del bilancio consolidato”. E neppure significa, soprattutto, che essa possa essere confusa e trasfusa in una autentica “responsabilità da posizione”, né che la loro responsabilità possa farsi discendere dal mero mancato esercizio dei relativi poteri-doveri di controllo: la soggezione del concorso nell'altrui illecito punitivo al dominio del principio di colpevolezza impone, infatti, il positivo accertamento di “elementi di valutazione, quantomeno di natura indiziaria, sintomatici della loro partecipazione all'attività (illecita) degli amministratori oltre che dell'effettiva incidenza causale dell'omesso esercizio dei doveri di controllo sulla commissione dell'illecito”.

In altri termini, la prova del concorso omissivo dei sindaci impone di dimostrare la piena rappresentazione o consapevolezza, in capo ad essi, di un illecito *in progress*, la scelta volontaria e deliberata di non attivare i poteri-doveri di intervento – ossia “la dolosa inerzia nell’adozione delle iniziative previste dalla legge per eliminare le irregolarità” – e, parallelamente, l’efficienza causale di tale mancata attivazione nella sequenza eziologica che ha condotto alla realizzazione dell’illecito percepito, *hic et nunc*.

4.2. *L’incidenza causale della violazione dei doveri d’intervento e la verifica controfattuale del comportamento alternativo lecito.*

A questo riguardo, la declinazione della responsabilità omissiva impropria su di un paradigma centrato non sulla ricognizione statica dei doveri di vigilanza, bensì sulla verifica concreta dei poteri di intervento e sull’efficienza causale della loro mancata attivazione rispetto all’evento illecito, segnala l’adesione al paradigma ricostruttivo più scrupolosamente rispettoso del canone personalistico che presidia l’imputazione della responsabilità penale¹³, qui correttamente esteso all’illecito para-penale (anche alla luce di quanto osservato circa il rango costituzionale che oramai si deve assegnare al principio nel diritto penale amministrativo).

Un tale paradigma predica la possibilità di corresponsabilizzazione del garante se – e solo se – il comportamento alternativo lecito, ad una verifica controfattuale, avrebbe avuto una qualche incidenza, perché ove così non fosse l’addebito sarebbe edificato sulle comode fondamenta del *versari in re illicita* – e di un addebito ciecamente ascritto *etiam pro casu* –, ma non sulla solida piattaforma assiologica della responsabilità per fatto proprio.

Nel caso di specie, precisa la Corte, «Consob [...] avrebbe dovuto svolgere un giudizio controfattuale, verificando se, ove le attività asseritamente omesse fossero state poste in essere, l’illecito de quo, quantomeno in termini di elevata ragionevolezza, se non proprio di certezza assoluta, si sarebbe egualmente verificato, valutando l’incidenza causale della denunciata inerzia dei sindaci sugli illeciti degli amministratori».

Come si vede, parlare di causalità, di condotta alternativa lecita e di verifica controfattuale, significa – sotto traccia – ribadire che non basta l’inadempimento di doveri connessi alla funzione, e che la responsabilità (para-penale) può discendere solo se – al fianco ai doveri – vi erano anche poteri effettivamente idonei a neutralizzare l’evento; non è sufficiente, dunque, una qualche condotta antidoverosa, se la condotta osservante non avrebbe avuto alcuna portata impeditiva dell’altrui illecito, perché la

¹³ Per tutti, CENTONZE, (nt. 1), 269 ss.; più di recente, GARGANI, (nt. 1), 39 ss. e 78 ss.; v. anche PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, Giuffrè, Milano, 2003, in ptc. 141 ss., RISCATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, Giuffrè, Milano, 2001, 376 ss.; LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Giappichelli, Torino, 1999, 172 ss. e 353 ss.; v. di recente anche N. MAZZACUVA, *Ancora qualche riflessione in tema di responsabilità penale dei membri del collegio sindacale*, in *Diritto di difesa*, n. 1, 2022, 40 ss.; per una lettura originale, v. anche CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, Giappichelli, Torino, 2004, 343 ss..

concretezza della *Garantenstellung* è coestensiva rispetto ai poteri concreti ed effettivi di modificare il corso delle cose.

4.3. L'accertamento del dolo come volontà.

Così chiariti i presupposti causali sulla cui base può correttamente impostarsi ogni discorso sull'imputazione personale, altrettanto importanti sono le precisazioni condotte sul versante dell'imputazione colpevole, che incrocia il problema – da sempre travagliato – del coefficiente soggettivo necessario a supportare la corresponsabilizzazione per omesso impedimento dell'evento¹⁴.

Un problema, come si è accennato, ciclicamente afflitto da ricostruzioni presuntive, formulette pigre e comodi automatismi concettuali (“non poteva non sapere”, “ben avrebbe potuto”, “ben avrebbe dovuto”, etc.), piegati a nascondere spesso autentiche forme di “caccia al dolo nella colpa”,¹⁵ e a giustificare curvatures colpevoliste condotte dilatando i confini mellifluidi del dolo eventuale: un dolo pretesamente indiziato da un qualche segnale di allarme, ma in realtà edificato sui piedi di argilla della responsabilità oggettiva.

Ma è ben noto quanto insoddisfacenti siano questi *cliché*; altrettanto noto a quali degenerazioni retoriche si presti la stessa semantica dei segnali di allarme,¹⁶ e quanto sterile sia la prova del dolo quando si arresti a desumerlo da un qualche *alert*, suppostamente percepito come tale e passivamente ignorato dal garante.

Una verifica corretta ed attenta deve essere ben più rigorosa, posta la distanza siderale che separa dolo e colpa, e la decisione in commento, anche sotto questo profilo, mostra una sicura consapevolezza sulle insidie che possono incontrarsi sul crinale di questo accertamento.

A questo riguardo, la Corte sgombera subito il campo da possibili equivoci dogmatici, aderendo – ancora una volta – alla più rigorosa giurisprudenza penalistica: non è ammissibile un concorso colposo nell'altrui fatto doloso,¹⁷ ed ai fini della

¹⁴ Sul problema dell'accertamento del dolo nei reati omissivi, v. le ricche osservazioni di DEMURO, *Il dolo - II - L'accertamento*, Giuffrè, Milano, 2010, 518 ss.

¹⁵ V. EUSEBI, *In tema di accertamento del dolo: confusioni fra dolo e colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 1060 ss. Sulla deformazione del dolo nel diritto penale dell'economia, cfr. anche le puntuali considerazioni di PALIERO, *La fabbrica del Golem: progettualità e metodologia per la 'Parte Generale' di un Codice Penale dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 502 s., e MASUCCI, “Fatto” e “valore” nella definizione del dolo, Giappichelli, Torino, 2004, 19 ss.

¹⁶ CAPUTO, *La mossa dello struzzo: i segnali di allarme tra willful blindness e dolo come volontà*, in *Giur. it.*, 2016, 2252 ss.; v. anche CONSULICH, *Nolo cognoscere. Il diritto penale dell'economia tra nuovi responsabili e antiche forme di responsabilità «paracolpevole»: spunti a partire dal nuovo art. 236 bis l.f.*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, 613 ss.

¹⁷ Così la più recente giurisprudenza della Cassazione: Cass., Sez. IV, ud. 19 luglio 2018, dep. 14 febbraio 2019, n. 7032, in cui, tra i vari argomenti posti a fondamento dell'inammissibilità del concorso colposo in delitto doloso, si evidenzia che, in assenza di una esplicita previsione legale, il rinvenimento di una disciplina “implicita” deve risultare incontrovertibile allorquando ne deriverebbe una espansione *in malam partem*, il che appare quanto mai rilevante vista la segnalata estensione del principio di legalità alle sanzioni

corresponsabilizzazione dei garanti deve essere rigorosamente dimostrato il dolo, che «deve sostanziarsi nella consapevolezza che la condotta omissiva determini, contribuisca o comunque agevoli l'illecito manipolativo da parte dell'amministratore»: essendo dunque necessario verificare e riscontrare, dunque, «un atteggiamento doloso con riferimento non solo alla propria condotta attiva o omissiva, ma anche rispetto a quella dell'amministratore, nel senso di piena consapevolezza dell'illecito manipolativo di quest'ultimo con intenzionale partecipazione del sindaco all'attuazione di esso».¹⁸

Come si vede, ne emerge una valorizzazione più nitida delle istanze riconducibili al *nullum crimen sine culpa*, ed una precisazione più netta del confine che separa due tipologie di rimprovero che sono e devono restare antipodiche.

L'imperizia, ancorché grave; la negligenza, ancorché imperdonabile; la trascuratezza, ancorché marchiana; la neghittosità, anche se disarmante; la "cecità disattentiva" (*inattentional blindness*), ancorché narcotica: tutti questi contegni non possono essere confusi con la colpevolezza dolosa, ossia con la deliberata scelta di concorrere nella realizzazione di un illecito di cui si è avuta piena e completa contezza.

Nella sua componente rappresentativa, dunque, il dolo del concorso omissivo presuppone sempre una vivida rappresentazione di un illecito *in itinere*, non potendo appagarsi di un qualche mero riflesso, nella mente del (preteso) garante, di una sua "silhouette incolore",¹⁹ magari mediata da segnali di allarme che, il più delle volte, non sono né perspicui né peculiari,²⁰ o che appaiono tali solo *ex post*, valutati con il proverbiale "senno di poi".

Questa rappresentazione deve, inoltre, proiettarsi sul bagaglio rappresentativo complessivo posseduto dall'agente: consapevoli del fatto che – per potersi anche solo iniziare un discorso che conduca al rimprovero doloso – il garante deve avere effettivamente percepito i "segnali" nella loro portanza e importanza, appunto nella loro peculiarità e perspicuità, e che comunque i segnali percepiti potrebbero aver smarrito la loro capacità informativa e denotativa a fronte di eventuali segnali disconfermativi o "contro-alerts" dallo stesso ricevuti, ovvero di informazioni di segno opposto capaci di neutralizzare la parvenza di rischio precedente, e di ingenerare un ragionevole

amministrative che è oramai consolidata nella giurisprudenza costituzionale. Le conclusioni della Corte di cassazione, in effetti, sono state ampiamente condivise da una attenta dottrina: CUPELLI, *Il concorso colposo nel delitto doloso e la svolta "garantista" della Cassazione*, in *Giur. it.*, 2019, 1920 ss. Vale la pena di evidenziare, peraltro, che tale soluzione è stata affermata proprio rispetto ai delitti imputabili anche a titolo di colpa (essendo invece pacifica l'inammissibilità del concorso colposo nei delitti imputabili esclusivamente a titolo di dolo), cosicché non sembra che nel campo delle sanzioni amministrative il concorso colposo nell'illecito doloso possa essere ammesso in nome della generale possibilità di imputare gli illeciti amministrativi a titolo di colpa.

Di recente, in argomento, cfr. anche le osservazioni di CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, Torino, 2023 che, parimenti, esclude l'ammissibilità di un concorso colposo nell'altrui reato doloso anche per l'impossibilità di esigere che taluno preveda e, soprattutto, impedisca un altrui fatto intenzionale, realizzato da un terzo in una condizione di piena autoresponsabilità.

¹⁸ Corte di Appello di Bologna, cit. p. 17.

¹⁹ PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1265 ss.

²⁰ L'indirizzo inaugurato con la sentenza Cassazione Penale, Sez. V, 19 giugno 2007, n. 23838, in *Le soc.*, 2007, 902 ss., con nota di PULITANÒ, e in *Cass. pen.*, 2008, 103 ss., con nota di CENTONZE.

affidamento sulla assenza di un pericolo significativo. Proprio come nel caso concreto, dove l'agente non solo aveva adempiuto le proprie attività di indagine, vigilanza e verifica allo stesso demandate, ma le informazioni ricevute dall'organo gestorio e da quello di revisione – sulle attività gestorie e negoziali, e sulle procedure di rilevazione contabile dei dati ed in particolare dei ricavi – erano «addirittura corredate da pareri di professionisti esperti nei settori e materie di riferimento, da cui non era dato evincere, *prima facie* ed *ex ante*, sul piano procedurale e sostanziale, particolari elementi di sospetto anche con riferimento a quelle specifiche aree operative, contrattuali e contabili, rispetto alle quali CONSOB ha mosso, *ex post*, censure e contestazioni [...] astratte e apodittiche, lamentando il mancato svolgimento di non meglio precisate ulteriori più approfondite verifiche».²¹

Ancora e soprattutto, nella sua componente volitiva il dolo – anche quando sia declinato nelle forme apocriefe del dolo eventuale – richiede pur sempre una chiara scelta di azione “contro il bene giuridico”, ossia una volontà di inazione intesa come deliberata adesione rispetto ad una condotta altrui che, proprio restando inerti, si intende agevolare e stimolare nel raggiungimento dell'*exitus* illecito. Un contegno incompatibile – è appena il caso di precisarlo – anche solo con un eventuale stato di dubbio, perché il dubbio irrisolto – come insegna l'orientamento più convincente e consolidato delle Sezioni Unite – resta ancora confinato nei territori della colpa.²²

5. Un precedente importante.

Un tale impianto argomentativo si iscrive, dunque, nel solco della giurisprudenza penalistica più sensibile ai principi e valori in gioco, principi troppo spesso oggetto – come accennato - di rispettosa adesione formale, anche in talune decisioni della Corte di legittimità, per poi essere disattesi, se non apertamente traditi, nella concreta applicazione al caso di specie: dove l'urgenza di dare una risposta di rigore fa troppo spesso premio sull'esigenza di rispettare le superiori istanze garantistiche della personalità e della colpevolezza del rimprovero, e l'ascrizione della responsabilità viene pigramente agganciata alla gruccia incolore di un qualche *devoir d'alerte*, addebitata senza condurre alcuna “prova di resistenza” rispetto all'evento, si veste o traveste sotto le mentite spoglie di un dolo tutto “normativizzato” e spesso intriso di una colpa – o anche solo di un qualche rimprovero morale – che di fatto pretende di inchiodare il garante *ad impossibilia*, e deraglia così sul binario morto della responsabilità oggettiva o, più autenticamente, della responsabilità *in munere ipso*.

E tutto ciò – resta solo da aggiungere – quando una rigorosa verifica dei presupposti e dei limiti che segnano la possibile corresponsabilizzazione in campo

²¹ Corte di Appello di Bologna, cit., p. 16.

²² Cass., Sez. Un., ud. 26.11.2009, dep. 30 marzo 2010, n. 12433, Nocera; sulla stessa traccia, la monumentale sentenza Cass., Sez. Un., ud. 24 aprile 2014, dep. 18 settembre 2014, n. 38343, Espenhahn e a. (caso ThyssenKrupp); nella letteratura recente, sul punto, cfr. ASTORINA MARINO, *L'accertamento del dolo*, Giappichelli, Torino, 2018, 335 ss.; RAFFAELE, *Essenza e confini del dolo*, Giuffrè, Milano, 2018, 303 ss.

penale (o para-penale) potrebbe e dovrebbe condurre ad evitare anche solo la gravosità devastante del processo (art. 425, terzo comma, c.p.p.) o persino delle stesse indagini a soggetti in capo ai quali, non poche volte, non si dovrebbero neppure ravvisare quegli “specifici elementi indiziati” che vincolano, e limitano, l’iscrizione nominativa del registro degli indagati, vieppiù oggi ai sensi del nuovo art. 335, comma 1 *bis*, c.p.p.

Conclusivamente, deve essere salutata con favore una decisione che – “al di là delle etichette” – prende sul serio la natura dell’illecito concretamente in rilievo, l’effettivo rimprovero che questo evoca, e le ragioni assiologiche che, in forza della riconosciuta afflittività delle conseguenze di una sanzione indubbiamente punitiva, richiedono che la stessa sia assoggettata al giogo delle garanzie penalistiche, ed *in primis* alle istanze della rimproverabilità personale e colpevole, così ripudiando perentoriamente ogni forma di addebito *sine culpa*.

In una stagione dove le contaminazioni sono le più disparate, e dove minacciano non di rado una diversa ed opposta direzione di senso – come testimonia la attuale questione rimessa alle Sezioni Unite, dove si invoca l’improvvida importazione del criterio civilistico del “più probabile che non” anche in sede penale, ove si tratti di accertare, nel giudizio di appello, il destino delle conseguenze civili del reato una volta che questo risulti prescritto²³ – riteniamo si tratti di un significativo, e prezioso, traguardo.

²³ V., a commento dell’ordinanza Cass., sez. IV, 12 luglio 2023 (ud. 8 giugno 2023), n. 38386, i rilievi critici di GIANGRECO, *L’accertamento della responsabilità civile ex art. 578 c.p.p. tra giudizio penale e regola decisoria del “più probabile che non”*, in *DPP*, n. 2/2024, 246 ss.; analoga prospettiva critica in BARTOLI, *Tendenze recenti sulle impugnazioni della parte civile: tra garbugli giurisprudenziali e prospettive di riforma*, in *Arch. Pen.*, n. 1/2022, 1 ss.