

**Alma Mater Studiorum – Università di Bologna**

**DOTTORATO DI RICERCA IN  
SCIENZE GIURIDICHE - PHD IN LEGAL STUDIES**

Ciclo XXXIII

Settore Concorsuale: 12/G1 Diritto penale

Settore Scientifico disciplinare: Ius/17 Diritto penale

**Profili penali del controllo endosocietario**

**Un'indagine sulla responsabilità per omesso impedimento del reato altrui nelle S.p.A.**

Presentata da: **dott.ssa Sarah Bandini**

Coordinatore Dottorato

**Chiar.mo Prof. Renzo Orlandi**

Supervisore

**Chiar.mo Prof. Nicola Mazzacuva**

**Esame finale anno 2021**



## Abstract

La responsabilità penale nel settore dei controlli endosocietari rappresenta un tema di complessità crescente. La configurazione odierna dell'organigramma delle società, caratterizzato dalla presenza di molteplici figure di controllo e dalla distribuzione delle funzioni di vigilanza tra più organi, organismi e uffici dell'ente, incide sulla possibilità di individuare in capo ai vari attori del sistema una responsabilità penale per il caso di omesso impedimento di reato che risulti commesso da altri nell'esercizio dell'attività di impresa.

La presente ricerca si propone di esaminare le principali questioni sottese al tema, attraverso uno studio incentrato sull'analisi del concorso mediante omissione e sulla sua applicazione nel complesso assetto dei controlli interni alle S.p.A. L'indagine tenta in primo luogo di ricostruire gli elementi di fattispecie e di verificare le loro particolarità quando calati nel contesto societario. Si parte dall'analizzare le prime pronunce giurisprudenziali, in cui si è iniziato a considerare i controllori quali garanti dei beni coinvolti nell'attività di impresa, e si esaminano i criteri adottati per l'imputazione di questa forma di responsabilità per omissione, ponendo a confronto i dati emersi dalla prassi con le impostazioni teoriche proposte dalla dottrina. L'attenzione viene poi rivolta alle singole figure del controllo interno. Si procede a valutare per ciascuna se esista una posizione di garanzia, in cui il soggetto risulti dotato di poteri impeditivi sull'azione illecita altrui, *ex art. 40 cpv. c.p.* L'ultima parte della ricerca si sofferma sulle maggiori problematiche emerse dall'analisi condotta, con l'intento di riflettere sui molteplici ostacoli che si incontrano nel ricostruire questo tipo di responsabilità nell'assetto societario.



## Indice

<b>Introduzione</b>		
.....		<b>1</b>
<b>Capitolo I</b>		
<b>Omesso controllo e responsabilità penale</b>		
<b>Una ricostruzione storica tra impostazioni teoriche e prassi giurisprudenziale</b>		
.....		<b>9</b>
1.	La responsabilità penale delle posizioni di controllo nell'organizzazione societaria tra tesi dottrinali e giurisprudenziali. Un percorso in quattro fasi.....	9
2.	I fase: la «scoperta giurisprudenziale». L'affermazione di responsabilità per omesso impedimento di reato di amministratori non esecutivi e sindaci nelle sentenze di fine Novecento.....	15
2.1.	Automatismi e schemi presuntivi nella ricostruzione del fatto tipico.....	19
2.2.	La ricostruzione dell'elemento soggettivo. Il caso del Banco Ambrosiano.....	26
3.	II fase: la serrata critica della dottrina. Decostruzione e ricostruzione dello schema di imputazione dell'omesso impedimento di reato nei controlli societari.....	34
3.1.	La posizione di garanzia dei soggetti adibiti al controllo. Il potere impeditivo.....	37
3.1.1.	La posizione degli amministratori non esecutivi.....	45
3.1.2.	I membri del collegio sindacale.....	47
3.1.3.	I «reati da impedire».....	49
3.2.	L'accertamento del nesso di causalità.....	52
3.3.	L'elemento soggettivo.....	58
4.	III fase: la reazione della giurisprudenza. La responsabilità dei controllori societari nel <i>leading case</i> Bipop-Carire.....	65
4.1.	Il riconosciuto alleggerimento delle responsabilità degli amministratori deleganti nella riforma societaria.....	67
4.2.	La conoscenza dell'illecito e l'interpretazione dei segnali di allarme.....	70
5.	IV fase: lo stato dell'arte. La giurisprudenza successiva e l'aggiramento dei principi di Cassazione Bipop-Carire.....	75
6.	Brevi note conclusive.....	85
<b>Capitolo II</b>		
<b>Controlli interni e posizioni di garanzia</b>		
.....		<b>89</b>
1.	La individuazione della responsabilità del singolo preposto al controllo. Una premessa sistematica.....	89

**Sezione I**  
**Gli amministratori privi di delega**

.....		<b>93</b>
1.	Controllo e intervento del C.d.A. Verso un modello di « <i>monitoring board</i> ».....	93
2.	Gli amministratori non esecutivi nelle società di diritto comune. Il dovere di «agire informati» e i poteri impeditivi.....	96
3.	Gli amministratori non esecutivi nelle società quotate.....	105
4.	Gli amministratori non esecutivi nelle società bancarie.....	110
5.	La acritica omologazione delle posizioni di amministrazione nella concezione della magistratura penale.....	115
6.	Focus: Gli amministratori indipendenti nel sistema dei controlli interni. ....	121
6.1.	Lo «statuto speciale» della categoria e i riflessi sulla posizione di garanzia dei singoli.....	121
6.2.	Il <i>lead independent director</i> . ....	122
6.3.	Il comitato controllo e rischi.....	124
6.4.	Gli amministratori indipendenti nel comitato per le operazioni con parti correlate.....	128
6.5.	Nuove posizioni di garanzia? Dottrina e giurisprudenza a confronto. ....	134
7.	La posizione di garanzia degli amministratori nel nuovo codice della crisi. Brevi spunti.....	140

**Sezione II**  
**I membri dell'organo di controllo**

.....		<b>145</b>
1.	La sfera di controllo del collegio sindacale nel modello latino. Lo sviluppo di una vigilanza «in chiave preventiva» o concomitante. ....	145
2.	I poteri dei sindaci di società di diritto comune e società quotate. ....	153
3.	Le peculiari prerogative dei sindaci di istituti bancari.....	165
4.	Il collegio sindacale quale comitato per il controllo interno e la revisione contabile. Considerazioni in tema di estensione della posizione di garanzia.....	170
4.1.	Il comitato nell'art. 19 del d.lgs. 39/2010.....	170
4.2.	Lettera a): i doveri informativi nei confronti dell'organo di amministrazione.....	172
4.3.	Lettera b): la vigilanza sul processo di informativa finanziaria. ....	177
4.4.	Lettera c): la vigilanza sui sistemi di controllo interni. ....	179
4.5.	Lettera d): la vigilanza sulla revisione legale dei conti. ....	180
4.6.	L'estensione della posizione di garanzia dell'organo di controllo. ....	181
5.	La responsabilità omissiva dei sindaci nella giurisprudenza più recente. Una pregevole pronuncia di merito.....	182
6.	I consiglieri di sorveglianza del modello dualistico. ....	188
6.1.	L'oggetto del controllo del consiglio di sorveglianza. ....	188
6.2.	Le prerogative dei consiglieri di sorveglianza delle società di diritto comune rilevanti nel paradigma omissivo.....	195
6.3.	I consiglieri di sorveglianza nelle società quotate. ....	198
6.4.	Profili di specialità all'interno della <i>governance</i> bancaria. ....	201

7.	Il comitato per il controllo sulla gestione del modello monistico. ....	203
7.1.	La funzione di vigilanza. ....	203
7.2.	Poteri ispettivi e reattivi dei membri del c.c.g. nelle società di diritto comune.....	208
7.3.	I poteri dei membri del comitato nelle società quotate.....	211
7.4.	Le peculiarità nelle banche. ....	213
8.	I membri dell'organo di controllo nel nuovo codice della crisi di impresa. Aspetti problematici. .....	214

**Sezione III**  
**Le altre figure di controllo interno**

.....		<b>221</b>
1.	L'Organismo di Vigilanza nel d.lgs. 231/2001 e la ritenuta inesistenza di una posizione di garanzia.....	221
1.1.	L'O.d.V. nel sistema definito dal decreto 231/2001.....	221
1.2.	L'esatta individuazione dei poteri e dei doveri dell'organismo di vigilanza. ....	224
1.3.	La posizione dell'organismo negli orientamenti di dottrina e giurisprudenza. ....	227
2.	Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili delle società quotate nel panorama della responsabilità penale per omissione. ....	235
2.1.	Il dirigente contabile. Un primo inquadramento. ....	235
2.2.	Funzione e poteri del dirigente contabile. ....	237
2.3.	La posizione di garanzia del dirigente contabile: criticità.....	241
3.	Le principali «funzioni aziendali di controllo» e la responsabilità per omesso impedimento di reato. ....	247
3.1.	La struttura dei controlli aziendali. ....	247
3.2.	La revisione interna (o <i>internal audit</i> ).....	249
3.3.	La funzione di conformità. ....	255
3.4.	Il <i>risk management</i> . ....	259
3.5.	La funzione antiriciclaggio e il responsabile SOS.....	262

**Capitolo III**  
**Evoluzione della struttura dei controlli nelle società per azioni e repressione penale**  
**Osservazioni sui principali aspetti problematici**

.....		<b>267</b>
1.	La progressiva frammentazione dei centri di controllo nelle S.p.A. e i suoi risvolti in sede di ricostruzione della responsabilità omissiva impropria. Una premessa operativa. ....	267
2.	Le problematiche connesse alla ripartizione delle funzioni. Il rischio che in sede processuale si configuri una responsabilità da posizione. ....	272
2.1.	Il pericolo di «contrabbando» della responsabilità dolosa attraverso la colpa. ....	276
3.	La teoria dei segnali di allarme alla prova del meccanismo dei flussi informativi. ....	280
3.1.	Limiti cognitivi. «Attenzione selettiva» e <i>inattentional blindness</i> nel reticolo delle relazioni endosocietarie. ....	283
3.2.	Limiti strutturali. Fattori organizzativi di «miopia» e segnali di allarme.....	288
3.3.	Segnali d'allarme e flussi informativi societari: un connubio periglioso. ....	292

4.	Considerazioni sulla fattispecie. Il paradigma della responsabilità concorsuale omissiva all'interno dell'organigramma societario: un «pachiderma in una cristalleria»? .....	297
4.1.	La posizione di garanzia nel caso concreto. ....	298
4.2.	I problemi in tema di nesso di causalità. ....	300
4.3.	L'elemento soggettivo tra teoria e pratica. ....	304
4.4.	Sintesi. La difficile convivenza tra concorso mediante omissione e sistema dei controlli societari.....	306
5.	Gli effetti distorti della risposta penale e l'auspicabile valutazione di alternative. ....	306
6.	Corsi e ricorsi dell'intervento punitivo sul controllo societario: osservazioni conclusive.....	314

### **Bibliografia**

.....	<b>321</b>
-------	------------

## Introduzione

L'affermarsi del modello di mercato capitalistico è stato storicamente accompagnato dal susseguirsi di fenomeni patologici, costituiti per lo più da pratiche speculative e investimenti «azzardati» delle direzioni d'impresa, che hanno determinato danni dalla portata talvolta macroscopica<sup>1</sup>. La progressiva privatizzazione delle società, con la fuoriuscita dello Stato dalla relativa gestione, e l'allentamento della vigilanza pubblica, cui si è correlata una graduale deregolamentazione del mercato tra la fine del '900 e l'inizio del nuovo millennio, hanno creato l'*humus* ideale per attività imprenditoriali pericolosamente audaci, sovente irregolari, e comportamenti fraudolenti del *management*. Nei casi più gravi, queste pratiche hanno portato al deflagrare di quelli che illustri economisti hanno definito «*scandali finanziari*»<sup>2</sup>, imponenti crisi aziendali, che hanno avuto ripercussioni sull'intera economia, cagionando rilevanti perdite per una platea di soggetti straordinariamente ampia, composta dal pubblico dei risparmiatori, azionisti e creditori, cui si sono aggiunti molti lavoratori che hanno visto polverizzati i propri posti di lavoro.

Tra le situazioni più eclatanti non ci si può esimere dal menzionare il celebre caso Enron, il primo dei grandi crack societari del ventunesimo secolo, che ha riguardato il crollo, nell'anno 2001, di una delle più importanti società statunitensi del settore energetico. Lungi dal rappresentare un *unicum*, il caso, come si diceva, è stato poi seguito a stretto giro da una discreta molteplicità di altri episodi<sup>3</sup>, in cui si sono visti cadere, uno dopo l'altro, alcuni tra i più importanti colossi del mercato nordamericano, tra cui

---

<sup>1</sup> Si tratta di episodi che si sono presentati con frequenza costante, a partire dalla c.d. «*bolla dei tulipani*», risalente al 1637, identificata da letteratura pressoché concorde come la prima grande crisi finanziaria, che finì per coinvolgere l'intero sistema economico europeo del XVII secolo.

Per una sintetica ricostruzione delle crisi economiche-finanziarie dell'epoca moderna, si rinvia al documento redatto da Consob, *Le crisi finanziarie. Approfondimenti*, pubblicata sul sito internet [www.consob.it](http://www.consob.it), aggiornata alla odierna crisi da Covid-19 (che presenta caratteristiche a sé stanti, essendo originata, non già, da pratiche di investimento ovvero di gestione illecita, bensì dal deflagrare della pandemia da Coronavirus).

<sup>2</sup> Si definisce «scandalo finanziario» (o scandalo societario) un fenomeno caratterizzato da quattro componenti: la crisi aziendale, con correlate perite per la maggior parte degli *stakeholder*; elementi di frode o colpa grave, da cui la stessa risulta scaturire; la violazione di norme di settore e la avvenuta elusione dei controlli interni ed esterni. Per tutti, nella letteratura italiana: M. ONADO, *Gli scandali societari Italiani, in Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Collana *Convegni di studi «Enrico de Nicola»*, Giuffrè, Milano, 2009, 59-60; per un'approfondita analisi delle caratteristiche delle crisi, nello stesso anno: ID., *I nodi al pettine: la crisi finanziaria e le regole non scritte*, Laterza, Bari, 2009.

<sup>3</sup> Ha parlato di una «ondata» di scandali finanziari «*wave of financial scandals*» un illustre studioso, il Professor John C. Coffee. J. C. COFFEE, *A theory of Corporate Scandals: why the U.S. and Europe Differ*, 2005, reperibile online nella banca dati telematica [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com).

Worldcom, Tyco, Adelphia, per citarne alcuni. Questi fenomeni, che, come si è accennato, hanno percorso con una certa insistenza il nuovo millennio, hanno raggiunto l'apice con lo scandalo dei c.d. muti *subprime*, la tristemente nota crisi finanziaria apertasi negli Stati Uniti d'America a partire dal 2006 e propagatasi poi con effetti devastanti sull'intero mercato a livello mondiale, tanto da essere indicata dagli studiosi come la più grave *market failure* del sistema finanziario.

La realtà europea non è stata da meno. Fa parte della cronaca più recente lo scoppio dello scandalo Wirecard, il gigante finTech tedesco, fallito nel giugno 2020, con perdite pari a circa 1.9 miliardi di euro, fino a quel momento celate attraverso pratiche di sistematico occultamento dei capitali, e portate alla luce da una poderosa inchiesta del Financial Times<sup>4</sup>.

Anche il nostro Paese, come risaputo, ha contribuito in maniera importante ad aggravare questo scenario con i fallimenti di alcune tra le più grandi società a livello nazionale - tra cui spiccano per importanze le vicende del gruppo Parmalat e Cirio - fino al più recente crollo di Bio-on; a questi si è aggiunta una serie di crisi bancarie dall'ampio clamore mediatico, che si sono susseguite a partire dalla fine del secolo scorso, con gli sconvolgimenti del Banco Ambrosiano, Montedison e dell'Istituto Fiduciario Lombardo. Si è poi passati ai noti casi dei primi anni 2000, tra cui ricordiamo le crisi di Bipop-Carire, MPS, BNL, fino ai più recenti crack delle Casse di Risparmio, tra cui Carife e Carige, per citare alcuni esempi<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Una serie di articoli del FT, raccolti alla pagina *web*, [www.ft.com/wirecard](http://www.ft.com/wirecard), riportano i vari passaggi dell'inchiesta e spiegano diversi aspetti del c.d. *Scandal Wirecard*.

Un altro interessante articolo, questa volta dell'Economist, *The market needs more sceptics*, *The Economist*, 24.06.2020, *online edition*, ricostruisce l'inchiesta inglese.

<sup>5</sup> Il tema delle crisi economico-finanziarie, correlate direttamente a situazioni di gestione illecita e la analisi delle cause, è stato oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina Oltreoceano e della dottrina italiana. Si vedano, tra i più rilevanti studi: J. C. COFFEE, *Understanding Enron: «it's about the gatekeepers, stupid»*, *Bus. Law.*, 57, 1403, 2002, [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com); ID., *A theory of corporate scandals: Why the U.S. and Europe Differ*, in *The Center for Law and Economics Studies, Columbia University School of Law*, New York, 2005, [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com); L. FOX, *Enron: the rise and fall*, NY, Wiley, 2003; W. S. LAUFER, *Corporate bodies and guilty minds. The failure of Corporate Criminal Liability*, Chicago, 2006; S. S. SIMPSON, *Comparing predictors of corporate anti-and pro-social environmental behaviour: implications for corporate crime control*, in *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Milano, 2009; F. PARTNOY, *Delaware and Financial Risk*, in *San Diego Legal Studies Paper* n. 17-280, 2017, [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com).; ID., *Financial Systems, Crises, and Regulation*, in *Oxford Handbook of Financial Regulation*, Chapter 5, *San Diego Legal Studies Paper* n. 14-154, 2014, [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com).; ID., *Missing account of progressive corporate criminal law*, in *New York University Law and Business*, 2017, V. 14, [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com).; S. BUELL, *Criminally Bad Management*, in (edited by ARLEN), *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misdealing*, Northampton, 2018, [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com).; per una analisi trasversale, interessanti gli studi contenuti in: *Enron e Parmalat. Due «sistemi-paese» a confronto*, E. PACIOTTI-G. SALVI (a cura di), Manni, San Cesario di Lecce, 2005; R. RORDORF, *Scandali finanziari e regole di mercato (appunti a margine dei casi Cirio e Parmalat)*, in *Quest. giust.*, 2004, 567; M. ONADO, *La crisi finanziaria internazionale: le lezioni per i regolatori*, in *Banca, Imp. e soc.*, 2009, 1, 5-26; A.

Nel tentativo di contenere questa condizione patologica apparentemente *endemica* al sistema capitalistico stesso, o quantomeno cercando di mantenerla entro confini di liceità, ed evitare che la varietà di interessi contrapposti, sottesa all'esercizio dell'impresa, si traduca poi nella adozione di pratiche illegali<sup>6</sup>, i primi studiosi, nei diversi ordinamenti, hanno focalizzato la loro attenzione sul sistema del controllo societario. In buona sostanza, in controtendenza rispetto alla logica di *deregulation* che ha connotato il libero mercato, giuristi ed economisti hanno evidenziato l'urgenza di individuare un quadro normativo idoneo, prima di ogni altra cosa, a prevenire fenomeni devianti: strumento eletto per il raggiungimento di questo fine è stato da subito individuato nella rete di controlli *intra* ed *extra*<sup>7</sup> societari<sup>8</sup>. Accogliendo questa tesi, il legislatore ha quindi dato vita a decise azioni di intervento, per l'appunto volte ad implementare l'apparato dei controlli nelle società, tanto attraverso l'introduzione di nuove posizioni, quanto con l'incremento delle funzioni di supervisione e vigilanza già esistenti.

L'ordinamento italiano ha visto il susseguirsi in modo molto ravvicinato di una vasta serie di interventi regolatori, che hanno inciso specialmente sul controllo endosocietario, distribuiti tra riforme di legge e codici di *best practice*, a partire dall'introduzione del Testo Unico della Finanza, nel 1998, con cui sono state adottate disposizioni *ad hoc* per le società con azioni quotate sui mercati regolamentati.

Nel 2001, con l'emanazione del decreto legislativo n. 231, che ha inserito la disciplina sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche per gli illeciti dipendenti da reato, sono state operate ulteriori innovazioni. Il legislatore delegato, oltre ad aver implementato i compiti di vigilanza propri dei soggetti apicali dell'ente, ha infatti introdotto un nuovo apparato di supervisione all'interno della struttura societaria, finalizzato alla prevenzione di reati, con la contestuale introduzione di una nuova figura, l'organismo di vigilanza.

---

ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, il Mulino, Bologna, 2010; ID., *Diritto e pene nello scenario della crisi*, in *Giur. comm.*, 2010.

<sup>6</sup> Sul tema relativo al conflitto di interessi, condizione «*epidemic*» alla base della commissione di molti reati nell'ambito economico e di impresa, non ci si può esimere dalla citazione della celebre opera di Guido Rossi, *Il conflitto epidemico*, Adelphi, Milano, 2003. In particolare, per quanto rileva specialmente ai fini di questa indagine, l'Autore pone in evidenza come questa situazione, che permea oramai di sé l'intera realtà economica e societaria italiana sfocia in una serie di illiceità, agevolate proprio dalla duttilità degli strumenti finanziari disponibili sul mercato; è il caso, per esempio, dei derivati, considerati dall'autorevole studioso idonei a «*camuffare operazioni illecite*». Si veda, in particolare, Cap. II, § 2 dell'opera.

<sup>7</sup> Controlli c.d. dei *gatekeepers*.

<sup>8</sup> Il fallimento di una opportuna azione di vigilanza e di tempestiva correzione di distorsioni e irregolarità gestionali erano considerati infatti tra i fattori principali cui ricondurre il degenerare delle pratiche di *mismanagement* e lo scoppio delle crisi societarie. M. ONADO, *Imprese, banche, agenzie di rating nella crisi del terzo millennio*, Testo della Relazione presentata al Convegno *Mercati finanziari e sistema dei controlli*, Courmayeur, 1-2 ottobre 2004, pubblicata Giuffrè, Milano, 2005, 19 e ss.

Solo pochi anni dopo, il sistema dei controlli è stato oggetto di una nuova modifica. Con la celebre riforma delle società, entrata in vigore nell'anno 2003, si è inciso sulle posizioni già esistenti di sindaci e amministratori, che hanno visto intensificare le proprie funzioni di controllo.

Con la legge 28 dicembre 2005, n. 262, il Parlamento è tornato ancora sulla materia, attraverso l'individuazione di un nuovo attore. Ha inserito all'interno del T.U.F. l'art. 154 *bis*, in cui ha disposto che le società quotate procedano alla nomina di dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, figura cui ha riconosciuto importanti compiti di certificazione e controllo in materia contabile.

A meno di un lustro di distanza, è seguita un'altra modifica. In attuazione della direttiva 2006/43/CE, è stato emanato il d.lgs. n. 39 del 2010, che ha mutata la disciplina della revisione, con la correlata introduzione negli enti c.d. di interesse pubblico, di un apposito comitato per il controllo interno e la revisione contabile.

Alle innovazioni della normativa primaria si sono poi aggiunti molteplici altri interventi, operati dalle Autorità pubbliche di vigilanza, le quali, con l'adozione di regolamenti e codici di autodisciplina, hanno implementato ulteriormente questa platea apparentemente già vasta di figure di controllo. Così, a titolo esemplificativo, il Codice Preda, redatto nel 1999 dal Comitato per la *Corporate Governance* promosso da Borsa Italiana, ha istituito per le società quotate un apposito apparato di controllo interno, in cui operano oggi diversi soggetti, tra cui le nuove figure del *lead independent director* e dell'*internal auditor*. L'autodisciplina ha poi previsto l'istituzione, all'interno dello stesso C.d.A., di diversi comitati, cui ha attribuito specifiche funzioni di controllo.

Sempre alla normativa secondaria si devono poi ricondurre le molte funzioni aziendali presenti in alcuni tipi di società - tra cui banche ed intermediari finanziari - con compiti di sorveglianza, quali il *risk manager*, il responsabile della funzione *compliance*, e, ancora, il responsabile sul controllo antiriciclaggio, inserite a partire dagli anni 2000.

L'impressione che restituisce questo spaccato, composto da una evidente molteplicità di interventi normativi, frazionati, parziali, così concentrati in un arco temporale relativamente breve e cadenzati a ritmo quasi frenetico, sembra essere quella di una ricerca quasi spasmodica di sicurezza, di fronte al fenomeno delle crisi societarie e ai suoi eminenti effetti sul pubblico<sup>9</sup>. È come se ogni crack, ogni scandalo, gettasse luce su di un nuovo vuoto normativo, un problema dell'organizzazione, che si scopre ogni

---

<sup>9</sup> Si è parlato al proposito di «*control explosion*». La fortunata espressione, poi ripresa da diversi studiosi in tempi successivi, è stata coniata dall'economista Michael Power, in due delle sue più celebri opere, in cui, partendo dalla analisi dell'ordinamento inglese, l'autore ha sviluppato una lettura di ampio respiro, tesa a fotografare la più estesa realtà dei sistemi occidentali e ad individuare l'«esplosione dei controlli» come un fenomeno teso alla rassicurazione del pubblico, che osserva in chiave non solo economica, ma anche politica e sociale. Il riferimento, in particolare, è contenuto nelle pubblicazioni M. POWER, *The Audit Explosion*, Demos, Londra, 1994 e ID., *The Audit Society. Rituals of Verification*, ovvero *La società dei controlli. Rituali di verifica*, ed. italiana a cura di F. PANOZZO, ED. COMUNITÀ, Torino, 2002.

volta incapace di decodificare le situazioni di pericolo e di prevedere, o quantomeno di evitare, la commissione di illeciti da parte del *management* e la produzione di danni ai beni coinvolti nell'attività di impresa.

Ebbene, questa risposta immunitaria ai disastri finanziari, nel sistema giuridico italiano, si è poi accompagnata ad un ulteriore tipo di intervento di enorme importanza, consistente nel diretto coinvolgimento del diritto penale. La straordinaria portata dei danni cagionati dagli scandali societari, la gravità delle perdite subite da una congerie molto ampia e variegata di soggetti, tutti coinvolti, a diverso titolo, nell'esercizio dell'attività economica, ha veicolato una percezione sociale fortemente allarmistica delle pratiche imprenditoriali sviluppate da società e banche<sup>10</sup>; se da un lato esse hanno cominciato ad essere avvertite come fonte di pericolo da arginare in via preventiva, dall'altro lato il fallimento di questa prevenzione è stato seguito da forti rivendicazioni punitive, da parte della pleora di danneggiati dalle grandi crisi aziendali. Dunque, come spesso accade nel nostro ordinamento, l'enfasi ha finito per ricadere sullo strumento penale, «*arma semperverde*»<sup>11</sup>, capace di tranquillizzare l'opinione pubblica.

È così, allora, che alla menzionata moltiplicazione dei controlli, come si è accennato, incardinata sul dato normativo, si è accompagnata una contestuale opera di estensione della responsabilità penale dei controllori, di matrice, questa, giurisprudenziale. In corrispondenza ai primi rilevanti crack societari, sul finire del secolo scorso, i giudici italiani, assecondando le richieste di giustizia del pubblico, hanno cominciato a riconoscere una forma di responsabilità per omissione in capo ad amministratori non delegati e membri del collegio sindacale, considerati i necessari garanti della correttezza amministrativa. Tale concezione ha poi coinvolto progressivamente le nuove figure di controllo, via via che venivano introdotte nell'ordinamento. I soggetti adibiti a funzioni di supervisione, sorveglianza, monitoraggio sull'attività di impresa hanno dunque iniziato ad essere perseguiti, assieme ai dirigenti, non solo nelle ipotesi in cui avessero concorso con questi a cagionare attivamente il fatto di reato, ma altresì nei casi di inerzia, qualora non avessero correttamente vigilato sugli operativi e non avessero evitato la commissione dell'illecito, secondo il disposto di cui all'art. 40, cpv., c.p. contestato in genere in combinato con l'art. 110 c.p.

---

<sup>10</sup> Autorevoli studi hanno parlato del sorgere di un vero e proprio «allarme sociale» verso queste pratiche. C. PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, in *Comportamenti economici e legislazione penale. Atti del Convegno AREL del 17 marzo 1978*, C. PEDRAZZI (a cura di), Giuffrè, Milano, 1979, 2. Di contraria opinione, invece, G. PECORELLA, *Societas delinquere non potest*, in *Riv. giur. lav.*, 4, 1977, 367.

<sup>11</sup> F. CENTONZE, *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi. I limiti dell'intervento penalistico e le indicazioni del sistema statunitense*, in *Scritti per Federico Stella, Jovene*, Napoli, 2007, 984.

Senonché, un approccio dalla parvenza sì muscolare, in un settore estremamente complesso e delicato, quale quello del controllo societario, solleva una serie di perplessità cogenti e di dubbi, che non possono che spingere l'osservatore ad interrogarsi sulla reale opportunità di continuare a ricorrere allo strumento afflittivo per antonomasia. La moltiplicazione dei centri di controllo all'interno delle organizzazioni societarie, opera dei progressivi interventi di riforma, ha mutato e continua tuttora a mutare la fisionomia delle società per azioni, specie per quanto riguarda quelle sottoposte a vigilanza speciale, come le banche. Le procedure decisionali vengono frammentate tra diversi organi e la attività di monitoraggio sull'operato delle varie aree di gestione dell'impresa finisce per passare sovente attraverso una pluralità di attori; l'acquisizione di informazioni da parte dei soggetti adibiti a controlli «di vertice», come gli amministratori deleganti, si riduce, in talune realtà societarie, ad un processo di mera ricezione di dati raccolti da altri organismi, la cui comunicazione è poi affidata al meccanismo dei c.d. flussi informativi. Tutto ciò, inevitabilmente, incide su due aspetti fondamentali: non solo, sulla possibilità per il singolo di avere piena contezza di ciò che avviene all'interno dell'organizzazione, ma anche sulla sua capacità di intervenire efficacemente in caso di irregolarità. Sicché, la possibilità di chiamare un determinato individuo a rispondere del reato commesso dagli organi esecutivi nell'esercizio dell'attività di impresa, per omesso impedimento, incontra evidenti ostacoli, tanto sul piano della ricostruzione dell'elemento soggettivo di fattispecie, quanto anche per la individuazione della condotta omissiva penalmente rilevante.

Ad ormai due lustri dalla pubblicazione delle opere di Francesco Centonze e Attilio Nisco<sup>12</sup>, tra le più complete e rilevanti nello studio della materia, i problemi relativi alla configurazione di responsabilità per omesso impedimento di reato e la sua declinazione nella specialissima realtà delle società per azioni continuano a rappresentare temi di straordinaria attualità, che mostrano profili di particolare complessità, acuita rispetto al passato, a fronte della più recente evoluzione degli organigrammi societari e del sorgere di nuove figure di controllo.

La presente ricerca si propone di indagare queste diverse tematiche, sino a verificare scientemente l'intima convinzione che la repressione delle dinamiche connesse al controllo societario, come oggi applicata dalla giurisprudenza, in cui i soggetti adibiti a funzioni di vigilanza sono visti come responsabili di tutto ciò che avviene all'interno dell'ente, non risulta effettivamente coerente con le peculiarità che connotano l'estesa e complessa dimensione societaria dei nostri tempi, ma piuttosto si rivela legata ad una concezione anacronistica, appartenente ad un passato molto remoto, in cui le realtà di impresa erano ancora strutture embrionali, di piccole dimensioni, e le organizzazioni societarie sorprendentemente semplici.

---

<sup>12</sup> Ci si riferisce, chiaramente, a: F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Giuffrè, Milano, 2009; A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bononia University Press, Bologna, 2009.

Lo studio si sviluppa attraverso tre macroaree, che corrispondono a tre distinte sezioni di indagine.

La prima intende ricostruire i vari passaggi che hanno portato alla progressiva affermazione di una responsabilità penale per omesso impedimento di reato nella struttura dei controlli societari. L'analisi procede attraverso la verifica delle applicazioni nella prassi giurisprudenziale e lo studio delle impostazioni proposte dalla dottrina, ed ambisce a delineare gli elementi della relativa fattispecie di concorso mediante omissione secondo le speciali modulazioni del diritto vivente.

La seconda sezione della ricerca è orientata ad analizzare, nello specifico, le principali posizioni di controllo endosocietario, a partire dalle figure «tradizionali», quali i membri del consiglio di amministrazione non esecutivi e i sindaci, sino all'inquadramento delle figure di più recente introduzione, come gli *internal auditors* e i responsabili delle funzioni aziendali. Lo scopo che ci si prefigge è quello di verificare se a tali posizioni di controllo corrispondano, in effetti, altrettante posizioni di garanzia, rilevanti ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p., e di valutare, altresì, come le stesse operino all'interno della struttura dell'ente. Questa indagine viene condotta adottando un approccio di tipo teorico ed empirico insieme: si cerca, infatti, di mettere a confronto la ricostruzione astratta degli elementi di fattispecie con quanto emerge dalla prassi giudiziaria, allo scopo di creare un parallelismo critico tra essere e dover essere della risposta penale.

Si apre, a questo punto, l'ultima sezione del lavoro. Sulla base dei risultati ottenuti nel corso dell'indagine condotta, si intende porre in evidenza i principali aspetti problematici che riguardano la individuazione della responsabilità dei controllori societari. Si sviluppa una riflessione tesa a far emergere le complicazioni più rilevanti che derivano dallo schema di imputazione adottato entro l'assetto societario.



# Capitolo I

## Omesso controllo e responsabilità penale

### Una ricostruzione storica tra impostazioni teoriche e prassi giurisprudenziale

SOMMARIO: 1. La responsabilità penale delle posizioni di controllo nell'organizzazione societaria tra tesi dottrinali e giurisprudenziali. Un percorso in quattro fasi; 2. I fase: La «scoperta giurisprudenziale»<sup>13</sup>. L'affermazione di responsabilità per omesso impedimento di reato di amministratori non esecutivi e sindaci nelle sentenze di fine Novecento; 2.1. Automatismi e schemi presuntivi nella ricostruzione del fatto tipico; 2.2. La ricostruzione dell'elemento soggettivo. Il caso del Banco Ambrosiano; 3. II fase: La serrata critica della dottrina. Decostruzione e ricostruzione dello schema di imputazione dell'omesso impedimento di reato nei controlli societari; 3.1. La posizione di garanzia dei soggetti adibiti al controllo. Il potere impeditivo; 3.1.1. La posizione degli amministratori non esecutivi; 3.1.2. I membri del collegio sindacale; 3.1.3. I «reati da impedire»; 3.2. L'accertamento del nesso di causalità; 3.3. L'elemento soggettivo; 4. III fase: la reazione della giurisprudenza. La responsabilità dei controllori societari nel *leading case* Bipop-Carire; 4.1. Il riconosciuto alleggerimento delle responsabilità degli amministratori deleganti nella riforma societaria; 4.2. La conoscenza dell'illecito e l'interpretazione dei segnali di allarme; 5. IV fase: lo stato dell'arte. La giurisprudenza successiva e l'aggiramento dei principi di Cassazione Bipop-Carire; 6. Brevi note conclusive.

#### 1. La responsabilità penale delle posizioni di controllo nell'organizzazione societaria tra tesi dottrinali e giurisprudenziali. Un percorso in quattro fasi.

È oggi assai frequente assistere all'inclusione nel procedimento penale, accanto agli *executive directors*, presunti autori delle condotte di reato realizzate nell'esercizio dell'attività d'impresa, di «tutta la rete» degli organi di controllo interno alla società<sup>14</sup>, cui si ascrive una responsabilità di tipo omissivo, per non aver correttamente vigilato sull'operato degli amministratori delegati e non aver impedito che essi ponessero in essere l'illecito.

Si tratta di una tendenza oramai fortemente radicata della magistratura italiana, che ha iniziato ad affermarsi verso la fine del secolo scorso, quando le figure del controllo societario cominciarono ad essere considerate i *necessari garanti* della correttezza

---

<sup>13</sup> La celebre espressione, fortemente evocativa, è stata utilizzata per la prima volta in F. STELLA-D. PULITANÒ, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, 553 e 557.

<sup>14</sup> F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Giuffrè, Milano, 2009, 121. L'Autore fa notare come, nel nostro Paese, a differenza di altri ordinamenti giuridici, come quello Inglese e Nordamericano, all'introduzione di nuove figure di controllo nel sistema dell'impresa sia corrisposto il contestuale riconoscimento per le stesse di nuove forme di responsabilità di tipo penale.

amministrativa dell'impresa, responsabili, come tali, delle eventuali irregolarità commesse nel suo esercizio.

A cavallo tra il 1980 e il 1990, la Autorità giudiziaria ha attribuito importanza progressivamente crescente ai soggetti adibiti a funzioni di vigilanza interna per l'omesso impedimento dei reati commessi dagli organi esecutivi, coinvolgendoli nel procedimento penale fin dalle prime fasi delle indagini preliminari. A fronte di esigenze pratiche di repressione, messe in luce dalle crisi di grandi complessi societari e banche, e dinnanzi all'avvertita necessità di garantire una tutela rafforzata dei beni giuridici implicati nell'attività imprenditoriale, i giudici, di merito come di legittimità, giungevano quindi a riconoscere una corresponsabilità estremamente lata di questi controllori, tanto che taluno ha persino parlato di una vera e propria «esplosione» della relativa responsabilità in sede penale<sup>15</sup>.

Questa «responsabilizzazione» in un primo momento procedeva facendo leva su due categorie di reati, fallimentari<sup>16</sup> e societari, entrambe caratterizzate da estese potenzialità di impiego nell'ambito della criminalità di impresa<sup>17</sup> ed entrambe connotate dalla possibilità astratta di ascrivere le relative condotte ad un nutrito novero di posizioni, legate a vario titolo a compiti di gestione e di esercizio della attività d'impresa<sup>18</sup>. Le fattispecie anzidette iniziavano dunque a dar prova della propria duttilità e ad essere conseguentemente utilizzate dai magistrati al fine di coinvolgere nel procedimento penale

---

<sup>15</sup> F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Giuffrè, Milano, 2009, 117 e 259.

<sup>16</sup> G. FLORA, *Verso una «nuova stagione» del diritto penale fallimentare?* in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2012, 4, 900. Sul punto: C. PEDRAZZI-F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, Zanichelli, Bologna, 1995, 276 e ss.; G. CERQUETTI, *Profili del dolo nei reati fallimentari e nei reati tributari*, in *Temi di diritto penale dell'economia e dell'ambiente*, M. CATENACCI-G. MARCONI (a cura di), Giappichelli, Torino, 2009, 35 e ss. In senso particolarmente critico: A. ALESSANDRI, *Profili penali delle procedure concorsuali. Uno sguardo d'insieme*, Giuffrè, Milano, 2016, 39. A. ALESSANDRI, *Corporate governance nelle società quotate e nuovi reati societari*, in *Le nuove funzioni degli organi societari: verso la Corporate Governance?* Atti del Convegno, Courmayeur, 28 e 29 settembre 2001, Giuffrè, 2002, 129 e ss., ora pubblicato in *Giur. comm.*, 2002, 5, 521; G. ROSSI, *Il mito della Corporate Governance*, in *Le nuove funzioni degli organi societari: verso la Corporate Governance*, cit., 13 e ss.

<sup>17</sup> Una parte della dottrina ha parlato di improvvisa «scoperta» delle potenzialità operative insite in tali reati, proprio a fronte del progressivo incremento nella contestazione delle rispettive fattispecie, registrata a partire dagli anni '90. L'espressione è di G. M. FLICK, *Problemi e prospettive del diritto penale dell'impresa all'alba del nuovo secolo: il nodo dei beni protetti*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, Tomo II, 1312.

<sup>18</sup> Con riferimento alle connotazioni e alla individuazione dell'ambito di applicazione dei reati societari, come disciplinati dalla normativa al tempo in vigore: N. MAZZACUVA, *I reati societari*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, A. DI AMATO (diretto da), Vol. II, Cedam, Padova. Per i riferimenti alla disciplina più recente: AA.VV., *Accertamento delle responsabilità individuali e processo alla persona giuridica*, in *Diritto penale delle società*, G. CANZIO- L. D. CERQUA-L. LUPARIA (a cura di), Cedam, Milano, 2016, Sez. II, Parte I-IV.

anche i componenti non operativi del consiglio di amministrazione<sup>19</sup>, così come i membri del collegio sindacale<sup>20</sup>, imputandovi una responsabilità per omissione. Ad essi si aggiungevano, in un secondo momento, anche i reati tributari<sup>21</sup>. Non si dovette attendere poi molto perché il paradigma omissivo si estendesse ben oltre il settore della criminalità di impresa strettamente inteso e trovasse applicazione per una serie ben più ampia di illeciti penali, laddove questi risultassero commessi nell'attività economica organizzata.

L'ascrizione dei reati veniva incardinata sulla norma di cui all'art. 40 cpv. c.p., applicata nella forma del reato commissivo mediante omissione monosoggettivo<sup>22</sup>, ovvero in combinato disposto con l'art. 110 c.p., secondo il paradigma del concorso di persone nel reato attraverso condotta omissiva. Quest'ultimo modello<sup>23</sup> veniva mutuato

---

<sup>19</sup> Si vedano, tra le pronunzie più rilevanti sul tema: Cass. Pen. Sez. V, 22 aprile 1998, De Benedetti, in *Cass. Pen.*, 1999, 278, su cui ci si soffermerà *infra*, § 2.2; Cass. Pen. Sez. V, 26 giugno 1990, Bordoni, in *Cass. Pen.*, 1991, 828, con nota di C. Carreri, che si analizzerà nel prosieguo. Per quanto attiene alle pronunce di merito, si richiamano: Corte d'Appello di Milano, 10 giugno 1998, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, 572, con nota di D. Proverbio; Trib. Milano, 16 aprile 1992, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, 1477.

<sup>20</sup> *E plurimis*: Cass. Pen. Sez. V, 22 aprile 1998, De Benedetti, in *Cass. Pen.*, 1999, 278, richiamata alla nota precedente; Cass. Pen. Sez. Fer. 31 agosto 1993, in *Cass. Pen.*, 1994, 716; Cass. Pen. Sez. V, 21 novembre 1989, Piras, in *Cass. Pen.*, 1991, 2046; Cass. Pen. Sez. V, 28 febbraio 1991, Cultrera, in *Cass. Pen.*, 1991, 1849, sulla quale ci si soffermerà più ampiamente *infra*. Per la giurisprudenza di merito: Corte d'Appello di Milano, 13 giugno 1990, in *Cass. Pen.*, 1991, 2059; Trib. Milano, 16 aprile 1992, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 1995, 1477; Trib. Milano, 16 aprile 1994, in *L'indice penale*, 1995, 107; Trib. Milano, 28 novembre 1987, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1989, 2, 622, con nota di M. Zanotti e E. Righini e in *Giur. comm.*, 2, 1989, 769, con nota di P. Anceschi; Gip. Trib. Torino, 13 luglio 1993, in *Soc. e dir.*, 1994, 613.

<sup>21</sup> A partire dalle prime osservazioni di F. TAGLIARINI, *Aspetti problematici degli illeciti di amministratori e sindaci di società commerciali commessi a fine di frode fiscale*, in *Il diritto penale delle società commerciali*, P. NUVOLONE (a cura di), *cit.*, 279 e ss., in cui lo stesso valutava la possibilità di chiamare sindaci e amministratori a rispondere di reati di «frode fiscale» commessi dal *management* societario.

Sulla responsabilità concorsuale degli organi di controllo, nello specifico dei sindaci, nel vigore della disciplina previgente, di cui al d.l. 429/1982, si vedano le brillanti osservazioni di T. PADOVANI, *I soggetti responsabili per i reati tributari commessi nell'esercizio dell'impresa*, in *Riv. it. dir e proc. pen.*, 1985, 368 e ss.

<sup>22</sup> Si tratta di quella forma di responsabilità omissiva definita da alcuna parte della dottrina penalistica quale *tertium genus*, accanto alle posizioni classiche di protezione e di controllo. Si rinvia alle tesi dottrinali riportate in: M. ROMANO-G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, *cit.*, 2005, 178, e alla relativa bibliografia. *Contra* G. FIANDACA, *Omissione (diritto penale)*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Vol. VI, Utet, Torino, 1994, 214 e ss; ID., *Il reato commissivo mediante omissione*, Giuffrè, Milano, 1979, *passim*; ID., *Reati omissivi e responsabilità penale per omissione*, in *Il Foro Italiano*, 1983, 2, 27 e ss. In senso contrario, di recente: T. VITARELLI, *Delega di funzioni e responsabilità penale*, Giuffrè, Milano, 2006, 337 e ss.

<sup>23</sup> Si è invero sviluppato un cogente dibattito in merito alla stessa ammissibilità dello schema del concorso mediante omissione nel reato commissivo. L'orientamento maggiormente garantista addiveniva ad una sorta di *interpretatio abrogans* della categoria, sostenendo che non poteva considerarsi possibile l'applicazione cumulativa e contemporanea (*rectius*, l'*interferenza*) delle clausole generali di cui agli

dai precedenti giurisprudenziali formatisi con riferimento al soggetto «*prestanome*»<sup>24</sup>, per addebitare a costui - quale amministratore di diritto - il delitto o la contravvenzione posta

articoli 40 cpv. c.p. e 110 c.p. La stessa poteva ritenersi compatibile con il principio di legalità solo dove si fosse risolta in una applicazione distinta e successiva delle due norme. Si affermava, di poi, che, posto che l'ambito di operatività dell'art. 40 cpv. c.p. non deve comunque mai variare, a seconda che venga in considerazione un reato monosoggettivo ovvero plurisoggettivo, la punibilità dell'omesso impedimento dell'evento doveva desumersi sempre ed esclusivamente dalla diretta applicazione dell'art. 40 cpv. c.p. Di tal ché, dalla stessa norma dovevano ricavarsi anche i conseguenti limiti applicativi, indipendentemente dal connubio con l'art. 110 c.p., per cui l'omesso impedimento dell'azione illecita altrui rilevava esclusivamente nel caso in cui il soggetto fosse risultato titolare di un effettivo potere di controllo sull'agente e solo per le fattispecie causalmente orientate, dovendosi intendere il termine «*evento non impedito*» di cui al secondo comma dell'art. 40 c.p. in senso rigorosamente naturalistico (così: L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Giuffrè, Milano, 2001, 377 e ss., specialmente 454 e ss.; ID. *La partecipazione mediante omissione a reato commissivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 1267. In senso analogo già G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Giuffrè, Milano, 1979. Più di recente la tesi è stata ripresa da T. VITARELLI, *Profili penali della delega di funzioni. L'organizzazione aziendale nei settori della sicurezza del lavoro, dell'ambiente e degli obblighi tributari*, Giuffrè, Milano, 2008, 117 e ss.).

Un secondo orientamento dottrinale, a confutazione delle tesi affermate dalla concezione maggiormente garantista, sosteneva che non fosse possibile negare l'esistenza del concorso per omissione e precisava la necessità di distinguere due differenti ipotesi. Partendo dalla analisi delle singole posizioni di garanzia, si doveva valutare se l'obbligo di garanzia fosse rivolto ad impedire, non già le altrui condotte, ma i soli eventi lesivi a carico di determinati beni: in tal caso il garante sarebbe stato responsabile di una omissione impropria monosoggettiva, con la conseguente reviviscenza dei limiti strutturali di cui al solo art. 40 cpv. c.p. All'opposto, laddove l'omesso impedimento punibile attenesse ad un complesso fatto di reato altrui, l'inerte sarebbe stato chiamato a rispondere di reato in concorso con l'autore effettivo, rimanendo soggetto alla disciplina delle norme di cui agli artt. 110 e ss. c.p. (L. BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza Italiane, cit.*, 1375 e ss.).

Altra parte della dottrina riteneva invece che l'istituto del concorso omissivo fosse configurabile solo in casi eccezionali. Soltanto, infatti, nell'ipotesi di mancato impedimento di un reato causale puro di evento, consistente, quest'ultimo, nella offesa di beni di rango elevato, quali la vita e l'incolumità fisica, meritevoli di tutela rafforzata (in questi termini: G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2019, 509 e ss. sul concorso, 629-630 puntualmente sulla configurazione del concorso omissivo).

Infine, un ultimo orientamento si era espresso nel senso per cui l'unica norma da applicare in ipotesi di partecipazione *negativa* a reato sarebbe stato l'art. 11 c.p., che contiene già in sé l'intera disciplina dell'istituto (I. CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova, 2005, 619 e ss.).

Per gli studi più recenti sul tema, si rinvia ai lavori di: L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Giappichelli, Torino, 2004; A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bononia University Press, Bologna, 2009.

<sup>24</sup> Od «*amministratore testa di legno*». *Ex multis*, si vedano: Cass. Pen. Sez. V, 6 maggio 1983, in *Giur. Pen.*, 2, 1984, 110; Cass. Pen. Sez. V, 28 giugno 1993, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 1995, 262; Cass. Pen. Sez. V, 20 ottobre 1994, in *Cass. Pen.*, 1996, 1976; Cass. Pen. Sez. V, 23 giugno 1999, in *Cass. Pen.*, 2000, 1784. Si veda in dottrina: F. CONSULICH, *Poteri di fatto ed obblighi di diritto nella distribuzione*

in essere dall'amministratore di fatto. Esso aveva sollevato fin dal principio molteplici perplessità nella dottrina; sono diversi gli autori che, da sempre, evidenziano come il relativo schema di imputazione presenti una genericità pressoché incontrollabile, rivelandosi incapace di soddisfare i principi costituzionali di determinatezza e tassatività<sup>25</sup>. La clausola generale di cui al capoverso dell'art. 40 c.p., già definita da autorevoli studiosi una «*clausola in bianco*»<sup>26</sup>, malleabile ad essere estesa ovvero ristretta, a seconda delle esigenze di politica criminale del momento, viene infatti qui a combinarsi con un'altra clausola generale<sup>27</sup>, l'art. 110 c.p.<sup>28</sup>, determinando una dilatazione della fattispecie potenzialmente esorbitante, giacché priva di una sua precipua tipicità. Da un lato, in questo connubio la categoria del concorso di persone perde la sua materialità eziologica, poiché legata ad una condotta di *non facere*, e finisce per estendersi a qualsivoglia contributo, pur privo di effettiva rilevanza causale. Dall'altro lato, la clausola di equivalenza di cui all'art. 40 cpv. c.p. diviene evanescente, giacché, non essendo più circoscritta ai soli illeciti di evento<sup>29</sup>, finisce per legarsi ad ogni situazione in cui risulti commesso un qualsivoglia reato.

Ebbene, come si diceva, proprio questa mancanza di una specifica descrizione normativa di fattispecie ha consentito all'Autorità giudiziaria di dilatare progressivamente la sfera di responsabilità penale dei soggetti individuati quali garanti

---

delle responsabilità penali societarie, in *Soc.*, 2012, 5, 553; G. FALOTICO, *In tema di responsabilità del prestanome per concorso nel reato mediante omissione*, in *Cass. Pen.* 2010, 12, 4347.

<sup>25</sup> Si veda sul tema, ampiamente, il lavoro di L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Giuffrè, Milano, 2001. Sulla progressiva estensione giurisprudenziale della figura del concorso omissivo attraverso un procedimento di analogia in *malam partem*: T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, in *Ind. pen.*, 1999, 535; G. CONTENUTO, *Interpretazione estensiva e analogia*, in *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, A. M. STILE (a cura di), Jovene, Napoli, 1991, 3 e ss.

<sup>26</sup> Cfr. G. FIANDACA, *Reati omissivi e responsabilità penale per omissione*, in *Arch. pen.*, 1983, 1, 25. Citato nello stesso senso da N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, *op. cit.*, 17 e M. PELISSERO, *Il concorso doloso mediante omissione: tracce di responsabilità di posizione*, in *Giur. It.*, 2010, 4, 978.

<sup>27</sup> Definita clausola generale «*di sistema*», vale a dire di parte generale del diritto penale, da F. CONSULICH, *Poteri di fatto ed obblighi di diritto nella distribuzione delle responsabilità penali societarie*, *cit.*, 558, n. 3.

<sup>28</sup> Definito quale «*formidabile moltiplicatore di tipicità*», giacché, non essendo legato ad alcun criterio legale di tipizzazione, è di per sé in grado di configurare qualsivoglia contributo alla realizzazione di un reato come penalmente rilevante. Così: L. BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza Italiane*, in, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, 1376.

Sul tema si rinvia, per tutti, a: G. VASSALLI, *Sul concorso di persone nel reato*, in *La riforma della parte generale del codice penale*, A. M. STILE (a cura di), Jovene, Napoli, 2003, 345.

<sup>29</sup> Si vedano le critiche di: L. BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza Italiane*, *cit.* e L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, *cit.*

all'interno della realtà societaria, coinvolti per l'omesso impedimento del reato degli operativi. È stato così possibile procedere alla incriminazione e poi alla condanna di una moltitudine di soggetti, «rei» di essere rimasti inerti, o semplicemente silenti, ovvero financo soltanto assenti dai propri uffici, dove altri, dotati dei poteri esecutivi, ponevano in essere la condotta illecita. Gli elementi su cui si è fatto leva per questa operazione di estensione di responsabilità sono rappresentati principalmente dalla tipicità oggettiva e dall'elemento soggettivo della fattispecie concorsuale.

Con riferimento alle tematiche anzidette, relative alla declinazione del paradigma omissivo nel complesso settore del controllo societario e alla esatta individuazione della condotta penalmente rilevante nel caso concreto, è sorto uno dei dibattiti più accesi nella storia del diritto penale, in cui dottrina e giurisprudenza hanno sviluppato concezioni e orientamenti tra loro pressoché antitetici<sup>30</sup>. Su questi argomenti si concentrerà l'analisi del presente capitolo. Ripercorrendo le principali tappe storiche di questo serrato dibattito tra elaborazione teorica e prassi giurisprudenziale, nelle pagine che seguono si cercherà di ricostruire il volto attuale della responsabilità omissiva connessa al controllo societario. Si tratta, più precisamente, di un processo, che, proprio focalizzando l'attenzione su queste discrasie, riteniamo di poter suddividere in quattro distinte fasi.

La prima fase che si individua concerne, per l'appunto, la nascita dell'orientamento giurisprudenziale che ha posto le basi per il riconoscimento di questa responsabilità per omissione, e che si è sviluppato in un *climax* ascendente di rigidità punitiva, fino a raggiungere il culmine nella vicenda processuale che ha coinvolto l'intera *governance* del Banco Ambrosiano, verso la fine degli anni '90. Si apre poi una seconda fase, che vede la dottrina penalistica reagire al neonato orientamento giuridico con critiche cogenti. Qui, nell'ambito di un'ampia operazione di confutazione degli enunciati elaborati dalla giurisprudenza, gli studi dottrinali dei primi anni 2000 hanno sviluppato alcune teorie «ricostruttive», affiancando alla *pars destruens* della critica una *pars costruens*. I diversi autori hanno dunque tentato di individuare uno schema di imputazione della responsabilità dei controllori, orientato al rispetto dei principi costituzionali, attraverso un'operazione di particolare pregio. E tali rilievi, a ben osservare, pare siano stati in parte accolti dalla stessa giurisprudenza, alcuni anni più tardi, con la sentenza Bipop-Carire del 2007. All'interno di un clima giuridico in parte mutato, complice anche la riforma del diritto societario, di cui al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, la V Sezione della Corte di

---

<sup>30</sup> Si è autorevolmente constatato come, sulla costruzione della responsabilità omissiva dei «controllori» societari, per i fatti di reato commessi nella gestione d'impresa, si sia registrata una delle più profonde discrasie tra elaborazione dottrinale e prassi applicativa nel diritto penale. M. ROMANO-G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, Giuffrè, Milano, 2005, 178 e ss.

In maniera particolarmente incisiva autorevole dottrina, già sul finire degli anni '90, ha indicato il tema in oggetto come emblematico di una «*progressiva allarmante frattura*» nel rapporto tra studi dottrinali e prassi applicativa. In questi termini: I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Giappichelli, Torino, 1999, 27 e ss.

Cassazione sembra aver condisceso ad alcune delle notazioni espresse dalla letteratura penalistica, e ha definito criteri specifici e precisi per la ricostruzione in processo dell'elemento soggettivo della fattispecie concorsuale omissiva. Questo *revirement* rispetto all'orientamento precedente ha rappresentato, riteniamo, la terza fase del delineato percorso di sviluppo dello schema di responsabilità nel controllo societario. Segue, infine, la quarta ed ultima fase, quella dell'attualità. Si procede in questa parte dell'indagine ad analizzare le sentenze più recenti, allo scopo precipuo di verificare quanto e quale ossequio sia oggi in effetti prestato dalla magistratura ai principi espressi nella pronuncia Bipop-Carire del 2007, che, nelle rosee speranze della dottrina, avrebbe potuto rappresentare uno spartiacque rispetto alle tensioni punitive della giurisprudenza precedente.

## **2. I fase: la «scoperta giurisprudenziale»<sup>31</sup>. L'affermazione di responsabilità per omesso impedimento di reato di amministratori non esecutivi e sindaci nelle sentenze di fine Novecento.**

Come si è in parte accennato, tra gli anni '80 e '90, in accoglimento alle pressanti istanze di giustizia sollevate dall'opinione pubblica<sup>32</sup>, la giurisprudenza aveva iniziato a rivolgere sempre più convintamente la propria attenzione sui soggetti aventi compiti di supervisione e vigilanza sulla gestione societaria.

Dalle aule di Tribunale si procedeva a riconoscere, con particolare e fino ad allora inusitato rigore, forme di responsabilità di tipo omissivo nei confronti dei componenti del consiglio di amministrazione privi di dirette funzioni esecutive<sup>33</sup> e dei membri del

---

<sup>31</sup> F. STELLA-D. PULITANÒ, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, 553 e 557.

<sup>32</sup> Sul tema, limpide le osservazioni di: A. MELCHIONDA, *La responsabilità penale dei sindaci di società commerciali: problemi attuali e prospettive di soluzione*, in *L'Indice penale*, 2000, 48 e ss.

Per altro, una maggiore responsabilizzazione degli organi societari di controllo, che coinvolgesse direttamente il diritto penale si era affacciato già a partire dagli anni '50, veicolato dalla voce di autorevoli studiosi. A. CRESPI, *Reato plurisoggettivo e amministrazione pluripersonale della società per azioni*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1957, 518 e ss., ora in ID., *Studi di diritto penale societario*, III ed., Giuffrè, Milano, 2018, 75 e ss.; L. CONTI, *Diritto penale commerciale. I reati in materia di società*, Vol. I, Giappichelli, Torino, 1965, 80 e ss.; successivamente, G. MARINUCCI-M. ROMANO, *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in *Il diritto penale delle società commerciali*, P. NUVOLONE (a cura di) Giuffrè, Milano, 1971, 95 e ss.

<sup>33</sup> Come è stato evidenziato da autorevole dottrina, si finiva per omologare la posizione della maggior parte dei componenti del C.d.A., deleganti e delegati, considerati alla stessa stregua, senza distinguere opportunamente tra i rispettivi poteri e doveri, tra loro invero assai differenti, con l'effetto di trasformare la mera inerzia dell'amministratore in una consapevole adesione ai programmi criminosi dell'*executive*. In questo senso, si rinvia ai brillanti ammonimenti di F. ANTOLISEI, espressi già a metà

collegio sindacale, considerati titolari di posizioni di *garanzia*<sup>34</sup> rispetto ai beni coinvolti nell'attività d'impresa.

I principali riferimenti normativi erano da subito individuati nell'art. 2392 c.c., per quanto riguarda la posizione degli amministratori, e negli artt. 2403 e 2407 c.c., per i sindaci. Per i primi, le indicazioni fondamentali erano contenute nei commi 1 e 2 della norma, che - nella formulazione *ante* riforma del 2003<sup>35</sup> - prevedevano per i componenti il C.d.A. una serie di doveri di controllo sull'operato degli esecutivi. Il capoverso dell'art. 2392 c.c. regolava poi una forma di responsabilità solidale cui erano chiamati a rispondere tutti i membri del consiglio, qualora non avessero vigilato sul «*generale andamento della gestione*», ovvero nel caso in cui, essendo a conoscenza di atti pregiudizievoli, non avessero fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose<sup>36</sup>.

L'art. 2403 c.c., nella sua versione originaria, prescriveva invece, in capo al collegio sindacale, un generale dovere di vigilanza e controllo sui principi di corretta amministrazione, sulla osservanza della legge e dell'atto costitutivo, sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo regolare funzionamento<sup>37</sup>. Le conseguenze, in ambito civile, per il caso di eventuale

---

del secolo scorso (*Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, Giuffrè, Milano, 1959, 281), e oggi contenuti nell'ultima edizione del testo, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, Vol. 1, 2018.

In senso analogo, più di recente: F. CENTONZE, *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi. I limiti dell'intervento penalistico e le indicazioni del sistema Statunitense*, in *Scritti per Federico Stella*, M. BERTOLINO-G. FORTI (a cura di), I, Jovene, Napoli, 2007, 985-986; ID., *Controlli societari e responsabilità penale*, op. cit., 130. Parla di una generica omologazione delle diverse posizioni come di un *trend* oramai consolidato, che si riscontra anche nelle più recenti pronunzie giurisprudenziali, anche I. MERENDA, in *Sulla responsabilità penale dell'amministratore senza delega. Alcune considerazioni dopo la riforma del diritto societario*, in *Cass. pen.*, 3, 2011, 1182.

<sup>34</sup> I sindaci, in particolare, cominciano ad essere considerati garanti della generale correttezza della gestione societaria. F. STELLA-D. PULITANÒ, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, 551; N. MAZZACUVA, *La responsabilità penale dei sindaci*, in *Le Società*, 1989, 379; N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità nelle società per azioni*, Giuffrè, Milano, 2003, *passim*.

<sup>35</sup> Sulla quale si rinvia a quanto si dirà *infra*, § 4.1. e Capitolo II.

<sup>36</sup> Prevedeva testualmente l'art. 2392 c.c., intitolato “*Responsabilità verso la società*”.

Gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo con la diligenza del mandatario, e sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri, a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di uno o più amministratori.

In ogni caso gli amministratori sono solidalmente responsabili se non hanno vigilato sul generale andamento della gestione o se, essendo a conoscenza di atti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose.

La responsabilità per gli atti o le omissioni degli amministratori non si estende a quello tra essi che, essendo immune da colpa, abbia fatto annotare senza ritardo il suo dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio, dandone immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale.

<sup>37</sup> Art. 2403 c.c., “*Doveri del collegio sindacale*”.

inosservanza, venivano regolate dal comma 2 dell'art. 2407 c.c., a tenore del quale i componenti del collegio erano chiamati a rispondere di responsabilità, in solido con gli amministratori, per i fatti e le omissioni di questi, quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica.

Secondo l'orientamento maggioritario che si andava allora diffondendo, gli obblighi di controllo e vigilanza ivi prescritti costituivano, in pratica, una «*presa di posizione difensiva*»<sup>38</sup> dell'ordinamento nei confronti dei beni giuridici coinvolti nell'attività di impresa. Amministratori e sindaci divenivano, sulla base di tale assunto, «*istanze di protezione*»<sup>39</sup>, non soltanto del patrimonio sociale, ma, come si vedrà meglio oltre, di tutti gli interessi implicati nella gestione imprenditoriale, facenti capo a soci e terzi. La funzione di tali figure, dunque, non comportava soltanto il divieto di porre in essere atti lesivi degli interessi loro affidati<sup>40</sup>, ma ne richiedeva altresì una tutela attiva, per cui gli stessi dovevano intervenire direttamente ad impedire il compimento di condotte pregiudizievoli di terzi<sup>41</sup>.

Sulla base di questi argomenti si suffragava la tesi relativa all'esistenza, per tali soggetti, di precipe posizioni di garanzia, rilevanti *ex art. 40 cpv. c.p.*, per cui essi potevano essere ritenuti penalmente responsabili, dove non avessero fatto quanto potevano per evitare il reato degli amministratori delegati<sup>42</sup>. Attraverso il ricorso alla

---

Il collegio sindacale deve controllare l'amministrazione della società, vigilare sull'osservanza della legge e dell'atto costitutivo ed accertare la regolare tenuta della contabilità sociale, la corrispondenza del bilancio e del conto profitti e perdite alle risultanze dei libri e delle scritture contabili e l'osservanza delle norme stabilite dall'art. 2425 per la valutazione del patrimonio sociale.

Il collegio sindacale deve altresì accertare almeno ogni trimestre la consistenza di cassa e l'esistenza dei valori e dei titoli di proprietà sociale o ricevuti dalla società in pegno, cauzione o custodia.

I sindaci possono in qualsiasi momento procedere, anche individualmente, ad atti d'ispezione e di controllo.

Il collegio sindacale può chiedere agli amministratori notizie sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari.

Degli accertamenti eseguiti deve farsi constare nel libro indicato nel n. 5) dell'art. 2421.

<sup>38</sup> Con particolare riferimento ai sindaci: F. VASSALLI, *Sindaci (collegio dei)* in *Enc. dir.*, Vol. XLII, Milano, 1990, 729; in genere sulle diverse posizioni di controllo societario: A. CRESPI, *Reato plurisoggettivo e amministrazione pluripersonale della società per azioni*, *op. cit.*, 542 e ss.

<sup>39</sup> G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Giuffrè, Milano, 1983, 340, con riferimento specifico agli amministratori; in senso analogo: C. PEDRAZZI, *I reati societari in regime di amministrazione collegiale*, in *Studi in onore di F. Antolisei*, Milano, 1965, 425; ID., *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. soc.*, 1962, 220.

<sup>40</sup> Secondo quanto già prescritto dalle norme di diritto penale societario e di diritto penale fallimentare.

<sup>41</sup> Limpide le osservazioni di G. GRASSO, *op. cit.*, 340.

<sup>42</sup> In questo senso si esprimeva anche la più autorevole dottrina penalistica. Si vedano, tra gli altri: P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure fallimentari*, Giuffrè, Milano, 1955, 401; C. PEDRAZZI, *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. soc.*, 1962, 287 e ss.; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, *op. cit.*, 1983, 357 e ss.; F. STELLA-D. PULITANÒ, *La responsabilità penale*

regola di equivalenza tra azione ed omissione, di cui al secondo comma della norma, letta in combinato disposto con gli articoli del codice civile, si legittimava, dunque, l'imputazione ai controllori societari dei reati posti in essere dagli operativi, seguendo il paradigma della responsabilità commissiva mediante omissione. È a partire dalle sentenze, in breve, che si introduce questa forma di responsabilità, tanto è vero che autorevole dottrina ha parlato di una vera e propria «scoperta giurisprudenziale»<sup>43</sup>.

Sul tema, del resto, è sempre rimasta aperta una grave lacuna normativa. Se è vero, infatti, che, a partire già dalla seconda metà del 1900, il legislatore è intervenuto nel settore dell'impresa, dando vita a quella che è stata poi definita una «pletorica»<sup>44</sup> di operazioni riformistiche della legge penale, con conseguente «disseminazione di reati in materia di società e di valori mobiliari»<sup>45</sup>, è altrettanto vero che nell'ambito del controllo interno non è mai stata introdotta alcuna specifica previsione, che, attraverso l'elaborazione di apposite fattispecie di reato, sanzionasse puntualmente con lo strumento afflittivo per eccellenza le condotte omissive<sup>46</sup>. Inalterato il dettato della norma scritta, è intervenuto il formante giurisprudenziale<sup>47</sup>, attraverso l'accennata opera di interpretazione del dettato codicistico.

Senonché, simile meccanismo di individuazione di responsabilità penale, in determinate circostanze ha condotto alla «traslazione di piani»<sup>48</sup> tra diritto civile e penale.

---

*dei sindaci di società per azioni, cit.*, 557 e ss.; E. MUSCO, *La società per azioni nella disciplina penalistica*, in COLOMBO-PORTALE (a cura di), *Trattato delle società per azioni*, Utet, Torino, 1994, Vol. IX, 472 e ss.; R. BRICCHETTI-R. TARGETTI, *Bancarotta e reati societari*, Milano, 1995, 10 e ss.

<sup>43</sup> F. STELLA-D. PULITANÒ, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni, op. cit.*

<sup>44</sup> A. ALESSANDRI, *I reati societari: prospettive di rafforzamento e di riformulazione della tutela penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, 2, 500.

<sup>45</sup> A. ALESSANDRI, *ibidem*, 500. In senso analogo: G. M. FLICK, *Problemi e prospettive del diritto penale dell'impresa all'alba del nuovo secolo: il nodo dei beni protetti*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, Tomo II, 1303 e ss.

<sup>46</sup> A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Nardini Editore, Firenze, 1985, 197, secondo cui starebbe proprio nella necessità di una regolazione *ad hoc* il nodo da sciogliere per risolvere molti dei problemi penalistici che pone la vita pratica delle organizzazioni pluripersonali.

<sup>47</sup> In questo senso, si veda l'opinione favorevole di L. D. CERQUA, *La responsabilità penale dei sindaci delle società per azioni*, in *Giur. mer.*, 9, 2003, 1925.

<sup>48</sup> N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Giuffrè, Milano, 2003, 265. Nello stesso senso, chiaro il monito di: G. IADECOLA, *Il problema del rapporto tra responsabilità civile e responsabilità penale degli amministratori e dei sindaci*, in *Giust. pen.*, 2, 1995, 236 e ss.; A. ALESSANDRI, *Impresa (responsabilità penali)*, in *Digesto delle discipline penalistiche, cit.*, 215 e ss.; ID., *Parte generale*, in C. PEDRAZZI-A. ALESSANDRI-L. FOFFANI-S. SEMINARA-G. SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte generale e reati fallimentari*, Monduzzi Editore, Bologna, 1999, 88 e ss.; G. FLORA, *Profili penali in materia di imposte dirette ed Iva*, Cedam, Padova, 1979, 157.

Sulla necessità di distinguere tra rapporto eziologico individuato dall'art. 2407, II comma, c.c., tra omessa vigilanza ed evento dannoso, e nesso causale di cui all'art. 40 cpv. c.p., su cui si fonda la penale

Il richiamo alle norme del dettato civilistico in sede penale ha portato, come si vedrà più oltre, ad un generico appiattimento dei due sistemi di responsabilità.

Nella grande maggioranza dei casi i preposti al controllo sono stati condannati per semplici ipotesi di omessa o non corretta vigilanza, facendo discendere dalla mera violazione dei doveri individuati dalle norme civili una automatica responsabilità di natura penale, mentre la ricostruzione dell'elemento soggettivo di fattispecie è stato interamente compressa entro schemi di pura presunzione.

## 2.1. Automatismi e schemi presuntivi nella ricostruzione del fatto tipico.

Nella individuazione del fatto tipico, con specifico riferimento agli amministratori non delegati, si ripeteva una struttura argomentativa fondata sulla esaltazione dell'obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione societaria, previsto per essi dal capoverso dell'art. 2392 c.c., nella sua formulazione originaria.

Questo veniva interpretato dalla giurisprudenza come «obbligo e principio di ordine pubblico», che la legge prevedeva in capo a tutti i componenti del C.d.A. e che non poteva essere derogato dalla volontà privata<sup>49</sup>. Si sosteneva a tal stregua che, in base alla predetta disposizione, tutti i consiglieri dovevano rispondere di responsabilità, più precisamente di responsabilità *in vigilando*, dove risultasse commessa una condotta illecita da parte degli esecutivi. Il fatto che vi fossero soggetti dotati di poteri operativi, a fronte di una delega, e soggetti invece privi di tali poteri in consiglio, non poteva valere come scriminante<sup>50</sup> per questi ultimi: la previsione dell'obbligo di cui al secondo comma permetteva di escludere qualsivoglia efficacia liberatoria della delega.

Quella del consiglio di amministrazione, si osservava, era da considerarsi «*in primo luogo una posizione di dovere di fronte alla società e ai terzi, essendo il consiglio organo permanente*». E si aggiungeva: «*è l'attività personale dei componenti in funzione esecutiva e preparatoria, desumibile dal comma 2 del 2392 c.c., che impone, anche nel caso in cui vi sia stata delega delle funzioni amministrative, ai consiglieri non delegati l'obbligo di vigilare sull'andamento della gestione della società*». Era vero, si precisava, che il secondo comma dell'art. 2392 c.c. riguardava la responsabilità civile degli

---

rilevanza dell'omissione del sindaco, si rinvia alle considerazioni di: I. CARACCIOLI, *La responsabilità del collegio sindacale nelle società fiduciarie*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1995, 175 e ss.

<sup>49</sup> Esplicitamente: Trib. Milano, 16 aprile 1992, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 1995, 1477; Corte d'Appello di Milano, 10 giugno 1996, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 1998, 571; Cass. Sez. V, 22 aprile 1998, in *Cass. Pen.*, 1999, 278.

<sup>50</sup> Sul punto: A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa. op. cit., passim*; A. CRESPI, *Reato plurisoggettivo e amministrazione pluripersonale, cit.*, 518; A. ROSSI-VANINI, *La responsabilità penale di amministratori e sindaci*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, F. GALGANO (diretto da) Vol. XIX, Cedam, Padova, 1994, 323. Nello stesso senso, successivamente: R. ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia. Reati societari e reati in materia di mercato finanziario*, Giuffrè, Milano, 2008, 38.

amministratori, ma era vero altrettanto che da esso si poteva desumere un principio di ordine generale, col quale veniva statuito l'obbligo giuridico per gli stessi soggetti di impedire la realizzazione di atti pregiudizievoli per la società, i soci, i creditori e i terzi<sup>51</sup>.

Chiaramente, assunti di tal fatta sfociavano in imputazioni particolarmente rigorose, poi avallate dai giudici, che si mostravano inclini a riscontrare con notevole facilità gli estremi della fattispecie di omesso impedimento nelle condotte degli amministratori che si fossero anche solo limitati a non vigilare correttamente sull'attività d'impresa.

Tutti questi aspetti sono riscontrabili nell'apparato motivazionale delle sentenze emesse nella celebre vicenda processuale che ha riguardato gruppo Sindona<sup>52</sup>.

Il caso, originato dalla dichiarazione dello stato di insolvenza, nell'ottobre del 1974, della Banca Popolare Italiana, B.P.I., in cui erano confluite Banca Privata Finanziaria e Banca Unione, parte del gruppo di società e istituti di credito facente capo a Michele Sindona, si concludeva con la condanna in primo grado, poi confermata nei successivi gradi di giudizio, per bancarotta distrattiva fraudolenta, oltre che dello stesso Sindona e dei soggetti esecutori materiali delle operazioni contestate, anche dei consiglieri non delegati, considerati con i primi «*conniventi*».

Nello specifico, la condotta omissiva di questi ultimi veniva individuata dal Tribunale di Milano e dalla Corte d'Appello con riferimenti tutti peculiari.

I giudici partivano da alcune considerazioni preliminari sulla individuazione della condotta penalmente rilevante, secondo lo schema del reato commissivo mediante omissione e procedevano poi ad indicare alcuni esempi riferiti al caso di specie.

*«In via esemplificativa - affermavano la Corte nella sentenza di secondo grado - l'attivazione poteva nella specie manifestarsi, oltre che con il dissenso (art. 2392 u.p. c.c.) in sede di deliberazione per l'approvazione o ratifica dei finanziamenti e dei depositi interbancari che celavano prestiti a terzi in valuta, anche accentuando la vigilanza, diffidando gli organi preposti e responsabili dal portare a termine gli atti irregolari, sensibilizzando il Consiglio di Amministrazione, sollecitando il Collegio sindacale al più approfondito controllo, portando a conoscenza dell'assemblea dei soci tali atti di gestione anomala, integranti la responsabilità degli amministratori, in sede di approvazione del bilancio, rendendo edotti l'organo di vigilanza e gli stessi ispettori in sede di verifica di controllo»<sup>53</sup>.*

Le Corti del merito individuavano la condotta doverosa omessa confondendo, dunque, a ben osservare, poteri di vigilanza con poteri di reazione degli amministratori, senza operare, come risulta evidente, alcun vaglio in termini di capacità impeditiva che gli stessi avrebbero potuto esercitare sull'altrui reato. Il riferimento testuale che fa il codice penale, all'art. 40 cpv., alla condotta di «*non impedire*» l'evento che si ha l'obbligo

---

<sup>51</sup> Cass. Pen. Sez. V, 26 giugno 1990, Bordononi, in *Cass. Pen.* 1991, 828, con nota di C. Carreri.

<sup>52</sup> In *Cass. Pen.* 1991, 828, con nota di C. Carreri.

<sup>53</sup> Corte d'Appello di Milano, 28 marzo 1989, inedita.

di impedire, vale a dire, qui, non impedire il reato degli esecutivi, veniva, insomma, totalmente sminuito. Ma non è tutto.

Come evidente dal passo citato, i giudici si sottraevano completamente dal ricostruire il rapporto eziologico tra l'omessa condotta ritenuta doverosa - che, come visto, non veniva identificata se non con generici richiami al complesso di poteri valutativi e operativi riconosciuti dal diritto civile ai componenti del C.d.A. - e la realizzazione del fatto di reato. Si limitavano soltanto a sostenere, attraverso una serie di considerazioni del tutto astratte e presuntive, che la spoliazione della Banca era avvenuta attraverso «*un prolungato e variegato sistema distrattivo, in esecuzione di un ben articolato disegno [degli esecutori materiali], che non avrebbe potuto realizzarsi se non vi fosse stato l'asservimento degli organi amministrativi e societari, i secondi con il silenzio e la colpevole inerzia*».

L'effetto che si produceva era quello di eludere del tutto i vincoli discendenti dalla clausola di equivalenza fissata dalla norma penale, dove si dispone che il non impedire l'evento reato «*equivale a cagionarlo*».

Le statuizioni dei giudici del merito venivano poi integralmente confermate dalla Corte di Cassazione<sup>54</sup>. «*Poiché dagli interessi tutelati dalla società affidati agli amministratori - affermavano i Giudici Ermellini - non possono essere esclusi quelli tutelati dalle norme penali societarie e fallimentari, se ne deve desumere che è correttamente configurabile il concorso ex art. 40 cpv. c.p. tutte le volte in cui l'amministratore di una società, violando l'obbligo di vigilanza e quello di attivarsi in presenza di atti pregiudizievoli, abbia consentito ad altri amministratori (o comunque a soggetti che di fatto abbiano compiuto atti di gestione) di perpetrare veri e propri delitti*».

Breve. La posizione di garanzia e la responsabilità omissiva dei garanti venivano fondate pressoché integralmente sul dato normativo extrapenale<sup>55</sup>. La configurabilità dei consiglieri non esecutivi quali garanti dei beni coinvolti nell'attività d'impresa e la ricostruzione della tipicità oggettiva della fattispecie omissiva venivano appiattite sulla previsione civilistica di cui all'art. 2392 c.c., nella parte in cui prescrive per gli amministratori un generico obbligo di tutela del regolare svolgimento dell'attività gestionale. In altre parole, la giurisprudenza richiamata non attribuiva alcun rilievo ai poteri *individuali* spettanti ai singoli membri del C.d.A. e alla loro eventuale capacità di incidere sull'*iter criminis* e di impedirne la realizzazione<sup>56</sup>. Peraltro, se l'indicazione della condotta doverosa omessa permaneva in un'alea di genericità ed indeterminatezza, quella relativa al nesso eziologico tra tale condotta e il reato non impedito risultava

---

<sup>54</sup> Cass. Pen. Sez. V, 26 giugno 1990, Bordoni, in *Cass. Pen.* 1991, 828, con nota di C. CARRERI.

<sup>55</sup> Tale modalità di ricostruzione della responsabilità penale comportava una automatica e generalizzata ascrizione degli illeciti a tutti i componenti dell'organo amministrativo, quale si riscontrava nei tribunali civili. F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, op. cit., 156.

<sup>56</sup> A. CRESPI, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 4, 1147.

completamente trascurata, lasciata a mere logiche presuntive, per cui il mancato esercizio in modo corretto dei diversi doveri (poco importa che fossero di vigilanza o di reazione) era di per sé sintomatico della rilevanza casuale dell'omissione<sup>57</sup>.

In altri casi, rinvenibili nella giurisprudenza di poco successiva, invece, l'elemento del nesso eziologico finiva per assumere una duplice connotazione, omissiva e commissiva allo stesso tempo. Attraverso considerazioni del tutto generiche, si osservava talora come l'atteggiamento «*positivamente connivente degli amministratori*»<sup>58</sup>, che si considerava ricavabile da una sistematica e reiterata violazione dei doveri di controllo, di vigilanza e di censura degli amministratori deleganti, rispetto alle condotte illecite dei delegati, risultasse collegato alla serie causale produttiva dell'evento, «*quale momento di rafforzamento della volontà*» dei soggetti esecutori. Di talché, l'inerzia prolungata diveniva una sorta di istigazione temperata. La soluzione adottata dall'organo giudicante era dunque una commistione tra concorso mediante omissione e concorso morale, nella forma minima del rafforzamento del proposito criminoso<sup>59</sup>.

Per quanto attiene alla responsabilità dei membri del collegio sindacale, la situazione non mutava di molto, se non per il fatto che, in questo caso, si procedeva ad una estensione forse ancora più ampia delle posizioni di garanzia. Come abbiamo accennato innanzi, il riferimento normativo principale era individuato dai giudici nell'art. 2403 c.c., da cui si faceva discendere un generale dovere dei sindaci di esercitare le rispettive funzioni di vigilanza e di controllo, che veniva letto in stretta connessione con l'art. 2407, comma 2, c.c. Dal combinato disposto delle due norme si ricavava l'obbligo per tali soggetti di attivarsi, nel caso in cui gli amministratori esecutivi ponessero in essere una condotta illecita, affinché da questa non si producessero effetti pregiudizievoli.

Da questa costruzione i giudici argomentavano l'esistenza di una posizione di garanzia penalmente rilevante, in capo ai membri del collegio sindacale, di ampissimo spettro, estesa a ricomprendere la tutela dei più diversi beni giuridici coinvolti nell'attività societaria.

Alcune pronunzie, a partire dalla previsione di cui all'art. 2403 c.c., che, come si è detto, imponeva al collegio un generale dovere di controllo sull'amministrazione e di vigilanza sull'osservanza della legge, ritenevano che esistesse un obbligo di garanzia, incombente su ciascun sindaco, nei confronti di *tutti* gli interessi in qualche modo

---

<sup>57</sup> Si vedano le osservazioni di F. CENTONZE, *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi*, cit., 1046.

<sup>58</sup> Trib. di Milano, 16 aprile 1992, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, 1477.

<sup>59</sup> Si vedano, in senso fortemente critico, i rilievi di G. INSOLERA, *Il concorso di persone nei reati fallimentari*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, 3, 816 e ss., specialmente a pagina 827. Particolarmente interessanti anche le riflessioni di N. SELVAGGI, *La tolleranza del vertice d'impresa. La responsabilità penale ai confini tra omissione e commissione*, Ed. Sc. It., Napoli, 2012, in cui l'A. parla di «*travestimenti commissivi*», 15.

implicati dalla gestione d'impresa<sup>60</sup>. Su questo presupposto si incardinava il riconoscimento di una responsabilità dei sindaci per omesso impedimento di qualsivoglia reato<sup>61</sup>, purché commesso *nell'esercizio* della attività imprenditoriale<sup>62</sup>. Una tesi siffatta non mancava peraltro di sollevare le critiche di una parte della dottrina<sup>63</sup>, che rilevava come gli obblighi di garanzia così ascritti in capo ai sindaci venissero ampliati in maniera esasperata<sup>64</sup>.

Per quanto attiene invece alla condotta del reato, questa era ricostruita attraverso uno schema argomentativo in ampia parte simile a quello utilizzato per condannare i consiglieri inerti per il reato degli operativi. La posizione di garanzia, anche in questi casi, era riscontrata dai giudici attraverso motivazioni talvolta tautologiche, tese, per lo più, a constatare l'esistenza di «obblighi di controllo», da cui si facevano discendere in via automatica altrettanti obblighi di impedimento del reato. «*I sindaci possono rispondere - si affermava - a titolo di concorso commissivo od omissivo, in quanto titolari di una funzione di controllo (artt. 2403, 2405, 2407 c.c.) e quindi quali soggetti obbligati all'impedimento del reato ai sensi dell'art. 40 comma 2 c.p.*»<sup>65</sup>.

Particolarmente significativa è la sentenza Cultrera<sup>66</sup>, pronunciata dalla V Sezione della Corte di Cassazione il 28 febbraio 1991, considerata il «*caposaldo*» dell'orientamento giurisprudenziale sul tema<sup>67</sup>, per la completezza della sua motivazione.

Il procedimento penale originava dal fallimento, peraltro oggetto di peculiare clamore mediatico, dell'Istituto Fiduciario Lombardo (I.F.L.) S.p.A. e della controllata I.F.L. Servizi S.p.A., dichiarato, rispettivamente, nel maggio e nel giugno del 1985, e riguardava il collocamento di un prodotto finanziario di natura mobiliare, l'Hotel Villaggio Santa Teresa, e le connesse responsabilità penali di amministratori e sindaci degli enti coinvolti per le irregolarità in esso riscontrate. In particolare, per quanto rileva

---

<sup>60</sup> Trib. di Milano, 28 novembre 1987, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1989, 2, 622, con nota di M. Zanotti e E. Righini e in *Giur. comm.*, 2, 1989, 769, con nota di P. Anceschi.

<sup>61</sup> Oltre alle classiche ipotesi dei reati societari, fallimentari e tributari, tipica espressione della criminalità di impresa, giacché volti alla tutela di interessi societari. M. PELISSERO, *Il concorso doloso mediante omissione: tracce di responsabilità di posizione*, cit., 983.

<sup>62</sup> Esemplificativa di questo orientamento: Cass. Pen. Sez. Fer., 31 agosto 1993, Minelli, in *Cass. Pen.* 1994, 716, in cui si afferma la responsabilità dei sindaci *ex art. 40 cpv. c.p.* per il reato di costruzione abusiva, qualora risulti che l'opera appartenga alla società per azioni. Si veda anche Trib. di Milano, 28 novembre 1987 in materia di truffa.

<sup>63</sup> In questi termini: A. MELCHIONDA, *La responsabilità penale dei sindaci di società commerciali: problemi attuali e prospettive di soluzione*, cit., 59; L. BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza Italiane*, cit., 1366; M. PELISSERO, *Il concorso doloso mediante omissione: tracce di responsabilità di posizione*, cit., 988.

<sup>64</sup> Con riferimento alle diverse posizioni adottate dalla dottrina penalistica sul punto, si rinvia a quanto verrà detto più ampiamente *infra*, § 1.2.

<sup>65</sup> Cass. Pen. Sez. V, 28 febbraio 1991, massima di redazione, in *Cass. Pen.*, 1991.

<sup>66</sup> Cass. Pen. Sez. V, 28 febbraio 1991, Cultrera, in *Cass. Pen.*, 1991, 1849.

<sup>67</sup> N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, op. cit., 4.

nella presente sede, si contestava ai membri del collegio sindacale delle due S.p.A. di aver concorso mediante omissione con gli amministratori nel delitto di valutazione esagerata di azioni conferite tra le società, di cui al disposto all'epoca vigente dell'art. 2629 c.c.<sup>68</sup>.

Nel riconoscere tale forma di corresponsabilità, confermando le sentenze dei gradi precedenti<sup>69</sup>, la Corte di Cassazione si era spesa in estese considerazioni sulla figura dei sindaci, che partivano dalla ricognizione dei relativi poteri di controllo. Segnatamente, i giudici di legittimità osservavano che, data la molteplicità e la ampiezza di tali poteri, i membri del collegio sindacale dovevano considerarsi rivestiti di una *generale* posizione di garanzia, estesa sulla pressoché totalità dell'attività di impresa.

Il controllo da cui tale posizione promanava doveva interessare, dunque, la gestione decisa dall'amministrazione, che doveva essere financo analizzata nel merito.

*«Come si evince dalla stessa formulazione dall'art. 2403 c.c. - precisava la Corte - il generale potere di controllo dei sindaci non si limita agli atti sociali espressamente considerati, ma si estende, ove non sia diversamente stabilito, ad ogni aspetto dell'attività sociale anche se non deve assumere un carattere così penetrante da investire ogni singola operazione societaria».* *«Un più preciso e cogente controllo - si proseguiva però poi a specificare - rimane doveroso, allorché siano emerse delle gravi irregolarità, o se ne prospetti la concreta probabilità».*

I giudici aggiungevano, di poi, che, a tenore di quanto ricavabile dal dato normativo, i sindaci dovevano estendere la propria vigilanza fino al contenuto delle operazioni decise dagli esecutivi. Costoro non potevano limitarsi, dunque, a riscontrare che le operazioni poste in essere dagli amministratori, e da questi comunicate, avessero formalmente rispettato le norme dell'ordinamento, ma dovevano procedere ben oltre, prendendo cognizione del concreto contenuto delle stesse. L'organo sindacale, si osservava, doveva procedere a riscontrare che quanto comunicato dagli amministratori sulle proprie scelte operative doveva corrispondere alla realtà effettiva<sup>70</sup>.

---

<sup>68</sup> La norma, nella sua formulazione originaria, disciplinava il reato di «Valutazione esagerata dei conferimenti e degli acquisti della società».

Come noto, l'art. 2629 c.c. è stato radicalmente modificato dal d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61, e disciplina, oggi, il delitto di «Operazioni in pregiudizio dei creditori». Si veda, sul punto: F. MUCCIARELLI, *La tutela penale del capitale sociale e delle riserve obbligatorie per legge*, in *Il nuovo diritto penale delle società. D.lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, A. ALESSANDRI (a cura di), Ipsoa, Milano, 2002, 329 e ss.

<sup>69</sup> Trib. Milano, 28 novembre 1987, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1989, 2, 622, con nota di M. ZANOTTI e E. RIGHINI e in *Giur. comm.*, 1989, 2, 769, con nota di P. ANCESCHI; Corte d'Appello di Milano, 13 giugno 1990, in *Cass. Pen.*, 1991, 2059, con nota di V. NAPOLEONI e in *Banca borsa e titoli di credito*, 1992, 2, 129, con nota di M. FREDDI e A. FREDDI.

<sup>70</sup> Nello stesso senso anche Cass. Pen. Sez. V, 22 aprile 1998, De Benedetti, in *Cass. Pen.*, 1999, 651, che osservava come l'art. 2403 c.c. distinguesse il controllo sulla amministrazione dalla vigilanza sull'osservanza formale delle norme, così abilitando i sindaci a chiedere notizie sull'andamento delle operazioni, a ricevere denunce da parte dei soci su fatti censurabili nell'esercizio dell'impresa, e obbligandoli a riferire nella relazione al bilancio sui concreti ed effettivi risultati dell'esercizio sociale. Il

Secondo la Corte, quest'opera di confronto necessario sarebbe emersa da una serie di norme. Tra esse, in primo luogo, si indicava il comma 1 dell'art. 2403 c.c., che distingue tra controllo sull'amministrazione e vigilanza sull'osservanza della legge e dell'atto costitutivo, ed il comma 4, che autorizza i sindaci a richiedere notizie sull'andamento delle operazioni sociali e su determinati affari. Alle menzionate disposizioni la Cassazione accostava poi la previsione di cui all'art. 2342, comma 2, c.c., a norma della quale i sindaci riferiscono, nella relazione al bilancio, sui risultati dell'esercizio sociale, e l'art. 2408 c.c., che attribuiva ai soci la facoltà di denunciare al collegio i fatti ritenuti censurabili. Infine, acquisiva rilievo, l'art. 2405, comma 1, c.c., che imponeva ai sindaci l'obbligo di intervenire alle riunioni del consiglio di amministrazione.

La «posizione di controllo e di garanzia» dei sindaci, che i giudici individuavano attraverso questa analisi dei rispettivi compiti e dei poteri, secondo quanto esposto in sentenza, imponeva loro, «in ogni caso», «l'obbligo giuridico di impedire che gli amministratori, nell'esercizio delle loro funzioni, compiano atti contrari alla legge o, addirittura, sanzionati dalla legge penale».

Breve. Dall'ampio assetto dei poteri di controllo attribuiti in capo ai sindaci, la Corte di Cassazione faceva discendere in via automatica una posizione di garanzia di ampia portata, da cui sarebbe disceso «in ogni caso», come specificato nella pronuncia, l'obbligo di impedire la commissione di atti illeciti. Omesso controllo e inerzia nell'attivazione dei poteri di intervento venivano a questa stregua posti sul medesimo piano, confondendo doveri e poteri di controllo con l'obbligo di garanzia penalmente rilevante<sup>71</sup>.

Non si compiva alcun vaglio, peraltro, in merito alla astratta capacità impeditiva dei poteri riconosciuti dall'ordinamento, così come alcuna valutazione veniva poi effettuata per verificare se l'eventuale attivazione di un determinato potere in concreto avrebbe potuto effettivamente evitare il realizzarsi dell'illecito<sup>72</sup>. Il mancato

---

predetto obbligo di vigilanza di sindaci e collegio non doveva dunque ritenersi circoscritto al mero contabile, ma doveva anche estendersi al *contenuto* della gestione (così specificamente: Massima redazionale in *Cass. Pen.*, 1999, 654).

<sup>71</sup> Nello stesso senso, chiare le affermazioni della nota sentenza Piras, in cui si discuteva di un fatto di bancarotta fraudolenta, e la Corte di Cassazione precisava che requisito essenziale per la configurabilità del concorso dei sindaci nella responsabilità degli amministratori è «l'omesso doloso esercizio dei doveri di controllo o comunque l'inerzia nell'adozione delle iniziative previste dalla legge per eliminare le irregolarità». *Cass. Pen. Sez. V*, 21 novembre 1989, Piras, in *Cass. Pen.*, 1991, 2046.

Per una analisi critica della sentenza: G. CHIARAVIGLIO, *Concorso del sindaco di società commerciali nel reato dell'amministratore e dolo eventuale*, in *Riv. dott. comm.*, 1992, 191.

<sup>72</sup> Estremamente critici sul punto: N. MAZZACUA, *La responsabilità penale dei sindaci*, in *Società*, 1989, 379, che parla di «criminalizzazione diffusa dei sindaci»; F. STELLA-D. PULITANÒ, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, *cit.*; F. GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, *cit.*, 609; M. LA ROSA, *Il "controllo" nelle società per azioni*:

adempimento dell'obbligo diveniva di per sé indicativo della rilevanza causale dell'omissione.

In sintesi. Sulla base delle osservazioni condotte, possiamo affermare che le sentenze, a partire dalle quali la giurisprudenza ha iniziato a riscontrare una responsabilità penale per omissione delle tradizionali figure di controllo societario, si connotano per un approccio di estremo rigore, a totale scapito delle categorie giuridiche del diritto penale.

Le relative posizioni di garanzia venivano desunte in modo pressoché acritico dalla mera sussistenza di semplici doveri di vigilanza interna e, nella stessa confusione, la conseguente imputazione ai soggetti garanti del reato altrui veniva fatta dipendere dalla semplice mancata attivazione dei controlli. Doveri di vigilanza e doveri di impedimento si sovrapponevano indistintamente e si evitava di compiere accertamenti precipui sull'esistenza concreta di un rapporto eziologico, la cui ricostruzione veniva legata interamente a ragionamenti di mera natura presuntiva.

## **2.2. La ricostruzione dell'elemento soggettivo. Il caso del Banco Ambrosiano.**

L'uso di schemi argomentativi fondati su postulati spesso arbitrari e presunzioni probatorie ha trovato terreno particolarmente fertile nella ricostruzione in processo dell'elemento soggettivo di fattispecie, specialmente in tutti i casi in cui si contestava il reato doloso.

Il primo passaggio era rappresentato dal fatto di individuare il dolo richiesto dalla fattispecie contestata nel caso concreto nella forma eventuale.

Del resto, è ben noto che questa tipologia di dolo, per le sue particolari connotazioni, per la intensità degli elementi rappresentativo e volitivo che lo compongono, più tenue rispetto alle altre ipotesi dolose, si è in effetti da sempre prestato a semplificazioni probatorie, particolarmente efficaci nel settore dell'impresa, dove non è sempre agevole individuare in maniera chiara l'atteggiamento psicologico del singolo che vi opera<sup>73</sup>. Sennonché, come si diceva, questo uso si è tramutato a stretto giro in una sorta di «abuso» del dolo eventuale, esacerbato nel particolare ambito dei controlli societari da interpretazioni a tal punto estensive da sminuire le sue stesse connotazioni e sconfinare in forme di responsabilità colposa<sup>74</sup>.

---

*profili penalistici*, in *Scritti di diritto penale dell'economia*, P. SIRACUSANO (a cura di), Giappichelli, Torino, 2007, 87 e ss.

<sup>73</sup> N. MAZZACUVA, *Problemi attuali di diritto penale societario*, op. cit., 104, in cui l'A. sottolinea come l'uso di tale istituto debba comunque sempre rispettare i requisiti della imputazione dolosa, essendo necessario conciliare, anche in tale ipotesi, i termini di rappresentazione e volontà dell'evento e rifuggire dalla tentazione di ricorrere a semplificazioni presuntive.

<sup>74</sup> Sul punto F. STELLA-D. PULITANÒ, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, cit., 568; A. ALESSANDRI, *Impresa (responsabilità penale)*, cit., 216; C. PEDRAZZI, *La disciplina penale delle società commerciali*, in *Dig. disc. pen.*, XIII, Utet, Torino, 1998, 348, che evidenziano come tale *modus operandi* venisse sfruttato nella prassi giudiziaria per evitare di lasciare impunito

Dalle prime pronunzie di fine Novecento veniva inaugurato un modulo prasseologico basato sull'utilizzo di schemi presuntivi che finivano per incidere sulla sostanza stessa del dolo, che si andava a ricostruire in giudizio.

L'analisi si fondava sul riconoscimento dell'esistenza, nel caso di specie, di c.d. *segnali d'allarme*, vale a dire indici di una situazione di irregolarità.

Questi indici, valutati *a posteriori* in sede processuale, venivano estremamente esaltati nella loro portata esplicativa e, attraverso una costruzione sillogistica tutta fondata su logiche di presunzione, si giungeva a riconoscere che il fatto stesso che il soggetto non aveva agito, di fronte a segnali sì evidenti, era di per sé prova che egli avesse conosciuto e persino voluto il fatto di reato (quantomeno nel senso di accettare il rischio che questo si verificasse).

In particolare, simile sistema di scorciatoie probatorie procedeva attraverso l'utilizzo di un secondo artificio. I giudici sostenevano che, stante la gravità della situazione manifesta nei predetti indicatori di allarme, i controllori «non potevano non essere consapevoli» degli illeciti che si stavano compiendo. In buona sostanza, il non essersi attivati di fronte ad indici rivelatori della *mala gestio* sarebbe stato di per sé idoneo a dimostrare una forma di consapevolezza del garante rispetto alla condotta illecita dell'amministratore operativo - proprio perché, alla luce di tali indici, non si poteva non sapere.

Il fatto, infine, che il soggetto, in tal modo «edotto» della esistenza di un illecito *in itinere* non fosse intervenuto per impedirne il perfezionamento veniva interpretato in via automatica come esplicativo dell'esistenza di una volontà dell'omittente, nella forma minima dell'accettazione del rischio che questo si realizzasse.

Le semplificazioni e i sistemi di automatismo presuntivo erano tali, come si diceva, che finivano per svuotare la sostanza stessa del dolo eventuale, tanto da spingere un Maestro, quale Cesare Pedrazzi, ad interrogarsi se non ci si trovasse forse dinnanzi al «*Tramonto del dolo*»<sup>75</sup>.

Il punto più alto, lo zenit per così dire, di questo processo di semplificazione si può riscontrare nella celebre vicenda giuridica che ha coinvolto i vertici del *Banco Ambrosiano*, sorta, in sede penale, a seguito del fallimento dell'Istituto - giudicato dai posteri uno dei più gravi episodi che abbia colpito una singola banca dal secondo dopoguerra<sup>76</sup>. La vicenda, benché ampiamente nota, deve comunque essere ripercorsa nei

---

l'inadempimento dei doveri fondamentali da parte dei soggetti adibiti a funzioni di controllo societario, dunque titolari di un ruolo principe nella tutela degli interessi coinvolti nell'attività di impresa. In senso analogo: M. PIERDONATI, *Crisi dell'impresa e responsabilità penale del vertice nelle società: verso "nuovi equilibri" giurisprudenziali*, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, 8, 970, che parla di «*involucro verbale*», che può astrattamente comprendere ogni cosa.

<sup>75</sup> C. PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, 4, 1265.

<sup>76</sup> AA.VV., F. BELLI-S. MACCARONE (a cura di), *Le crisi bancarie: il caso del Banco Ambrosiano*, Milano, Giuffrè, 1985; C. BELLAVITE PELLEGRINI, *Storia del Banco Ambrosiano: fondazione, ascesa e dissesto 1896-1982*, Laterza, Roma, 2002.

suoi passaggi essenziali, per l'importanza che questi hanno assunto e per l'eco che hanno avuto nella giurisprudenza successiva.

Il Tribunale di Milano, con sentenza del 16 aprile 1992, poi confermata nei successivi gradi di giudizio, condannava gli amministratori non esecutivi delle società del gruppo e uno dei sindaci - l'unico giudicato con procedura ordinaria<sup>77</sup> - per reati fallimentari e societari, quali bancarotta fraudolenta, per distrazione e documentale, e falso in bilancio. La condotta penalmente rilevante ravvisata in capo agli imputati consisteva nel non aver correttamente *vigilato* sull'operato dell'amministratore delegato, il Dott. Calvi, sul presupposto per cui «*l'obbligo di vigilanza - e la violazione proprio di quell'obbligo - costituisce fondamentale presupposto della responsabilità solidale degli amministratori in campo civile, e della loro responsabilità altresì nel settore penale*»<sup>78</sup>.

Ciò posto, la ricostruzione dell'elemento soggettivo delle diverse fattispecie contestate, individuato, per tutti, nel dolo eventuale<sup>79</sup>, veniva motivata attraverso un percorso argomentativo che si snodava attraverso una serie di passaggi, che si ritiene necessario ripercorrere.

- Veniva individuata, nel caso di specie, l'esistenza di una serie di segnali di allarme, vale a dire un insieme di indicatori della crisi gestionale in cui versava l'Istituto di credito e indici di irregolarità operative;

- si affermava che, attraverso tali segnali, il soggetto adibito a funzione di controllo, pur estraneo alla concreta gestione attiva, aveva avuto comunque la «*ragionevole possibilità*» di rilevare l'illiceità del comportamento distrattivo addebitabile al delegato;

---

<sup>77</sup> Gli altri avevano infatti optato, ex art. 444 c.p.p., per la applicazione della pena su richiesta.

<sup>78</sup> Trib. di Milano, 16 aprile 1992, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 1995, 1477.

<sup>79</sup> Sull'elemento psicologico del reato di bancarotta fraudolenta distrattiva, le sentenze dei tre gradi di giudizio specificavano di accogliere l'orientamento pressoché costante della giurisprudenza della Corte di Cassazione, che veniva pacificamente individuato nella coscienza e volontà di commettere fatti distrattivi, essendo invece irrilevante l'eventuale intento o la rappresentazione della verificazione di un pregiudizio patrimoniale dell'impresa, tale da determinare la decozione della stessa. Sul punto, *ex multis*: Cass. Pen., Sez. V, 22 aprile 2004, Bertuccio, in *Mass. Uff.*, 228905; Cass. Pen., Sez. V, 1 luglio 2002, Arienti, in *Mass. Uff.*, 222388; Cass. pen., sez. V, 26 gennaio 2006, Filippi, in *Mass. Uff.*, n. 233637; Cass. pen., sez. V, 6 ottobre 1999, Tassan Din, in *Mass. Uff.* 214863, Cass. Pen. Sez. Un. 25 gennaio 1958, in *De Jure*. In senso contrario, è rimasta isolata la pronuncia: Cass. pen., sez. V, 24 settembre 2012, Corvetta, in *Mass. Uff.*, n. 253493.

Si opponeva a questa tesi la concezione della dottrina maggioritaria, secondo cui doveva invece considerarsi necessaria la consapevolezza di agire ponendo in pericolo la garanzia patrimoniale della società (così: C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, in C. PEDRAZZI-A. ALESSANDRI-L. FOFFANI-S. SEMINARA-G. SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte generale e reati fallimentari*, cit., 136.).

Una panoramica generale sull'elemento soggettivo della bancarotta è ricostruita in: C. SANTORIELLO, *La bancarotta fraudolenta patrimoniale dell'imprenditore individuale e dell'amministratore societario*, in *Le Società*, 2013, 5, 580. Più di recente, G. MINICUCCI, *Il dolo nella bancarotta: alla ricerca della tipicità soggettiva della fattispecie patrimoniale*, Firenze University Press, Firenze, 2018.

- siffatta ragionevole possibilità veniva ritenuta equiparabile alla consapevolezza *concretamente* raggiunta dal singolo, a fronte del brocardo per cui lo stesso «*non poteva non sapere*»: non poteva, cioè, non essersi avveduto delle condotte di *mala gestio* dell'esecutivo;

- l'inerzia del soggetto veniva considerata, in via automatica, quale *scelta* consapevole di non attivarsi, da cui si faceva discendere la corrispondente accettazione del rischio che le operazioni non controllate dell'A.D. portassero alla realizzazione di reati.

Il Collegio, attraverso considerazioni poi confermate nei successivi gradi di giudizio, rintracciava una serie di indici di crisi, tra cui emergevano, in particolare, le segnalazioni inviate all'Istituto di Credito da Banca d'Italia, a partire dall'ispezione del 17 aprile 1978, conclusasi con una relazione negativa, in cui si indicavano perplessità inerenti all'attività di tutto il gruppo estero facente capo al Banco Ambrosiano e la necessità che l'Autorità intensificasse l'opera di vigilanza. A queste circostanze si aggiungeva, tra l'altro, il successivo arresto del Presidente del C.d.A., il 20 maggio 1981, per violazione di norme valutarie, oltre alla rassegnazione delle dimissioni da parte di figure di spicco all'interno della società, tra cui quella di Carlo De Benedetti.

Le «*assonanze induttive*» che promanavano dai predetti indicatori, secondo gli organi giudicanti, assumevano un significato assolutamente univoco, come messaggio d'allarme, che, si diceva, «*chiunque avrebbe potuto, e nel caso degli Amministratori, dovuto trarre dall'insieme combinato dei medesimi*»<sup>80</sup>.

«*La percezione*» dei cennati campanelli d'allerta, secondo i giudici poteva riscontrarsi dalle testimonianze degli stessi imputati. A nulla valeva, peraltro, la confutazione addotta da parte di alcune difese, le quali avevano dimostrato come, nel caso di specie, oltre i predetti segnali di allarme, esistevano anche segnali di opposto contenuto, che avevano fornito una sorta di rassicurazione ai soggetti adibiti al controllo. Per fare un esempio, a seguito della avvenuta delibera da parte del Banco Ambrosiano di un aumento di capitale, nell'estate del 1981, alcuni ispettori della stessa Banca d'Italia avevano espresso giudizi particolarmente positivi, che avevano in parte rassicurato la *governance* bancaria sulla possibilità di riallineare i conti. Tale manovra era stata accolta infatti con particolare favore dagli ispettori, che avevano osservato come, così facendo, il Banco avesse in ampia parte ripianato la crisi di mezzi patrimoniali che era stata precedentemente contestata dallo stesso Istituto di vigilanza<sup>81</sup>. Tuttavia, nulla di tutto ciò era stato tenuto in considerazione dai giudici nel ricostruire il dolo degli imputati.

Tanto meno era stato attribuito rilievo alle dichiarazioni degli imputati, che, sottoposti ad esame, avevano sostenuto che le attività illecite dell'esecutivo sarebbero

---

<sup>80</sup> Trib. di Milano, *cit.*, 1488.

<sup>81</sup> In particolare, il riferimento è alla relazione del Dott. Felice Sordino, del 17 luglio 1981, in cui si riportava che l'avvenuto aumento del capitale attuato dal Banco Ambrosiano aveva ristabilito l'equilibrio dei mezzi di finanziamento.

state poste in essere dal Dott. Calvi, nella maggior parte dei casi, ingannando gli stessi controllori, cui venivano nascoste informazioni rilevanti, e che molte delle scelte finanziarie erano state assunte autonomamente dal delegato, in totale segretezza. La più parte delle operazioni era stata istruita dall'organo tecnico, lasciando i consiglieri non esecutivi, come anche i sindaci, all'oscuro delle decisioni principali.

La presenza di tale parzialità dell'informazione e la contestuale esistenza di indici di segno positivo, come si diceva, non erano valse però a spingere i magistrati ad indagare l'eventuale sussistenza di stati mentali di dubbio nella psiche degli imputati. Si era genericamente considerato che tali circostanze, pur anche presenti, non sarebbe state comunque tali da scalfire il significato univoco degli indizi di allarme, valutati nella loro globalità<sup>82</sup>.

La possibilità per gli imputati, giudicata «ragionevole» in tutti i gradi del giudizio, di rilevare l'illiceità delle condotte addebitabili al delegato, secondo quanto ricostruito attraverso il ricorso a tali segnali di allarme, veniva poi equiparata in via automatica alla «consapevolezza concretamente raggiunta dal singolo»<sup>83</sup>.

È necessario a questo punto soffermarsi sugli elementi sin qui ricostruiti.

Un primo aspetto che non può essere sottovalutato è legato alla declinazione dei più volte menzionati segnali di allarme, indipendentemente dal processo logico attraverso cui i giudici hanno ritenuto di ravvisare univocità di significato degli stessi. Questi, come è stato ribadito dalla successiva dottrina, invero, altro non sono che mere indicazioni di un pericolo. Indicazioni di per sé neutre, le quali, laddove recepite, possono al più portare al generarsi di un sospetto<sup>84</sup> nel soggetto e tanto non significa che vi sia ancora una ragionevole possibilità di conoscenza, né tanto meno una concreta consapevolezza di un illecito da parte di chi li ha eventualmente percepiti, come hanno invece sostenuto i giudici. La mera *percezione* di indicatori di segno negativo non può far altro, infatti, che portare l'interessato a supporre la plausibile esistenza di irregolarità<sup>85</sup>. Ma si è ancora ben

---

<sup>82</sup> Il punto è stato analizzato, in particolare, nella sentenza di secondo grado. Corte d'Appello di Milano, 10 giugno 1996, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 1998, 571.

<sup>83</sup> La stessa Corte di Appello ha dichiarato con parole analoghe quanto si è qui parafrasato. Si veda Corte d'Appello di Milano, 10 giugno 1996, in *Riv. trim. dir. pen. eco., cit.*, 571.

<sup>84</sup> In questi termini: G. P. ACCINNI, *Fatti di bancarotta e responsabilità penale degli amministratori senza delega*, in *Riv. soc.*, 1992, 1511. Tra i lavori più recenti, lucida l'analisi di M. CAPUTO, *Dalla teoria dei "segnali di allarme" alla realtà dell'imputazione dolosa nel concorso dell'amministratore non esecutivo ai reati di bancarotta*, in *Riv. Soc.*, 2015, 5, 905; M. DONINI, *Dolo eventuale. Fatto illecito e colpevolezza*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 1, 70 e ss., in particolare 82 e 107.

<sup>85</sup> Incisivo A. CRESPI, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali, cit.*, 1152, in cui l'A. evidenzia come la percezione è solo una conoscenza di primo momento, vale a dire un *principio di conoscenza*, che, come tale, impone che si adempia al dovere di vigilanza, che ci si adoperi, insomma, per acquisire *cognizione effettiva* della situazione in atto, al fine di mutare tale percezione in *conoscenza effettiva*.

lontani dalla acquisizione concreta di conoscenza circa la perpetrazione di un fatto di reato da parte di terzi.

La percezione di segnali e la possibilità, per quanto logica e ragionevole, per l'amministratore delegante o per il sindaco, di rilevare l'esistenza di un comportamento illecito si fermano ad uno stadio di molto antecedente alla cognizione effettiva del reato. Opinare diversamente, alla stregua di quanto esposto nelle sentenze in oggetto, significa trasmigrare, in maniera del tutto disinvolta<sup>86</sup>, dal piano della possibilità a quello della attualità psicologica: passare dalla colpa al dolo. In tal caso, di fatti, l'evento - rappresentato dall'altrui reato - non è qualcosa di *previsto*, ma semplicemente *prevedibile* e, come tale, rientra nel fuoco della colpa<sup>87</sup>. Passare acriticamente, dunque, dal recepire segnali di allarme alla possibilità di conoscere l'illecito sottostante quei segnali, fino ad acquisirne concreta consapevolezza, significa «*rivestire la colpa delle mentite spoglie del dolo*»<sup>88</sup>.

Può ben darsi il caso in cui gli indici di rischio, pur anche percepiti dal soggetto, non siano stati da questo approfonditi e valutati, perché semplicemente non compresi, ovvero perché sottovalutati a fronte della esistenza di segnali opposti di segno positivo, e in tal caso il rimprovero che può muoversi all'inerte sarà esclusivamente di tipo colposo.

Il passaggio al dolo eventuale può prospettarsi soltanto dove si dimostri che il reo non ha soltanto percepito determinati segnali d'allarme, ma li ha anche concretamente valutati come specifici segnali del fatto-reato<sup>89</sup>. Sennonché, non vi è, invero, alcuna riprova nel caso al vaglio dei giudici che vi fosse stata questa valutazione.

Il cerchio si chiudeva, come detto, con il ricorso ad un ulteriore artificio, quale compendiato nella formula «*non poteva non sapere*»<sup>90</sup>. Dal complesso quadro probatorio acquisito, si osservava, erano emerse circostanze evidentemente sintomatiche della natura illecita delle operazioni gestionali poste in essere dall'amministratore esecutivo e tali evidenze, tali segnali di allarme, erano gravi al punto che i soggetti adibiti al controllo non potevano non conoscere la situazione, non potevano non prevedere la realizzazione

---

<sup>86</sup> C. PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, cit. Si vedano poi le puntuali e vigorose critiche di A. CRESPI, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 4, 1149, che parla di «*disinvolto scempio di millenari principi di diritto*», definendo il caso del Banco Ambrosiano «*inquietante*». In senso analogo: D. PROVERBIO, *Brevi note in tema di responsabilità penale degli amministratori senza delega*, in *Riv. it. trim. dir. e proc. pen.*, 1998, 572 e ss.

<sup>87</sup> Nel reato causalmente orientato con evento naturalistico il contenuto della regola cautelare si specifica infatti in rapporto all'evento da evitare, come prevedibilità ed evitabilità dello stesso. L'assunto è consolidato a partire dalle prime interpretazioni di Illustri Maestri, che non possono essere integralmente riprese in questa sede. Sia concesso richiamare, per tutti, agli autorevoli studi sul tema di: M. GALLO, *Colpa penale. Diritto vigente*, in *Enc. Dir.*, Vol. VII, Giuffrè, Milano, 1960, 633.

<sup>88</sup> Così C. PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, cit., 1265.

<sup>89</sup> D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2007, 343-344. Sul punto si rinvia a quanto si dirà più estesamente nel prosieguo della trattazione. V. *infra*, § 3.4.

<sup>90</sup> Sulla emersione di tali dibattute formule: F. M. IACOVIELLO, *Il falso in bilancio nei gruppi di società: come il processo penale modifica il diritto penale*, in *Cass. Pen.*, 1998, 1704 e ss.

del reato. A ciò si accostava un utilizzo ampiamente discutibile delle massime di esperienza, tutte costruite su un criterio statistico, lasciato al pieno arbitrio del giudice. Senza alcun approfondimento o spiegazione logica, questi riteneva semplicemente che i segnali emersi nel caso di specie fossero in genere *percepibili* da una persona dotata delle caratteristiche professionali vantate dai soggetti che si trovavano ad essere giudicati, commercialisti, avvocati, uomini d'affari.

Da questa «inevitabile» percezione, si giungeva a riscontrare, in via automatica, la loro concreta conoscenza da parte degli imputati<sup>91</sup>.

Pare interessante soffermarsi, a questo punto, pur brevemente, sul significato delle formule usate dai giudici, che sono poi state riprese ed ampiamente sfruttate dalla giurisprudenza successiva. Che cosa significa che un soggetto «*non poteva non sapere*»<sup>92</sup>, ovvero che «*non poteva ignorare*»<sup>93</sup> che si stava perpetrando un reato? Ancora, cosa significa che taluno «*non poteva non aver percepito*» l'esistenza di segni di irregolarità nella gestione<sup>94</sup>? Sul piano logico-sintattico, la doppia negazione<sup>95</sup> riportata nelle espressioni in oggetto assume un significato affermativo. Equivale ad una affermazione di verità che risulta rafforzata. «Non poteva non sapere», nel senso che il soggetto, per la condizione in cui si trovava, non *poteva* far altro che sapere, conoscere; «non poteva non sapere», nel senso che lo stesso *ben poteva sapere*. I significanti utilizzati dai giudici indicano dunque qualcosa di possibile, il soggetto poteva ragionevolmente sapere. Ma attenzione. Ciò non significa affatto che il soggetto sapeva. Le stesse espressioni usate dagli organi giudicanti permangono nella sfera della possibilità, della ragionevolezza. Discorso analogo vale per le attigue formulazioni «*ben avrebbe dovuto sapere*», «*ben avrebbe dovuto prevedere*»<sup>96</sup>. In tal caso, i giudici non fanno altro che evidenziare che amministratori e sindaci, nel corretto esercizio delle proprie funzioni, avrebbero dovuto

---

<sup>91</sup> Sul tema: A. CRESPI, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, cit., 1153; F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, op. cit., 312 e ss., che richiama i lavori fondamentali di Taruffo sul concetto di massime di esperienza (M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza, Roma, 2009).

<sup>92</sup> Formula utilizzata fin dal primo grado di giudizio nei confronti degli imputati e reiterata nei gradi successivi.

<sup>93</sup> Formula utilizzata con riferimento all'imputato Mario Valeri Manera, componente del C.d.A., per cui si afferma che, per la posizione dallo stesso rivestita e per le circostanze estrinseca alla sua condotta non poteva ignorare quale fosse il rischio delle operazioni effettuate e, ciò nonostante, le aveva approvate, con la consapevole accettazione degli effetti pregiudizievoli, Cass. Sez. V, 22 aprile 1997, cit., 690 e ss.

<sup>94</sup> Riferito alla posizione dell'amministratore Giuseppe Prisco, per cui si dice che da tutto il complesso quadro probatorio emergeva che l'imputato non poteva non aver percepito la natura distrattiva di numerose operazioni, che erano passate al suo vaglio, Cass. Sez. V, 22 aprile 1997, cit., 687 e ss.

<sup>95</sup> Negazione che per il verbo «ignorare» è interna alla parola stessa, insita nella stessa etimologia latina del verso, da *ignosco*, non conoscere.

<sup>96</sup> Espressioni utilizzate in particolare con riferimento al componente del collegio sindacale, Mario Davoli, in cui si evidenzia come lo stesso fosse venuto meno ai suoi doveri di vigilanza e controllo. Cass. Sez. V, 22 aprile 1997, cit., 692 e ss.

agire con la diligenza necessaria per acquisire contezza della situazione concreta e per prevedere il possibile realizzarsi del reato.

Anche l'utilizzo di queste formule, che ha peraltro goduto di particolare fortuna nelle sentenze della giurisprudenza successiva, riteniamo, non sembra discostarsi, ancora una volta, dalla semplice dimensione della colpa. Si prova, anche qui, soltanto che il soggetto non ha conosciuto ciò che doveva conoscere, non ha previsto ciò che avrebbe dovuto prevedere. Si tratta, insomma, di una costruzione che porta a risultati ben distanti dai requisiti richiesti invece dalla scienza penalistica per ritenere sussistente il dolo nel paradigma dell'omesso impedimento di reato, fondato, lo si ripete, sulla conoscenza attuale, non già soltanto potenziale, del fatto che altri stanno realizzando<sup>97</sup>.

Individuato in questi termini l'elemento rappresentativo, le sentenze passavano celermente alla ricostruzione di quello volitivo. Al fatto che il soggetto si fosse rappresentato l'esistenza di condotte pregiudizievoli, poste in essere dall'amministratore delegato, si faceva seguire l'accettazione del rischio che effettivamente qualcosa di illecito venisse compiuto. In particolare, le pronunzie sostenevano che questa forma di consapevolezza, correlata a quello che i giudici individuavano come un rifiuto dei controllori di attivarsi, indicava che gli stessi avessero accettato che una qualche condotta illecita fosse posta in essere<sup>98</sup>.

In particolare, si indicava che gli amministratori avevano assunto o ratificato centinaia di delibere relative ad operazioni che contenevano in sé anomalie tali da richiamare la loro attenzione, senza mai un voto contrario, un intervento, una richiesta di chiarimenti. Il sindaco, invece, si diceva, non aveva mai fatto osservazioni, rilievi o proposte, sulle operazioni. Da questa forma di inerzia perpetrata, i giudici ricavano la avvenuta accettazione del rischio che l'esecutivo ponesse in essere un qualche reato. Nella logica seguita dagli organi giudicanti, *«tale comportamento evidenziava quell'adesione sistematica e continuativa alla gestione di Calvi»*.

In sintesi. Dai passaggi che si sono sin qui ricostruiti, e che hanno accomunato le diverse pronunzie emesse dai giudici nei tre gradi di giudizio, emerge, in conclusione, un sistema intriso di presunzioni, di automatismi probatori, per cui l'inerzia dei soggetti nell'esercitare i doveri di vigilanza, cui per legge erano tenuti, in presenza di segnali di

---

<sup>97</sup> A. ALESSANDRI, *I reati societari: prospettive di rafforzamento e di riformulazione della tutela penale*, op. cit., 502. Ancora più incisive le affermazioni di G. FORTE *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1990, 201 e ss.; poi riprese e sviluppate nei seguenti lavori: ID, *Ai confini fra dolo e colpa: dolo eventuale o colpa cosciente?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 1, 228, in cui l'A. evidenzia la necessità di una effettiva conoscenza dei rischi eziologici per la configurazione del dolo e, a fronte della presenza scemata degli elementi rappresentativo e volitivo nel dolo eventuale, giunge a mettere in discussione la sua riconducibilità all'art. 43 c.p. Sul tema della previsione dell'evento nel concorso per omissione: M. ROMANO-G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, Giuffrè, Milano, 2005. Sul punto si tornerà più ampiamente *infra*, § 3.3.

<sup>98</sup> Corte d'Appello, 10 giugno 1996, cit.

pericolo, finiva per equivalere a consapevole accettazione del rischio di verificazione di eventi delittuosi<sup>99</sup>.

### **3. II fase: la serrata critica della dottrina. Decostruzione e ricostruzione dello schema di imputazione dell'omesso impedimento di reato nei controlli societari.**

Il modello di valutazione della responsabilità omissiva di amministratori e sindaci, collaudato nelle prime sentenze degli anni '80 e '90, ebbe poi un'estesa eco nelle pronunzie della giurisprudenza successiva, dove veniva riproposto in maniera pressoché invariata<sup>100</sup>. Si era, dunque, consolidata la prassi di individuare posizioni di garanzia di vasta portata, e si tendeva a ricondurre rilievo penale alla mera violazione, da parte dei controllori, di semplici obblighi di diligenza - *rectius* di diligente sorveglianza - quali imposti dalla normativa civilistica. L'individuazione dell'elemento soggettivo di fattispecie era concentrata nei visti meccanismi presuntivi, che finivano per svilire la

---

<sup>99</sup> In termini fortemente critici sull'utilizzo che veniva affermandosi in quegli anni di tali semplificazioni probatorie, si vedano, tra gli altri: V. NAPOLEONI, *Reati societari. Falsità nelle comunicazioni sociali e agiotaggio societario*, Vol. III, Giuffrè, Milano, 1996; F. STELLA-D. PULITANÒ, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, cit., 557; S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Giuffrè, Milano, 1999, 258.

Sul fatto che il ricorso a questo tipo di schemi presuntivi finisce poi per incidere sulla struttura stessa del dolo: C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Giuffrè, Milano, 2004, 355 e ss., in particolare 392 e 393; L. EUSEBI, *In tema di accertamento del dolo: confusione fra dolo e colpa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1987, 1060 e ss., specialmente 1070; ID., *Appunti sul confine tra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, 1053 e ss. Gli Autori evidenziano come, attraverso l'utilizzo di questi sistemi, la previsione dell'evento venisse ridotta a mera *factio iuris*, che perdeva ogni spessore naturalistico, a vantaggio di una dimensione normativa, legata a standard deontici secondo cui il soggetto, applicando la dovuta diligenza, avrebbe dovuto prevedere, e dunque ha previsto.

Parla di *normativizzazione* del dolo in ambito analogo, con riferimento all'elemento soggettivo dell'amministratore di fatto rispetto al reato dell'amministratore di diritto: F. CONSULICH, *Poteri di fatto ed obblighi di diritto nella distribuzione delle responsabilità penali societarie*, cit., 553. Sul tema si rinvia a quanto si dirà al § 3.3.

<sup>100</sup> Salvo casi isolati del tutto eccezionali: Cass. Pen. Sez. V, 18 novembre 2001, 45237, Vaccaro, in *Cass. Pen.*, 2003, 1314 e in *Dir. pen. e proc.*, 2002, 10, 1251, con nota di Ardia, in cui la Corte ha ridimensionato il potere di impedimento riconosciuto in capo ai sindaci, affermando che, in tema di bancarotta fraudolenta, i sindaci sono tenuti ad effettuare un controllo di legalità sugli atti e sui documenti della società, al fine di verificare la conformità degli stessi alle disposizioni di legge ed alle norme statutarie, ma non possono imporre agli amministratori determinati comportamenti ovvero sostituirsi agli stessi in caso di inadempimento. Ne consegue che non è configurabile il concorso nel reato di bancarotta a carico del sindaco per omessa vigilanza sull'effettivo adempimento degli obblighi fiscali e previdenziali tempestivamente segnalati all'organo amministrativo della società.

differenziazione tra dolo e colpa. Sennonché, simile *modus procedendi* aveva destato una forte reazione nella dottrina, che aveva denunciato, a più riprese e con toni particolarmente accesi, come tale filone ermeneutico, al fine di garantire una tutela rafforzata ai beni coinvolti nella gestione d'impresa<sup>101</sup>, avesse poi finito per estendere in modo incontrollato la responsabilità dei soggetti adibiti al controllo societario, con l'effetto di appannare le stesse categorie giuridiche di riferimento.

Il diritto penale risultava dunque manipolato, i suoi istituti smagliati, fino a violare i principi Costituzionali di tassatività<sup>102</sup>, di personalità della responsabilità e di colpevolezza, su cui esso si erge. Ebbene, nel denunciare distorsioni di tale portata, la dottrina aveva sviluppato diversi studi, in cui alla critica delle concezioni giurisprudenziali affiancava l'elaborazione di nuove tesi, volte a suggerire interpretazioni dello schema di imputazione *ex art. 40 cpv c.p.* nell'ambito dei controlli societari, che fossero rispettose dei fondamenti penali. L'aspetto preliminare, da cui ogni teoria prendeva le mosse, era costituito dalla dichiarata esigenza di rispettare la peculiarità della dimensione societaria, in cui competenze e poteri sono distribuiti tra molteplici attori e i processi decisionali sono di regola frammentati tra più organi. Tale aspetto, si faceva notare, può infatti agevolmente incidere sulla ricostruzione di una responsabilità che possa dirsi effettivamente personale e colpevole, come impone l'art. 27, comma 1, Cost., rispetto al singolo che non ha impedito l'illecito altrui, e tale assunto non deve in alcun modo essere sottovalutato<sup>103</sup>.

Alla luce di simile premessa operativa, le diverse concezioni<sup>104</sup> procedevano a vagliare gli elementi di fattispecie.

---

<sup>101</sup> Sulla sottoposizione del contributo omissivo doloso nell'ambito delle organizzazioni complesse a frequenti slittamenti delle categorie penalistiche sul piano della prassi applicativa: M. PELISSERO, *Il concorso doloso mediante omissione: tracce di responsabilità di posizione*, cit., 978 e ss.

<sup>102</sup> Inteso specificamente quale divieto rivolto al giudice di applicare la norma penale a casi non espressamente previsti, distinto dal principio di determinatezza, che riferirebbe invece alla tecnica legislativa di formulazione della fattispecie. Così la dottrina maggioritaria. Si vedano, tra le altre, le impostazioni di: F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Cedam, Padova, 1979; M. ZANOTTI, *Principio di determinatezza e tassatività*, in *Introduzione al sistema penale*, Vol. I., G. INSOLERA-N. MAZZACUVA-M. PAVARINI-M. ZANOTTI (a cura di), Giappichelli, Torino, 2012, 224 e ss.; in generale, nella manualistica: G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2019, 85 e ss. Nella giurisprudenza Corte Cost. 247/1989, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1194, con nota di Palazzo.

<sup>103</sup> Sono note le problematiche connesse alla individuazione di soggetti penalmente responsabili, per fatti commessi nell'ambito di una organizzazione imprenditoriale societaria, al punto che parte della dottrina suggerisce di riformulare *ad usum penale* le qualifiche soggettive nell'ambito dei reati connessi alla attività di impresa. Così: F. CONSULICH, *Poteri di fatto ed obblighi di diritto nella distribuzione delle responsabilità penali societarie*, in *Le Società*, 2012, 5, 555.

<sup>104</sup> Tra i contributi più puntuali sul tema: G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura della fattispecie*, op. cit., 140 e ss.; F. SGUBBI-C. PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persona diversa dal fallito*, Zanichelli, Bologna, 1995, 276 e ss.; I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Giappichelli, Torino, 1999, 361 e ss.; L. D. CERQUA, *La*

Il primo elemento da sondare era rappresentato dall'eventuale esistenza di una posizione di garanzia<sup>105</sup> in capo al soggetto adibito a funzione di controllo. In questo senso, i diversi studi procedevano ad una ponderata analisi del complesso di poteri e doveri di ciascuna funzione all'interno dell'organizzazione societaria. In altre parole, si sottolineava la imprescindibile necessità di verificare che, in corrispondenza all'obbligo giuridico di intervento sull'azione altrui, individuato nell'art. 2392 c.c. per gli amministratori e nel combinato degli artt. 2403 e 2407 c.c. per i sindaci, l'ordinamento prevedesse connessi poteri di reazione, idonei a scongiurare il verificarsi dell'evento illecito. Questo vaglio, apparentemente semplice, nasconde, invero, una serie di complessità determinate dalla peculiarità della carica stessa che i soggetti rivestono. Essendo amministratori e sindaci membri di organi collegiali, per individuarne la relativa responsabilità in caso di realizzazione di un fatto di reato, come osservava limpidamente Cesare Pedrazzi, infatti, «*occorre isolare la posizione giuridica del singolo componente, alle cui attribuzioni uti singulus si commisura l'impegno di garanzia di fronte a deviazioni collettive*»<sup>106</sup>.

Riscontrata in questi termini l'astratta possibilità del soggetto di attivarsi individualmente, si evidenziava la necessità di procedere alla seguente analisi in concreto, volta a dimostrare l'esistenza di una «*concreta e comprovabile idoneità operativa*», per cui il potere/dovere di intervento sull'azione altrui possa ritenersi praticabile nel caso di specie e risulti altresì idoneo ad impedire la commissione del reato<sup>107</sup>. In altre parole, diviene indispensabile attenzionare l'aspetto eziologico di fattispecie.

Così ricostruita la tipicità obiettiva, si indicavano i passaggi da compiere per la valutazione dell'elemento soggettivo dell'omissione. Sottoposta a serrata critica la procedura presuntiva adottata dalla giurisprudenza, si evidenziava come, a fronte della categorica e non opinabile distinzione tra dolo e colpa, tutte le volte in cui il controllore fosse stato chiamato a rispondere di omesso impedimento del reato doloso altrui, si

---

*responsabilità penale dei sindaci delle società per azioni, cit.* 1923 e ss.; M. ROMANO-G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, *op. cit.*, 178 e ss.; E. M. AMBROSETTI-E. MEZZETTI-M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Zanichelli, Torino, 2008, 108 e ss.; R. ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia. Reati societari e reati in materia di mercato finanziario, op. cit.*, 38 e ss.

<sup>105</sup> I. LEONCINI, *op. cit.*, 363.

<sup>106</sup> F. SGUBBI-C. PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persona diversa dal fallito, op. cit.*, 276.

<sup>107</sup> Idoneità, che, secondo le osservazioni espresse dalla dottrina degli anni Novanta, doveva configurarsi in termini di alta probabilità di impedimento. Così: F. SGUBBI-C. PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persona diversa dal fallito, op. cit.*, 277, che accolgono la tesi di Federico Stella (F. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1988, 1256).

Secondo altri Autori, invece, il concetto di idoneità impeditiva dell'altrui reato doveva essere valutato come probabilità vicina alla certezza. In questi termini: G. FIANDACA, *Causalità (rapporto di)*, in *Dig. disc. pen.*, II, Utet, Torino, 1998.

dovesse riscontrare precipuamente la sussistenza dei momenti rappresentativo e volitivo rispetto all'illecito non impedito. È imprescindibile, si osservava quindi, verificare che il singolo, in condizione di acquisire tempestivamente conoscenza del reato incombente, si fosse *effettivamente* rappresentato la possibilità della sua commissione e che, a fronte di tale consapevolezza, avesse deliberatamente deciso di non agire, quantomeno accettando il rischio della sua realizzazione.

### 3.1. La posizione di garanzia dei soggetti adibiti al controllo. Il potere impeditivo.

Il primo nodo strutturale da sciogliere, si è detto, consiste nella individuazione di una effettiva posizione di garanzia per amministratori e sindaci, avente ad oggetto l'impedimento di eventi criminosi. Tale questione, secondo dottrina pressoché unanime, rinvia necessariamente alla determinazione civilistica dei doveri e poteri degli stessi soggetti.

In buona sostanza, al contrario dell'approccio meramente formalistico adottato sino ad allora dalla giurisprudenza nella ricostruzione della *Garantstellung*, per cui la semplice previsione di un obbligo di agire, contenuto nella norma extrapenale, valeva di per sé a giustificare l'operatività dell'art. 40 cpv. c.p., la dottrina ha ritenuto indefettibile procedere ad una verifica di tipo sostanzialistico-funzionale, ad integrazione - o persino, secondo taluno, in luogo - della suddetta indagine sulle fonti formali dell'obbligo<sup>108</sup>.

Si tratta, invero, di una tesi accolta dall'orientamento maggioritario, per cui si sostiene che l'esame sulla «sostanza» della posizione è necessario per assicurare il rispetto del principio della responsabilità penale per fatto proprio. La definizione ed estensione della stessa, si afferma, deve necessariamente procedere sulla base di un'indagine dei poteri di cui il soggetto risulta titolare: dei poteri ricavabili dalla normativa civilistica ed esercitabili nella realtà aziendale<sup>109</sup>.

Si ritiene, in specie, debba esistere un nesso di reciproca implicazione tra i poteri di cui un soggetto è titolare e il novero degli obblighi comportamentali che gli sono riconosciuti, per cui «*il contenuto di doverosità della posizione deve sempre agganciarsi al contenuto dei poteri della stessa*»<sup>110</sup>. È la presenza di un obbligo e di un corrispondente

---

<sup>108</sup> Sulla distinzione tra concezione formale, concezione sostanzialistico-funzionale e mista dell'obbligo di garanzia - tema che in questa sede può solo essere accennato, posta la sua complessità e l'ampiezza del dibattito che ne risulta sotteso - si rinvia a: M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 2004, 382 e ss. e ai relativi riferimenti bibliografici. Si veda nella manualistica G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, ult. ed., 2019, 606 e ss.

<sup>109</sup> F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, op. cit., 164.

<sup>110</sup> Il principio emergeva dalla lucida analisi di Sgubbi, in F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Cedam, Padova, 1975, 198. Esplicito in tal senso, con riferimento al sistema societario: E. MUSCO, *La società per azioni nella disciplina penalistica*, in G. E. COLOMBO-G. B. PORTALE (a cura di), *Trattato delle società per azioni*, IX, Utet, Torino, 1994, 237 e ss.; C. PEDRAZZI,

potere di impedire che consente di equiparare il mancato impedimento dell'evento alla sua causazione. Viceversa, dove l'ordinamento chiamasse taluno a rispondere per un fatto che non aveva il potere di impedire finirebbe, in pratica, per ascrivergli una responsabilità per fatto altrui<sup>111</sup>.

Non basta, dunque, che l'ordinamento attribuisca ad un determinato soggetto una serie di poteri e doveri di controllo e di intervento sulle possibili fonti di rischio; perché di posizione di garanzia si possa discorrere - perché di posizione da cui possa discendere una responsabilità per omesso impedimento si possa parlare - è necessario verificare che tali doveri e poteri siano dotati di efficacia, per l'appunto, impeditiva, per cui l'eventuale loro azionamento avrebbe potuto evitare il cagionarsi dell'evento lesivo.

L'obbligo di garanzia suscettibile di fondare una responsabilità per omesso impedimento sussiste dunque nei limiti dei poteri impeditivi di cui il soggetto risulta titolare<sup>112</sup>. Se, però, su questa corrispondenza biunivoca le concezioni della dottrina risultavano sufficientemente allineate, lo stesso non è a dirsi per quel che attiene alla natura ed al contenuto dei predetti poteri impeditivi, in relazione alla individuazione dei quali si sono registrate discrasie di non poco momento.

Il punto dal quale prendevano avvio le differenti ricostruzioni, sviluppate tra la fine del secolo scorso e l'inizio del nuovo millennio, si lega alla dichiarata necessità di rivisitare le precedenti teorie «classiche», che fondavano la nozione di potere di impedimento sui concetti di *dominio*, di *signoria* del garante rispetto al processo di produzione dell'evento dannoso<sup>113</sup>, ritenute non sufficienti per far fronte alla complessità dell'organizzazione societaria.

---

*Gestione d'impresa e responsabilità penale, cit.*, 293. Si veda altresì: G. GRASSO, *Il reato omissivo, op. cit.*, 338 e ss., che fa specifico riferimento all'obbligo di impedimento di reati societari, gravante su amministratori e sindaci in base agli artt. 2392 c.c. e 2403 c.c.

<sup>111</sup> F. STELLA-D. PULITANÒ, *La responsabilità penale dei sindaci nelle società per azioni, cit.*, 557. Incisivi sul punto: G. INSOLERA, *Nozione individuale e collettiva della responsabilità penale, in L'Ind. pen.*, 1996, 261; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Giappichelli, Torino, 2008, 280; così, successivamente F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale, op. cit.*, 164.

In senso analogo, alcuni decenni prima si esprimeva autorevole dottrina: F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento, op. cit.*, 198.

<sup>112</sup> M. ROMANO-G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale, op. cit.*, 178; F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Cedam, Padova, 2017, 155 e ss. Poteri che, come si vedrà oltre, l'Autore circoscrive a quelli soltanto giuridici.

<sup>113</sup> F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento, op. cit.*, 142, che osservava come alla posizione del garante facessero capo poteri di signoria sulla fonte da controllare o sul bene da proteggere; G. FIANDACA, *Reati omissivi e responsabilità penale per omissione, cit.*, 40-41; ID., *Il reato commissivo mediante omissione, cit.*, 162 e ss., secondo il quale il garante, come tale, doveva risultare dotato di un effettivo potere di signoria su alcune delle condizioni che conducono normalmente alla realizzazione dell'evento tipico.

Critico sull'uso del concetto di signoria in questo ambito Grasso, il quale sostiene che si tratti di un requisito che, benché puntualmente riferibile a posizioni di garanzia che hanno ad oggetto il controllo di fonti di pericolo, appare invece estraneo alle posizioni di garanzia aventi ad oggetto la protezione di un

Uno dei primi orientamenti in questo senso, sviluppato già a metà degli anni Ottanta, che peraltro godette di particolare fortuna nelle rielaborazioni della letteratura successiva, procedeva a distinguere tra posizione di garanzia e mera posizione di sorveglianza<sup>114</sup>. La prima risulterebbe composta da quella cornice di poteri e doveri, che vengono assegnati dalla legge ad un soggetto per la salvaguardia di un determinato bene e che risultano tali da consentire allo stesso di intervenire sulle fonti di pericolo, inibendone gli effetti. La posizione di sorveglianza, all'opposto, sarebbe connotata dal riconoscimento di semplici poteri di vigilanza, per cui al singolo si impone il compimento di una serie di atti che possono definirsi solo indirettamente finalizzati alla tutela del bene protetto<sup>115</sup>.

Si faceva risalire l'elemento fondante tale partizione al concetto di *affidamento* del bene giuridico al soggetto. Questo sarebbe stato pressoché completo per le sole posizioni di garanzia. Secondo la riportata tesi, il bene doveva essere posto «*nelle mani dell'obbligato*» e solo alla luce di tale rapporto diretto, l'omesso impedimento dell'offesa al bene poteva essere parificato alla sua offesa mediante comportamento attivo.

Doveva dunque esistere un controllo diretto del bene. Questo doveva poi connettersi all'esistenza, in capo al singolo, di poteri di particolare intensità, giudicati *a priori* in grado di neutralizzare possibili eventi lesivi. Tale duplice presupposto fondava la *Garantstellung*. La legge medesima, si osservava, «*prende in considerazione quali garanti del bene solo, anche se non necessariamente sempre, quei soggetti che, già in astratto e preventivamente, appaiono in possesso di tutti quei poteri che consentono una tale condizione di signoria*»<sup>116</sup>. Mentre coloro che sono dotati di semplici poteri di sorveglianza possono soltanto porre in essere un'azione che risulti in un qualche modo incidente sul decorso causale ed è solo eccezionalmente idonea ad impedire l'evento. È dunque soltanto il primo caso che acquisisce rilievo ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p. La norma, si precisava, nel fare esplicito riferimento ad obblighi di impedimento,

---

certo interesse ovvero l'impedimento di azioni illecite di terzi: G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 261.

<sup>114</sup> Questa concezione, formulata da Fiorella nel suo celebre lavoro sul trasferimento di funzioni, riconduceva gli obblighi inerenti a tali posizioni entro lo schema, rispettivamente, delle obbligazioni di risultato e delle obbligazioni di mezzo, precisando che tale nomenclatura veniva declinata per indicare, nel primo caso, l'ipotesi in cui la norma considera immediato oggetto dell'obbligo il raggiungimento di un risultato - in questo caso l'impedimento dell'evento - e, nel secondo, l'ipotesi in cui la norma considera immediato oggetto dell'obbligo il solo compimento di determinate attività - per cui l'impedimento dell'evento appare effetto mediato.

<sup>115</sup> A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Nardini, Firenze, 1985, 175 e ss.; prelude a queste considerazioni si ritrova nelle riflessioni di Francesco Vassalli, in G. VASSALLI, *La responsabilità penale per il «fatto dell'impresa»*, in *Organizzazione dell'impresa e responsabilità penale nella giurisprudenza*, D. IORI (a cura di), Nardini, Firenze, 1981, 32; si veda altresì F. VASSALLI, *Sindaci (collegio dei)* in *Enc. dir.*, Milano, 1990, 747.

<sup>116</sup> A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, op. cit., 196 e ss., in particolare 201 e 203.

sembrerebbe riferirsi ad obblighi, e correlativamente a simmetrici poteri, di intervento sì penetranti da essere in grado di impedire concretamente l'evento lesivo. Soltanto in tal caso risulterebbe rispettata la regola di equivalenza tra azione ed omissione<sup>117</sup>.

Quasi un decennio più tardi, alcuni illustri studiosi avevano ulteriormente approfondito questa distinzione tra obblighi di garanzia e obblighi di sorveglianza, con una serie di riflessioni innovative. L'obbligo di garanzia, si precisava, era da intendersi come un *obbligo giuridico*, esplicitamente previsto dalla legge come tale, in capo a categorie predeterminate di soggetti, che dovevano risultare altresì forniti di adeguati poteri di intervento, anch'essi normativamente individuati<sup>118</sup>.

Per assolvere l'obbligo di garanzia imposto dall'ordinamento, il singolo doveva essere munito, più precisamente, di un potere di intervento che, secondo la riportata concezione, doveva configurarsi come «risolutivo e diretto» sul pericolo per il bene tutelato<sup>119</sup>. Proprio nella presenza di tali poteri/doveri impeditivi si collocava la caratteristica distintiva della posizione di garanzia rispetto alla semplice posizione di sorveglianza, costituita, quest'ultima, da un più semplice potere/dovere di *vigilanza e informazione* circa l'esistenza di una situazione di pericolo per il bene di un altro soggetto<sup>120</sup>.

---

<sup>117</sup> La questione relativa alla necessità di distinguere obbligo di vigilanza e obbligo di impedimento era stata posta da alcuna parte della dottrina: D. PULITANÒ, *Posizioni di garanzia e criteri di imputazione personale nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1982, IV, 186 e ss.; G. VASSALLI, *La responsabilità penale per il fatto dell'impresa*, cit., 36. L'A. da ultimo citato, poi, parlava di obbligo di vigilanza, specificando che occorre mantenere distinta l'ipotesi in cui lo stesso è posto dalla norma direttamente con la funzione di prevedere o evitare un fatto determinato, dal caso in cui l'obbligo è posto a garanzia del corretto e proficuo svolgimento di una determinata attività.

Particolarmente incisivo, con riferimento proprio alla necessità di differenziare potere di vigilanza e potere di impedimento degli amministratori: G. P. ACCINNI, *Fatti di bancarotta e responsabilità penale degli amministratori senza delega*, cit.

<sup>118</sup> Si evidenziava l'importanza che i poteri di cui la posizione si componeva fossero anch'essi precisamente individuati dalla legge extrapenale. La giuridicità del potere contraddistinguerrebbe, secondo tale concezione, l'obbligo di garanzia dal mero obbligo di attivarsi, caratterizzato da semplici poteri di intervento *fattuali e contingenti*. I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, op. cit., 75; nello stesso senso si esprimeva F. MANTOVANI, già dalla prima edizione del celebre manuale *Diritto penale, Parte generale*, nel 1992, pagine 198 e ss. (le stesse concezioni sono oggi ribadite nelle ultime edizioni del testo, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, Cedam, 158 e ss.); ID., *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, 2, 343 e ss.

<sup>119</sup> In questi termini: I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, op. cit., 73 e ss., specialmente 77 e 78; oggi anche in ID., *L'obbligo di impedire l'infortunio*, in *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, F. GIUNTA-D. MICHELETTI (a cura di), Giuffrè, Milano, 2010, 108 e ss.

<sup>120</sup> Precisava Mantovani: «Tale obbligo, simile all'obbligo di garanzia per gli altri requisiti, si differenzia da esso circa i poteri giuridici, che sono non impeditivi, ma di mera vigilanza e informazione sulla situazione di pericolo, spettando solo al titolare del bene o al garante, informati dal sorvegliante, i poteri di intervento impeditivi». (F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi*

Un altro Autore, Nicola Pisani, aveva elaborato una definizione - potremmo dire - più ristretta di potere impeditivo, rispetto a quelle sinora proposte, tenendo specificamente in considerazione la peculiare realtà dei rapporti tra organi societari, in cui la stessa ambiva a trovare applicazione. Osservava preliminarmente come la precedente dottrina avesse correttamente puntualizzato che solo un potere giuridico di comando-impedimento, attribuito all'agente ed idoneo ad interferire direttamente sulla condotta criminosa di un altro soggetto può legittimare «una limitazione della sua sfera di autodeterminazione responsabile». Le elaborazioni precedenti, però, riteneva soffrissero di un evidente limite, giacché non erano in grado di spiegare come potesse giustificarsi la configurazione di posizione di garanzia tra soggetti - quali amministratori deleganti e sindaci - che non sono tra loro legati da vincoli di soggezione gerarchica<sup>121</sup>. Secondo lo studioso, tale spiegazione sarebbe possibile attraverso il riferimento a situazioni soggettive di potere inquadrabile più propriamente entro lo schema della «potestà», definita quale complesso di poteri con cui la volontà di un soggetto si afferma in modo decisivo, producendo effetti, senza che altri soggetti, che pure risentono tali effetti, abbiano alcun obbligo verso il primo<sup>122</sup>.

In breve, la posizione di garanzia, orientata all'impedimento dell'altrui illecito, all'interno di una organizzazione complessa, veniva fondata sulla titolarità del potere (*rectius*, potestà) di un soggetto di incidere in senso vincolante sulla attività di un altro organo. Secondo le parole dell'Autore, si trattava, più propriamente, di «poteri di conformazione o di invalidazione ricadenti nella sfera dell'altrui attività giuridicamente rilevante». E segnatamente, agli stessi riconnetteva carattere necessariamente *interdittivo*, per cui dovevano risultare tali da consentire che l'attività di un organo societario, pur non privato della propria autonomia ed indipendenza, venisse comunque posta in una «sfera di soggezione giuridica»<sup>123</sup>.

Una parte della dottrina successiva aveva ripreso parzialmente i risultati di questa analisi ed era approdata a considerazioni ancora più rigorose. Si affermava in modo *tranchant* che il potere impeditivo poteva essere soltanto quel potere all'esercizio del

---

*di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale, cit.*, 343). La tesi in oggetto operava invero una tripartizione di obblighi e, accanto a quelli impeditivi e di sorveglianza, visti innanzi, collocava gli obblighi di attivarsi, distinti dalle altre due categorie per il fatto di non essere previsti da una norma giuridica: si trattava di meri obblighi occasionali e contingenti - perciò estranei allo schema di responsabilità di cui all'art. 40 cpv. c.p.

Accoglieva la distinzione prospettata tra obbligo di garanzia e obbligo di mera vigilanza, in senso analogo, anche F. GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, 5, 620 e ss.

<sup>121</sup> N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, *op. cit.*, 65 e ss.

<sup>122</sup> In questi termini: SANTI ROMANO, *Poteri, potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1983, citato esplicitamente da Pisani, in *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, *op. cit.*, 69.

<sup>123</sup> N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, *op. cit.*, 70-71.

quale facesse riscontro un «*dovere di conformazione*» del soggetto controllato. L'intervento del garante doveva necessariamente valere come *ingerenza* nell'altrui attività, che fosse tale da produrre un effetto giuridicamente vincolante. Esso doveva consistere in un *potere di blocco* dell'opera del controllato, come avviene, per esempio, con la revoca di questo dal proprio incarico. Si parlava, al proposito, di poteri impeditivi *reali*, distinti dal novero dei c.d. «*poteri deboli*», il cui esercizio potrebbe produrre solamente, si diceva, un'*influenza* sulle decisioni del soggetto controllato - indipendentemente dal fatto che quella eventuale influenza, in alcuni casi, avesse concretamente indotto il controllato ad astenersi dall'illecito<sup>124</sup>.

Queste modalità di intendere i poteri impeditivi, comunque, portavano a ridurre fortemente l'area di possibile responsabilità dei soggetti con funzioni di controllo all'interno del complesso societario. Invero, il riferimento alla potestà sull'altrui azione, ovvero alla capacità diretta di blocco, a ben osservare, individuava una sfera limitatissima di poteri e posizioni penalmente rilevanti, che lasciava aperte sfere di impunità di certo rilievo e vuoti di tutela rispetto a diversi beni giuridici coinvolti nell'attività di impresa.

Appuntandosi su queste osservazioni, le tesi sviluppate da una parte della dottrina nel corso del primo decennio del 2000, hanno adottato un approccio per così dire più pragmatico. Gli Autori che più di recente si sono occupati del tema, hanno focalizzato la loro attenzione sulla peculiarità della organizzazione societaria, connotata da una sempre più ingente frammentazione delle procedure, sia operative e gestionali che di controllo. Hanno considerato che le precedenti letture, quando proponevano di circoscrivere le posizioni di garanzia penalmente rilevanti facendo riferimento ai soli poteri del singolo «*direttamente e immediatamente*» incidenti sull'attività illecita controllata, ovvero alle sole potestà, o ai poteri diretti di blocco, mostravano di non tenere nella debita considerazione questa caratteristica di «*frazionamento*».

Nessun individuo, nessun componente di un organo di controllo, a ben osservare, può singolarmente incidere in modo *diretto ed immediato* sulle scelte gestionali. Nell'ambito dei controlli societari, poteri impeditivi rilevanti ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p. possono essere, per vero, soltanto quei poteri che sul piano astratto si rivelano idonei ad impedire il verificarsi dell'illecito da parte del soggetto controllato, agendo - e qui sta l'elemento innovativo - su «*una o più fasi del processo di realizzazione del reato*»<sup>125</sup>. Non è richiesta, dunque, una capacità di incidenza del singolo potere, autonomamente,

---

<sup>124</sup> F. GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, cit., 608. In senso analogo anche R. ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, cit., 39, che dichiara esplicitamente di accogliere le osservazioni di Giunta. Si ritiene di poter ricondurre a questo orientamento anche le osservazioni espresse da A. MELCHIONDA, *La responsabilità penale dei sindaci di società commerciali: problemi attuali e prospettive di soluzione*, cit., 74, quando parla di «*diretto potere di ingerenza*» nell'operato dei controllati.

In senso analogo, nella dottrina successiva: L. MANDELLI, *I «sindaci» di s.p.a. tra doveri di sorveglianza e posizioni di garanzia*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2009, 451.

<sup>125</sup> F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, op. cit., 169.

sull'intero *iter criminis*, posto del resto che questa condizione, nel concreto dell'organizzazione societaria, è ridotta a casi assolutamente eccezionali.

La predetta indagine astratta deve poi essere completata da una correlata analisi pratica. Nel valutare la responsabilità penale per l'omesso impedimento del reato altrui è infatti inscindibile il legame tra valorizzazione *ex ante* del potere impeditivo e giudizio sulla sua efficacia eziologica rispetto al reato non impedito. La punibilità della condotta omissiva, si diceva, attraverso considerazioni che riteniamo pienamente condivisibili<sup>126</sup>, deve essere subordinata alla prova in giudizio che, nel caso concreto, il suo corretto esercizio avrebbe inciso sul processo di realizzazione dell'operazione criminosa, impedendone la conclusione<sup>127</sup>. Sarebbero, a tal stregua, inscindibili i due momenti di valutazione<sup>128</sup>: la verifica in astratto della portata impeditiva dei poteri attribuiti al singolo e la successiva valutazione *ex post* della efficacia causale dei detti poteri nel caso specifico<sup>129</sup>.

---

<sup>126</sup> Si rinvia a quanto verrà analizzato più ampiamente *infra*, Cap. II.

<sup>127</sup> Per una specifica individuazione e distinzione tra elementi astratti e concreti della fattispecie di reato omissivo improprio, si veda, per tutti: C. E. PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, 821 e ss.

<sup>128</sup> In questo senso, già P. ARDÌA, *La responsabilità penale dei sindaci di società di capitali per l'omesso impedimento dei reati degli amministratori*, in *Dir. pen. e proc.*, 2002, 1255.

Le teorie sono state attentamente sviluppate ed applicate in particolare negli studi di Francesco Centonze, si vedano in particolare: F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari. (Una lettura critica della recente giurisprudenza)*, in *Riv. soc.*, 2012, 334; ID., *La «partnership» pubblico-privato nella prevenzione del riciclaggio e il problema della posizione di garanzia dei componenti degli organi di controllo*, in *Studi in onore di Mario Romano*, M. BERTOLINO-L. EUSEBI-G. FORTI (a cura di) Vol. III, Napoli, Jovene, 2011, 1784 e ss.; ID., *Controlli societari e responsabilità penale*, *op. cit.*, 169; ID., *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi. I limiti dell'intervento penalistico e le indicazioni del sistema Statunitense*, *cit.*, 1037.

In prospettiva analoga si sono orientate le ricerche di Attilio Nisco, in A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, *op. cit.*, 219, 295. L'Autore osserva infatti come il paradigma eziologico, pur presentando limiti applicativi indiscutibili, mantiene comunque un valore irrinunciabile quale parametro tecnico rispetto ai contributi di concorso. E afferma «il potere quale elemento che contraddistingue la posizione, coincide con una possibilità, non ancora con la causa. Ma, pur non coincidendo con essa - solo prefigurandola - la nozione di potere qui suggerita è comunque compatibile con la nozione penalmente rilevante di causa. Quest'ultima va identificata nella condizione necessaria ancorché non sufficiente, affinché si produca un determinato evento».

Precorritrici rispetto a questi orientamenti le osservazioni di Pedrazzi in C. PEDRAZZI-F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persona diversa dal fallito*, *cit.*, 281.

<sup>129</sup> F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, *op. cit.*, 169 e 170.

In senso critico, invece: C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, in *Criminalia* 2012, 670 e ss. secondo cui simili rilievi finiscono per spostare l'attenzione sulla *questio facti* della prova della responsabilità, mentre simile sbilanciamento in favore dell'accertamento in

A conclusione di questo breve *excursus*, emerge un primo aspetto fondamentale. Al di là del modo di intendere il concetto di potere «impeditivo», le diverse tesi elaborate dalla dottrina, con alcune circoscritte eccezioni<sup>130</sup>, convergono su di un aspetto di fondamentale rilievo: l'opportunità di distinguere i poteri/doveri di mera vigilanza, che, come visto, fondano le posizioni c.d. di sorveglianza, prive di rilievo sul piano penale, dai poteri/doveri *stricto sensu* impeditivi dell'evento lesivo, che connotano la singola posizione di garanzia, rilevante questa, invece, *ex art. 40 cpv. c.p.*<sup>131</sup>.

I poteri di sola vigilanza devono intendersi semplicemente atti a «sondare» la situazione di fatto, al fine di acquisire conoscenza circa l'eventuale esistenza di fatti pregiudizievoli. Al contrario, il potere di reazione sull'azione altrui, che possa dirsi impeditivo, si intende precipuamente volto ad inibire l'*iter criminis* e si correla direttamente all'obbligo di garanzia previsto dall'ordinamento. Potremmo dire che il potere di vigilanza si leghi all'eventuale potere di intervento in una logica, al più, di progressione: l'attività di supervisione può dunque rivelarsi *propedeutica* all'esercizio di quest'ultimo, consentendo al controllore di entrare a conoscenza di eventuali illeciti da impedire, ma esso non potrà mai considerarsi coincidente rispetto all'adempimento dell'obbligo giuridico di impedire<sup>132</sup>, come invece risultava dalle pronunzie giurisprudenziali di fine secolo.

In breve, là dove il controllo prescritto dalla norma civilistica non sia correlato ad un dovere/potere di impedimento, lo stesso si tradurrà necessariamente in una mera operazione di verifica ed informazione, che la dottrina, come si è visto, fa rientrare nella categoria dei semplici «obblighi di sorveglianza», il cui mancato esercizio non può rilevare in sede penale - a meno che, è sottinteso, non sussista una specifica norma che disciplini la stessa condotta di omessa vigilanza quale reato omissivo *proprio*.

Del resto, è vero che l'importanza di questa distinzione è stata evidenziata anche all'interno dei diversi progetti di riforma del codice penale italiano, che si sono susseguiti

---

concreto non dovrebbe precludere la possibilità di riuscire a orientare già *ex ante* la condotta impeditiva del garante.

<sup>130</sup> *Contra* questa distinzione tra obblighi di sorveglianza e obblighi di impedimento: G. GRASSO, in M-ROMANO-G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale, cit.*, 179; ID. *Il reato omissivo improprio, cit.*, 340 e ss., secondo cui non vi sarebbe ragione per operare una simile partizione, posto che anche gli obblighi di sorveglianza possono essere inquadrati tra gli obblighi di garanzia, a condizione che i poteri giuridici di cui è dotato l'obbligato consentano di neutralizzare la condotta illecita altrui.

In senso analogo anche: L. D. CERQUA, *La responsabilità penale dei sindaci delle società per azioni, cit.*, 1907 e ss.; ID. (a cura di), *Diritto penale delle società. Profili sostanziali e processuali*, Vol. I, Cedam, Padova, 2009, 205.

<sup>131</sup> Sul fatto che i doveri di vigilanza non si traducano necessariamente sempre in doveri di impedimento si era già espresso N. MAZZACUVA, *La responsabilità penale dei sindaci, cit.*, 367.

<sup>132</sup> Oltre alla dottrina già citata, specifici sul punto: G. P. ACCINNI, *Fatti di bancarotta e responsabilità penale degli amministratori senza delega, cit.*, 1510 e ss., in particolare 1522; più di recente M. LA ROSA, *Il «controllo» nelle società per azioni: profili penalistici*, in *Scritti di diritto penale dell'economia*, Giappichelli, Torino, 2007, 93 e ss.

a partire dai primi anni Novanta, quali il Progetto Pagliaro del 1992, ed il successivo progetto Grosso del 2000<sup>133</sup>. In essi, tra i temi su cui intervenire, si è infatti ribadita la necessità di stabilire una netta distinzione tra obblighi di impedimento e posizioni di mera vigilanza nella determinazione della tipicità oggettiva del reato omissivo improprio, benché poi, come ben noto, gli stessi non abbiano mai visto la luce.

### 3.1.1. La posizione degli amministratori non esecutivi.

Lo schema elaborato dalle diverse concezioni dottrinali veniva poi calato a vagliare le specifiche figure adibite al controllo societario, per verificare, a fronte dei principi enunciati dalle diverse teorie, se sussistessero reali posizioni di garanzia, attraverso cui giustificare una responsabilità penale per omesso impedimento del reato, posto concretamente in essere dagli amministratori delegati.

La prima posizione analizzata era quella dei membri del C.d.A., giudicata, non a torto, la «più esposta sul piano della garanzia», essendo questi investiti di un esteso obbligo di vicendevole controllo<sup>134</sup>. Sennonché, la analisi stessa della disciplina civilistica, punto di partenza per individuare doveri e poteri di vigilanza e di attivazione ad impedire il perpetrarsi dell'illecito, si rivelava particolarmente ostica<sup>135</sup>. Diversi studiosi denunciavano infatti una grave *incertezza* di fondo, che permeava di sé l'intero tessuto normativo, tanto che la stessa letteratura commercialistica, che per prima si era occupata di analizzare le posizioni sul piano civile-commerciale dei consiglieri amministrativi, risultava divisa in ordine alla pressoché totalità dei temi più rilevanti.

Si aprivano *querelle* sugli aspetti più diversi, a partire dalla natura dei doveri di vigilanza, per cui si discuteva sul fatto che fossero di titolarità collegiale ovvero azionabili dai singoli amministratori; si dibatteva sulle modalità con cui doveva essere adempiuto l'obbligo di controllo; allo stesso modo, si discuteva sulle capacità reattive dei membri del C.d.A.

I vari interrogativi non riuscivano a trovare una risposta univoca, a causa proprio della genericità del testo dell'articolo 2392 c.c. Nella sua originaria formulazione, antecedente alle modifiche introdotte con il d.lgs. 6 del 2003<sup>136</sup>, la norma si limitava

---

<sup>133</sup> La *Relazione* al progetto Pagliaro, in *Documenti Giustizia*, 3, 1992, menzionava tra i principi operativi questa necessaria distinzione, così come faceva quasi dieci anni più tardi la *Relazione* al progetto Grosso, in AA.VV., *Per un nuovo codice penale, II, Relazione della Commissione Grosso*, C. F. GROSSO (a cura di), Cedam, Padova, 2000.

<sup>134</sup> Così, C. PEDRAZZI-F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, cit., 278.

<sup>135</sup> In particolare, evidenziano l'incertezza del dettato normativo civilistico già: L. CONTI, *I soggetti*, in A. *Trattato di diritto penale dell'impresa*, DI AMATO (diretto da), Vol. I, Cedam, Padova, 1990, 258; A. ALESSANDRI, *Impresa (responsabilità penali)*, cit., 215.

<sup>136</sup> Riforma, che, come si vedrà nel prosieguo della trattazione ha apportato modifiche di ampio respiro, specificando peraltro il contenuto precettivo della norma in oggetto, *infra* § 4 e Capitolo II.

infatti a statuire che gli amministratori dovevano «*vigilare sul generale andamento*» della gestione societaria e chiamava gli stessi a fare «*quanto potevano*» per impedire il realizzarsi di atti pregiudizievoli<sup>137</sup>. La prima delle innumerevoli *vexatae quaestiones* che il dato testuale sollevava riguardava la stessa descrizione del dovere di vigilanza, che solo una parte della dottrina, benché maggioritaria, riteneva spettasse agli amministratori individualmente<sup>138</sup>. Si dibatteva in merito al relativo contenuto, che per alcuni Autori consisteva in un controllo analitico sui singoli atti, mentre per altri era da considerarsi limitato ad un vaglio sintetico sul generale andamento della gestione. Alla stessa stregua, molteplici dubbi sorgevano con riferimento all'individuazione e alle modalità di esercizio dei poteri di intervento sull'attività degli esecutivi, ritenuti dai più di competenza dell'intero collegio e dunque non azionabili dagli amministratori individualmente<sup>139</sup>.

Ebbene, proprio a partire da questa confusione interpretativa, una parte della letteratura penalistica, benché minoritaria, aveva preso spunto per sostenere persino che gli amministratori deleganti non potessero essere ritenuti responsabili per l'omesso impedimento del reato dei delegati. Si accedeva, più precisamente, ad un orientamento sviluppato in sede civile<sup>140</sup>, secondo cui, a fronte della particolare difficoltà pratica per i membri del consiglio privi di delega di controllare singolarmente l'operato degli esecutivi, l'ordinamento avrebbe volutamente evitato di attribuire loro poteri individuali così penetranti da assicurare l'impedimento dei reati di questi ultimi. Si sosteneva che «*evidentemente*» la legge, «*per il fatto stesso di non averli muniti di poteri adeguati*»

---

<sup>137</sup> Emblematica rappresentazione della pluralità di opinioni in merito alla interpretazione della disciplina civilistica è fornita dal celebre dibattito *I poteri di controllo degli amministratori «di minoranza» (membro del comitato esecutivo con «voto consultivo»?)*, riportato in *Giur. comm.*, 1980, I, 785 e ss.

<sup>138</sup> Così, tra i contributi più autorevoli: P. ABBADESSA, *Rassegna di dottrina italiana e straniera in materia societaria*, in *Riv. soc.*, 1971, 1094 e ss.; G. FARAONE, *In tema di responsabilità degli amministratori*, in *Riv. dir. comm.*, 1978, 2, 322 e ss.; A. DALMARTELLO-G. B. PORTALE, in *I poteri di controllo degli amministratori «di minoranza» (membro del comitato esecutivo con «voto consultivo»?)*, in *Giur. comm.*, 1980, 1, 796 e ss.; P. ABBADESSA, *ibidem*, 816 e ss.; F. BONELLI, *Responsabilità degli amministratori nelle società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1992, 52 e ss.

Secondo C. GRASSETTI, *I poteri di controllo degli amministratori «di minoranza» (membro del comitato esecutivo con «voto consultivo»?)*, 807 e ss., l'ordinamento avrebbe attribuito agli amministratori poteri individuali di vigilanza generica, mentre il potere di controllo analitico avrebbe carattere collegiale.

*Contra*, riteneva si trattasse di potere collegiale: E. MURTULA, *Sul dovere di vigilanza degli amministratori di società di capitali*, in *Dir. fall.*, 1968, II, 69 e ss.; G. FRÈ, *Società per azioni*, in *Commentario del codice civile. Libro del lavoro*, A. SCIALOJA-G. BRANCA (a cura di), Bologna, 1972, 480; G. MINERVINI, in *I poteri di controllo degli amministratori «di minoranza» (membro del comitato esecutivo con «voto consultivo»?)*, *cit.*, 785 e ss.; S. SCOTTI CAMUZZI, *Ibidem*, 812 e ss. - quest'ultimo A. precisava che l'accesso alle fonti informative potesse essere autorizzato al singolo amministratore.

<sup>139</sup> In questo senso si esprimevano, tra gli altri: O. CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni*, Giappichelli, Torino, 1976, 93 e ss. e F. GALGANO, *La società per azioni. Le altre società di capitali. Le cooperative*, Zanichelli, Bologna, 1978, 124 e ss., che distinguevano tra dovere di vigilanza, a carattere individuale, e dovere di intervento, a carattere invece collegiale.

<sup>140</sup> Questa la posizione di A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale*, *op. cit.*, 204.

dimostrava di non considerarli veri e propri garanti dei beni minacciati. In quest'ottica si interpretava anche l'inciso contenuto al secondo comma dell'art. 2392 c.c., per cui costoro dovevano fare «quanto potevano»: si riteneva che, così disponendo, era la legge, per prima, a «rendersi conto» della limitazione dei poteri dei singoli e ad aver circoscritto, quindi, anche i contenuti del relativo obbligo, che doveva intendersi, a tale stregua, obbligo di mera vigilanza<sup>141</sup>.

### 3.1.2. I membri del collegio sindacale.

Con riferimento alla posizione dei membri del collegio sindacale si registrava - e si registra invero tutt'ora - una netta distinzione tra opposti orientamenti dottrinali, che possono essere ricondotti a due principali filoni interpretativi. La prima tesi riconosceva in capo ai sindaci un effettivo ruolo di garanti dei beni giuridici facenti capo a società, creditori e terzi, coinvolti nella gestione dell'impresa. Tale convinzione muoveva dal presupposto che lo stesso art. 2407 c.c., nel chiamare i sindaci a rispondere in solido con gli amministratori per i fatti o le omissioni di questi, dove il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato diligentemente, starebbe a dimostrare che, tra gli altri, i sindaci hanno anche un obbligo di impedimento di eventi dannosi realizzati nell'amministrazione della società.

Altra parte della dottrina si oppone a confutare tale assunto e osservava che nel testo dell'art. 2407, comma 2, c.c. non viene fatta in realtà alcuna esplicita menzione ad una responsabilità dei sindaci per omesso impedimento degli illeciti degli amministratori. In tale lacuna starebbe il primo segnale del fatto che l'ordinamento non abbia inteso riconoscere idonei poteri/doveri impeditivi ai membri del collegio sindacale.

L'argomento addotto a suffragio dell'una o dell'altra tesi poggiava, chiaramente, sul diverso modo di intendere il concetto di *potere impeditivo*.

Si muoveva in entrambi i casi dalla comune constatazione per cui i doveri di controllo imposti dalla legge civile in capo ai sindaci, come riconosciuto dalla letteratura commercialistica<sup>142</sup>, sono innanzitutto doveri di vigilanza sulla attività sociale,

---

<sup>141</sup> A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale*, op. cit., 204. Nello stesso senso: G. P. ACCINNI, *Fatti di bancarotta e responsabilità penale degli amministratori senza delega*, cit., 1525; E. M. AMBROSETTI-E. MEZZETTI-M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., 110. Per le prime osservazioni in questa direzione, si veda: G. ALICE, *Rilevanza della ripartizione di competenze tra organi diversi dell'impresa nella fattispecie di reato*, in *Giust. pen.*, 1980, II, 513 e ss., alle cui considerazioni si rifaceva lo stesso Fiorella.

<sup>142</sup> Controllo che, già nelle tesi della dottrina formatasi nel vigore della previgente disciplina codicistica, non poteva limitarsi a mero riscontro formale sull'osservanza della legge. Secondo l'orientamento maggioritario, si doveva ritenere comprendesse anche un potere/dovere di verifica di merito, *id est* di verifica del grado di prudenza e di redditività economica della gestione. In questo senso, tra i più autorevoli studi: G. DOMENICHINI, *Il collegio sindacale nelle società per azioni*, in *Trattato di diritto privato*, P. RESCIGNO (diretto da), Vol. XVI, Utet, Torino, 1985, 563 e ss.; G. CAVALLI, *I sindaci*, in

sull'osservanza della legge e dell'atto costitutivo, sulla contabilità<sup>143</sup>. A queste attività sono poi direttamente connessi doveri di informazione sugli esiti dei controlli espletati: «dal dovere di redigere il verbale delle riunioni (art. 2404 c.c.), al dovere di redigere particolari relazioni, il caso di maggior rilievo è la relazione all'assemblea sull'esercizio sociale, sulla tenuta della contabilità e sul bilancio, ai sensi dell'art. 2432, 2 comma, c.c.; ma ricordiamo anche il dovere di relazione all'assemblea sugli accertamenti (ex art. 2408 c.c.)»<sup>144</sup>. In correlazione a tali poteri/doveri di informazione, si aggiungevano puntuali riferimenti a specifici poteri/doveri di attivazione, quali la possibilità di richiedere la riduzione di capitale per le perdite, ex art. 2446 c.c., il dovere di sostituirsi al C.d.A. dove questo non avesse provveduto a convocare l'assemblea dei soci, o non avesse eseguito le pubblicazioni prescritte dalla legge, ai sensi dell'art. 2406 c.c.; il potere di impugnativa delle delibere assembleari o consiliari, di cui agli artt. 2377 e 2391 c.c. Si aggiungeva, di poi, che il testo dell'art. 2409 c.c. riconosceva al singolo membro del collegio sindacale il potere/dovere di esortare il Pubblico ministero a denunciare al Tribunale gravi irregolarità nella gestione.

In breve, si osservava, l'ordinamento riconosceva in capo ai sindaci prerogative di indagine, di relazione sui risultati degli accertamenti e poteri di impugnativa e di impulso. Attribuzioni che, secondo il primo dei menzionati orientamenti dottrinali, rientravano nel concetto di potere impeditivo e dunque operavano quale presupposto della responsabilità penale del singolo sindaco nel caso in cui, a fronte della loro omissione, non fosse stata impedita la commissione di un reato, materialmente posto in essere dagli amministratori delegati. Alla base di questa convinzione si poneva dunque una lettura più ampia del concetto di potere impeditivo, definito come potere in grado di neutralizzare la condotta illecita altrui, ponendosi in qualunque fase del processo criminoso, e dunque non come potere diretto ed immediato sulla condotta altrui.

Le teorie più elastiche, di poi, giungevano a far coincidere tale potere, nella sua espressione più lata, con la semplice *segnalazione*. Si affermava, precisamente, che, segnalando in sede societaria l'esistenza di anomalie, oggetto di precipuo accertamento o soltanto sospettate a seguito dei controlli effettuati, il sindaco potesse portare allo scoperto l'esistenza di circostanze su cui altri potevano concretamente intervenire per evitare il realizzarsi dell'illecito. Il potere impeditivo si esercitava sul reato *in fieri* quale sollecitazione di altri ad intervenire - lo stesso collegio sindacale o il Pubblico ministero, ai sensi dell'originario 2409 c.c. La prerogativa del singolo sindaco di attivarsi per far conoscere l'esistenza dell'illecito a chi poteva poi adoperarsi per evitarlo era dunque

---

G. E. COLOMBO-G. B. PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, Vol. V, Utet, Torino, 1988, 94 e ss.; M. FRANZONI, *Le responsabilità degli amministratori e dei sindaci*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, F. GALGANÒ (diretto da), Cedam, Padova, Vol. XIX, 1994, 144 e ss.

<sup>143</sup> Sul tema si tornerà più ampiamente *infra*, Cap. II.

<sup>144</sup> F. STELLA-D. PULITANÒ, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, cit., 559.

considerata come possibile esplicazione dell'obbligo di garanzia, rilevante ai sensi e per gli effetti di cui al capoverso dell'art. 40 c.p.<sup>145</sup>.

Di opposto avviso erano le tesi maggioritarie, sviluppate a cavallo tra gli anni Ottanta e Novanta, fondate, come si è visto innanzi, su di una concezione particolarmente ristretta di potere - ovvero *potestà* - di impedimento. Questo, identificato nella capacità di operare un intervento diretto e risolutivo sulla situazione di pericolo<sup>146</sup> per il bene tutelato, ovvero nella imposizione di un dovere di conformazione ricadente nella sfera giuridica altrui<sup>147</sup>, si riteneva esulasse dal novero delle prerogative riconosciute in capo ai sindaci dall'ordinamento<sup>148</sup>.

### 3.1.3.I «reati da impedire».

Problema strettamente correlato alla individuazione di un obbligo di impedimento per amministratori privi di poteri esecutivi e sindaci era quello legato al suo oggetto.

Per le opinioni dottrinali che avevano argomentato la sussistenza in capo ai predetti soggetti di una posizione rilevante ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p., si poneva la conseguente questione conseguente legata alla necessità di delinearne l'area di applicazione, puntualizzando quali fossero in concreto i reati che dovevano essere impediti. Anche in questo ambito le critiche mosse alle soluzioni adottate dalla giurisprudenza furono particolarmente vivaci, specie per quanto riguardava la responsabilità dei membri del collegio sindacale.

L'orientamento maggioritario si era pervicacemente opposto alle tesi dei giudici, secondo cui i sindaci dovrebbero rispondere per qualsivoglia tipologia di reato, financo

---

<sup>145</sup> A partire dalle osservazioni di F. STELLA-D. PULITANÒ, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, cit., 563, si esprimevano poi nello stesso senso, verso la fine degli anni '90: M. COLIVA, *Illegale ripartizione di utili e responsabilità dei sindaci. Le altre omissioni e inosservanze del collegio sindacale*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, N. MAZZACUVA (a cura di), Vol. II, Cedam, Padova, 1992, 203 e ss.; P. ARDÌA *La responsabilità penale dei sindaci di società di capitali per l'omesso impedimento dei reati degli amministratori*, cit., 1255 ss.; L. D. CERQUA, *La responsabilità penale dei sindaci delle società per azioni*, cit., 1925 ss.

<sup>146</sup> Era questa la tesi sostenuta da Isabella Leoncini e Ferrando Mantovani, di cui al paragrafo 3.1., costruita sulla posizione di Antonio Fiorella.

<sup>147</sup> In questi termini si era espresso Nicola Pisani, poi ripreso da una parte della dottrina successiva.

<sup>148</sup> Si aggiungeva che tale conclusione poteva considerarsi coerente con i principi di diritto commerciale, che vorrebbero il collegio adibito prevalentemente ad una funzione di vigilanza, e come tale estraneo alla gestione sociale, al contrario di quanto accade per il consiglio di amministrazione. Così, I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., 174. Nel senso di escludere una posizione di garanzia rilevante ex art. 40 cpv. c.p. in capo ai sindaci, nella dottrina successiva: A. MELCHIONDA, *La responsabilità penale dei sindaci di società commerciali*, cit., 48 e ss.; M. LA ROSA, *Il «controllo» nelle società per azioni: profili penali*, cit., 103.

reati comuni posti in essere in danno dei terzi, quando realizzati nell'esercizio dell'attività istituzionale degli amministratori<sup>149</sup>.

Le sentenze sul punto adducevano che il compito di controllo assegnato ai sindaci dall'art. 2403 c.c. sarebbe stato in realtà ampio ed esteso, essendo gli stessi chiamati a vigilare sulla generica applicazione della legge, a tutela di *tutti* i beni coinvolti nella gestione dell'impresa<sup>150</sup>. Sennonché, come si diceva, una simile interpretazione era stata ritenuta dai più eccessivamente lata.

L'orientamento critico della dottrina accoglieva la tesi di una parte degli studiosi di diritto commerciale, secondo cui l'oggetto del controllo sindacale non si estenderebbe, invero, all'intera gestione della società, ma riguarderebbe esclusivamente la specifica attività degli amministratori, quale individuata dalle norme di diritto commerciale<sup>151</sup>. A questa stregua, si osservava che il conseguente dovere di impedimento non poteva essere ampliato a qualsivoglia condotta illecita accertabile nello svolgimento dell'esercizio societario, ma doveva intendersi circoscritto a quelle sole condotte rientranti nelle competenze proprie degli amministratori, previste dalla legge.

Ad ulteriore sostegno di questa convinzione si poneva una considerazione di tipo pragmatico<sup>152</sup>, per cui l'attribuire ai sindaci il dovere di impedire qualsivoglia illecito penalmente rilevante, che possa essere commesso nell'esercizio dell'impresa societaria, si rivelerebbe eccessivo, dal momento che, così opinando, si finirebbe per assegnare a costoro un obbligo insostenibile all'atto pratico. Dunque, il dovere di controllo e correlato potere/dovere di impedimento per i membri del collegio sindacale non poteva che

---

<sup>149</sup> Esplicita l'affermazione di diritto in Cass. Pen. Sez. V, 28 febbraio 1991, Cultrera, in *Cass. Pen.*, 1991, 1849. Si veda, altresì: Cass. Pen. Sez. Fer., 31 agosto 1993, Minelli, in *Cass. Pen.* 1994, 716, in cui si afferma, sia pur in *obiter dictum*, la possibilità di ritenere responsabili i sindaci ex art. 40 cpv. c.p. per il reato di costruzione abusiva. Si veda anche Trib. di Milano, 28 novembre 1987 in materia di truffa.

Tesi definite da taluno il frutto di un «grave disagio concettuale», ritenendo la estensione dell'obbligo di garanzia dei sindaci a tal stregua *sganciata* dall'ambito di effettivo controllo esercitato dagli stessi sull'attività sociale. N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, cit., 19.

<sup>150</sup> Particolarmente critico su questo punto A. MELCHIONDA, *La responsabilità penale dei sindaci di società commerciali: problemi attuali e prospettive di soluzione*, cit., secondo cui simile concezione verrebbe a modificare i contenuti della posizione istituzionale dei sindaci, che diverrebbe una *posizione di protezione*.

<sup>151</sup> Così, specificamente F. STELLA-D. PULITANÒ, cit., 560-561, che si richiamavano all'interpretazione della dottrina commercialistica maggioritaria. Si veda, per tutti, il lavoro citato dagli stessi Autori: P. FERRO LUZZI, *La funzione dei sindaci nel codice civile e nella legge bancaria*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1985, I, 42 e 46. La teoria citata è stata poi oggetto di profonde critiche da parte della dottrina successiva, specie a fronte delle modifiche apportate con la riforma del 2003, per tutti: S. AMBROSINI, *Il collegio sindacale*, in *Trattato di diritto privato*, P. RESCIGNO (diretto da), Vol. XVI, 239. Sul tema si tornerà più ampiamente *infra*, Cap. II.

<sup>152</sup> P. BERNAZZANI, *I responsabili dei reati fiscali nella struttura dell'impresa*, in *Dir. pen. e proc.*, 1997, 1275.

intendersi limitato ai soli reati che possono essere commessi nell'ambito degli specifici meccanismi di amministrazione<sup>153</sup>.

Sulla base di queste considerazioni, si asseriva che la posizione di garanzia dei sindaci poteva avere ad oggetto i soli reati *propri* degli amministratori, cui si aggiungevano gli illeciti fiscali<sup>154</sup>, considerati le uniche fattispecie comuni rientranti nell'orbita del controllo sindacale e, come tali, oggetto del relativo potere/dovere di impedimento<sup>155</sup>.

La riportata tesi, tuttavia, non incontrava il consenso della dottrina unanime, tacciata da taluno di eccessivo formalismo<sup>156</sup>. Secondo alcuni Autori il criterio determinante per definire l'estensione della posizione di garanzia dei sindaci doveva essere riscontrato nella attinenza o meno della fattispecie del reato all'esercizio *concreto* dell'attività istituzionale degli amministratori. Si accedeva alle considerazioni espresse dalla giurisprudenza e si sosteneva che, nella delimitazione della responsabilità, non si doveva tanto avere riguardo all'astratta previsione normativa delle mansioni e dei compiti degli amministratori esecutivi, bensì si doveva fare riferimento alla sfera della gestione sociale declinata nella sua dimensione pratica, effettiva, in cui rientra dunque anche l'eventuale esercizio abusivo o deviante della stessa attività amministrativa.

Si adducevano considerazioni di tipo deduttivo. Si osservava come, nella prassi, può ben darsi il caso di un illecito che, pur rientrando nel novero dei reati propri dell'amministratore, venga commesso al di fuori della gestione sociale e, dunque, di conseguenza, al di fuori dell'area di controllo dei sindaci - come per l'ipotesi di *insider trading*. Allo stesso modo, vi possono essere reati comuni che, però, si inseriscono nell'ambito dell'attività istituzionale degli amministratori, «*vuoi traducendosi in forme di distrazione del patrimonio sociale, vuoi traducendosi in una strategia di*

---

<sup>153</sup> In questo senso: G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, op. cit., 358.

<sup>154</sup> Sul tema si erano già espressi: L. CHIARAVIGLIO, *Compiti e responsabilità dei sindaci di società di capitali e dei revisori dei conti*, in *Riv. soc.*, 1979, 547; P. NUVOLONE, *La responsabilità penale degli amministratori e sindaci di società di capitali in materia tributaria e valutaria*, in *Il diritto penale degli anni '70*, Cedam, Padova, 1982, 542 e ss.; T. PADOVANI, *I soggetti responsabili per i reati tributari commessi nell'esercizio dell'impresa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, cit., 389 e ss.

<sup>155</sup> Il fondamento normativo veniva ravvisato nell'allora vigente art. 8, comma 5, D.P.R. 600 del 1973, in forza del quale le dichiarazioni dovute da enti e società presso cui esista un organo di controllo dovevano essere firmate anche dai componenti del collegio sindacale. Si riteneva che tale dovere sottendesse obblighi di verifica del contenuto dell'atto, il che avrebbe imposto un controllo sulla attività amministrativa rilevante nello schema dell'omissione impropria. In questi termini F. STELLA-D. PULITANÒ, *La responsabilità penale dei sindaci*, più volte citato; nella letteratura precedente: A. D'AVIRRO-U. NANNUCCI, *I reati nella legislazione tributaria*, Cedam, Padova, 1984, 405 e ss. In senso contrario, invece, A. PATALANO, *La responsabilità penale di amministratori e sindaci*, in *Il Fisco*, 1983, 2535 e ss.

<sup>156</sup> L. FOFFANI, *Reati societari*, in *Manuale di diritto penale dell'impresa*, in *Manuale di diritto penale dell'impresa*, op. cit., Bologna, 1999, 336 e ss.

*perseguimento dell'oggetto sociale in forme e con mezzi non consentiti dalla legge*<sup>157</sup> - come nel caso dell'appropriazione indebita, o della corruzione.

Questa seconda tesi, legata alla constatazione secondo cui una valutazione ancorata a concezioni di tipo puramente astratto si sarebbe tradotta in una definizione parziale e slegata dalle normali dinamiche dei complessi societari, viene oggi accolta dalla concezione maggioritaria e, com'era prevedibile, trova pieno riscontro nelle pronunce della giurisprudenza più recente.

### **3.2. L'accertamento del nesso di causalità.**

Nella ricostruzione della tipicità obiettiva del reato omissivo improprio, sin dai primi studi la dottrina ha prestato particolare attenzione al *topos* del nesso di causalità e alla relativa prova in giudizio, precisando come sia indispensabile accompagnare, alla valutazione astratta di una possibilità di intervento per il singolo sull'azione altrui, la verifica pratica della «*concreta e comprovabile idoneità*» di tale intervento ad impedire l'illecito nel caso di specie<sup>158</sup>. Si tratta di una valutazione che, come si è avuto modo di osservare, nelle sentenze della giurisprudenza sul tema dell'omesso controllo in ambito societario era stata elusa, sostituita da presunzioni totalmente astratte.

Per vero, la connessione causale tra la condotta omissiva del soggetto e la realizzazione del reato da parte degli esecutivi, nella grande maggioranza dei casi, veniva ricostruita attraverso una confusa sovrapposizione di piani: l'accertamento dei giudici verteva, non già, sul processo eziologico che aveva condotto alla realizzazione dell'illecito del terzo, ma si concentrava sulle sole conseguenze dannose dello stesso reato.

Emblematica, al proposito, la motivazione della Sezione V della Corte di Cassazione nel caso Sindona<sup>159</sup>, che, con riferimento alla responsabilità dei membri del

---

<sup>157</sup> L. FOFFANI, *ibidem*, 337. La tesi è poi stata accolta da una ampia parte della dottrina successiva, si vedano: G. D. CERQUA, *La responsabilità dei sindaci nelle società per azioni*, cit. 1921; G. MAZZOTTA-A. D'AVIRRO, *Profili penali del controllo nelle società commerciali. Sindaci, revisori, autorità indipendenti*, Giuffrè, Milano, 2006, 132. Pare ricollegarsi a questo orientamento anche F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penali*, cit., 292 e ss.

Prime considerazioni in questo senso si rinvenivano peraltro in U. NANNUCCI, *La responsabilità dei sindaci*, in *Il fisco*, 1985, 744 e ss., in cui l'A. proponeva una chiave interpretativa intermedia tra le concezioni più formalistiche della dottrina e l'approccio della giurisprudenza, sostenendo che la posizione di garanzia dei sindaci rilevarebbe rispetto ai reati propri degli amministratori e solo eccezionalmente rispetto ai reati comuni, quando questi siano stati commessi attraverso atti od attività del C.d.A., o comunque in genere rientranti nella sfera di controllo dei sindaci.

<sup>158</sup> Con riferimento specifico allo schema del concorso mediante omissione, autorevole dottrina aveva affermato che il «*substrato concausale del concorso di persone si arricchisce della causalità per omesso impedimento*», di cui all'art. 40 cpv. c.p. C. PEDRAZZI-F. SGUBBI, *Reati commessi da persone diverse dal fallito*, cit., 276.

<sup>159</sup> Cass. Pen. Sez. V, 26 giugno 1990, Bordonì, in *Cass. Pen.* 1991, 828. Si veda *supra*, § 2.1.

C.d.A., nel confermare le precedenti pronunzie dei giudici del merito, si era limitata ad affermare che «*nel meccanismo causale rientra l'ipotesi prevista nel cpv. dell'art. 2392 c.c. in cui l'omissione si riferisce all'intervento per eliminare od attenuare le conseguenze dannose che nell'ambito del reato di bancarotta prefallimentare sono di norma in diretta correlazione con lo stato di insolvenza e si riflettono sul fallimento, assumendo rilievo penale*». E aveva proseguito: «*nella specie, i finanziamenti eseguiti provocavano il depauperamento delle risorse finanziarie delle banche, come momento genetico, ma gli effetti dannosi perduravano nel tempo in dipendenza della natura delle operazioni fiduciarie poste in essere, di guisa che l'intervento dell'amministratore avrebbe potuto trovare concreta ed utile attuazione*». Non si era precisato quale intervento l'amministratore avrebbe dovuto effettuare e quale efficacia concreta lo stesso avrebbe avuto per impedire il reato di bancarotta posto materialmente in essere dall'esecutivo.

La Corte si era limitata, come è evidente dal passaggio motivazionale riportato, ad un generico riferimento alla norma civilistica, fonte dell'obbligo di attivazione, e aveva parlato, altrettanto genericamente, delle possibilità dell'amministratore di intervenire per «*eliminare*» ovvero, semplicemente, per «*attenuare*» le conseguenze dannose dell'illecito altrui. L'accertamento della rilevanza eziologica dell'omissione era stato fatto ricadere dunque sulle conseguenze stesse del reato di bancarotta, già realizzato dagli esecutivi. Si era posta l'attenzione sul solo fatto che l'amministratore delegante avrebbe potuto intervenire su tali conseguenze, in qualsiasi momento, quantomeno riducendone gli effetti dannosi; ed invero, sul dato fattuale per cui era mancato un qualsivoglia intervento in tal senso si era appuntato il riscontro della responsabilità omissiva.

L'insoddisfazione ingenerata da simile prassi applicativa aveva sollevato nutrite critiche negli ambienti della ricerca penalistica. Del resto, già Alberto Crespi, sul finire degli anni Cinquanta, con specifico riferimento ai reati commessi nell'ambito dell'amministrazione societaria, aveva precisato che l'omissione da ritenersi penalmente rilevante, secondo lo schema dell'omesso impedimento di reato, deve necessariamente risultare dotata di effettiva efficacia causale, da dimostrarsi nel concreto, «*occorrendo che essa abbia a risolversi nella eliminazione di un ostacolo giuridico posto ad impedire la commissione del delitto*»<sup>160</sup>.

In antitesi rispetto all'orientamento espresso dai giudici in sede di ricostruzione della responsabilità omissiva dei preposti al controllo, la dottrina tendeva verso concezioni di impronta garantista, in cui argomentava una lettura del nesso causale come elemento della tipicità oggettiva della fattispecie omissiva impropria, la cui rigorosa

---

<sup>160</sup> A. CRESPI, *Reato plurisoggettivo e amministrazione pluripersonale della società per azioni*, cit., 541. Sulla importanza dell'accertamento rigoroso del nesso, ancora prima: F. ANTOLISEI, *L'obbligo d'impedire l'evento*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1936, 6. In termini analoghi si esprimeva anche G. CONTENUTO, *Corso di diritto penale*, Vol. II, Laterza, Bari, 1996, 89 e ss.; P. VENEZIANI, *La responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento: problemi attuali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, 1143 e ss.

dimostrazione in processo era da considerarsi imprescindibile per la configurazione stessa del reato.

La diatriba dottrinale e giurisprudenziale sorta sul tema era approdata ad un punto di svolta verso l'inizio dei primi anni 2000, grazie ad una fondamentale pronuncia della Corte di Cassazione. Il problema relativo alla ricostruzione del nesso tra condotta omissiva ed evento, come ampiamente noto, ha rappresentato - e rappresenta invero tutt'ora - uno degli aspetti maggiormente dibattuti nello studio del diritto penale. Le peculiarità delle caratteristiche ontologiche della stessa condotta, consistente non già in un'azione, bensì in un *non fare*<sup>161</sup>, si riflettono infatti, comprensibilmente, su diversi aspetti della fattispecie, tra cui spicca per complessità la connessione con l'evento non impedito. L'incertezza ermeneutica, nell'anno 2002, aveva richiesto il fondamentale intervento delle Sezioni Unite. La Corte, nel suo massimo consesso, si era pronunciata con la ormai celeberrima sentenza Franzese, come ampiamente noto, emessa in un caso di responsabilità colposa di un medico per il decesso del paziente<sup>162</sup>.

Con la pronuncia citata, nell'esercizio della sua più alta funzione nomofilattica, la Corte ha affermato una serie di principi di fondamentale rilievo, sancendo l'identità strutturale del metodo di accertamento della causalità omissiva rispetto a quello della causalità attiva<sup>163</sup>.

---

<sup>161</sup> Non è possibile approfondire la tematica in questa sede. Basti far presente che, secondo una parte della dottrina antecedente, causalità attiva e causalità omissiva dovevano essere considerate tra loro differenti, poiché la seconda, fondata su di un non fare richiederebbe un accertamento a valore ipotetico e prognostico. Tale convinzione, come ben noto, è stata oggetto di approfondite critiche, mosse da Federico Stella, che ha invece sostenuto l'identità dei due processi. Il dibattito è riportato chiaramente in: F. STELLA, in *Commentario breve al codice penale*, A. CRESPI-F. STELLA-G. ZUCCALÀ (a cura di), Cedam, Padova, 1992, 114 e ss. e M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 375.

<sup>162</sup> Cass. Pen. Sez. Un., 10 luglio 2002, 30328, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 767, con nota di F. STELLA, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza della causalità delle sezioni unite della Suprema Corte di cassazione*; in *Cass. Pen.*, 2002, 12, 3661, nota di T. MASSA, *Le sezioni unite a «nuvole ed orologi»: osservazioni sparse sul principio sul principio di causalità*; in *Foro it.*, 2002, 2, 601, con nota di O. DI GIOVINE, *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle sezioni unite*; in *Resp. civ. e prev.*, 2003, 1, 105, con nota di M. MACRÌ, *Responsabilità medica: unico criterio metodologico processuale di accertamento della sussistenza del nesso causale per i reati omissivi e commissivi*; in *Dir. pen. proc.*, 2003, 1, 50, con nota di A. DI MARTINO, *Il nesso causale attivato da condotte omissive tra probabilità, certezza e accertamento*; in *Cass. pen.*, 2003, 4, 1176, con nota di R. BLAIOTTA, *Con una storica sentenza le Sezioni unite abbandonano l'irrealistico modello nomologico deduttivo di spiegazione causale di eventi singoli. Un nuovo inizio per la giurisprudenza*; ibidem, con nota di E. DI SALVO, *Nesso di causalità e giudizio controfattuale*; in *Dir. e giust.*, con nota di V. PEZZELLA.

<sup>163</sup> In questo senso si era già espressa esplicitamente la Quarta Sezione della Corte di Cassazione: Cass. Pen. Sez. IV, 28 settembre 2000, 1688, Baltrocchi; Cass. Pen. Sez. IV, 28 novembre 2000, 2123, Di Cintio; Cass. Pen. Sez. IV, 29 novembre 2000, 2139, Musto, con nota di F. CENTONZE, *Causalità attiva e causalità omissiva: tre rivoluzionarie sentenze della giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 277.

Accogliendo le posizioni espresse da una parte della dottrina<sup>164</sup>, come noto, ha statuito che il nesso di condizionamento, anche nel caso di omissione, deve essere necessariamente vagliato attraverso la formula della *condicio sine qua non* e ricondotto sotto leggi scientifiche. Nel giungere ad un simile risultato, le Sezioni Unite avevano respinto recisamente le concezioni alternative, proposte da parte della giurisprudenza precedente, della idoneità della condotta e dell'aumento del rischio, le quali, secondo quanto osservava la stessa Corte, individuerrebbero una nozione «debole» di causalità, con l'effetto di determinare la «volatilizzazione del nesso eziologico»<sup>165</sup>.

In specie, con riferimento alla teoria dell'aumento del rischio da ultimo citata, cui sovente ricorrono i giudici in tema di controllo, le Sezioni Unite avevano ribadito l'opportunità che venisse ripudiata nel sistema penale. Per essa, il nesso sarebbe da ritenere sussistente dove l'omissione abbia aumentato - o anche soltanto non diminuito - il rischio di produzione dell'evento lesivo, di tal ché, per imputare l'evento non impedito al soggetto sarebbe sufficiente verificare che l'azione doverosa avrebbe potuto incrementare le possibilità di salvezza del bene giuridico, o per lo meno ridurre il pericolo cui lo stesso era esposto. Ebbene, secondo la Cassazione, una concezione sì flessibile del rapporto eziologico finirebbe, a ben osservare, per comportare un'espansione «*abnorme*» della responsabilità per omesso impedimento dell'evento; la sfera del penalmente rilevante andrebbe ad estendersi a ritroso, fino a coinvolgere qualsivoglia condotta di omissione di per sé in realtà priva di portata lesiva - anche solo un'ipotesi di omessa vigilanza, per intendersi. La stessa teoria, in altre parole, dove condotta alle sue estreme conseguenze, si traduce nella violazione di basilari principi del diritto penale, quali il principio di legalità e tassatività della fattispecie, così come della responsabilità per fatto proprio<sup>166</sup>.

Dichiarati inaccettabili i menzionati criteri «alternativi» rispetto al modello della *condicio sine qua non*, per la ricostruzione del nesso anche di tipo omissivo, la Corte si è

---

<sup>164</sup> Per tutti: F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione casuale nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2000; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2003, 365 e ss.; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2019, 238 e ss.; S. BELTRANI, *Art. 40 c.p.*, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, G. LATTANZI-E. LUPO (a cura di), Vol. II, Milano, 2015, 75 e ss.

<sup>165</sup> Cass. Pen. Sez. Un., 10 luglio 2002, 30328, *cit.*, § 6.

<sup>166</sup> Cass. Pen. Sez. Un., 10 luglio 2002, 30328, *cit.*, § 6. La dottrina aveva fatto constare come la teoria dell'aumento del rischio, diversamente da quanto avviene per le fattispecie a base attiva, dove delimita talora un nesso causale già acquisito, nel reato omissivo finisce invece per sostituirlo integralmente. Sui riferimenti della dottrina italiana e tedesca sul punto, si veda: F. STELLA, *Il giudice corpuscolariano. La cultura delle prove*, Giuffrè, Milano, 2005. M. ROMANO, *Commentario*, *cit.*, 378. Per le posizioni più critiche: M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione «per aumento del rischio». Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 83; C. E. PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, *cit.*, 852 e ss. Successivamente, sul tema: G. MARINUCCI, *Causalità reale e causalità ipotetica nell'omissione impropria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 2, 523.

poi prodigata in ulteriori considerazioni relative alla prova processuale, che rappresentano uno dei passaggi più apprezzati della nota sentenza, e che nella presente sede non si può però far altro che richiamare in modo conciso.

Si statuiva, in specie, che il rapporto di causalità deve essere vagliato dalla duplice prospettiva della probabilità statistica e, contestualmente, della probabilità logica.

Il primo profilo fa riferimento alle leggi scientifiche di copertura, per cui, brevemente, si deve verificare, sul piano *astratto*, con quale frequenza ad un determinato antecedente segue il realizzarsi di un evento del tipo di quello che risulta verificatosi nel caso di specie. Tale coefficiente di probabilità statistica deve però intendersi necessario, benché non sufficiente nel processo di ricostruzione eziologica. Esso deve infatti essere vagliato alla stregua di un giudizio di alta probabilità logica: si deve accertare se, ipotizzando come avvenuta l'azione (omessa) che sarebbe stata doverosa nel caso di specie, ed esclusa l'interferenza di decorsi causali alternativi, l'evento non avrebbe avuto luogo, ovvero avrebbe avuto luogo in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva<sup>167</sup>, secondo un giudizio di credibilità *razionale*. Il procedimento logico - non dissimile, secondo le Sezioni Unite, dalla sequenza del ragionamento inferenziale cui si procede in tema di prova indiziaria *ex art. 192, comma 2, c.p.p.* - deve, più precisamente, condurre a concludere che, con «*alto grado di credibilità razionale*», la legge statistica che si sta considerando trovi concreta applicazione nel caso specifico oggetto di giudizio, per cui si può sostenere fondatamente che la condotta omissiva dell'imputato è stata condizione «*necessaria*» dell'evento; solo così, quest'ultimo può essere attribuito all'agente come fatto proprio<sup>168</sup>.

Lo *standard* probatorio richiesto per effettuare questo giudizio c.d. *controfattuale*, che immagina realizzata l'azione doverosa, e valuta le conseguenze della stessa, per ritenere sussistente l'elemento del nesso nella fattispecie concreta, non può che essere quello imposto dall'art. 533 del codice di rito. Per cui, per usare le parole utilizzate in sentenza, «*l'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza del nesso causale tra condotta ed evento, e cioè il ragionevole dubbio, in base all'evidenza disponibile, sulla reale efficacia condizionante dell'omissione dell'agente rispetto ad altri fattori interagenti nella produzione dell'evento lesivo comportano l'esito assolutorio del giudizio*»<sup>169</sup>.

---

<sup>167</sup> In proposito, si specifica che l'evento analizzato attraverso questo giudizio deve essere valutato come verificatosi *hic et nunc*. Sul punto, F. MANTOVANI, *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, 4, 984,

<sup>168</sup> E. DI SALVO, *Nesso di causalità e giudizio controfattuale*, in *Cass. Pen.*, 2003, 12, 3799. In senso analogo: G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale, op. cit.*, 238-239.

<sup>169</sup> Cass. Pen. Sez. Un., 10 luglio 2002, 30328, massimata in banca dati *DeJure*.

Una parte della dottrina ha poi osservato come con l'esplicito riferimento in motivazione al paradigma dell'oltre ogni ragionevole dubbio sia plausibile che le Sezioni Unite abbiano inteso ribadire l'imprescindibile necessità di giungere ad una rigorosa dimostrazione della sussistenza dell'elemento

Questi stessi principi di distinzione tra analisi *ex ante* in astratto e necessaria valutazione *ex post* in concreto, ricostruiti dalla Corte con riferimento alla fattispecie monosoggettiva del reato omissivo, sono poi stati ripresi sempre dalle Sezioni Unite, con riferimento al concorso di persone nella altrettanto celebre sentenza Mannino<sup>170</sup>.

In questa sede, la Cassazione si è soffermata sul contributo del partecipe. Ha specificato che il contributo atipico del concorrente esterno - di natura materiale o morale - deve aver avuto «*reale efficienza causale*», essere stato condizione necessaria per la concreta realizzazione del fatto criminoso e per la produzione dell'evento lesivo del bene giuridico protetto - secondo un modello unitario e indifferenziato, ispirato allo schema della *condicio sine qua non* proprio delle fattispecie a forma libera e causalmente orientate.

Trattandosi di accertamento di natura causale che svolge «*funzione selettiva*» delle condotte penalmente rilevanti, hanno precisato ulteriormente le Sezioni Unite, e come tale «*delimitativa dell'area dell'illecito*», non può ritenersi sufficiente che il contributo atipico - con prognosi di mera pericolosità *ex ante* - sia considerato idoneo ad aumentare la probabilità o il rischio di realizzazione del fatto di reato, laddove, poi, con giudizio *ex post*, si riveli per contro ininfluenza o addirittura controproducente per la verifica dell'evento lesivo. «*L'opposta tesi, che pretende di prescindere dal paradigma eziologico, tende ad anticipare arbitrariamente la soglia di punibilità, in contrasto con il principio di tipicità e con l'affermata inammissibilità del mero tentativo di concorso*».

Tale efficacia eziologica, si è ribadito anche in questa sede, deve essere dimostrata con il rigore dell'oltre ogni ragionevole dubbio, che il giudizio penale riserva a tutti gli elementi costitutivi del fatto di reato.

Ebbene, argomentando a partire da una lettura combinata delle due pronunzie, autorevole dottrina<sup>171</sup> ha sostenuto la necessità di poter estendere i medesimi precetti<sup>172</sup>

---

causale in giudizio. T. MASSA, *Le Sezioni unite davanti a «nuvole ed orologi»: osservazioni sparse sul principio di causalità*, in *Cass. pen.*, 2002, 12, 3661 e ss.

<sup>170</sup> Cass. Pen. Sez. Un., 12 luglio 2005, Mannino, 33748, in specie § 4, con particolare riferimento all'elemento del nesso eziologico tra la condotta del concorrente esterno ed il reato di associazione, in *Cass. pen.*, 2005, 12, 3759, con nota di G. BORRELLI, *Tipizzazione della condotta e nesso di causalità nel delitto di concorso in associazione mafiosa*.

<sup>171</sup> Così: F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, *op. cit.*, 199 e ss.; ID., *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi. I limiti dell'intervento penalistico*, *cit.*, 1037 e ss.

La tesi è stata ripresa da ampia parte della dottrina più recente. Così anche N. MENARDO, *La responsabilità penale omissiva degli amministratori privi di delega, Recenti approdi giurisprudenziali e spunti di riflessione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 18.

Sottolinea invece in senso meno stringente la irrinunciabilità del paradigma eziologico, in luogo di teorie alternative A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale*, *op. cit.*, 219.

<sup>172</sup> È ben noto, tuttavia, che il dibattito sul nesso casuale è tuttora aperto, e che, come ha fatto constare autorevole dottrina, la sentenza Franzese costituisca oggi un approdo significativo, benché non esaustivo, nella mai sopita diatriba giurisprudenziale e dottrinale sull'accertamento causale. F. MUCCIARELLI,

al paradigma di imputazione della responsabilità per omesso impedimento di reato altrui. Ha sostenuto la inequivocabile necessità che, nel vagliare la responsabilità concorsuale del soggetto che, in posizione di garante, abbia mantenuto un contegno omissivo dinnanzi all'azione illecita altrui, si proceda ad un giudizio controfattuale attraverso cui verificare che l'omissione si sia posta quale *condizione necessaria* alla commissione del reato<sup>173</sup>.

L'impostazione prevalente nella letteratura penale-commerciale, aderendo a siffatta tesi, ha dunque affermato la necessaria applicazione di tale schema ricostruttivo alle omissioni di amministratori privi di poteri operativi e sindaci<sup>174</sup>. Di tal ch , si ritiene che costoro non possano essere considerati corresponsabili con l'autore materiale del reato realizzato nell'ambito della gestione societaria, dove non si dimostri, oltre ogni ragionevole dubbio, che il loro attivarsi all'interno dell'organigramma societario, attraverso l'esercizio delle funzioni loro proprie, avrebbe concretamente inciso sulla commissione stessa di quel determinato illecito<sup>175</sup>.

### **3.3. L'elemento soggettivo.**

Sulla ricostruzione dell'elemento soggettivo di fattispecie si pu  dire siano stati profusi alcuni tra i maggiori sforzi esegetici della dottrina, che ha mosso puntuali critiche alla prassi giurisprudenziale formatasi a partire dagli anni Ottanta, giudicata in ampia parte deprecabile.

---

*Omissione e causalit  ipotetica: qualche nota*, in *D&Q*, 2010, 10, 136 e ss. Riserve sulla definitivit  delle soluzioni offerte dalle Sezioni Unite erano state espresse gi  da altri autori: C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilit  penale*, op. cit., 179 e ss.; L. MASERA, *Il modello causale delle Sezioni Unite e la causalit  omissiva*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, 493 e ss. Per un riferimento alle principali teorie sul tema si veda, nella manualistica, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, op. cit., 2019, 498 e ss. e 503 e ss.

<sup>173</sup> Sulla causalit  omissiva e lo schema concorsuale si veda l'estesa analisi di: G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffr , Milano, 2020, 263 e ss.; G. MARINUCCI, *Causalit  reale e causalit  ipotetica nell'omissione impropria*, cit., 523 e ss.

<sup>174</sup> Cos , esplicitamente, L. D. CERQUA, *La responsabilit  dei sindaci delle societ  per azioni*, cit., 1926. Successivamente, tra i contributi pi  rilevanti, si veda l'analisi di Centonze, citato nelle note precedenti.

<sup>175</sup> Il criterio di applicazione della causalit  condizionalistica orientata in senso nomologico per il concorso mediante omissione di amministratori e sindaci nel reato dei delegati non   tuttavia pacifica in dottrina. Secondo un orientamento minoritario, sarebbe necessario distinguere a seconda del settore in cui si opera. Si sostiene, in particolare, che lo stesso non pu  valere in tutti quei casi in cui non sia *concretamente praticabile* un effettivo impedimento dell'evento, ma solo una riduzione del pericolo di lesione del bene giuridico, come accade nel settore specifico della sicurezza del lavoro. Il criterio di accertamento, in questo caso, si afferma, non pu  che essere *ex ante* e ci si dovr  limitare a verificare che la condotta doverosa, qualora posta in essere, avrebbe assicurato soltanto una contrazione del rischio reato (cos , T. VITARELLI, *Profili penali della delega di funzioni*, cit., 145).

La grande maggioranza delle ipotesi delittuose che vengono in considerazione nel diritto penale dell'impresa, tra cui, come si è visto, spiccano i reati fallimentari, societari e tributari per correlazione con l'oggetto sociale, sono di tipo doloso. Perché le relative fattispecie possano ritenersi integrate in concreto, e perché il soggetto non agente possa essere chiamato a rispondere del relativo omesso impedimento, è dunque indispensabile verificare l'esistenza della duplice componente psicologica cognitiva e volitiva del reo. Si tratta, chiaramente, di un onere probatorio di certa complessità, che risulta peraltro notevolmente acuita nella peculiare realtà dei controlli societari, in cui, come si è già ribadito, i processi di supervisione e vigilanza sono frammentati, distinti tra più organi collegiali, ed i centri di responsabilità si moltiplicano.

Orbene, come si è visto innanzi, per ovviare alle evidenti difficoltà ricostruttive, la magistratura ha sovente fatto ricorso alla figura del dolo eventuale, che, come è stato sostenuto da taluno, è stato progressivamente «trasformato da forma marginale in prototipo del dolo»<sup>176</sup>. La variante eventuale si è infatti imposta con sempre maggiore frequenza nelle ricognizioni processuali, usata come una sorta di duttile strumento di semplificazione probatoria. I requisiti di rappresentazione e volontà che qui si configurano, secondo la concezione maggioritaria, nella forma della rappresentazione e accettazione del mero *rischio* dell'offesa al bene giuridico, del resto, si rivelano di per sé agevolmente permeabili a distorsioni applicative.

A tale impostazione la dottrina ha da subito opposto una critica serrata, osservando, in primo luogo, come questo sfruttamento del dolo eventuale quale sorta di «*deus ex machina*»<sup>177</sup> per risolvere le rigidità probatorie proprie del processo penale si traducesse nello sconvolgimento delle caratteristiche sostanziali della figura dolosa, completamente piegata a mere esigenze di accertamento<sup>178</sup>.

Questo uso (o abuso) della forma eventuale si alimentava, in particolare, si è denunciato, di una serie di criteri presuntivi, costruiti su di un uso distorto della teoria dei

---

<sup>176</sup> In questi termini: G. MARINUCCI, *Politica criminale e codificazione del principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 430.

Parlava, al proposito, di «*irruzione del dolo eventuale*» nel diritto penale societario già A. CRESPI, *Il delitto di illegale ripartizioni degli utili*, Giuffrè, Milano, 1959. Sul ruolo progressivamente crescente del dolo eventuale nel diritto penale dell'economia: S. CANESTRARI, *La definizione legale del dolo: il problema del dolus eventualis*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, 908; S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, Giuffrè, 1993, 228. Sul dolo eventuale come *escamotage*: G. A. DE FRANCESCO, *Fatto e colpevolezza nel tentativo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, 712; ID., *Il «modello analitico» tra dottrina e giurisprudenza: dommatica e garantismo nella collocazione sistematica dell'elemento psicologico del reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991, 107 e ss.

<sup>177</sup> In questi termini, incisivo Cesare Pedrazzi, in C. PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, cit., 1275.

<sup>178</sup> C. E. PALIERO, *La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la «Parte Generale» di un Codice Penale dell'Unione Europea*, cit., 502, in cui l'Autore parla di una nuova forma di «*dolo-imputazione*»; D. PULITANÒ, *Appunti sul principio di colpevolezza come fondamento della pena: convergenze e discrasie tra dottrina e giurisprudenza*, in *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, A. M. STILE (a cura di) cit., 106 e ss.

segnali d'allarme e dalle «*formulette del non poteva non sapere*»<sup>179</sup>: artifici processuali attraverso cui si finiva per svuotare la sostanza stessa del dolo. Come stigmatizzato dalla dottrina pressoché unanime, i giudici avevano infatti elaborato, per tali vie, un meccanismo presuntivo con cui si desumeva la conoscenza dell'illecito da parte dell'inerte facendo riferimento alla semplice esistenza obiettiva, nella situazione data, di elementi di fatto indicativi di irregolarità nella gestione societaria<sup>180</sup>. Segnatamente, dalla rilevata esistenza di questi dati oggettivi di natura allarmistico si ricavava in maniera totalmente arbitraria la prova della loro avvenuta percezione da parte del garante; da questa percezione si presumeva poi, ancora, in via automatica che il soggetto avesse acquisito effettiva cognizione dell'esistenza degli illeciti ad essi sottesi e, conseguentemente, si affermava che il fatto che lo stesso non si fosse attivato per interrompere l'*iter criminis* fosse indicativo della circostanza che egli aveva accettato il rischio della consumazione di tali reati<sup>181</sup>. Il non essersi attivato era inteso di per sé come sintomo della volontà stessa (*id est*, della accettazione del rischio reato).

Insomma, una concatenazione di presunzioni, in cui, ad osservare attentamente, ciò che risultava dimostrato era soltanto l'esistenza nel caso di specie di una mera possibilità di conoscenza<sup>182</sup>. Quella che poteva ritenersi raggiunta, era, dunque, tutt'al più, la mera *prova di colpa* dell'inerte, non invece e non certo la *prova del dolo*<sup>183</sup>.

---

<sup>179</sup> A. ALESSANDRI, *Impresa (responsabilità penali)*, cit., 216.

<sup>180</sup> Emblema di simili processi presuntivi, applicati per la imputazione soggettiva ad amministratori non esecutivi e sindaci della responsabilità per concorso mediante omissione nei reati commessi dall'A.D., è la motivazione delle sentenze emesse nella vicenda del Banco Ambrosiano, di cui *supra*, § 2.2.

<sup>181</sup> In termini fortemente critici si è espressa anche dottrina successiva, tornata più di recente sul predetto orientamento ermeneutico. Secondo uno dei più attenti studiosi, nelle motivazioni delle sentenze, la correlazione tra rappresentazione, la cui prova era raggiunta attraverso un uso distorto della teoria dei segnali di allarme, e condotta non impeditiva, «*riletta alla luce abbagliante del segnale di allarme inevaso*» produceva «*l'accensione della polarità volitiva*». Così: M. CAPUTO, *Dalla teoria dei «segnali di allarme» alla realtà dell'imputazione dolosa nel concorso dell'amministratore non esecutivo ai reati di bancarotta*, in *Riv. Soc.*, 2015, 5, 914.

<sup>182</sup> A. ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, 563 e ss.

<sup>183</sup> Come è stato fatto constare dalla più accorta dottrina, un tale sistema si rivelava chiaramente inaccettabile, giacché andava a sconvolgere le stesse scelte politico criminali del legislatore. Si finiva infatti per punire a titolo di dolo, dunque in maniera più grave *ex art.* 133 c.p., fatti commessi solo per colpa (si pensi all'ipotesi delittuosa della bancarotta); e li si puniva persino quando sarebbero stati *in toto* penalmente irrilevanti, non essendovi fattispecie legali colpose sotto cui ricondurle. G. MARINUCCI, *Politica criminale e codificazione del principio di colpevolezza*, cit., 430.

Del resto, proprio nell'intento di evitare questo scostamento arbitrario da parte della giurisprudenza tra dolo e colpa, veniva posto al centro del Progetto Grosso di riforma al codice penale, l'individuazione del concetto di dolo eventuale. Si veda: Relazione della Commissione Ministeriale per la riforma del codice penale istituita con d.m. 1 ottobre 1998, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, cit., 1999, p. 603 ss. In questa direzione si orientavano le osservazioni di: G. FORTE, *Dolo eventuale tra divieto di interpretazione analogica ed incostituzionalità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, 2, 836.

Muovendo da queste osservazioni critiche, diversi Autori hanno proposto una sistemazione del criterio di imputazione soggettiva dolosa del reato omissivo<sup>184</sup>.

In particolare, le teorie sviluppate sul tema si sono in particolare focalizzate sull'oggetto del dolo. Lo stesso, si è ribadito, secondo quanto indicato dall'art. 43 c.p., si configura, inequivocabilmente, quale proiezione del fatto esteriore sullo schermo mentale del reo. L'evento che deve essere previsto e voluto dal soggetto è necessariamente l'evento «esteriore», cioè l'evento concreto, quale verificatosi *hic et nunc*, storicamente circostanziato<sup>185</sup>. Di conseguenza, il momento rappresentativo del dolo, ineludibile ed irriducibile a mere astrazioni generalizzate, per essere inteso rettamente, deve ergersi sulla consapevolezza effettiva di questa situazione esteriore, vale a dire sulla situazione concreta in cui l'individuo si trova e sulla correlata previsione degli effetti della propria condotta. Tutto a ciò a dire che il soggetto deve dunque rappresentarsi il fatto che si sta compiendo nelle sue caratteristiche essenziali e questo deve poi riverberarsi sulla sfera volitiva.

Sotto il profilo della intensità di tale previsione, è stato poi precisato, non deve ritenersi indispensabile un'immagine mentale precisa, ad «alta definizione»<sup>186</sup>; è sufficiente una conoscenza del fatto storico in parte latente, dunque non distinta in tutti i suoi precisi dettagli. Tuttavia, pur anche in questa area di circoscritta imprecisione, non è comunque rinunciabile una rappresentazione del fatto «nella sua globalità», che deve risultare abbastanza nitida, al punto da consentire al reo di avvertirne l'incidenza sull'ambiente esterno.

---

<sup>184</sup> Un orientamento autorevole, benché invero minoritario, della dottrina ritiene che il dolo, nella forma eventuale, sia da considerarsi incompatibile con la condotta del reato commissivo mediante omissione, sull'assunto per cui la violazione dell'obbligo di impedire altro non sarebbe che la violazione di una regola cautelare, che costituisce un obbligo di fare causalmente orientato, circoscritto mediante il riferimento al sussistere di una posizione di garanzia. Eccezionale deve dunque considerarsi il caso in cui un individuo, che miri ad ottenere un determinato risultato illecito, scelga di sfruttare, rimanendo inerte, l'eventuale configurarsi di una propria posizione di garanzia rispetto alla vittima. Così L. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, cit., 206 e ss.; nello stesso senso: V. MILITELLO, *La colpevolezza nell'omissione: il dolo e la colpa nel fatto omissivo*, in *Cass. Pen.*, 1998, 985 e ss. Ancora più radicale la posizione di Pagliaro, che esclude sia la configurazione del dolo eventuale che anche del dolo diretto per il reato omissivo improprio: A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, op. cit., 299.

In senso diametralmente opposto si esprime altra parte della dottrina, secondo cui, invece, il dolo eventuale si presterebbe meglio ad operare proprio per i reati omissivi rispetto ai reati commissivi. Così: M. MASUCCI, «Fatto» e «valore» nella definizione del dolo, Giappichelli, Torino, 2004, 194.

<sup>185</sup> Rilevavano specificamente la necessità, per il reato commissivo *per omissionem*, di verificare, oltre alla consapevolezza dei presupposti del dovere di attivarsi, la percezione-volizione dell'evento che la norma incriminatrice intende evitare, già: D. PULITANÒ, *Commentario breve al codice penale*, AA.VV., CRESPI-STELLA-ZUCCALÀ, cit., sub art. 43, 131 e ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. I, Giuffrè, 1987, art. 43, (nella nuova edizione del 2004, 440). *Contra*: G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, op. cit., 368.

<sup>186</sup> C. PEDRAZZI, *Il Tramonto del dolo?*, cit., 1268.

«L'evento storico deve potersi dire previsto e voluto non come silhouette incolore, ma nella sua concretezza esistenziale, nei tratti che ne esprimono il disvalore attuale»<sup>187</sup>.

Tale pregnanza psicologica deve connotare anche la fattispecie concorsuale omissiva, dovendosi configurare, anche nella realtà plurisoggettiva, un dolo concretamente orientamento<sup>188</sup>. Con riferimento a quest'ultima ipotesi, si è di fatti osservato come, a ben ragionare, la previsione e la volontà dell'evento, quando quest'ultimo sia costituito dall'operare di altri, devono necessariamente essere vagliate sulla base delle relative avvisaglie: *id est*, sulla base dell'incombente minaccia per l'interesse affidato al garante. È tale minaccia che funge, infatti, da situazione tipica, che attualizza la garanzia e che richiede dunque l'attivazione del soggetto. La sua conoscenza, insieme alla contestuale rappresentazione di una concreta possibilità di intervento efficace, costituiscono il momento cognitivo del dolo, di tal ché, si afferma, devono essere presenti nella mente del soggetto inerte, quanto meno «a grandi linee».

«Ovviamente l'obbligo del garante non ha di mira eventualità ancora congetturate, solo tipologicamente descrivibili: scatta di fronte ad aggressioni in atto o per lo meno imminenti, che per ispirare il dolo omissivo devono essere colte o presagite con un'anticipazione sufficientemente nitida - sebbene in chiave evolutiva - da poter innescare una reazione commisurata del garante; reazione la cui pratica efficacia sia vista dal medesimo, se non come certezza, almeno come possibilità consistente, beninteso nella luce della situazione del momento e del suo presumibile evolversi, così come presagito»<sup>189</sup>.

Il rapporto minaccia-impedimento individua il fulcro della rappresentazione del garante e come tale deve essere ricostruito in processo, senza automatismi presuntivi che ne sminuiscano la portata<sup>190</sup>. E lo stesso vale anche laddove si contesti la sussistenza del dolo nella forma eventuale. Benché, in tal caso, la rappresentazione dell'illecito *in fieri* sia presente nella mente del soggetto con minore intensità rispetto alle altre ipotesi dolose, anche solo come semplice possibilità di realizzazione, è comunque presente. La decisione di non impedire un reato che si ha l'obbligo di impedire, per dirsi *consapevole* ed assumere rilevanza nel concorso in delitti puniti a titolo di dolo, presuppone necessariamente una cognizione sufficientemente lucida: è indispensabile che il soggetto

---

<sup>187</sup> C. PEDRAZZI, *ibidem*.

<sup>188</sup> Le posizioni maggiormente garantiste della dottrina, sul tema del dolo, si sono peraltro spinte più oltre, con generico riferimento al concorso di persone nel reato, sostenendo che qui, oltre alla coscienza e volontà del fatto criminoso, identica a quella richiesta per il reato monosoggettivo, è richiesta altresì la volontà di concorrere con altri alla realizzazione di un reato comune. Per tutti: M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Giuffrè, Milano, 1957, 99.

<sup>189</sup> C. PEDRAZZI, *Il Tramonto del dolo?*, cit., 1274.

<sup>190</sup> Si tratta di una concezione di particolare rigore, che, come vedremo nel paragrafo successivo, è stata accolta dalla maggioritaria dottrina successiva e ha trovato altresì il parziale accoglimento della giurisprudenza di legittimità, a partire dalla celebre sentenza Cass. Pen. Sez. V, 4 maggio 2007, 23838. Si rinvia ai successivi §§ 4 e 5.

abbia contezza, pur non precisamente definita, del fatto che si stia per realizzare quel reato e decida di non attivarsi, accettando il rischio della sua effettiva realizzazione.

Una seconda impostazione, partendo dai medesimi presupposti teorici, giungeva a conclusioni in parte meno stringenti. Si affermava che, perché si possa configurare l'elemento del dolo, nell'omesso impedimento del reato materialmente commesso dall'esecutivo, è necessario che l'amministratore od il sindaco abbia, in concreto, previsto l'evento - l'epilogo criminoso dell'operazione posta in essere dall'amministratore delegato - o per lo meno, nel caso di imputazione nella forma del dolo eventuale, risulti provata la previsione di «una certa classe di eventi», una «gamma di possibili epiloghi» come conseguenza della attività dell'agente<sup>191</sup>.

Così opinando, a titolo esemplificativo, si potrebbe considerare che, per condannare un soggetto per concorso omissivo in reato di bancarotta impropria prefallimentare, sia necessario che questi si fosse rappresentato, se non la precipua fattispecie delittuosa di bancarotta (per esempio distrattiva), poi concretamente posta in essere dal delegato, quantomeno una delle fattispecie rientranti nel *genus*, di cui all'art. 223 l. fall.

Ad ogni modo, il precetto dal quale tutte le teorie dottrinali muovono è comunque sempre legato al fatto che, per ritenere sussistente l'elemento doloso, pur anche nella sua declinazione eventuale, non basta la generica supposizione che qualcosa d'illecito possa accadere, ma, al contrario, occorre la rappresentazione concreta del fatto che poi si verificherà<sup>192</sup> - inteso come specifico evento-reato, ovvero, secondo la posizione minoritaria, come classe determinata di eventi-reato.

---

<sup>191</sup> In questi termini: A. ALESSANDRI, *Impresa (responsabilità penali)*, cit., 216; ID., *Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte generale e reati fallimentari*, cit., 93; nello stesso senso, tra i più incisivi interventi su questo tema in ambito d'impresa si ricordano: A. CRESPI, *Il delitto di illegale ripartizione di utili e altri scritti di diritto penale societario*, Giuffrè, Milano, 1986, XIV; ID., *Studi di diritto penale societario*, Milano, Giuffrè, 2018, 49 e ss., Cap. II e Cap. V; D. PROVERBIO, *Brevi note in tema di responsabilità penale degli amministratori senza delega*, cit., 581. Sembrano aderire a questa impostazione anche E. M. AMBROSETTI-E. MEZZETTI-M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., 103, quando, con riferimento alla condotta omissiva del sindaco specificano che questi potrà essere chiamato a rispondere di concorso omissivo doloso in reato doloso, solo previa prova di una sua effettiva rappresentazione della possibilità in concreto che si cagionasse una lesione all'integrità del capitale sociale o delle riserve determinate da illecite operazioni, in conseguenza della sua inazione, non bastando l'astratta supposizione che per la sua disattenzione potesse accadere un qualche generico illecito.

<sup>192</sup> F. STELLA-D. PULITANÒ, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, 569.

Nello stesso senso, di recente: I. MERENDA, *Sulla responsabilità penale dell'amministratore senza delega. Alcune considerazioni dopo la riforma del diritto societario*, in *Cass. pen.*, 3, 2011, 1190, secondo cui la semplice rappresentazione della pericolosità astratta della propria condotta, là dove si concretizzi in uno degli eventi la cui realizzazione era probabile *ex ante*, dà luogo ad una responsabilità a titolo di colpa cosciente e non di dolo eventuale, per cui l'agente si rappresenta di violare una regola «cautelare», ossia di tenere un comportamento qualificato dall'ordinamento come colposo, mentre affinché si abbia dolo occorre pur sempre che la volontà dell'agente si concretizzi in un evento determinato.

Con particolare riferimento al tema del dolo eventuale: S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, cit., 262; ID., *La*

Quanto così attentamente ricostruito sul piano sostanziale, deve poi trovare puntuale riscontro in sede processuale. Il coefficiente psichico *attuale* della rappresentazione e della volontà, come delineato dagli attenti sforzi dottrinali, in ipotesi di contestazione di omesso impedimento del reato altrui, deve insomma trovare il proprio preciso contrappunto nelle relative acquisizioni probatorie. Ciò a dire che le questioni concernenti la individuazione dell'elemento soggettivo della responsabilità di sindaci e amministratori non può essere - si passi il termine - banalizzato, attraverso il ricorso a drastiche semplificazioni, che dalla mera percezione - o persino dalla sola percepibilità - di fattori indicativi di rischio inferiscono automaticamente l'esistenza del dolo.

Orbene, l'utilizzo di costrutti indizianti l'esistenza di tale atteggiamento psichico è certo consentito, a condizione, chiaramente, che non valga quale mera scorciatoia probatoria, quale strumento per approdare a valutazioni grossolane e acritiche condanne. I c.d. segnali d'allarme potranno dunque assumere rilievo, ma lo faranno nei limiti di cui al secondo comma dell'art. 192 c.p.p., e solamente quando sia dimostrato che essi sono stati *effettivamente* percepiti e *concretamente* valutati da parte del singolo per la loro specifica capacità evocativa<sup>193</sup>.

È indispensabile dimostrare che quest'ultimo, recepiti tali segnali, abbia desunto da questi la, più o meno, imminente commissione dello specifico illecito che si verifica *a posteriori*. Se lo sia rappresentato e, nonostante ciò, abbia deciso di non agire.

Sulla base di tali opportune specifiche, sono stati individuati differenti scenari, che possono presentarsi a fronte della constatata presenza di questi campanelli d'allarme. Può darsi l'ipotesi in cui il soggetto, benché avesse l'obbligo di vigilare con la dovuta diligenza, ai sensi degli artt. 2392 c.c. e 2403 c.c., non abbia affatto percepito l'esistenza di tali indicatori. In questo caso, allo stesso si potrà, al più, muovere un rimprovero per

---

*responsabilità colpevole nell'articolato della parte generale del Progetto Grosso*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, 3, 884 e ss. Evidenzia la particolare complessità della prova nella realtà d'impresa, con riferimento soprattutto ai reati di bancarotta, ID., «*Rischio d'impresa*» e *imputazione soggettiva nel diritto penale fallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, 545.

<sup>193</sup> I primi ad esprimersi in tal senso sono stati F. STELLA-D. PULITANÒ, *cit.*, 569; A. CRESPI, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, *cit.*, 1147; S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, *cit.*, 262. La tesi è stata poi accolta dalla dottrina successiva, assolutamente maggioritaria. Tra gli interventi più puntuali: F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, *cit.*, 222; ID., *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari: una lettura critica della recente giurisprudenza*, intervento svolto presso il Consiglio Superiore della Magistratura, *Incontro di studi sul tema «Corso Guido Galli» Il punto sui reati fallimentari e societari*, Roma, 4-6 aprile 2011, pubblicato in *Riv. Soc.*, 2012, 317; A. INGRASSIA, *La Suprema Corte e il superamento di una responsabilità di posizione per amministratori e sindaci: una decisione apripista?*, in *Dir. pen. cont.*, pubblicato sul sito [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it); M. CAPUTO, *Dalla teoria dei «segnali di allarme» alla realtà dell'imputazione dolosa nel concorso dell'amministratore non esecutivo ai reati di bancarotta*, *cit.*, 914.

Nello stesso senso, come si vedrà al Paragrafo successivo, si era poi espressa anche la giurisprudenza nel celebre arresto Bipop-Carire.

colpa, connessa al mancato espletamento dell'attività di controllo, ovvero di colpa cosciente, nel caso in cui tale omissione risulti perpetrata nonostante l'acquisita conoscenza di irregolarità. Sempre di responsabilità eventualmente colposa si potrà trattare, dove gli indici di rischio siano stati percepiti nella loro materialità dall'interessato, ma, nonostante ciò, non siano stati poi opportunamente valutati od approfonditi. «*Il passaggio dalla colpa al dolo (eventuale)*» potrà invece aversi qualora il sindaco o l'amministratore inerte abbia, non solo, percepito determinati segnali, ma li abbia anche valutati precipuamente come segnali di allarme di specifici fatti-reati, concretamente rappresentati, e non si sia attivato per impedirne la realizzazione<sup>194</sup>.

#### 4. III fase: la reazione della giurisprudenza. La responsabilità dei controllori societari nel *leading case* Bipop-Carire.

La profonda discrasia tra le posizioni adottate dalla scienza penalistica e l'impostazione giurisprudenziale in tema di responsabilità penale connessa ad omesso controllo societario, che si è cercato di ricostruire nelle pagine che precedono, è giunta ad un punto di svolta con la sentenza della Quinta Sezione della Corte di Cassazione, 4 maggio 2007, n. 23838<sup>195</sup>.

Il caso originava da una importante crisi bancaria, che riguardava l'intero gruppo Bipop-Carire e aveva coinvolto diversi esponenti della *governance*, tra cui, oltre ai vertici esecutivi, anche i soggetti adibiti al controllo, chiamati a rispondere per non aver impedito i reati commessi dagli amministratori delegati. Ebbene, in quello che è stato definito dagli studi successivi il *leading case* in materia, la Corte è intervenuta a porre una serie di limiti precipui a tale forma di corresponsabilità. Discostandosi recisamente dall'orientamento assolutamente maggioritario della giurisprudenza precedente, ed assecondando una logica che potremmo definire di *self-restraint*, la Cassazione ha circoscritto il paradigma dell'omesso impedimento di reato, facendo leva in particolare sulla ricostruzione dell'elemento soggettivo di fattispecie.

Da un lato, ha esplicitamente riconosciuto un ridimensionamento delle posizioni di garanzia spettanti agli amministratori privi di delega, a seguito delle modifiche introdotte

---

<sup>194</sup> F. STELLA-D. PULITANÒ, *cit.*, 570.

<sup>195</sup> Cass. Pen. Sez. V, 4 maggio 2007, n. 23838, A.A., in *Guida dir.*, 2007, 35, 71, con nota di R. BRICCHETTI, *Un obbligo di garanzia «leggero» che pone numerosi interrogativi*; in *Cass. Pen.*, 2008, 1, 103, con nota di F. CENTONZE, *La Suprema Corte di Cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*; in *Le Società*, 2008, 7, 899, con nota di D. PULITANÒ, *Amministratori non operativi e omesso impedimento di delitti commessi da altri amministratori*; in *Giur. comm.*, 2008, 2, 369, con nota di R. SACCHI, *Amministratori deleganti e dovere di agire in modo informato*; in *Giur. it.*, 2008, 2, 434, con nota di E. BURZI, *Amministratore privo di delega e obbligo di impedire i reati dei quali abbia conoscenza*; in *Giur. comm.*, 2009, 3, 455, con nota di E. GARAVAGLIA, *Posizioni di garanzia proprie degli amministratori e obbligo di impedire i reati*.

con la riforma societaria, il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, dall'altro lato, ha affrontato, in maniera particolarmente approfondita, il problema del dolo del concorso omissivo e della relativa prova in giudizio.

La vicenda processuale, in estrema sintesi, originava da un'inchiesta promossa dalla Procura di Brescia, relativa alla gestione dell'istituto di credito Bipop-Carire e del gruppo societario di cui faceva parte, a seguito della emissione, nell'anno 2002, di una relazione di Banca d'Italia, in cui si segnalavano una serie di irregolarità. Tra queste, si evidenziava il fatto che, nelle comunicazioni sociali, era stata indebitamente omessa la contabilizzazione delle gestioni di alcuni patrimoni, assistite da anomale garanzie, giudicate «*assai rischiose per l'azienda di credito*»<sup>196</sup>, che avevano poi cagionato ingenti perdite all'istituto, portando l'intero gruppo bancario ad uno stato di crisi. A partire da tale ricostruzione in fatto, il Pubblico ministero aveva contestato agli amministratori delegati e deleganti ed ai sindaci del gruppo i reati di false comunicazioni sociali, di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle Autorità pubbliche di vigilanza e di aggio.

Ritenendo dimostrato che solo alcuni degli imputati fossero effettivamente al corrente dei fatti e degli artifici contabili posti in essere dall'amministratore delegato, il giudice dell'udienza preliminare presso il Tribunale di Brescia, in data 31 maggio 2005, aveva pronunciato sentenza di non luogo a procedere nei confronti degli altri preposti al controllo, consiglieri deleganti, per i quali riteneva non sussistesse il dolo di fattispecie.

Avverso la statuizione del giudice di prime cure, la Pubblica accusa aveva proposto però ricorso per Cassazione, ritenendo che, al contrario di quanto statuito nella sentenza di proscioglimento, tutti i soggetti in posizione di controllo, indicati nella richiesta di rinvio, dovessero essere tratti a giudizio per non aver impedito i reati commessi materialmente dagli operativi. Fondava l'impugnazione su di un duplice assunto. Da un lato, rilevava che tutti gli imputati, compresi i singoli amministratori privi di delega, pur a seguito delle modifiche introdotte con la riforma societaria del 2003, erano tenuti ad informarsi compiutamente circa le operazioni societarie poste in essere del *management* e che, nel caso di specie, tale dovere non era stato correttamente adempiuto. Dall'altro lato, evidenziava la presenza di una serie di indizi di allerta, relativi all'attività criminosa perpetrata dagli esecutivi, che riteneva il giudice dell'udienza preliminare non avesse correttamente valutato e dai quali si sarebbe invece dovuta desumere la sussistenza dell'elemento doloso in capo ai soggetti inerti. In breve, sosteneva che gli imputati non potevano dirsi ignari delle pratiche illecite: pratiche, che, a fronte di questa riscontrata consapevolezza, avrebbero dovuto scongiurare.

La Corte aveva rigettato il ricorso, riconfermando le statuizioni del GUP, giudicate correttamente motivate e, nel fare ciò, aveva colto l'importante occasione per sviluppare

---

<sup>196</sup> Come riportato in sentenza.

in motivazione una serie di lucide statuizioni, con cui chiarire finalmente alcuni degli aspetti principali in tema di responsabilità degli organi societari di controllo.

#### **4.1. Il riconosciuto alleggerimento delle responsabilità degli amministratori deleganti nella riforma societaria.**

Nel ricostruire la responsabilità degli imputati, la Corte prendeva le proprie mosse da una preliminare ricognizione delle competenze proprie degli amministratori privi di delega, considerati dall'accusa, come si è anticipato, tenuti ad informarsi compiutamente sulle operazioni di gestione e ad intervenire per impedirle in caso di irregolarità.

Come si è avuto modo di osservare, il dibattito relativo alla posizione di garanzia dei membri deleganti del C.d.A. - come anche dei sindaci - ed alla loro conseguente responsabilità per mancato impedimento del reato posto materialmente in essere dagli amministratori delegati aveva assunto nel tempo dimensioni notevoli. Dottrina e giurisprudenza si collocavano su posizioni diametralmente opposte; proponevano letture tra loro antitetiche, complice una innegabile genericità della disciplina legislativa in vigore. Era, in particolare, la previsione codicistica relativa ai doveri e poteri degli amministratori non esecutivi a sollevare le perplessità maggiori. Il secondo comma dell'art. 2392 c.c., come si è visto innanzi, limitandosi ad enunciare un «*dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione*», una formulazione che poteva significare tutto e il contrario di tutto, apriva la strada alla più ampia discrezionalità interpretativa, consentendo letture tra loro molto diverse.

Ebbene, tali gravose problematiche erano state in parte affrontate dal legislatore, che, con la nota riforma societaria, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, era intervenuto su alcuni aspetti fondamentali. Uno dei più importanti elementi introdotti dalla novella, definito da taluno una «*rivoluzione*» rispetto all'assetto precedente<sup>197</sup>, è stato in specie quello di eliminare proprio la dibattuta previsione di cui al comma 2 dell'art. 2392 c.c., e di sostituirla con un insieme di indicazioni puntuali circa le prerogative dei consiglieri deleganti.

L'intento, come dichiarato esplicitamente dallo stesso Governo nella Relazione di accompagnamento alla riforma<sup>198</sup>, era quello di distinguere, per tale via, la posizione degli amministratori senza deleghe rispetto a quella dei delegati, con l'effetto conseguente di

---

<sup>197</sup> Si veda sul tema la lucida analisi del Maestro Franco Bonelli: F. BONELLI, *Gli amministratori di S.p.A. dopo la riforma delle società*, Giuffrè, Milano, 2004, 49 e ss.

<sup>198</sup> Relazione al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, § 4, in *La Riforma del diritto societario. Lavori preparatori, testi e materiali*, M. VIETTI-F. AULETTA- G. LO CASCIO-U. TOMBARI- A. ZOPPINI (a cura di), Giuffrè, Milano, 2006, 227. Come è stato esplicitato all'interno della stessa Relazione, si è così proceduto con l'intenzione di evitare *indebite estensioni* della responsabilità civile degli amministratori, attraverso le quali, si è osservato, specie nella pratica delle azioni esperite in procedure fallimentari, si finiva per configurare una responsabilità sostanzialmente oggettiva.

attenuare la loro responsabilità. In coerenza con questa *ratio* di diversificazione, è stato contestualmente rimodulato l'art. 2381 c.c., in cui sono oggi previsti poteri/doveri specifici per le due categorie di soggetti. In tema di doveri, gli amministratori delegati sono chiamati a curare che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, e a riferire al C.d.A. e al collegio sindacale sul generale andamento della gestione, sulla sua prevedibile evoluzione e sulle operazioni di maggior rilievo effettuate dalla società o dalle sue controllate, secondo quanto dispone il comma 5. All'opposto, gli amministratori deleganti sono chiamati ad esercitare sulle attività così compiute un'opera di monitoraggio. Questi ultimi, in specie, come stabilito dal riformato art. 2381 c.c., al comma 3, sono tenuti a valutare «l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società», «sulla base delle informazioni ricevute», a valutare «il generale andamento della gestione», «sulla base della relazione degli organi deleganti», e ad esaminare, qualora elaborati, i piani strategici, industriali e finanziari della società.

Questi obblighi sono poi integrati dalla previsione di cui all'ultimo comma dell'art. 2381 c.c., inserito, anch'esso dalla riforma del 2003, che ha aggiunto il dovere, per tutti gli amministratori, di «*agire in modo informato*», ed ha attribuito a ciascuno di essi il potere di chiedere agli organi delegati che in consiglio vengano fornite informazioni relative alla gestione della società<sup>199</sup>.

Attraverso le menzionate previsioni, il legislatore ha dunque elaborato un nuovo modello di organizzazione del consiglio amministrativo, che sembra distinguere il momento dell'azione vera e propria, appannaggio dei soli organi delegati, dal momento dell'esame e della valutazione, che spetta invece ai soggetti privi di delega. Non solo. Come si può osservare dalle indicazioni riportate, con la novella è stata introdotta una prima forma di procedimentalizzazione dei flussi informativi interni al C.d.A., tale per cui la circolazione delle informazioni sulla gestione «*tende a definire - essa stessa - un'articolazione interna dell'organo amministrativo in cui i rispettivi poteri e doveri di deleganti e delegati sono delineati con precisione*»<sup>200</sup>.

Se, da un lato, gli amministratori delegati sono tenuti a riferire agli organi collegiali in relazione al generale andamento della gestione, dall'altro lato la legge prevede che i deleganti svolgano le proprie valutazioni sulla base delle informazioni ricevute. Stando

---

<sup>199</sup> Il tema verrà approfondito nel prosieguo della trattazione, al Capitolo II, Sez. I, dedicata alla analisi della precipua figura degli amministratori privi di delega e delle rispettive prerogative e responsabilità in sede penale.

<sup>200</sup> Relazione al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, § 2, *cit.*, 226. Con riferimento ai flussi informativi che vengono così delineati, si vedano per i primi commenti di: L. NAZZICONE-S. PROVIDENTI, *Società per azioni amministrazione e controlli*, in *La riforma del diritto societario*, G. LO CASCIO (a cura di), Vol. 5, Giuffrè, Milano, 2003, 35 e ss.; M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Giuffrè, Milano, 2005, 243 e ss.

al dato normativo, dunque, in sede *civile*<sup>201</sup>, i delegati possono essere chiamati a rispondere delle proprie azioni od inazioni, mentre, all'opposto, i deleganti saranno ritenuti responsabili nel caso in cui le loro analisi e valutazioni sulla amministrazione siano carenti, ovvero svolte senza la dovuta diligenza, ferma restando comunque la responsabilità solidale con gli esecutivi nel caso in cui, a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non abbiano fatto quanto in loro potere per impedirne il compimento, eliminarne od attenuarne le conseguenze dannose, come previsto dal secondo periodo del comma 2, art. 2392 c.c., che è rimasto immutato.

In sintesi, dunque, le modifiche apportate dalla riforma hanno operato una «sistemazione» delle posizioni degli amministratori individuando, rispetto al passato, una più netta e precisa demarcazione delle prerogative e dei compiti, tra membri esecutivi e non esecutivi.

In questo stesso senso sembra essersi orientata anche la Corte di Cassazione nella sentenza qui in analisi.

La Suprema Corte ha constatato, in apertura, che «*la riforma della disciplina societaria ha certamente modificato il quadro normativo dei doveri di chi è preposto alla gestione della società ed ha compiutamente regolamentato la responsabilità dell'amministratore destinatario della delega*». Ha precisato poi come, attraverso una precipua distinzione di poteri e doveri dei membri del C.d.A., consolidata nella procedimentalizzazione di specifici flussi informativi all'interno del consiglio, il legislatore ha di fatto «*alleggerito*» gli oneri e le responsabilità in sede civile degli amministratori privi di deleghe. Fondamentale, in tal senso, ha ritenuto la Corte, la decisione di rimuovere il generico obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione, sostituito con l'obbligo di agire informato, che esplicita il potere dei deleganti di richiedere informazioni, «*senza che ciò assegni anche un'autonoma potestà di indagine*»<sup>202</sup>.

Con specifico riferimento al versante penale, che non è stato inciso in via diretta dalla riforma, la Corte ha poi riconosciuto, *expressis verbis*, che la modifica dei doveri e

---

<sup>201</sup> Siffatta distinzione di doveri ingenera immediati riflessi sulle rispettive responsabilità: più estese per i primi rispetto a quelle dei consiglieri privi di delega, «*in conformità al loro diverso ruolo, ai loro diversi poteri e alla loro diversa retribuzione*». In questi termini: F. BONELLI, *Gli amministratori di S.p.A. dopo la riforma delle società*, cit., 53 e 159 e ss., il quale pone in particolare evidenza come la riforma abbia finalmente preso atto della sostanziale diversità tra le due figure di consiglieri (delegati e non), osservando come solo i primi siano in effetti a capo della struttura, lavori *full time*, sia correlativamente retribuito e sia altresì in grado di conoscere le difficoltà e le problematiche gestionali, diversamente da quanto avviene invece per i consiglieri deleganti.

<sup>202</sup> Così, sentenza n. 23838/07, al paragrafo 4, in cui la Corte dimostra di accogliere l'orientamento maggioritario espresso sul punto dalla dottrina commercialistica. Sul tema, ampiamente: R. SACCHI, *Amministratori deleganti e dovere di agire in modo informato*, in *Giur. comm.*, 2008, 2, 369.

poteri degli amministratori non operativi ha inequivocabilmente determinato un «*interessante ridimensionamento*» delle rispettive posizioni di garanzia<sup>203</sup>.

Senonché, sul tema, la Cassazione non è andata oltre questa semplice constatazione di principio. Su tale riconosciuto ridimensionamento, infatti, i giudici di legittimità non si sono soffermati, così evitando, per l'ennesima volta, di prendere in considerazione le singole posizioni dei soggetti adibiti al controllo e di indagare gli specifici poteri loro assegnati, esercitabili individualmente. Ancora, non è stata compiuta alcuna precisazione in merito alla necessaria distinzione tra poteri di vigilanza (valutazione) e poteri di intervento ad efficacia impeditiva.

Eludendo anche in questa sede, l'analisi delle specifiche prerogative degli amministratori e lo studio di quali tra esse possano dirsi potenzialmente capaci di incidere sull'azione altrui, bloccandola, e, come tali, assumere rilevanza ai sensi e per gli effetti dell'art. 40 cpv. c.p.<sup>204</sup>, la Cassazione ha perso, una volta di più, una preziosissima occasione per fare finalmente luce su uno degli aspetti più controversi della responsabilità dei preposti al controllo. Al contrario, i giudici si sono concentrati in maniera davvero mirabile sulla ricostruzione dell'elemento soggettivo, aspetto sul quale è innegabile siano stati profusi i maggiori sforzi ermeneutici.

#### **4.2. La conoscenza dell'illecito e l'interpretazione dei segnali di allarme.**

Si può affermare - senza particolare timore di smentita - che siano le statuizioni in tema di ricostruzione dell'elemento soggettivo di fattispecie a rappresentare il vero valore aggiunto della sentenza. Sull'argomento, la Cassazione ha preso chiaramente le distanze dalla giurisprudenza precedente e si è preoccupata di individuare una serie di limiti, di confini ben definiti, entro i quali è necessario che si muova l'imputazione di responsabilità per omesso impedimento di reato doloso.

La celebre pronunzia, come una sorta di spartiacque rispetto all'orientamento antecedente, ha introdotto il concetto fondamentale della «*inerzia rimproverabile*»,

---

<sup>203</sup> Così anche nei primi commenti: R. BRICCHETTI, *Un obbligo di garanzia «leggero» che pone numerosi interrogativi*, in *Guida dir.*, 2007, 35, 71. In senso contrario, invece, A. CRESPI, *Note minime sulla posizione di garanzia dell'amministratore delegante nella riforma introdotta dal d.lgs. n. 6/2003*, in *Studi in onore di Mario Romano*, M. BERTOLINO-L. EUSEBI-G. FORTI (a cura di), Vol. III, Jovene, Napoli, 2011, 1901; pubblicato altresì in *Riv. soc.*, 2009, 1419 e successivamente inserito in A. CRESPI, *Studi di diritto penale societario*, Giuffrè, Milano, 2018, 107 e ss.

<sup>204</sup> Particolarmente critico su tale omissioni F. CENTONZE, *La Suprema Corte di Cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*, in *Cass. Pen.*, 2008, 1, 103, che ha sottolineato come, avviando a tali analisi, la Corte di Cassazione abbia in effetti perduto una importante occasione di fare chiarezza su di un tema invero fortemente dibattuto. Alla stessa stregua, l'Autore è critico sulla conseguente omessa analisi del problema relativo alla successione di leggi, di cui all'art. 2 c.p., nel caso di specie.

definito attraverso una serie di indicazioni di principio, che hanno riguardato i due aspetti dell'oggetto e della prova del dolo.

Sul piano sostanziale, la Corte ha espresso una prima, fondamentale, precisazione. «L'analisi del profilo della responsabilità - ha affermato - discendente dall'art. 40 c.p., comma 2 per condotte connotate da volontarietà e la configurazione della "posizione di garanzia" che qualifica il ruolo dell'amministratore evidenzia due momenti, tra loro complementari, ma idealmente distinti ed entrambi essenziali. Il primo postula la rappresentazione dell'evento, nella sua portata illecita, il secondo - discendente da obbligo giuridico - l'omissione consapevole nell'impedirlo»<sup>205</sup>.

Accogliendo le tesi espresse dalla dottrina maggioritaria, evidentemente, la Cassazione ha voluto qui sottolineare con particolare enfasi come il dolo sia strettamente correlato al momento della conoscenza, che deve imprescindibilmente sussistere nella psiche del soggetto come rappresentazione dell'evento che si doveva impedire, nella sua specifica connotazione illecita. A questa si deve collegare, di poi, l'omissione, *rectius* l'omissione «consapevole» nell'impedirlo. Perché tale conoscenza sia ravvisabile nel caso sottoposto a giudizio è indispensabile verificare che l'imputato abbia evitato di agire, a fronte di «un effettivo ed efficace ragguaglio». Di tal ché, l'amministratore privo di delega non potrà essere ritenuto responsabile, laddove non si sia concretamente rappresentato il fatto pregiudizievole nella situazione data; mancando tale rappresentazione, la successiva omissione dell'azione impeditiva non potrà dunque dirsi consapevole e, di conseguenza, neppure volontaria.

Patente come, attraverso tali specificazioni, la Quinta Sezione abbia inteso prendere apertamente le distanze dalle posizioni della magistratura antecedente, che equiparava la mancata acquisizione di conoscenza da parte dei soggetti adibiti a funzioni di controllo societario, a fronte del mero inadempimento dei rispettivi doveri di vigilanza, al dolo richiesto dalla fattispecie. La nuova presa di posizione della Corte è dunque chiara. Dove la responsabilità penale si fonda sull'addebito doloso ciò che rileva è la sussistenza di una reale conoscenza dell'illecito che si stava perpetrando, cui consegue poi la verifica circa la volontà di non impedirlo: elementi che non possono essere surrogati da meri artifici. In breve, dove non vi sia conoscenza del fatto, dove, dunque, non si possa dimostrare che l'amministratore delegante ha *effettivamente* avuto contezza della esistenza del reato *in fieri* e, sulla base di tale rappresentazione, ha consapevolmente omesso di intervenire per impedirlo, non si potrà configurare responsabilità penale per concorso mediante omissione (se non, chiaramente, per le ipotesi di reato punito a titolo di colpa<sup>206</sup>).

---

<sup>205</sup> Così sentenza Cass. Pen. Sez. V, 5 maggio 2007, n. 23838, § 4.

<sup>206</sup> Secondo la giurisprudenza maggioritaria, può darsi concorso colposo in reato doloso altrui, purché la fattispecie di reato per cui si procede sia specificamente prevista e punita dalla legge come reato colposo.

Con specifico riferimento all'ipotesi di reati commessi nella gestione societaria, individua la possibile configurazione di concorso colposo del garante nel reato doloso dell'esecutivo: Cass. Pen. Sez. I,

Posto tale assunto di partenza, la Corte ha poi aggiunto che, comunque, l'evento può essere oggetto di rappresentazione anche eventuale ed il soggetto può aver accettato il rischio della sua verifica, quale discendente dalla propria inerzia. In modo coerente con l'orientamento oramai consolidato in dottrina e giurisprudenza la sentenza ha, dunque, aperto alla possibilità di contestazioni per l'omesso impedimento del reato anche a titolo di dolo eventuale, con una puntualizzazione, però, fondamentale. Pur in questa dilatazione consentita, si è detto, «non può esservi equiparazione tra “conoscenza” e “conoscibilità” dell'evento che si deve impedire, attenendo la prima all'area della fattispecie volontaria e la seconda, quale violazione ai doveri di diligenza, all'area della colpa».

È estremamente significativo il fatto che la Corte di Cassazione, nella riportata pronuncia, abbia ritenuto di dover riaffermare la necessità di mantenere opportunamente distinti i due diversi concetti di *conoscenza* e *conoscibilità*. Un principio, come è stato autorevolmente commentato<sup>207</sup>, non così ovvio come potrebbe apparire *prima facie*. Così operando, i giudici hanno infatti chiaramente inteso arginare quel filone interpretativo inaugurato con le sentenze degli anni Ottanta e Novanta ed esteso a macchia d'olio nella giurisprudenza successiva, tanto del merito quanto di legittimità, che trasmodava con aperta disinvoltura dal piano del dolo a quello della colpa. Si è voluto porre un freno a quella prassi ermeneutica, fortemente stigmatizzata dalla letteratura penalistica<sup>208</sup>, per cui la ragionevole possibilità di rilevare l'illiceità *lato sensu* del comportamento addebitabile al delegato doveva sempre considerarsi «*equiparabile alla consapevolezza concretamente raggiunta dal singolo*»<sup>209</sup>.

---

22 dicembre 2017, n. 3627, B.G., in *Guida dir.*, 2018, 15, 98, con nota critica di S. METRANGELO, *La posizione di garanzia non basta per la responsabilità penale*, in *Giur. Pen. Web*, 2018, 10.

Sui limiti di configurazione di tale responsabilità si è poi espressa parte della giurisprudenza successiva, che ha precisato come debba intendersi comunque escluso qualsivoglia automatismo. L'individuazione dell'apporto colposo penalmente rilevante impone di verificare, non soltanto, se la condotta del soggetto adibito a funzione di controllo abbia concorso a determinare l'evento e se la condotta sia stata caratterizzata dalla violazione di una regola cautelare, generica o specifica, ma anche se l'imputato poteva prevedere, con un giudizio *ex ante*, quello specifico sviluppo causale, attivandosi per impedirne la concretizzazione. Così, *ex plurimis*: Cass. Pen. Sez. IV, 8 gennaio 2015, n. 5404, Corso, in *CED Cass. Pen.*, 2015; Cass. Pen. Sez. IV, 6 maggio 2015, Ruocco, n. 24462, in *Cass. Pen.*, 2016, 3, 891.

<sup>207</sup> Limpide le osservazioni di Pulitanò, in D. PULITANÒ, *I confini del dolo. Una riflessione sulla oralità del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 1, 22; ID., *Amministratori non operativi e omesso impedimento di delitti commessi da altri amministratori*, *Le Società*, 2008, 7, 900; ID., *Diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2017, 292. In senso analogo: E. GARAVAGLIA, *Posizioni di garanzia proprie degli amministratori e obbligo di impedire i reati*, in *Giur. comm.*, 2009, 3, 455.

<sup>208</sup> Sul punto, si rinvia a quanto più ampiamente ricostruito nei §§ 2.2. e 3.4.

<sup>209</sup> Così, come si ricorderà, la giurisprudenza assolutamente maggioritaria, a partire dalle affermazioni di principio espresse nelle pronunce emesse nella nota vicenda del Banco Ambrosiano: Trib. Milano, 16 aprile 1992, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 1995, 1477, poi confermata nei successivi gradi di giudizio (si veda *infra*, § 2.1. e 2.2.).

Con la sentenza n. 23838/2007, dunque, la Corte ha voluto mettere un punto e ribadire con forza che contenuto essenziale dell'atteggiamento doloso è la conoscenza: conoscenza in atto, non già in mera potenza. La semplice conoscibilità nulla importa nella ricostruzione del dolo.

Breve. Dalla sussistenza dell'effettivo elemento cognitivo e *solo da questo* si potrà procedere per valutare l'esistenza della componente dolosa, pur anche nella sua forma eventuale: ciò che l'accusa ha l'onere di provare è la conoscenza del fatto di reato, nella duplice veste di rappresentazione e di previsione dell'evento, e a questa deve poi seguire la dimostrazione dell'avvenuta accettazione del rischio reato.

L'inerzia rimproverabile è soltanto, quindi, la «*inerzia colpevole*»: «*censurabile in quanto pienamente conscia dell'evento da evitare*»<sup>210</sup>.

Dalla distinzione conoscenza/conoscibilità la sentenza ha poi preso le mosse per affrontare il secondo tema, relativo alla prova del dolo. Così come i due concetti devono permanere distinti sul piano sostanziale, attenendo al dolo il primo, e alla colpa il secondo, allo stesso modo nessuna commistione dei due può avvenire sul piano probatorio. La conoscenza necessaria alla configurazione dell'atteggiamento doloso deve, infatti, essere provata *al di là di ogni ragionevole dubbio* e perché ciò sia possibile non è ammessa alcuna scorciatoia presuntiva od artificio processuale che finisca per «*annacquare*» la dimostrazione dell'esistenza del momento rappresentativo del fatto di reato nella psiche del soggetto non agente. A fronte di tali premesse, deve essere preso in considerazione il sistema dei c.d. segnali d'allarme.

Gli stessi, per poter correttamente operare, devono consistere in circostanze specifiche, che abbiano la capacità di offrire a chi ne constata l'esistenza una effettiva base conoscitiva circa l'illecito che si sta perpetrando: a partire dalla percezione di tali segni il soggetto deve rappresentarsi il fatto costitutivo del reato, nei suoi elementi essenziali<sup>211</sup>. Non è dunque sufficiente una *generica sensazione* di irregolarità, nel senso di mera intuizione di comportamenti pregiudizievoli altrui, così come non può ritenersi sufficiente l'esistenza di indizi che si limitino ad indicare l'esigenza di attivarsi per

---

La confusione di piani tra conoscenza e conoscibilità dell'illecito si è poi perpetrata nella giurisprudenza pressoché unanime successiva, fino all'intervento della sentenza Bipop-Carire. Oltre alle sentenze già citate, si ricordano, *ex plurimis*: Cass. Pen. Sez. V, 24 maggio 2006, n. 36764, in *CED Cass. Pen.*, 2006; Cass. Pen. Sez. V, 24 maggio 2005, n. 19509, in *www.dirittoegiustizia.it*; Cass. Pen. Sez. V, 19 ottobre 2000, n. 191, in *Cass. Pen.*, 2001, 2494.

<sup>210</sup> Come affermato in sentenza n. 23838/07, § 4.

<sup>211</sup> È evidente l'accoglimento dell'orientamento maggioritario in dottrina, sviluppato a partire dalle autorevoli osservazioni dei Maestri Stella, Pulitanò e Crespi, poi successivamente riprese da Pedrazzi, secondo cui, come si ricorderà (si veda *infra*, § 3.4.), gli *indici* di allarme devono riferirsi alla specifica situazione di pericolo che si viene a creare nel caso concreto e devono valere come segnale del possibile accadimento di un determinato reato.

F. STELLA-D. PULITANÒ, *cit.*, 569; A. CRESPI, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, *cit.*, 1147; C. PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, *cit.*, 1265 ss.

effettuare ulteriori indagini. Lungi dall'escludere *in toto* la possibilità di ricorrere al sistema degli indici di allarme per ricostruire in giudizio la prova della partecipazione soggettiva al fatto non impedito, la Corte ne ha però introdotto specifiche delimitazioni, tese ad arginare quelle pratiche applicative improprie, che si erano moltiplicate negli arresti giurisprudenziali precedenti<sup>212</sup>.

«Occorre per l'accusa - ha precisato la Cassazione - la dimostrazione della presenza di segnali perspicui e peculiari in relazione all'evento illecito, nonché l'accertamento del grado di anormalità di questi sintomi, non in linea assoluta, ma per l'amministratore non operativo (oltre, per quanto dianzi detto, la prova della percezione degli stessi in capo agli imputati)»<sup>213</sup>.

Tre, dunque, gli aspetti fondamentali da vagliare:

- le caratteristiche ontologiche degli stessi segnali d'allarme, che devono essere *perspicui e peculiari* in relazione all'illecito;
- la prova della loro avvenuta *percezione* da parte dell'imputato;
- la *valutazione* del grado di anormalità di tali segnali per colui che li ha percepiti.

La sentenza ha coniato dunque una nuova espressione, parlando di segnali «*perspicui e peculiari*»: endiadi in cui è racchiuso un fondamentale chiarimento concettuale. Il termine *perspicuo*, dalla etimologia latina *perspicuus*, dal verbo *perspicere*, «penetrare con lo sguardo», «vedere attraverso»<sup>214</sup>, indica qualcosa di chiaro, evidente, qualcosa di trasparente, nel senso che *traspare* dagli elementi dati. Il segnale è «*perspicuo*» quando consente di vedere attraverso di esso, quando dallo stesso emerge il fatto di reato. Tale significato sembra poi completarsi con l'uso del termine «*peculiare*», che pare potersi intendere nella sua accezione più semplice di «proprio», «tipico» - particolare di qualcosa: in questo caso è il segnale particolare di quello specifico reato. L'endiadi indica dunque la precipua attinenza che deve avere *quel* segnale rispetto a *quel* reato<sup>215</sup>. L'indice *perspicuo* e *peculiare* è il *sintomo* del reato che si viene poi a realizzare: attraverso di esso il soggetto deve scorgervi, *rectius* deve rappresentarsi, il fatto illecito.

Viene così accantonata la convinzione invalsa nella precedente giurisprudenza. Per ritenere dimostrato l'elemento doloso, pur anche nella sua declinazione eventuale, a partire dai segnali di allarme, non basta che da essi si possa ricavare la generica

---

<sup>212</sup> D. PULITANÒ, *Amministratori non operativi e omesso impedimento di delitti commessi da altri amministratori*, cit., 901.

<sup>213</sup> Queste le parole della sentenza, § 4.

<sup>214</sup> Composto di *per-* «attraverso» e *specere* «guardare». Si vedano, per i relativi riferimenti etimologici: N. ZINGARELLI-M. CANNELLA-B. LAZZARINI (a cura di), *Vocabolario della lingua italiana*, Zanichelli, Milano, 2017; AA.VV., *L'Enciclopedia. Dizionario italiano*, La Biblioteca della Repubblica, Vol. XXIII, Utet, Moncalieri, 2004.

<sup>215</sup> In senso parzialmente diverso si è espresso invece D. PULITANÒ, *I confini del dolo. Una riflessione sulla oralità del diritto penale*, in cit., 37, secondo cui l'endiadi mette in rilievo che l'essere *perspicuo* è un carattere *peculiare* di alcuni segnali soltanto, di una cerchia fortemente caratterizzata dentro l'ambito vasto e variegato di segnali d'allarme di diversa intensità o pregnanza.

supposizione che, nella situazione data, qualcosa d'illecito possa accadere, ma, al contrario, occorre la rappresentazione concreta del fatto che poi si verificherà.

Lo schema degli indicatori di pericolo deve poi essere vagliato per riscontrare un ulteriore aspetto. Come ha specificato la Corte in sentenza, una volta constatati i predetti requisiti propri di tali indici, è poi necessario valutare il grado di anormalità degli stessi, non già in linea assoluta, ma per l'amministratore delegante che li ha percepiti. Ciò a ribadire come l'oggettiva esistenza di tali segnali non possa ritenersi sufficiente. Questi, una volta che sono stati effettivamente percepiti, devono essere anche correttamente *valutati* come indici di allarme da parte del soggetto.

L'accusa, in buona sostanza, è chiamata a dimostrare che l'imputato ha avvertito il segnale - e, si badi bene, non qualsivoglia segnale, ma soltanto quello che si riveli perspicuo e peculiare del fatto di reato - e lo ha correttamente compreso, scorgendovi attraverso l'illecito poi effettivamente posto in essere da altri. Soltanto allora la prova del dolo potrà ritenersi raggiunta.

Orbene, possiamo osservare, in sintesi, come la pronunzia emessa dalla Corte di Cassazione nel caso Bipop-Carire assuma una importanza innegabile per la particolare sensibilità dimostrata dai giudici nel processo di ricostruzione della responsabilità connessa al controllo societario, con precipuo riferimento alla ricostruzione dell'elemento soggettivo. La sentenza segna, insomma, un punto di svolta rispetto alle tendenze ingiustificatamente estensive della giurisprudenza antecedente. La Corte, «dà un giro di vite», pone dei limiti, chiari, tesi a scongiurare dilatazioni esorbitanti della responsabilità dei soggetti adibiti a funzioni di controllo societario, esprimendo un forte monito circa la necessità di rispettare il rigore probatorio, che è proprio del processo penale.

## **5. IV fase: lo stato dell'arte. La giurisprudenza successiva e l'aggiramento dei principi di Cassazione Bipop-Carire.**

I principi di diritto espressi nella celebre pronunzia sono stati poi riaffermati, con ancora maggior rigore, all'interno di due sentenze della Corte di Cassazione di poco successive, la n. 42519 del 2012<sup>216</sup> e la n. 23000 del 2012<sup>217</sup>, definite da taluno il punto più avanzato della elaborazione giurisprudenziale in tema di dolo dell'amministratore

---

<sup>216</sup> Cass. Pen. Sez. V, 8 giugno 2012, n. 42519, B.A., emessa nella vicenda processuale originata dal fallimento del Credito Commerciale Tirreno, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, 951, con nota di G. MINICUCCI, *Limiti della posizione di garanzia e del dolo degli amministratori «non operativi»*; Cass. Pen., 2014, 3, 1025, con nota di F. M. FRASCHETTI, *La Cassazione sulla responsabilità omissiva degli amministratori privi di delega: rivoluzione di sistema o riscoperta di «vecchi principi»?*; in *Ilfallimentarista.it*, 12 aprile 2013, con nota di F. D'ARCANGELO, *Il dolo degli amministratori non esecutivi e i sintomi di allarme dell'operazione distrattiva*.

<sup>217</sup> Cass. Pen. Sez. V, 5 ottobre 2012, n. 23000, in Banca dati *DeJure*.

privo di delega, nei reati fallimentari<sup>218</sup>. In specie, entrambe le sentenze, attraverso uno schema motivazionale in ampia parte analogo, dopo aver ribadito con forza i precetti espressi in Bipop-Carire, con riferimento alla individuazione ed alla prova in giudizio del momento rappresentativo del dolo, hanno aggiunto una serie di affermazioni di principio di grande pregio e sensibilità con particolare riferimento all'aspetto volitivo.

In specie, quanto al primo elemento si è riconfermata l'inderogabile necessità di dimostrare che il soggetto non agente, nel caso concreto, fosse effettivamente a conoscenza quantomeno del rischio che, nella situazione data, si potesse verificare un evento di reato. Di tal ché, è fondamentale verificare che l'evenienza illecita si sia presentata con una qualche *probabilità* e che questa, sia pur modesta ma più concreta prospettiva, sia stata oggetto di rappresentazione da parte dell'autore dell'omissione.

Sul piano probatorio, questa affermazione di principio si traduce nella precisazione secondo cui si potrà ricorrere al paradigma dei segnali d'allarme, per dar prova della ricorrenza della rappresentazione dell'evento, ma l'utilizzo di simile schema accertativo dovrà inderogabilmente operare attraverso la peculiare procedura già individuata in Bipop-Carire. In primo luogo, si dovrà dimostrare l'avvenuta percezione degli indici di allarme da parte del garante; di poi, sarà necessario verificare che, dalla conoscenza degli stessi, il garante abbia effettivamente desunto il possibile rischio del reato che risulta poi realizzato in concreto.

Una volta effettuato tale accertamento, ha puntualizzato la Corte di Cassazione, in ambedue le sentenze del 2012, è poi necessario procedere alla verifica circa l'esistenza dell'elemento volitivo, che richiede uno sforzo probatorio ulteriore e qui sta in effetti il *quid novi*. Ricostruita l'inerzia consapevole del soggetto, non si può infatti ancora discutere di dolo, neppure nella sua forma eventuale, giacché, per potersi affermare che il successivo fatto illecito è stato da lui voluto, per quanto in termini di mera accettazione del rischio che si producesse, si «*richiede pur sempre la determinazione di orientarsi verso la lesione o l'esposizione a pericolo del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice*». Tale determinazione deve essere ricostruita in processo attraverso il riferimento al complesso di circostanze materiali *decisive* - circostanze altre e diverse rispetto ai c.d. indici di allarme sfruttati per ricostruire il momento rappresentativo.

Ebbene, a questo fine, si è detto, assume peculiare rilievo la valutazione della fiducia eventualmente riposta dai consiglieri privi di delega nelle abilità degli

---

<sup>218</sup> M. CAPUTO, *Dalla teoria dei «segnali di allarme» alla realtà dell'imputazione dolosa nel concorso dell'amministratore non esecutivo ai reati di bancarotta*, in *Riv. Soc.*, 2015, 5, 915; in senso analogo: N. MENARDO, *La responsabilità penale omissiva degli amministratori privi di delega*, cit., 10; A. INGRASSIA, *La Suprema Corte e il superamento di una responsabilità di posizione per amministratori e sindaci: una decisione apripista?*, Nota a Cass. Pen. Sez. V, 8 giugno 2012 (dep. 2 novembre 2012), n. 42519, Pres. Oldi, Rel. Micheli, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2013, 2, disponibile anche in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); M. PIERDONATI, *Crisi dell'impresa e responsabilità penale del vertice nelle società: verso "nuovi equilibri" giurisprudenziali*, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, 8, 966 e ss.

amministratori delegati. Un conto è, infatti, che i deleganti rimangano indifferenti dinanzi ad un segnale di allarme percepito come tale, in quanto decidano di non tenere in considerazione alcuna l'interesse dei creditori o il destino stesso della società; ben altra cosa è che questi non intervengano perché continuano a riconoscere fiducia, per quanto mal riposta, verso le capacità gestionali di altri.

*«Solo nel primo caso - si è specificato<sup>219</sup> - l'amministratore potrà essere chiamato a rispondere penalmente delle proprie azioni od omissioni, non già nel secondo, dove - ferma restando la prospettiva di ravvisare una sua responsabilità in sede civile, ricorrendone i meno rigorosi presupposti - sarebbe ipotizzabile soltanto una sua condotta colposa, al massimo nella forma della colpa cosciente per avere egli ritenuto erroneamente che le capacità manageriali di qualcun altro avrebbero di certo impedito il verificarsi di un pur previsto evento: e l'ordinamento non consente la condanna in sede penale per fatti di bancarotta connotati da mera colpa, neppure se in ipotesi aggravate ex art. 61 c.p. n. 3».*

Lo sforzo interpretativo compiuto dalla Corte di Cassazione con la sentenza del 2007, poi ripreso e sviluppato ulteriormente nel 2012 nei termini anzidetti, è stato accolto con grande entusiasmo dagli ambienti dottrinali. Una simile rilettura in chiave garantistica dello schema di responsabilità omissiva nell'assetto societario, veicolata in particolare, come si è visto, attraverso il tentativo di razionalizzare il paradigma probatorio dell'elemento soggettivo, aveva infatti alimentato grandi speranze nella letteratura penalistica, che auspicava fosse stato così inaugurato un nuovo filone giurisprudenziale, preludio di una «nuova alba», si è detto, una via d'uscita dal «crepuscolo del dolo»<sup>220</sup>, segnato dal precedente orientamento. Sennonché, tali aspettative, col tempo, sembrano essere state intimamente tradite.

Le pronunce dei giudici di merito e di legittimità che si sono susseguite sul tema si sono progressivamente emancipate dai precetti enunciati in Bipop-Carire, cui sovente si è finito per prestare un ossequio soltanto formale, mentre i casi di loro fedele applicazione hanno rappresentato ipotesi assolutamente minoritarie, se non casi quasi eccezionali<sup>221</sup>.

---

<sup>219</sup> Cass. Pen. Sez. V, 8 giugno 2012, n. 42519, *cit.*

<sup>220</sup> D. PULITANÒ, *Amministratori non operativi e omesso impedimento di delitti commessi da altri amministratori*, *cit.*, 901. Un altro studioso si era interrogato sulla possibilità di considerare la pronuncia n. 42519/2012 una decisione *apripista* per un nuovo orientamento in chiave garantista (A. INGRASSIA, *La Suprema Corte e il superamento di una responsabilità di posizione per amministratori e sindaci: una decisione apripista?*) mentre un diverso autore, con ancor maggiore ottimismo, confidava sul fatto che i principi di diritto enunciati nelle citate pronunce non potessero che trovare successive conferme (G. FLORA, *Verso una «nuova stagione» del diritto penale fallimentare?*, *cit.*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, 4, 904).

<sup>221</sup> Cass. Pen. Sez. V, 10 febbraio 2009, n. 9736, C.G., in *Cass. Pen.* 2011, 3, 1181, con nota di I. MERENDA, *Sulla responsabilità penale dell'amministratore senza delega. Alcune considerazioni dopo la riforma del diritto societario*. I principi di Bipop-Carire, precisati nelle due citate sentenze del 2012 sono poi stati ribaditi e correttamente applicati in due pronunce del 2016, emesse dalla stessa Quinta Sezione

L'orientamento maggioritario ha proceduto nel senso di una graduale involuzione verso le posizioni più rigoriste della giurisprudenza antecedente<sup>222</sup>. Pur affermando di aderire ai principi di diritto in termini di accertamento dell'elemento soggettivo espressi dalla celebre sentenza del 2007, spesso peraltro citata esplicitamente in alcuni dei suoi passaggi essenziali, i giudizi degli anni successivi hanno dato infatti segnali di forte «arretramento»<sup>223</sup>, andando a rimodulare quegli stessi precetti in senso notevolmente meno garantistico, sino a svilirne il relativo contenuto<sup>224</sup>.

Una prima deviazione si è registrata, invero, in una sentenza di poco successiva al caso Bipop-Carire che, peraltro, curiosamente, è stata redatta dal medesimo relatore della pronunzia del 2007. Il riferimento è a Cassazione 5 novembre 2008, n. 45513, in cui la Suprema Corte, dopo aver ribadito che la responsabilità del soggetto omissivo deve fondarsi sulla dimostrazione della sua conoscenza del reato *in itinere*, ha introdotto una rilevante semplificazione in tema di accertamento, sostituendo la prova della effettiva consapevolezza del fatto nei suoi elementi essenziali, con la mera conoscenza dei sintomi di allarme. Ha specificato, per l'appunto, come, nell'economia del dolo eventuale, tali sintomi assumano rilievo decisivo, quando siano eloquenti del fatto realizzando. E ha aggiunto: «*della loro relativa consapevolezza soltanto, e non dell'accadimento nella sua*

---

nello stesso giorno: Cass. pen. Sez. V, 22 marzo 2016, n. 14045, in *Cass. Pen.*, 2016, 10, 3846, e Cass. Pen. Sez. V, 22 marzo 2016, n. 35344, in *IlSocietario.it* 25 agosto 2016. A queste si aggiunge Cass. Pen. Sez. V, 12 gennaio 2016, n. 30333, in *Dir. e Giust.*, 2016, 33, 19, con nota di E. FONTANA, *Limiti alla responsabilità omissiva dell'amministratore privo di delega*.

<sup>222</sup> F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari. (Una lettura critica della recente giurisprudenza)*, Relazione al convegno *Incontro di studio «Guido Galli»*, svoltosi a Roma, 7-9 novembre 2011, organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura e pubblicato in *Riv. soc.*, 2012, 2-3, 317; C. BECCAREDDA BOY, *La posizione di garanzia e la responsabilità dolosa degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario: «che tutto cambi affinché tutto rimanga com'è»*, in *Ind. pen.*, 2014, 59; N. MENARDO, *La responsabilità penale omissiva degli amministratori privi di delega. Recenti approdi giurisprudenziali e spunti di riflessione*, cit.; G. MERCONE, *L'obbligo di garanzia degli amministratori privi di deleghe e la funzione probatoria dei c.d. segnali d'allarme*, Nota a Cass. pen., Sez. V, Ud. 19 ottobre 2010 (dep. 22 novembre 2010), n. 41136, *Pres. Colonnese, Rel. Marasca* in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); M. PAPPONE, *Amministratori non esecutivi e profili di responsabilità penale alla luce dei recenti arresti giurisprudenziali*, in *Arch. pen., Osservatorio sulla responsabilità penale degli enti*, disponibile anche in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it).

<sup>223</sup> Come osserva in senso fortemente critico Beccaredda, in C. BECCAREDDA BOY, *La posizione di garanzia e la responsabilità dolosa degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario: «che tutto cambi affinché tutto rimanga com'è»*, cit., 64.

<sup>224</sup> Sembra immediato il parallelismo con la sentenza Franzese, i cui principi sono stati progressivamente sviliti ed aggirati dalla giurisprudenza successiva, specialmente all'insegna di una riaffermazione della teoria dell'aumento del rischio. Sul tema: M. ROMANO, *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche in diritto penale*, in *Scritti per Federico Stella*, M. BERTOLINO-G. FORTI (a cura di), Vol. I, Jovene, Napoli, 2007, 891; R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2010, *passim*; R. BARTOLI, *Il problema della causalità penale. Dai modelli unitari al modello differenziato*, Giappichelli, Torino, 2010, *passim*.

*compiuta fisionomia, deve darsi pieno riscontro in capo all'imputato, preposto alla posizione di garanzia». L'avvenuta percezione di questi sintomi di pericolo da parte del soggetto, ha sostenuto, quindi, «concreta adeguato riscontro alla penale responsabilità, salvo che sia fornita convincente e legittima giustificazione sulle ragioni che hanno indotto il soggetto all'inerzia»<sup>225</sup>.*

Le affermazioni di principio riportate segnano indubbiamente una regressione rispetto all'indirizzo garantistico inaugurato solo l'anno precedente. Si è giunti infatti a ritenere bastevole la dimostrazione in processo della mera *percezione* dei segnali di allarme, da parte del soggetto, escludendo il successivo passaggio relativo alla verifica che gli stessi, una volta percepiti, siano stati nel concreto conosciuti e valutati come indicazione della perpetrazione del fatto illecito; passaggio che secondo i precetti espressi in Bipop-Carire dovrebbe invece intendersi ineludibile.

La Corte ha poi operato una sorta di inversione dell'onere probatorio. Ha precisato che, una volta che l'accusa abbia dato prova della semplice esistenza di «*segnali eloquenti*», che siano stati anche percepiti dal garante, si può automaticamente considerare dimostrato il dolo di questi, a meno che lo stesso imputato non dia prova che la sua inattività è stata in realtà *legittima*, giacché opportunamente giustificata. Si tratta, come può immediatamente comprendersi, di un vero e proprio passo indietro rispetto agli importanti risultati che erano stati raggiunti con il celebre arresto sopra analizzato, che sembra aprire la strada alla riaffermazione delle concezioni rigoristiche del passato.

Non è affatto privo di significato, riteniamo, che una pronuncia di tale stregua sia stata pubblicata neanche un anno dopo la sentenza Bipop-Carire e che sia stata financo redatta dal medesimo relatore. Le circostanze riportate infatti concorrono in ampia misura a sminuire il rilievo di quello che, al contrario, secondo la dottrina più ottimista, avrebbe dovuto rappresentare un *leading case* in materia. È, insomma, come se si giustificasse l'esistenza di una seconda opzione, legata a concezioni meno garantiste.

Le statuizioni della sentenza 45513/2008 hanno poi ingenerato una particolare eco, come era prevedibile, e sono state riprese in numerose sentenze successive, in cui si è ripetuta, con sempre maggior forza, l'opportunità di esaurire l'indagine sull'elemento psicologico del reo nella semplice verifica della sola *percezione*<sup>226</sup> dei segnali

---

<sup>225</sup> Cass. Pen. Sez. V, 5 novembre 2008, n. 45513, in *Riv. dott. comm.*, 2009, 1, 156, con nota di G. CHIARAVIGLIO, *Responsabilità di amministratori non esecutivi e sindaci ex art. 40 cpv. c.p., dolo eventuale, causazione del dissesto per effetto di operazioni dolose*.

<sup>226</sup> Una parte della dottrina, nel commentare le statuizioni di principio espresse nella sentenza Bipop-Carire, per vero, già ammoniva sul pericoloso utilizzo, nella stessa sentenza, del termine «percezione», che si sarebbe potuto prestare a distorsioni interpretative. Benché nella celebre pronuncia fossero stati fatti innegabili passi avanti in tema di accertamento del dolo, laddove era stata precisata la necessità di verificare che il garante avesse effettivamente percepito e valutato gli indici di pericolo del caso concreto, tuttavia, il pensiero della Corte così espresso rischiava di sfociare in fraintendimenti interpretativi e spianare la via ad un ritorno verso le posizioni del passato. Si diceva, in specie, non fosse «*decorosa metodologia giocare col termine percezione*». Così, F. CENTONZE, *La Suprema Corte di Cassazione e la responsabilità omissiva*

dell'illecito<sup>227</sup>. Sul percorso così tracciato si sono collocate una serie di altre pronunzie, emesse sempre dai giudici di legittimità, tra gli anni 2010 e 2011. In esse, alla prova della avvenuta percezione dei segnali di allarme da parte dell'omittente è stata equiparata la prova circa la particolare natura delle attività incriminate: «*talmente anomale*» da non poter sfuggire al soggetto adibito a funzioni di controllo.

Il principio è ben evidenziato in Cassazione 19 ottobre 2010, n. 41136. Anche in questo caso, si è ribadito in motivazione, in via preliminare, la necessità di accertare la rappresentazione dell'evento in capo all'imputato, quasi a voler riconoscere un tributo alla sentenza Bipop-Carire; un tributo che, però, ancora una volta, risulta meramente formale. Riprese le affermazioni di principio contenute nella sentenza del 2007, infatti, i giudici hanno poi introdotto una precisazione e hanno affermato che, ai fini della prova, deve considerarsi necessaria (e sufficiente) la dimostrazione che «*l'amministratore non operativo abbia avuto percezione dei sintomi di illecito o che le attività incriminate fossero talmente anomale da non potere sfuggire*»<sup>228</sup>. Innegabile, invero, come tali asserzioni richiama alla mente le formule del «*non poteva non sapere*», retaggio di un passato che la dottrina auspicava ormai superato.

Questa rievocazione risulta ancora più evidente nel passaggio di una sentenza di poco successiva<sup>229</sup>, Cassazione 1 luglio 2011, n. 31163, la cui motivazione, per dimostrare l'esistenza del momento rappresentativo del dolo nella mente del soggetto, ha parlato di «*macroscopicità degli eventi*». Le operazioni illecite poste in essere dall'agente nel caso di specie, e i loro conseguenti effetti, si è detto, avevano una portata (macroscopica) tale, che non potevano passare inosservati; «*non potevano non mettere sull'avviso*» l'imputato circa l'esistenza dei reati che altri stavano realizzando.

A partire dal 2009<sup>230</sup>, dunque solo due anni dopo la pubblicazione della pronuncia di Bipop-Carire, si è inaugurato un ulteriore filone ermeneutico, che, collocandosi sempre nel solco del rigore applicativo, ha concentrato questa sorta di «*rivisitazione interpretativa*» sulla *conoscenza* del fatto di reato, equiparata, sul piano probatorio, ad un nuovo concetto di «*conoscibilità in concreto*». Si afferma: «*non solo la "conoscenza" ma anche la "conoscibilità" del fatto illecito da impedire può fondare, sotto il profilo*

---

*degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario, cit.*, 923, che citava, a sua volta, A. CRESPI, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali, cit.*, 1155.

<sup>227</sup> Cass. Pen. Sez. V, 28 aprile 2009, n. 21581, in banca dati *DeJure*; Cass. Pen. Sez. V, 19 ottobre 2010, n. 41136, in banca dati *DeJure*; Cass. Pen. Sez. V, 4 maggio 2011, n. 28932, in *Foro Ambrosiano*, 2011, 2, 182; Cass. Pen. Sez. V, 7 marzo 2014, n. 32352, in *Foro it.*, 2014, 7.

<sup>228</sup> Cass. Pen. Sez. V, 19 ottobre 2010, n. 41136, in banca dati *DeJure*.

<sup>229</sup> Cass. Pen. Sez. V, 1 luglio 2011, n. 31163, in *Cass. Pen.*, 2012, 4, 1506.

Nello stesso senso si sono espresse diverse sentenze successive, si veda, da ultimo, Cass. Pen. Sez. V, 28 febbraio 2018, n. 21913, in banca dati *DeJure*.

<sup>230</sup> Cass. Pen. Sez. V, 22 settembre 2009, n. 36595, in *Soc.*, 7, 2010, 886, con nota di P. CHIARAVIGLIO, *La responsabilità dell'amministratore delegante fra «agire informato» e poteri di impedimento*.

psicologico, la penale responsabilità dell'amministratore o del sindaco di società, ai sensi dell'art. 40 c.p., comma 2». Sennonché, per soddisfare i canoni probatori, si aggiunge, detta conoscibilità «dev'essere "concreta"». Che cosa poi debba intendersi con questo neologismo è la stessa giurisprudenza di legittimità a precisarlo.

«Non può bastare, per riconoscerne l'esistenza, la sola dimostrazione che la mancata conoscenza del fatto illecito "in fieri" sia dipesa dall'inosservanza, pur se macroscopica, dei doveri di vigilanza incombenti al soggetto in virtù della carica a lui affidata, poiché ciò equivarrebbe a rendere perseguibile a titolo di colpa, sia pur grave, un reato per il quale è invece necessario in ogni caso il dolo, occorrendo invece, proprio ai fini della prova in ordine alla sussistenza di detto ultimo elemento (pur se nella forma del dolo c.d. "eventuale"), la dimostrazione che, anche in presenza di quell'inosservanza, i c.d. "segnali di allarme" fossero talmente forti ed evidenti da doversi necessariamente imporre anche all'attenzione del più noncurante e distratto degli amministratori o dei sindaci»<sup>231</sup>.

«Conoscibilità concreta», dunque, laddove si constati, nel caso di specie, la sussistenza di indicatori di allarme di portata tale da imporsi all'attenzione del garante: tali, insomma, che non potevano non essere conosciuti.

Le stesse espressioni venivano poi riprese pedissequamente nella c.d. sentenza Parmalat, che ha statuito sul filone principale del processo originato dal fallimento del celebre gruppo societario<sup>232</sup>.

Sennonché, nonostante gli sforzi interpretativi profusi dai giudici nelle riportate pronunzie, non si può fare a meno di osservare che la conoscibilità, pur con la precisazione che per poter valere come prova del dolo debba presentare caratteri di concretezza, si configura comunque sempre come coefficiente psicologico presuntivo. Si colloca sempre nel novero di ciò che è conoscenza in potenza, di ciò che si sarebbe *potuto e dovuto conoscere*, ma, ancora una volta, non è conoscenza effettiva. Si ripropone, dunque, in questo modo, il rischio di commistione tra ciò che è propriamente dolo e ciò che, esulando dalla rappresentazione e volizione attuale del fatto di reato, altro non è che mancanza di diligenza del soggetto, che non si è avveduto di ciò di cui avrebbe invece dovuto avvedersi, e rientra nell'ambito della colpa.

Fin dalle prime avvisaglie di questo progressivo ritorno a schemi presuntivi e semplificazioni probatorie, finalizzati ad agevolare l'accertamento dell'elemento soggettivo nel concorso mediante omissione, una parte della dottrina ammoniva sul pericolo che, per questa via, si potesse aprire uno «spiraglio» al reingresso della forma di responsabilità del controllore societario fondata, non già, sull'omesso impedimento del

---

<sup>231</sup> In questi termini: Cass. Pen. Sez. V, 27 gennaio 2011, n. 7088, in banca dati *DeJure*.

Più di recente, parla di concreta conoscibilità: Cass. Pen. Sez. I, 9 marzo 2018, n. 14783, in *Cass. Pen.*, 2018, 11, 3876.

<sup>232</sup> Cass. Pen. Sez. V, 7 marzo 2014, n. 32353, in banca dati *DeJure*.

reato, bensì sulla semplice omessa vigilanza, come avveniva nelle condanne di fine secolo<sup>233</sup>. E, in effetti, un tale timore si è rivelato, col tempo, non privo di fondamento.

È emblematica la sentenza di Corte di Cassazione, n. 44107 del 2018<sup>234</sup>.

In estrema sintesi. I giudici di legittimità erano chiamati a decidere in merito al ricorso presentato dall'imputato avverso la pronuncia della Corte d'Appello di Genova, con cui, in data 15 aprile 2010, quest'ultimo era stato condannato in qualità di sindaco, per concorso mediante omissione in bancarotta fraudolenta patrimoniale con gli amministratori della società, che materialmente avevano posto in essere il reato. La difesa del ricorrente, in particolare, riteneva che la motivazione della pronuncia impugnata risultasse viziata, in ordine alla riscontrata prova del dolo, poiché, si sosteneva, «*era stata illegittimamente equiparata la conoscibilità dei fatti delittuosi alla loro conoscenza effettiva*»<sup>235</sup>. Nel rigettare tale motivo, ritenuto infondato, la Corte seguiva una serie di passaggi logici che riteniamo importante ricostruire in questa sede.

In via preliminare, anche in qui, la sentenza riproponeva affermazioni di principio di matrice garantista, mutuati da Bipop-Carire, e precisava come «*per affermarsi la responsabilità del sindaco occorre che egli abbia dato un contributo giuridicamente rilevante sotto l'aspetto causale alla verifica dell'evento e che abbia avuto la coscienza e la volontà di quel contributo, anche solo a livello di dolo eventuale*». A tal fine, sosteneva che non basta dimostrare l'esistenza di comportamenti negligenti - od imperiti - del soggetto, come può essere il disinteresse nei confronti della gestione societaria, ma occorre la prova che la sua condotta ha determinato o favorito, *consapevolmente*, la commissione dei fatti di reato da parte dell'esecutivo. Sennonché, gli stessi precetti, così pregevolmente ricostruiti sul piano astratto, risultavano poi svuotati completamente di significato, nel momento in cui venivano declinati nel caso concreto.

Dopo aver elencato gli atti distrattivi perpetrati dagli amministratori, integranti il reato di bancarotta, come erano stati puntualmente individuati nella sentenza di secondo grado, la Cassazione spiegava che tali atti, per la loro estensione temporale, per la loro

---

<sup>233</sup> P. CHIARAVIGLIO, *La responsabilità dell'amministratore delegante tra «agire informato» e poteri di impedimento*, cit., 887.

<sup>234</sup> Cass. Pen. Sez. V, 11 maggio 2018, n. 44107, Machieraldo, in *Il societario.it*, 2018, 9, con nota di A. SALERNO, *La responsabilità penale del sindaco di una società per omessa vigilanza*; anche in *www.penalecontemporaneo.it*, 11 gennaio 2019, con nota di G. RAMPELLA, *In tema di bancarotta fraudolenta patrimoniale: la Cassazione precisa i confini del concorso omissivo dei sindaci nelle condotte distrattive degli amministratori*.

Sulla sentenza anche: L. CARRARO, *Il concorso omissivo dei sindaci nei fatti di bancarotta commessi dagli amministratori. Nota a Cass. Sez. V, sent. 11 maggio 2018 (dep. 4 ottobre 2018), n. 44107*, Pres. Zaza, Est. Settembre, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 3, 196.

La sentenza si segnala per alcuni importanti rilievi anche in tema di poteri impeditivi e di ricostruzione del nesso eziologico, su cui si veda *infra*, § 6 e Capitolo II.

<sup>235</sup> Come riportato in sentenza, nella ricostruzione dei fatti, § 2, lett. c).

particolare incidenza sul patrimonio della società e per il fatto che fossero stati reiterati in più diverse occasioni dai soggetti agenti, dovevano valere essi stessi come segnali di allarme per il sindaco, spingendolo ad attivarsi per bloccare l'*iter criminis*.

Precisava la Corte: «*Se è vero che la responsabilità (per distrazione) del sindaco presuppone la conoscenza, e non la sola conoscibilità, delle malefatte dell'amministratore, è altrettanto indubbio che l'ampiezza dell'arco temporale in cui queste sono state poste in essere, il loro numero e reiterazione, oltre che la loro rilevanza, vanno presi in considerazione dal giudicante per risalire allo stato psicologico del soggetto gravato da obblighi di garanzia; stato che, per appartenere al foro interno, può essere accertato solo in maniera induttiva, facendo applicazione di massime di comune esperienza e valorizzando i segni esteriori della volontà, rilevante - nella specie - anche sotto forma del dolo eventuale. Questo perché anche i singoli atti di distrazione assumono - quanto sono reiterati, abbracciano un lungo lasso di tempo e incidono in maniera significativa sul patrimonio aziendale - la connotazione di "segnali di allarme"*». Tali segnali, secondo i giudici di legittimità, dovevano poi intendersi «*idonei*», di per sé stessi, «*ad avvisare l'organo di controllo circa la spregiudicatezza del controllato e la necessità di attivarsi per contenerla*»<sup>236</sup>.

Cerchiamo di riformulare il ragionamento esposto in motivazione, per meglio comprenderne il significato. In base al passaggio riportato, sembra che la sussistenza di *atti distrattivi*, vale a dire degli stessi atti integranti il fatto di reato posto in essere dagli esecutivi, considerati nella loro particolare capacità offensiva, venga ritenuta capace di rappresentare all'osservatore la presenza di irregolarità nella gestione societaria - di «*spregiudicatezza*» dell'amministratore, come si legge in sentenza - e, di conseguenza, viene ritenuta idonea ad avvisare il garante circa la necessità di attivarsi. Di tale situazione, si dice, si sarebbe dovuto avvedere l'organo di controllo e, in specie, lo stesso imputato, che, per la peculiare posizione rivestita in seno al collegio, doveva considerarsi «*soggetto posto in condizione, anche più degli altri, di rendersi conto delle illiceità commesse dall'organo amministrativo*».

Se, dunque, come abbiamo visto prima, sul piano astratto la Corte ha ribadito la necessità che in giudizio si giunga a provare la concreta conoscenza dei fatti di reato (definiti genericamente in sentenza come «*malefatte*») degli amministratori, quando ha poi proceduto a declinare lo stesso concetto nella concretezza del caso di specie, è tuttavia incorsa in una serie di contraddizioni, che hanno finito per svilirne completamente il significato.

La Corte ha ritenuto qui sufficiente, ai fini della prova del dolo, la dimostrazione della sola *esistenza oggettiva* di segnali di allarme. Nella sentenza non vi è alcun riferimento alla verifica del fatto che tali segnali fossero stati effettivamente percepiti dal soggetto e fossero stati poi dallo stesso correttamente valutati quali indici dei reati *in fieri*.

---

<sup>236</sup>Cass. Pen. Sez. V, 11 maggio 2018, n. 44107, *cit.*, § 6.

Al contrario. Con evidente rapidità espositiva, i giudici si sono limitati a prendere atto della semplice esistenza di segnali di allarme nel caso concreto, giudicandoli idonei ad avvisare l'organo di controllo di una generica «*spregiudicatezza*» gestionale, e riconoscendo poi che l'omittente, per la posizione rivestita nel collegio, più degli altri, fosse posto in condizione di avvedersi di tale sprejudicatezza.

Quello che traspare dalle osservazioni esposte dai giudici della Quinta Sezione è soltanto la prova di un coefficiente psicologico potenziale del sindaco non agente, che avrebbe dovuto avvedersi dei fatti di reato che si stavano realizzando e avrebbe dovuto intervenire per impedirne la commissione. Ma non basta. Come si è riportato, la Corte di Cassazione ha indicato quali segnali di allarme, da cui sarebbe dovuta scaturire l'attivazione del ricorrente, gli stessi atti distrattivi posti in essere dall'amministratore, che compongono la condotta delittuosa oggetto del processo, e la loro relativa capacità lesiva sul patrimonio societario. Simile ricostruzione, però, mostra una rilevante contraddizione interna, discendente dalla acritica assimilazione tra oggetto del dolo e mezzo di prova dello stesso. Sul piano interpretativo si pongono infatti due alternative tra loro inconciliabili. O si assume che tali atti potenzialmente lesivi, che costituiscono i fatti di bancarotta incriminati, sono stati *effettivamente percepiti e conosciuti* dall'imputato - e allora provano *sic et simpliciter* l'esistenza di una sua consapevolezza, della rappresentazione, quantomeno in linea generale, dei fatti di reato che si stavano perpetrando; oppure si ritiene che gli stessi, benché evidenti, non sono stati oggetto di alcuna percezione, né tanto meno di conoscenza, per il soggetto non agente, che avrebbe invece dovuto rendersi conto della loro esistenza - e allora non provano nulla in termini di dolo. Nel primo caso, gli atti sono stati conosciuti e dunque c'è stata consapevolezza del reato, ma a questo punto non ha senso parlare di *segnali di allarme*: la rappresentazione c'è stata e si ritiene già dimostrata. Nel secondo caso, invece, tali atti, benché connotati da particolare gravità, come sottolineato in sentenza, non sono stati colti. Avrebbero dovuto essere avvertiti dal soggetto adibito a funzione di controllo e avrebbero dovuto essere correttamente valutati come atti distrattivi, spingendo lo stesso ad attivarsi, ma ciò non è avvenuto.

Il riferimento agli atti distrattivi lesivi del bene giuridico tutelato come segnali di allarme non può valere: o prova troppo o non prova affatto. Insomma, delle due l'una, *tertium non datur*. Sennonché, sulla base delle statuizioni esposte in sentenza sembra che la chiave di lettura adoperata dai giudici sia proprio la seconda, e ciò pare emergere soprattutto da un passaggio della motivazione, in cui si afferma che l'imputato fosse «*posto in condizione, anche più degli altri, di rendersi conto delle illiceità commesse dall'organo amministrativo*». Dunque, poteva e doveva rendersi conto del fatto che venivano realizzati fatti di bancarotta distrattiva. I fatti erano *conoscibili*, ma, ancora una volta, ciò non dimostra che fossero *conosciuti*. Torna, per tale via, l'ennesima confusione di piani tra conoscenza e conoscibilità: tra ciò che attiene all'elemento doloso e ciò che configura un semplice atteggiamento colposo. Quanto si rimprovera all'imputato non è

allora più «inerzia colpevole», «censurabile in quanto pienamente conscia dell'evento da evitare»<sup>237</sup>, quale individuata dalla sentenza Bipop-Carire, ma è soltanto semplice inerzia<sup>238</sup>.

## 6. Brevi note conclusive.

Ripercorrendo le tappe principali che hanno portato alla affermazione dello schema del reato omissivo improprio con particolare riferimento all'ambito del controllo societario e alla definizione dei limiti alla sua concreta applicazione, abbiamo potuto saggiare quali e quante difficoltà lo stesso possa sottendere; complessità di natura tale da ingenerare accese discussioni tra dottrina e giurisprudenza. Quest'ultima, si è osservato, spinta dal principale intento di non lasciare scoperte aree di impunità in un settore tanto delicato qual è quello della criminalità di impresa, in grado di ledere una ampia moltitudine di interessi, ha operato con fondamentale rigore punitivo. Tesa a garantire la condanna di tutti coloro che fossero, in qualche modo, da ritenersi implicati nelle pratiche di *mala gestio*, ha esteso in maniera progressiva l'area della responsabilità penale, fino a coinvolgere anche membri del C.d.A. privi di delega e sindaci, le figure tradizionali del controllo interno alle società, attraverso meccanismi di ascrizione che si sono tradotti sovente nella violazione degli stessi principi costituzionali. In risposta a questo approccio, come abbiamo potuto analizzare innanzi, si è sollevata la critica della dottrina, che, nelle sue espressioni più forti, ha stigmatizzato una simile prassi applicativa come «*scempio di millenari principi di diritto*»<sup>239</sup>.

Un punto di svolta in questa annosa *querelle* tra giudici e autori si è però raggiunto con la celebre pronuncia Bipop-Carire, quando, come una sorta di reazione ai cogenti rimproveri della scienza penalistica, la Corte di Cassazione sembra aver optato per un *revirement* rispetto al rigoroso orientamento precedente e, con riferimento specifico al tema dell'elemento soggettivo della fattispecie omissiva, declinata nel sistema dei controlli societari, ha indicato una serie di principi di diritto di rimarchevole sensibilità.

---

<sup>237</sup> Come affermato in sentenza Cass. Pen. Sez. V, 4 maggio 2007, n. 23838, *cit.*, § 4.

<sup>238</sup> Del resto, forme di argomentazione analoga sembra si possano rinvenire in altre sentenze in cui i giudici di legittimità hanno ritenuto sufficiente, per la prova del dolo, l'esistenza di una *generica* consapevolezza del fatto illecito dell'amministratore operativo. Più precisamente, non si parla di coscienza del fatto di reato che si sta compiendo, ma del solo fatto che si sta omettendo di adempiere ai propri doveri, da cui potrebbe derivare l'omesso impedimento di una qualche condotta illecita. Cass. Pen. Sez. V, 9 febbraio 2010, n. 11938.

In altri casi, è l'elemento volitivo ad assumere connotazione generica, parlandosi di «*consapevole accettazione del rischio che l'omesso controllo avrebbe potuto consentire la commissione di illeciti*». Così: Cass. Pen. Sez. V, 5 marzo 2014, n. 26399.

<sup>239</sup> A. CRESPI, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 4, 1149.

Sennonché, le speranze riposte in questo arresto, visto da molti come un possibile cambio di passo, come la plausibile «*inaugurazione di un nuovo e rigoglioso filone giurisprudenziale*»<sup>240</sup>, in direzione contraria alle concezioni ciecamente punitive precedenti, sono state presto deluse. Invero, le prospettive di cambiamento intraviste dalla dottrina erano state alimentate ulteriormente, qualche anno più tardi, a seguito della pubblicazione di un'altra sentenza, la celeberrima Sezioni Unite ThyssenKrupp. Come ampiamente noto, con la stessa la Corte è intervenuta, tra l'altro, sul tema del dolo eventuale e della relativa prova in processo. Ha definito suddetta forma di dolo in termini precisi e ne ha segnato la distinzione, chiara e netta, dalla colpa cosciente.

Tuttavia, come si è detto, le aspettative della letteratura penalistica non hanno trovato conforto nelle posizioni della magistratura successiva, che ha dato avvio ad un processo di progressiva involuzione, tornando a ripristinare l'uso di presunzioni e automatismi applicativi, che incidono sulla stessa sostanza del dolo, sovente scambiato con semplici contegni colposi dei soggetti adibiti a funzioni di vigilanza all'interno dell'organigramma societario<sup>241</sup>. Ancora oggi è dato riscontrare nella giurisprudenza un atteggiamento orientato ad un generale rigore punitivo, che sembra peraltro affacciarsi con toni più accesi in corrispondenza di episodi di crisi societarie e scandali finanziari particolarmente gravi, i quali, come tali, coinvolgono un novero più esteso di interessi<sup>242</sup>. Segnali forti di questo arretramento si rinvengono, non a caso, nelle pronunzie dei giudici che hanno concluso la vicenda legata alla crisi del colosso Parmalat, secondo quanto si è potuto osservare innanzi.

L'impressione che ci pare di poter cogliere da questo assetto è quella per cui la giurisprudenza, per rispondere ad esigenze di tutela dei beni coinvolti nell'attività di impresa e per garantire che chi possa in qualche modo ritenersi responsabile delle eventuali offese agli stessi sia punito, operi a discapito della legge medesima e, più precisamente, delle categorie giuridiche del diritto penale<sup>243</sup>.

---

<sup>240</sup> G. FLORA, *Verso una «nuova stagione» del diritto penale fallimentare?* cit., 903.

<sup>241</sup> Atteggiamento che aveva portato al «*pervertimento di concetti e istituti*», come denunciava già Pedrazzi, all'inizio degli anni 2000. C. PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, cit., 1266. Come si ricorderà, in tal caso l'Autore faceva precipuo riferimento al tema della ricostruzione e della prova dell'elemento soggettivo doloso.

<sup>242</sup> Una parte della dottrina ha parlato di «*vittimizzazione di massa*». A. ALESSANDRI, *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro. Un'introduzione*, in AA.VV., *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Convegni di studio «Enrico de Nicola». Problemi attuali di diritto e procedura penale, Giuffrè, Milano, 2009, 48.

<sup>243</sup> La questione si pone in stretta correlazione con il tema, denunciato nel corso degli anni '90, della impunità dei colletti bianchi, per cui la giurisprudenza sembra spinta a reagire ad episodi di *mala gestio* societaria con ancora maggior rigore, per evitare il crearsi di sfere di impunità nel tessuto sociale.

La tematica è stato oggetto di particolare attenzione, a partire dalla pubblicazione della celebre opera di Sutherland, in E. H. SUTHERLAND, *Il crimine dei colletti bianchi. La versione integrale*, Milano, Giuffrè, 1987. Sullo stesso si interroga invero ancora la dottrina di *common law*, che osserva come, per i casi di c.d. *mismanagement* non si proceda penalmente nei confronti dei soggetti adibiti a funzioni di

La complessità probatoria connessa alla dimostrazione di una effettiva responsabilità penale per omesso impedimento del reato doloso posto in essere dagli amministratori esecutivi è innegabile. Lo schema «ideale», definito per aspetti fondamentali nelle pagine che precedono, in ossequio ai principi costituzionali di legalità, colpevolezza e personalità della responsabilità penale, implicherebbe, come si è detto, che sia individuata una posizione di garanzia in capo all'organo di controllo, con la conseguente demarcazione del relativo obbligo giuridico di impedimento del reato altrui e dei corrispondenti poteri impeditivi spettanti al singolo individuo; richiederebbe, di poi, la prova del nesso causale tra l'omissione e l'illecito non impedito, da valutarsi in concreto, attraverso un giudizio di tipo controfattuale, e imporrebbe, infine, la prova del dolo quale rappresentazione e volontà del fatto, *i.e.* la dimostrazione in processo della conoscenza e volontà che si verificasse la fattispecie di reato poi effettivamente realizzato nel caso di specie. Sennonché, di questi passaggi difficilmente è dato rinvenire traccia nelle pronunce della giurisprudenza. Il dolo di reato viene ricostruito con stilemi presuntivi che incidono, oggi come ieri, sul contenuto sostanziale dello stesso, confondendolo con ipotesi di mera colpa, mentre sull'elemento oggettivo di fattispecie, la giurisprudenza evita in genere persino di soffermarsi, eludendo precipue ricognizioni sulla posizione del garante e sulla individuazione del nesso causale tra l'omissione e il reato da altri commesso, come si avrà modo di osservare più approfonditamente nelle pagine che seguono.

In conclusione, si può osservare come l'analisi sin qui condotta porti ad una prima considerazione interlocutoria, che dovrà essere sviluppata ed approfondita nel prosieguo dello studio. Pare di poter osservare che gli sforzi che dovrebbe compiere l'accusa per dimostrare la sussistenza di tale responsabilità e il giudice per verificarla e motivarla in sentenza, necessari per ritenere integrata la fattispecie dell'omesso impedimento di reato altrui nel sistema del controllo societario non sono certo irrisori, e, sovente, l'impossibilità pratica di farvi fronte si traduce nella manipolazione degli stessi contenuti giuridici.

---

controllo. Sul tema: S. W. BUELL, *Is the white collar offender privileged?*, in *Duke Law Journal*, 63, 2014, reperibile in [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com).; ID., *The Responsibility Gap in Corporate Crime*, in *Criminal Law and Philosophy*, 2017, *Duke Law School Public Law and Legal Theory*, 42, 2017, reperibile in [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com).



## Capitolo II

### Controlli interni e posizioni di garanzia

#### 1. La individuazione della responsabilità del singolo preposto al controllo. Una premessa sistematica.

Nel caso in cui venga commesso un reato nell'ambito della gestione di attività imprenditoriale, il rischio di vedere emergere una responsabilità da posizione è oggi avvertito in maniera particolarmente acuta - tanto è vero che la più recente dottrina parla proprio di forme di c.d. «*responsabilità da impresa*», in cui il singolo viene chiamato a rispondere dell'illecito penale per il solo fatto di aver rivestito un determinato ruolo all'interno dell'organigramma aziendale<sup>244</sup>. Il pericolo di un generico coinvolgimento nel procedimento penale di ogni soggetto che risulti a vario titolo inserito nella realtà societaria si presenta, del resto, come ubiquitario, emergendo fin dalla prima fase delle indagini preliminari. È infatti invalsa la pratica di iscrivere a registro indagati tutti gli individui in qualche modo implicati nella gestione e nel controllo della società, a partire dal momento della acquisizione della *notitia criminis*.

È estremamente significativo, del resto, che pochi anni addietro, lo stesso Dott. Giuseppe Pignatone, l'allora Procuratore Capo di Roma, abbia rivolto un monito perentorio ai propri colleghi e sostituti procuratori a rivedere tale approccio, nell'ottica di un più oculato contenimento.

Con la circolare n. 3225, emessa in data 2 ottobre 2017<sup>245</sup>, in specie, il Procuratore ha indicato una serie di specifici criteri, che devono guidare l'Autorità giudiziaria nella procedura di iscrizione delle notizie di reato, in linea generale. Dopodiché, nell'esemplificare in merito agli ambiti che richiedono delimitazioni precise e più attenti accorgimenti, ha fatto esplicito riferimento proprio all'ambito della criminalità di impresa. Più precisamente, ha invitato i sostituti a procedere a registrare le notizie di reato a Mod. 21 nei soli casi in cui, a carico di un soggetto identificato, emergano non già semplici sospetti, ma «*specifici elementi indizianti*», che possano valere quale

---

<sup>244</sup> Incisive sul punto le osservazioni del Prof. Vittorio Manes, espresse nel corso del proprio intervento, V. MANES, *Doveri, poteri e responsabilità penale di amministratori e organi di controllo*, al Convegno *Il Nuovo Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza. Profili interdisciplinari*, svoltosi a Rimini, nelle date del 13 e 14 settembre 2019.

<sup>245</sup> Si tratta della Circ. 3225/17 Prot. Gab. TAB, pubblicata il 2 ottobre 2017 e reperibile sul sito [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com). La circolare, con oggetto *Osservanza delle disposizioni relative all'iscrizione delle notizie di reato*, ha definito le direttive per dare attuazione alla previsione normativa di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. 106 del 2006, come modificato dalla legge 103 del 2017, la c.d. Riforma Orlando.

«piattaforma cognitiva», da cui sia poi possibile individuare il fatto di reato. Negli altri casi, in cui si ravvisino i contorni di un fatto tipico, ma non sia comunque possibile attribuire la condotta illecita ad una persona specificamente individuata, il procedimento deve invece essere registrato a Mod. 44, contro ignoti. Ebbene, in quest'ultimo senso si deve operare - ha precisato la circolare - nella maggior parte dei casi in cui il reato risulti commesso nella gestione d'impresa, giacché in tale ambito si rivela «*quasi sempre laboriosa l'individuazione della condotta umana che sta alla base dell'atto decisivo (o del complesso di atti decisivi) ai fini dell'addebito penale*». Ed infatti, proprio per la complessità della struttura societaria in sé, è pressoché sempre necessario un «*accertamento mirato*», che non può prescindere dalle «*necessarie e doverose verifiche in ordine all'esistenza di deleghe, alla natura e consistenza dell'attività che ha condotto all'adozione dell'atto*»<sup>246</sup>.

L'articolazione organizzativa che connota l'impresa, ancor più quando gestita in forma societaria, e la divisione dei compiti tra più diversi soggetti, che risulta connaturata alla stessa realtà aziendale, incidono dunque inequivocabilmente sulle competenze del singolo, sulla sua capacità di partecipare all'attività gestionale e, di conseguenza, incidono sulla eventuale possibilità di ritenerlo responsabile per fatti illeciti occorsi.

Le suddivisioni di compiti e funzioni gravano<sup>247</sup> in particolar modo, poi, sulla ricostruzione delle singole posizioni di garanzia. L'assetto frazionato dei compiti e la divisione del lavoro tra differenti centri operativi e decisionali, condizione stessa di efficienza nel perseguire gli obiettivi imprenditoriali<sup>248</sup>, determinano una segmentazione dei punti di controllo sulla attività societaria, e, dunque, uno «spacchettamento» tra diversi centri dei poteri di vigilanza, e, in particolare, per quanto qui rileva, dei poteri di intervento sull'azione altrui<sup>249</sup>. Per poter riscontrare l'eventuale responsabilità penale di un determinato soggetto per omesso impedimento dell'illecito posto in essere da altri esponenti aziendali (in particolar modo, dagli esecutivi), è dunque imprescindibile procedere, in via preliminare, ad una attenta analisi dell'assetto societario in cui lo stesso individuo è inserito e del funzionamento in concreto della attività dell'ente.

Nel riscontro della tipicità omissiva di fattispecie, si deve tener conto di questo dato di partenza. Seguendo l'insegnamento della dottrina maggioritaria, di cui al Capitolo precedente, si ritiene infatti che, per la individuazione delle singole posizioni di garanzia sia fondamentale procedere ad alcuni passaggi. In primo luogo, si deve individuare l'esistenza di un obbligo giuridico di garanzia in capo al singolo soggetto adibito a

---

<sup>246</sup> Pagina 5 della Circolare.

<sup>247</sup> Come si è visto in parte nella precedente analisi, v. *infra*, Capitolo I, e come si avrà modo di approfondire in seguito.

<sup>248</sup> Evidenziava questo aspetto Pedrazzi, in C. PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale dell'impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 1988, 134 e 139.

<sup>249</sup> P. MONTALENTI, *Amministratori e controllo nella società per azioni tra codice civile e ordinamento bancario*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2015, 6, 712.

funzioni di controllo: aspetto imprescindibile perché i principi di legalità e certezza del diritto siano rispettati. Di poi, diviene necessario operare un riscontro di natura sostanziale, attraverso cui valutare quale sia la estensione della posizione di garanzia così individuata. Come sostengono gli studi più autorevoli, è a tal fine necessario verificare l'esistenza di poteri impeditivi in capo ai singoli. Ebbene, in questo secondo passaggio, riteniamo non si possa prescindere da un'analisi che tenga opportunamente in considerazione questo sistema di frammentazione dei compiti e delle prerogative che opera tra le diverse figure all'interno della società, di cui si è accennato innanzi.

Tra le diverse attribuzioni del singolo che possa azionare autonomamente, al di là della sua eventuale appartenenza ad un organo od organismo collegiale, si deve verificare quali possano ritenersi poteri effettivamente impeditivi dell'illecito altrui, ai fini della responsabilità *ex art. 40 cpv. c.p.* Secondo l'orientamento della dottrina più recente, devono considerarsi tali quei poteri giuridici in grado di incidere su una o più fasi del processo di realizzazione del reato, in modo idoneo ad impedire il verificarsi dell'illecito da parte del sottoposto al controllo. Ciò che rileva, specie nella realtà societaria, in cui nessun singolo componente di un organo di controllo può intervenire in modo diretto ed immediato sull'operato altrui, è dunque la capacità individuale di agire su un «segmento»<sup>250</sup> della complessiva attività del soggetto controllato, bloccandone la perpetrazione<sup>251</sup>. Sul piano teorico, il potere cui far riferimento nella ricostruzione della posizione di garanzia è pertanto un potere *indirettamente impeditivo*, la cui capacità di paralizzare la realizzazione dell'evento illecito deve poi essere vagliata in concreto, attraverso una verifica in fatto, che proceda ad un giudizio di tipo controfattuale. Il singolo controllore potrà dirsi infatti concorrente nel reato dell'esecutivo soltanto laddove il Pubblico ministero sia in grado di dare la prova in giudizio, oltre ogni ragionevole dubbio, che il comportamento doveroso omesso da questi avrebbe impedito con tutta probabilità la realizzazione dell'altrui illecito<sup>252</sup>.

---

<sup>250</sup> Attilio Nisco parla, più precisamente, di «*decodificazione di uno schema di azione coincidente con un segmento di una procedura nella quale il titolare dei poteri stessi è immesso*», A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bononia University Press, Bologna, 2009, *op. cit.*, 285 e 289.

<sup>251</sup> In questo stesso senso si esprime la giurisprudenza, con riferimento alla posizione di garanzia in generale. Tra le pronunce più esplicite sul punto: Cass. Pen. Sez. IV, 11 marzo 2010, n. 16761, in *Cass. Pen.*, 2011, 1, 101, in un caso di infortunio sul lavoro, con nota di A. VERRICO, *Le insidie al rispetto di legalità e colpevolezza nella causalità e nella colpa: incertezze dogmatiche, deviazioni applicative, possibili confusioni e sovrapposizioni*.

<sup>252</sup> Così, precisamente: F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Giuffrè, Milano, 2009, 170. Nello stesso senso, tra i più autorevoli contributi: A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale*, *op. cit.*, 285 e ss.; I. MERENDA, *Sulla responsabilità penale dell'amministratore senza delega. Alcune considerazioni dopo la riforma del diritto societario*, in *Cass. pen.*, 3, 2011, *cit.*, 1182 e ss.; M. PIERDONATI, *Crisi dell'impresa e responsabilità penale del vertice nelle società: verso "nuovi equilibri" giurisprudenziali*, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, 8, 980. *Contra*: C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, in *Criminalia* 2012, *cit.*, 670 e ss.

Il primo passo da compiere è dunque quello di individuare questa tipologia di poteri. Nel fare ciò si dovrà ineludibilmente procedere a valutazioni accurate, che si svolgano attraverso la preliminare analisi delle prerogative proprie di ciascuna figura di controllo. Per operare correttamente, non sarà peraltro sufficiente isolare le attribuzioni esercitabili dai singoli in modo diretto e distinguerle da quelle di competenza collegiale dell'organo in cui risultano inseriti, ma la verifica circa la capacità di ciascuna di tali figure di impedire il reato dovrà essere necessariamente misurata facendo precipuo riferimento alla particolare tipologia di società in cui la stessa opera. Un aspetto che si intende sondare nello sviluppo della presente ricerca riguarda per l'appunto il fatto che le connotazioni organizzative e strutturali che caratterizzano una società, per esempio una società per azioni che non fa ricorso al mercato del capitale di rischio, e la distingue dalle altre tipologie di enti, per esempio S.p.A. quotate, o società sottoposte a vigilanza speciale, possano incidere sulla individuazione delle posizioni di garanzia dei suoi esponenti.

In altre parole, si intende in questa sede vagliare se e in quale misura le differenze esistenti in tema di funzionamento e di organizzazione interna tra le diverse tipologie di enti, peraltro sempre più accentuate dagli interventi normativi e regolamentari più recenti, possano incidere sulla capacità del singolo di conoscere l'attività altrui e di agire sulla stessa, impedendo il compimento dell'illecito, fino al punto per cui la responsabilità per concorso omissivo del soggetto che si trovi inserito, per esempio, in una S.p.A. semplice debba essere ricostruita in maniera diversa rispetto alla responsabilità di un soggetto che rivesta la medesima funzione all'interno però di una S.p.A. quotata.

L'indagine che seguirà viene impostata sulla base di queste considerazioni preliminari. Si analizzeranno, pertanto, le principali figure di controllo endosocietario previste e regolate per le società per azioni, con l'esclusione dei soci, giacché i poteri loro riconosciuti sono strumentali alla esclusiva tutela dei loro stessi diritti, non invece alla difesa degli interessi di terzi<sup>253</sup>, per cui non possono essere ritenuti garanti *ex art. 40 cpv c.p.*

Si procederà attribuendo rilievo alle tre tipologie di società ritenute più significative ed emblematiche delle differenze di sistema esistenti: le S.p.A. che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, le S.p.A. quotate ed infine le società vigilate, con particolare riferimento a quelle bancarie, interessanti per le peculiarità insite nella relativa struttura.

---

<sup>253</sup> Così, aveva fatto notare già A. NISCO, *cit.*, 316, richiamandosi a sua volta a C. PEDRAZZI, *Profili problematici, cit.*, 129.

## Sezione I

### Gli amministratori privi di delega

SOMMARIO: Sezione I. *Gli amministratori privi di delega*. 1. Controllo e intervento del C.d.A. Verso un modello di «*monitoring board*»; 2. Gli amministratori non esecutivi nelle società di diritto comune. Il dovere di «agire informati» e i poteri impeditivi; 3. Gli amministratori non esecutivi nelle società quotate; 4. Gli amministratori non esecutivi nelle società bancarie; 5. La acritica omologazione delle posizioni di amministrazione nella concezione della magistratura penale; 6. *Focus*: Gli amministratori indipendenti nel sistema dei controlli interni. 6.1. Lo «statuto speciale» della categoria e i riflessi sulla posizione di garanzia dei singoli; 6.2. Il *lead independent director*; 6.3. Il comitato controllo e rischi; 6.4. Gli amministratori indipendenti nel comitato per le operazioni con parti correlate; 6.5. Nuove posizioni di garanzia? Dottrina e giurisprudenza a confronto; 7. La posizione di garanzia degli amministratori nel nuovo codice della crisi. Brevi spunti.

#### 1. Controllo e intervento del C.d.A. Verso un modello di «*monitoring board*».

È principio tradizionalmente consolidato<sup>254</sup> quello secondo cui l'organizzazione e la direzione della società sono appannaggio del consiglio di amministrazione. La stessa legge civile<sup>255</sup> stabilisce, con molta chiarezza, al primo comma dell'art. 2380 *bis* c.c., che «*la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale*». Tuttavia, come previsto dall'art. 2381, comma 2, c.c., il consiglio può decidere di delegare parte delle proprie attribuzioni operative ad uno o alcuni suoi componenti, ovvero ad un comitato esecutivo.

Le funzioni di gestione oggetto di delega sono in tal caso esercitate direttamente dai soli soggetti delegati, mentre gli altri membri del consiglio, non esecutivi, assumono una funzione di controllo sull'esercizio delle stesse. È vero, peraltro, che le più recenti evoluzioni tecniche e normative procedono nel senso di esaltare in maniera sempre più evidente proprio il ruolo di controllo della componente non esecutiva del C.d.A.

Già con la riforma societaria del 2003, del resto, era emerso il chiaro intento del legislatore di introdurre una netta cesura tra amministratori delegati e amministratori

---

<sup>254</sup> Il principio esiste da sempre, esplicitato già all'interno del codice di commercio del 1865.

«*La società anonima [...] è amministrata da mandatari temporanei revocabili, soci o non soci, stipendiati o gratuiti.*» (art. 129 c. com. 1865).

<sup>255</sup> Il principio era stato inizialmente enunciato dalla dottrina commercialistica, si richiamano, in particolare, gli autorevoli studi di Franco Bonelli: F. BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1985.

Con la riforma societaria del 2003, di poi, lo stesso è stato riconosciuto esplicitamente dal legislatore.

deleganti, che evidenziasse il potere/dovere di valutazione di questi ultimi sull'operato dei primi<sup>256</sup>. Per cui, mentre i primi sono chiamati a curare che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, a riferire al C.d.A., al collegio sindacale e ai soci sul generale andamento della gestione, sulla sua prevedibile evoluzione e sulle operazioni di maggior rilievo effettuate dalla società o dalle sue controllate, come prevede il riformato comma 5 dello stesso art. 2381 c.c., all'opposto, gli amministratori deleganti sono chiamati a valutare tale gestione.

Gli interventi normativi successivi, sia di rango primario che secondario, quindi leggi e regolamenti delle Autorità di vigilanza dei mercati regolamentati, cui si aggiungono i Codici di Autodisciplina, hanno poi accentuato ulteriormente questa funzione di controllo, propria dei consiglieri non esecutivi, introducendo, *inter alia*, la figura dell'*independent director*<sup>257</sup>. Questi, membri non operativi del C.d.A. caratterizzati per il fatto di possedere peculiari requisiti di indipendenza, sono considerati infatti il «*fulcro della funzione di vigilanza*»<sup>258</sup>, investiti di un compito di controllo particolarmente incisivo, che si estende fino alla possibilità di «*giudicare criticamente, se del caso, pure nel merito, le scelte degli amministratori muniti di deleghe operative*»<sup>259</sup>. Ad essi è poi affidato il precipuo compito di valutare l'eventuale esistenza di operazioni in cui emergano conflitti di interessi tra i diversi soggetti coinvolti nell'attività di impresa<sup>260</sup>. Insomma, come è stato osservato<sup>261</sup>, l'introduzione di questa nuova figura spinge l'evoluzione del consiglio di amministrazione verso un modello di «*monitoring board*», piuttosto che di «*executive board*», in cui l'importanza dei deleganti è sempre più marcata.

Momento culminante di questa progressiva estensione della funzione di supervisione e controllo dei membri del C.d.A. è legato alla inserimento, nell'ambito societario, del sistema dei controlli interni. Il sistema, individuato anche con l'acronimo SCI, viene inteso come un «*processo*», costituito da elementi strutturali e attività, «*rivolte*

---

<sup>256</sup> Tra le osservazioni più limpide sul tema della distinzione tra delegati e deleganti: F. BONELLI, *Gli amministratori di S.p.A. dopo la riforma delle società*, Giuffrè, Milano, 2004, 49 e ss. Sul tema, peraltro, si veda quanto già evidenziato al Capitolo I, § 4.1.

<sup>257</sup> Sulle figure nominate qui rapidamente si tornerà più ampiamente nel successivo § 2, di questa Sez. I, Cap. II.

<sup>258</sup> P. MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, P. ABBADESSA-G. B. PORTALE (diretto da), Vol. II, Utet, Torino, 2006, 854, come citato peraltro in F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, *op. cit.*, 132.

<sup>259</sup> E. RIMINI, *Il comitato amministratori indipendenti (e gli amministratori indipendenti)*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, M. IRRERA (diretto da), Zanichelli, Bologna, 2016, 358.

<sup>260</sup> E. RIMINI, *ibidem*, 358.

<sup>261</sup> A. DE NICOLA, *Il diritto dei controlli societari*, Giappichelli, Torino, 2017, 5; S. MICOSSI, *Il punto sugli amministratori indipendenti*, in *Assonime*, 2010, 4, in [www.assonime.it](http://www.assonime.it); E. RIMINI, *Il comitato amministratori indipendenti*, *cit.*, 366.

essenzialmente alla limitazione, ove possibile, o, più spesso, soltanto alla riduzione, dei numerosi e differenti rischi ai quali è esposta la gestione aziendale»<sup>262</sup>. Ebbene, come si vedrà meglio oltre<sup>263</sup>, tale processo di contenimento dei rischi fa capo al consiglio di amministrazione, e individua, più precisamente, gli amministratori non esecutivi come suoi principali referenti, andando ad espanderne le corrispondenti prerogative di controllo<sup>264</sup>.

Tutti questi elementi, queste nuove attribuzioni di valutazione, verifica e monitoraggio che i consiglieri non esecutivi devono compiere sull'attività societaria, determinano, chiaramente, una serie di modifiche alle relative sfere di responsabilità. In particolare, per quanto di interesse nella presente indagine, queste novità si riverberano sulla responsabilità penale dei singoli, nel caso in cui questi omettano di intervenire per impedire la realizzazione di un reato nell'ambito della gestione di impresa.

I membri del consiglio di amministrazione continuano, infatti, a oggi, ad essere chiamati a rispondere del mancato impedimento di fatti pregiudizievoli per gli interessi coinvolti nella gestione sociale di cui siano venuti a conoscenza. La riforma del 2003 non ha modificato nella sostanza l'art. 2392, comma 2, c.c., che continua a prevedere che, pur nei limiti di quanto disposto dall'art. 2381 c.c., i membri del C.d.A. sono solidalmente responsabili, se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, «non hanno fatto quanto potevano per evitarli». E a partire da tale obbligo giuridico di impedimento si individua la rispettiva posizione di garanzia, rilevante ex art. 40 cpv c.p.

Ma in che cosa consiste, in concreto, questo obbligo giuridico? Che cosa può e dunque deve fare l'amministratore al fine di sottrarsi ad un giudizio di responsabilità penale?

Nel prosieguo del lavoro si cercherà di dare risposta a questo interrogativo, seguendo un preciso *modus operandi*, quale menzionato nelle pagine che precedono: si cercherà di isolare la posizione del singolo componente del consiglio e di verificare, di conseguenza, l'ampiezza del suo impegno di garanzia.

---

<sup>262</sup> F. BAVA, *L'audit del sistema di controllo interno*, Milano, 2003, 6. La definizione è in linea con quella accolta dal Codice di Autodisciplina delle società quotate, all'art. 7 - *Sistema di controllo interno e di gestione dei rischi*, ultima versione, approvata dal Comitato per la Corporate Governance a gennaio 2020, reperibile sul sito [www.borsitaliana.it](http://www.borsitaliana.it)

<sup>263</sup> Sul tema si tornerà ampiamente nel corso della trattazione. In particolare, si veda *infra*, § 2.

<sup>264</sup> Autorevole dottrina ha del resto osservato come «la crescente complessità dell'organizzazione aziendale impedisce ormai di concepire il potere degli amministratori come potere diretto sulle decisioni d'impresa; il potere di gestione diviene infatti sempre più direzione strategica, decentramento decisionale a favore del management e controllo di procedure». Ebbene, il sistema dei controlli interni, in questa realtà, diviene funzione di impresa necessaria, financo indispensabile, proprio in ragione della crescente complessità di organizzazione dell'apparato societario. P. MONTALENTI, *Responsabilità degli amministratori nell'impresa globalizzata*, intervento al Convegno tenutosi a Courmayeur venerdì 1 ottobre 2004, nel ciclo di *Convegni di studio «problemi attuali di diritto e procedura civile»*, organizzati dal Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale. Oggi pubblicato in AA.VV., *Mercati finanziari e sistema dei controlli*, Giuffrè, Milano, 2005.

## 2. Gli amministratori non esecutivi nelle società di diritto comune. Il dovere di «agire informati» e i poteri impeditivi.

Per effetto delle modifiche al codice civile introdotte con il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, la figura degli amministratori privi di delega risulta dotata di uno specifico obbligo di valutazione. Secondo quanto prevede il nuovo terzo comma dell'art. 2381 c.c., i membri del C.d.A. sono tenuti a valutare «l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società», «sulla base delle informazioni ricevute»; sono tenuti, altresì, a valutare «il generale andamento della gestione», «sulla base della relazione degli organi deleganti», e ad esaminare, qualora elaborati, i piani strategici, industriali e finanziari della società. Ebbene, secondo una parte della dottrina, ad una prima lettura, la nuova formulazione dell'art. 2381 c.c., che ha sostituito il precedente generico dovere di «vigilanza sulla gestione» con quello di valutazione attraverso precisi canali informativi, sembrerebbe circoscrivere tale potere/dovere alla mera disamina della relazione fornita dagli organi delegati<sup>265</sup>. Il consiglio, secondo tale lettura, sarebbe dunque chiamato a procedere ad un controllo «passivo», con la conseguenza che, sul piano civile, l'eventuale responsabilità dei suoi componenti per non essere intervenuti ad impedire la verifica di fatti pregiudizievoli, o ad attenuarne le conseguenze, sarebbe subordinata alla volontà degli stessi delegati di portare a conoscenza del collegio l'esistenza di tali fatti. Si tratta, tuttavia, di una interpretazione non pacifica<sup>266</sup>.

L'orientamento maggioritario nella dottrina più recente ritiene infatti che la nuova previsione, per cui la valutazione deve avvenire sulla base delle informazioni «ricevute», al contrario di quanto sostenuto dall'orientamento minoritario, «non può essere letta se non nel senso che gli amministratori non sono tenuti o legittimati ad atti di ispezione individuale, non già nel senso che le informazioni ricevute — quali esse siano — esauriscono il terreno della loro verifica»<sup>267</sup>. Al contrario, secondo quanto osservato in

---

<sup>265</sup> Come faceva notare Bonelli in F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, cit., 52 nt. 2. Critico sul punto, intravedeva il pericolo di una eccessiva deresponsabilizzazione: A. ROSSI, *Art. 2392 c.c. Responsabilità verso la società*, in *Il nuovo diritto delle società. Commento sistematico al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 aggiornato al d.lgs. 28 dicembre 2004, n. 310*, A. MAFFEI ALBERTI (a cura di), Vol. I, Cedam, Padova, 2005, 807.

<sup>266</sup> Secondo una lettura particolarmente accreditata, peraltro, la stessa differenza terminologica vigilare/valutare assume rilievo fondamentale. La vigilanza si configurerebbe come attività continuativa, che si esplicherebbe «prima, durante e dopo, senza distinzioni di tempo», mentre la valutazione consiste in un giudizio complessivo, che si svolge *dopo* il compimento di una determinata attività e la sua relativa comunicazione. Così, M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, cit., 245; ripreso successivamente da: F. M. FEDERICI, *L'organo di amministrazione: ripartizione di funzioni gestorie*, in *Il sistema delle deleghe di funzioni gestorie*, A. NEGRI-CLEMENTI (a cura di), Egea, Milano, 2013, 58. Sul tema dell'obbligo di valutazione si tornerà più diffusamente in seguito.

<sup>267</sup> P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Riv. soc.*, 1, 2013, 54. Sul punto anche P. ABBADESSA, *Profili topici della nuova disciplina della delega*, cit., 504 e ss.

recenti studi, non solo «dovrà richiedersi un supplemento di informativa ogni qualvolta se ne constati l'insufficienza», ma il consiglio dovrà altresì «accertarsi che siano espressamente precisate le caratteristiche dei modelli organizzativi e delle procedure, le verifiche in concreto effettuate per valutarne l'adeguatezza, gli eventuali difetti riscontrati, i miglioramenti adottati»<sup>268</sup>. Dunque, prerogativa del *plenum* sarebbe quella di vagliare l'organizzazione e l'andamento della gestione della società attraverso l'effettuazione dei riscontri ritenuti opportuni e richiedendo eventuali supplementi informativi rispetto a quanto comunicato dai delegati.

Accanto a questo potere/dovere di valutazione, di competenza collegiale, la riforma, innovando sul punto, ha poi riconosciuto, nel nuovo comma 6 dell'art. 2381 c.c., uno specifico potere di acquisizione di informazioni direttamente in capo al singolo, stabilendo che «gli amministratori sono tenuti ad agire in modo informato; ciascun amministratore può chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società».

Invero, tale previsione ha dapprima sollevato una serie nutrita di perplessità interpretative.

Secondo una prima impostazione, la citata prerogativa informativa rivestiva sempre (e incondizionatamente) natura doverosa. Vincolare il singolo a chiedere in ogni caso informazioni ai delegati, si sosteneva, «servirebbe a valutare l'attendibilità stessa dei "flussi informativi": e ciò nel senso che i deleganti sarebbero tenuti ad avviare autonome richieste informative, onde segnatamente verificare la presenza di eventuali carenze o criticità nell'informazione fornita dai delegati»<sup>269</sup>. Senonché, secondo un'opposta tesi, così opinando, il dovere di agire informati verrebbe esteso in maniera eccessiva; interpretato in senso tanto rigoroso, lo stesso finirebbe per ricalcare, nella sostanza, quel «dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione», disciplinato dal sistema precedente alla riforma, che tanti dubbi aveva destato in dottrina e giurisprudenza. L'effetto sarebbe allora, in ultimo, quello di vanificare l'intero processo di canalizzazione di doveri informativi e obblighi di controllo introdotto dalla novella, in contrasto con la

---

Sulla interpretazione del termine «valutazione», che presenterebbe una portata semantica più ridotta rispetto alla precedente vigilanza sul generale andamento della gestione: C. AMATUCCI, *Vigilanza, gestione dei rischi e responsabilità degli amministratori di società quotate*, in *Riv. soc.*, 2015, 2-3, 364.

Sulla necessità di configurare la valutazione come un giudizio complessivo, che si svolge *dopo* il compimento di una determinata attività e la sua relativa comunicazione, al contrario della vigilanza, che opererebbe come attività continuativa, si vedano le prime osservazioni di: M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, cit., 245.

<sup>268</sup> P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, cit. alla nota precedente, 55.

<sup>269</sup> Come osservava F. BARACHINI, *Delega gestoria e disciplina dei «flussi informativi»: poteri, doveri e responsabilità*, in *La legislazione penale*, AA.VV., A. GIOVANNINI-A. DI MARTINO-E. MARZADURI (a cura di), *Trattato di diritto sanzionatorio tributario. Diritto penale e processuale*, Giuffrè, Milano, 2016, 103.

sua stessa *ratio*, tesa ad alleggerire la posizione dei deleganti e a riequilibrarne le responsabilità rispetto agli organi delegati, all'interno delle società<sup>270</sup>. Per evitare una simile contraddizione interna, si è proposta una diversa interpretazione, che ha poi trovato seguito nella successiva letteratura commercialistica e penalistica, secondo cui il potere informativo di cui all'ultimo comma dell'art. 2381 c.c. assumerebbe carattere *doveroso* solo eventuale.

In buona sostanza, la nuova disposizione riconoscerebbe all'amministratore individualmente una semplice *facoltà* di chiedere informazioni agli organi delegati: *facoltà* che «*si trasforma*»<sup>271</sup> in un *obbligo* positivo di condotta in presenza di elementi tali da far presumere che le comunicazioni fornite da parte degli esecutivi siano laconiche, od inesatte, o risultino persino contraddittorie<sup>272</sup>. I componenti del C.d.A., dunque, sarebbero legittimati a fare affidamento sull'informazione ricevuta, perlomeno sino a quando non emergano elementi o anche semplici indizi di irregolarità, tali da far ritenere esistente un *deficit* informativo, che comprometta l'attendibilità stessa dei dati comunicati<sup>273</sup>. In queste ipotesi, sole, si ritiene sugli amministratori deleganti insista, dunque, un vero e proprio dovere di richiedere informazioni ai delegati<sup>274</sup>.

---

<sup>270</sup> Si veda quanto detto *supra*, Cap. I, § 4.1.

Così, P. ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, AA.VV., P. ABBADESSA-G. B. PORTALE (diretto da), Vol. II, Torino, 2006, 504; nella dottrina penalistica: M. PELISSERO, *Il concorso doloso mediante omissione: tracce di responsabilità di posizione*, in *Giur. It.*, 2010, 4, *cit.*, 992. Così anche F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, *op. cit.*, 178.

Sulla menzionata *querelle* dottrinale, si veda la approfondita ricostruzione proposta da C. ANGELICI, *Attività e organizzazione. Studi di diritto delle società*, Giappichelli, Torino, 2007, 293.

<sup>271</sup> G. D. MOSCO-S. LOPREIATO, *Doveri e responsabilità di amministratori e sindaci nelle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2019, 1, 731.

<sup>272</sup> P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nelle società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Riv. Soc.*, 2013, 1, 54 e ss.; ID., *Il sistema dei controlli interni nelle società di capitali. La tutela del risparmio: l'efficienza del sistema*. Atti del Convegno organizzato ad Alba, 20 novembre 2004, pubblicati in *Soc.*, 2005, 3, 297.

Una parte minoritaria della dottrina forniva una interpretazione ancora più restrittiva del dovere in oggetto, asserendo che l'obbligo di agire in modo informato debba intendersi nel senso che gli amministratori deleganti sono tenuti ad acquisire informazioni non già in via generale, ma solo «*in funzione*» di un'attività ovvero di un atto, relativi specificamente alle attribuzioni delegate che gli stessi vanno a compiere, come avviene nell'ipotesi di ingerenza nella delega attraverso l'esercizio di poteri di direttiva od avocazione. Così: P. ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, *cit.*, 504.

<sup>273</sup> Si esprime in questo senso anche parte della giurisprudenza più recente. Si veda: Cass. Civ. Sez. I, 31 agosto 2016, n. 17441, in *Giur. comm.*, 2017, 5, 842 e ss., con nota di P. PIAZZA, *La Cassazione torna sulla responsabilità degli amministratori senza deleghe: problemi risolti e questioni ancora aperte*.

<sup>274</sup> Questa tesi è stata sposata anche dalla giurisprudenza maggioritaria, a partire dalla sentenza Bipop-Carire, come si è osservato al § 4.1. del precedente Capitolo. Successivamente, si vedano, *ex multis*: Cass. Civ. Sez. I, 29 dicembre 2017, n. 31204, in *Soc.*, 2018, 691, con nota di G. MILANO, *Responsabilità degli amministratori non esecutivi per colpa nella conoscenza e colpa nella attivazione*; Cass. Civ. Sez. I,

Per adempiere correttamente al predetto dovere, il legislatore, come si anticipava, ha poi individuato specificamente, all'interno sempre dell'ultimo comma dell'art. 2381 c.c., i corrispondenti poteri informativi, precisando che «ciascun amministratore può chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società». Secondo l'orientamento maggioritario, con tale espressione si sarebbe inteso chiarire, una volta per tutte, il tema dei poteri spettanti all'amministratore privo di delega, esercitabili *uti singulus*. La precisazione che gli organi delegati richiesti di fornire informazioni e chiarimenti debbano rispondere «in consiglio» porterebbe ad escludere che al singolo amministratore possano riconoscersi poteri istruttori, di verifica e di accertamento sull'operato dei soggetti delegati<sup>275</sup>.

I membri del C.d.A., dunque, possono chiedere informazioni agli organi delegati (mentre ne hanno il dovere in ipotesi di presunta irregolarità dell'informazione) e le comunicazioni così richieste vengono poi fornite dagli stessi esecutivi *in consiglio*; resta invece escluso in capo al singolo amministratore<sup>276</sup>, sostiene la tesi predominante in dottrina, il potere di ispezione e verifica, che può essere invece esercitato dal consiglio in composizione collegiale<sup>277</sup>.

Al meccanismo allestito dall'art. 2381 c.c., di scambio endoconsiliare di informazioni, si aggiungono altri strumenti informativi, che consentono (o, quantomeno, dovrebbero consentire) ai membri del C.d.A. di acquisire comunicazioni al di fuori del

---

31 agosto 2016, n. 17441, in *Soc.*, 2017, 2, 218, con nota di S. SERAFINI, *Responsabilità degli amministratori non operativi: dal dovere di vigilanza al dovere di informarsi solo in presenza di segnali di allarme*.

<sup>275</sup> Così, tra i contributi più autorevoli: P. MONTALENTI, *Art. 2381*, in *Il nuovo diritto societario*, AA.VV., G. COTTINO-G. BONFANTE-O. CAGNASSO-P. MONTALENTI (diretto da), Vol. II/I, Zanichelli, Torino 2004, 683; G. M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, Giuffrè, Milano, 2005, 339; P. ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, cit., 506; F. DI SABATO, *Diritto delle società*, Giuffrè, Milano, 2011, 286.

<sup>276</sup> Incisive le osservazioni di Regoli, che evidenzia poi come «coerentemente con i risicati poteri nelle mani dei deleganti, qualunque attività istruttoria aggiuntiva [rispetto a quella specificamente individuata dai commi 3 e 6 dell'art. 2381 c.c.] è solo eventuale, successiva e in ogni caso consiliare», in D. REGOLI, *Poteri di informazione e controllo degli amministratori non esecutivi*, in *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, M. CAMPOBASSO-V. CARIELLO-V. DI CATALDO-F. GUERRERA-A. SCIARRONE ALIBRANDI (diretto da), Vol. II, Utet, Torino, 2014, 1146.

Sulla ricostruzione del potere di controllo, oltre alla dottrina già citata al § 4.1, Capitolo I, si vedano: P. FERRO-LUZZI, *Riflessioni in tema di controllo*, in *Diritto, mercato ed etica dopo la crisi. Omaggio a Piergaetano Marchetti*, AA.VV., L. A. BIANCHI-F. GHEZZI-M. NOTARI (a cura di), Università Bocconi Editore, Milano, 2010, 325; M. STELLA RICHTER JR., *La funzione di controllo del consiglio di amministrazione nelle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 2012, 4, 663.

<sup>277</sup> F. BONELLI, *Gli amministratori di SPA a dieci anni dalla riforma del 2003*, Utet, Torino, 2013; ID., *Gli amministratori di SPA a dieci anni dalla riforma del 2003*, in *Le società commerciali: organizzazione, responsabilità e controlli. Profili applicativi a dieci anni dalla «Riforma Vietti»*, M. VIETTI (a cura di), Utet, Trento, 2014, 108.

collegio. Si pensi, a titolo esemplificativo, alla rete di controlli interni introdotti dalle più recenti innovazioni normative. Si tratta di strutture, come verranno analizzate nel prosieguo della trattazione, che assumono informazioni attraverso canali esterni e sono chiamate poi a riferire al consiglio amministrativo - è il caso, per esempio, dell'organismo di vigilanza di cui all'art. 6 del d.lgs. 231/2001 - costituendo per questo un «*bacino di informazione*»<sup>278</sup>, che va ad incidere sulla ricostruzione del relativo obbligo di agire informati.

Orbene, l'adempimento dei riportati obblighi di vigilanza, o più precisamente di valutazione, sui consiglieri non delegati e la possibilità di ottenere informazioni dai canali interni alla società può rivelarsi prodromico rispetto all'esercizio dei poteri effettivamente impeditivi dell'evento pregiudizievole di cui l'amministratore sia così venuto a conoscenza.

Sul versante delle omissioni penalmente rilevanti, resta comunque fermo che, mentre l'inadempimento di tali doveri di controllo può eventualmente configurare una responsabilità colposa, per i reati puniti a titolo di colpa, non incide invece direttamente sulla imputazione dolosa. Questa non sarebbe infatti limitata alle sole informazioni fornite in seno al consiglio, a norma dell'art. 2381 c.c., e neppure sarebbe circoscritta al solo ambito societario. L'amministratore delegante risponde infatti per non aver impedito il realizzarsi del reato, qualora abbia appreso «*in qualunque modo*»<sup>279</sup> dell'esistenza del probabile evento pregiudizievole e non sia intervenuto per impedirlo. È dunque irrilevante la modalità attraverso cui si prende contezza di tali irregolarità; ciò che rileva è che, pur avendo raggiunto tale consapevolezza, il soggetto non abbia agito. È chiaro, tuttavia, che, sul piano pratico, la individuazione normativa dei canali informativi facenti capo all'amministratore rappresenta un'indicazione di indubbio rilievo da cui partire per ricostruire la conoscenza delle dinamiche d'impresa e la eventuale raggiunta consapevolezza circa l'esistenza di operazioni illecite *in fieri*. Si consideri, a titolo esemplificativo, l'ipotesi in cui risulti commesso un reato doloso da parte dell'esecutivo nell'attività di impresa e si dovesse verificare che, in tali circostanze, l'amministratore non esecutivo, per negligenza od imperizia, non abbia correttamente adempiuto ai predetti obblighi informativi. Perché a quest'ultimo possa essere correttamente imputata responsabilità concorsuale, mediante omissione, sarà onere dell'accusa dimostrare che, nonostante l'apparente mancata assunzione di dati nell'esercizio della propria funzione, il soggetto abbia avuto comunque conoscenza dell'esistenza delle condotte illecite dell'esecutivo (per esempio, entrando in possesso di documenti indicativi di irregolarità, di per sé estranei alla sua sfera di competenza) e, ciò nonostante, abbia volutamente evitato di intervenire per impedire che tali condotte portassero alla consumazione del reato.

---

<sup>278</sup> In questi termini, già: A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, op. cit., 326.

<sup>279</sup> In questo senso, esplicitamente: Cass. Pen. Sez. V, 4 maggio 2007, n. 23838, cit.

Una volta delimitato l'ambito di controllo dell'amministratore non esecutivo, occorre verificare se lo stesso sia o meno dotato dei necessari poteri reattivi, elemento centrale nella ricostruzione della tipicità oggettiva della responsabilità penale per omesso impedimento del reato altrui. È riconosciuto oramai unanimemente come l'intervento reattivo vero e proprio compete al C.d.A. quale organo collegiale, il quale, a norma del primo periodo del comma 3, art. 2381 c.c., può impartire direttive agli organi delegati e avocare a sé operazioni rientranti nella delega, ovvero incidere direttamente sulla delega, modificandola rispetto a quanto disposto *ab origine*, attraverso la disposizione di nuove modalità di esercizio, ovvero revocandola *tout court*<sup>280</sup>. Può, comunque, nei casi di maggiore gravità, sottoporre all'assemblea dei soci il comportamento dei delegati per chiederne la revoca da amministratori e promuovere nei loro confronti l'azione di responsabilità<sup>281</sup>. Come si diceva, appare oggi acquisito, specie a seguito delle modifiche apportate con la riforma del 2003, si tratta di poteri del consiglio che, come tali, devono essere esercitati inderogabilmente in forma collegiale<sup>282</sup>, mentre il singolo può soltanto sollecitare l'organo perché proceda. L'amministratore, individualmente, può dunque esercitare soltanto poteri di intervento indiretti.

Orbene, una volta individuata la sfera di possibile operatività del membro del consiglio, è necessario domandarsi quali di tali poteri individuali di reazione indiretta assumano portata astrattamente impeditiva dell'evento pregiudizievole *in fieri*. Solo in tal modo si potrà ricostruire l'estensione della posizione di garanzia facente capo al singolo

---

<sup>280</sup> In tal caso, comunque, secondo quanto riconosciuto dalla giurisprudenza di legittimità, è necessario specificare la giusta causa, su cui si fonda la revoca, per applicazione analogica dell'art. 2383, comma 3, c.c., che disciplina la revoca degli amministratori da parte dell'assemblea. Da ultimo: Cass. Civ. Sez. I, 15 aprile 2016, n. 7587, in banca dati *De Jure*.

<sup>281</sup> Benché in tal caso il potere non possa considerarsi impeditivo, giacché necessariamente susseguente al perfezionamento dell'illecito.

<sup>282</sup> F. BONELLI, *Gli amministratori di SPA a dieci anni dalla riforma del 2003*, cit., 107 e 108.

A seguito delle modifiche apportate con la riforma del 2003, che ha individuato in maniera specifica i poteri degli amministratori e del consiglio, risultano infatti superati i dubbi espressi dalla dottrina commercialistica, che, vigente l'originaria formulazione codicistica, dibatteva su quali fossero i poteri e le modalità del loro esercizio.

Prima della riforma argomentavano, comunque, nel senso di riconoscere un potere di intervento collegiale, tra i più autorevoli studi: F. GALGANO, *Le società per azioni*, in *Trattato di diritto civile*, F. GALGANO (diretto da), Vol. VIII, Padova, 1988, 248 e ss.; O. CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale e la delega*, in *Trattato delle società per azioni*, G. E. COLOMBO-G. B. PORTALE (diretto da), Vol. IV, Torino, 1991, 297 e ss.

Una parte minoritaria della dottrina, invece, ammette che i poteri dei consiglieri siano anche individuali. Argomentando a partire dall'art. 2258 c.c., che riconosce al singolo socio di compiere atti a lui generalmente preclusi, perché spettanti al collegio in caso di amministrazione congiunta, quando vi sia urgenza di evitare un danno alla società, si sostiene che anche il singolo amministratore possa intervenire, in deroga alla collegialità, quando abbia appreso notizia di atti dannosi per l'ente, ancora *in itinere*. Così: C. DI NANNI, *La vigilanza degli amministratori sulla gestione nella società per azioni*, Jovene, Napoli, 1992, 202 e ss.

e individuare eventuali spazi di responsabilità penale per concorso mediante omissione, nel caso di mancato impedimento del reato posto in essere dall'esecutivo. Tra le circoscritte prerogative che la legge riconosce a ciascun amministratore, assume particolare rilievo il potere di impugnazione della delibera consiliare<sup>283</sup>. Il quarto comma dell'art. 2388 c.c., come riformato dalla novella societaria, ha infatti espressamente riconosciuto al consigliere assente o dissenziente, cui si aggiungono, per via interpretativa, anche gli astenuti<sup>284</sup>, la possibilità di impugnare la delibera consiliare in contrasto con la legge o con lo statuto<sup>285</sup>. A questo potere si aggiunge la prerogativa di cui all'art. 2391, comma 3, c.c., per cui l'amministratore può procedere ad impugnazione dove le deliberazioni siano state assunte in violazione della disciplina sul conflitto di interessi, ovvero con voto determinante dell'amministratore interessato, qualora possa derivare un danno alla società<sup>286</sup>.

Come è stato osservato da autorevole dottrina, tali poteri di impugnativa si rivelano «strumenti potenzialmente assai efficaci»<sup>287</sup> per impedire l'illecito altrui, bloccandone la realizzazione in corso. Sennonché, tali poteri/doveri, a ben osservare, possono operare in un novero circoscritto di casi, limitati alle sole ipotesi in cui il reato non si perfezioni immediatamente all'atto dell'assunzione della delibera. Si tratta, a titolo esemplificativo, dei casi in cui l'illecito venga commesso attraverso delibera *self executive*. Qui, all'eventuale impugnazione non può infatti essere riconosciuta capacità impeditiva del reato che, per l'appunto, risulta già realizzato nel momento in cui l'amministratore interviene<sup>288</sup>. Ai fini dell'esonero da responsabilità per omissione, a fronte di quanto detto sinora, è infatti necessario che l'atto consiliare costituisca solo un passaggio di un più

---

<sup>283</sup> Sul quadro dei vizi che possano inficiare le delibere consiliari e delle connesse impugnazioni: M. IRRERA, *La patologia delle delibere consiliari nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 5, 2004, 1132 e ss.

Sui limiti al potere di impugnazione, si veda poi: M. STELLA RICHTER Jr., *L'inoppugnabilità delle deliberazioni degli organi sociali*, in *Riv. soc.*, 2017, 2-3, 283 e ss.

<sup>284</sup> AA.VV., *Amministrazione e controllo nel modello tradizionale delle società per azioni: il commento di Assonime*, in *Riv. soc.*, 2005, 4, 907 e ss.

<sup>285</sup> Una parte della dottrina riconosceva il potere di impugnazione delle delibere come impeditivo e dunque rilevante ai sensi degli artt. 40 cpv c.p. e 110 c.p., anche prima della riforma. In assenza di un potere esplicitamente riconosciuto dalla legge al singolo, come avviene invece oggi, si faceva riferimento al potere di «promovimento» del procedimento di impugnazione o di accertamento della nullità della delibera consiliare. Così: A. CRESPI, *Reato plurisoggettivo e amministrazione pluripersonale della società per azioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1957, cit., 541.

<sup>286</sup> Sul punto, altresì: M. BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e sanzioni penali*, Giuffrè - Luiss University Press, Roma, 2006, 34 e ss.

<sup>287</sup> F. CENTONZE, *Il concorso mediante omissione degli amministratori senza delega nei reati posti in essere dagli amministratori delegati*, in *Riv. soc.*, 2007, 4, 749.

<sup>288</sup> Sul punto, già G. GRASSO, *Il reato omissivo*, op. cit., 351; tra i civilisti si vedano le osservazioni di M. IRRERA, *Le delibere del consiglio di amministrazione. Vizi e strumenti di tutela*, Giuffrè, Milano, 2000, 344.

complesso *iter* criminoso, che si realizzi compiutamente, dunque, in un momento successivo<sup>289</sup>.

Ad ogni modo, pur in questo circoscritto spazio di operazione, vale l'assunto per cui gli amministratori *uti singuli* «possono e devono impugnare le delibere consiliari invalide per impedire il compimento di fattispecie di reato»<sup>290</sup>.

Dottrina e giurisprudenza riconoscono poi, dalla interpretazione dell'ultimo comma dell'art. 2409 c.c., un'ulteriore prerogativa in capo al singolo consigliere, dotata di potenziale efficacia impeditiva, consistente nella facoltà di segnalare al Pubblico ministero gravi irregolarità, perché lo stesso attivi la procedura di controllo giudiziale<sup>291</sup>.

Senonché, la portata applicativa di tale strumento, a seguito della intervenuta riforma societaria, risulta drasticamente ridotta. Con la novella del 2003 si è notevolmente limitato l'ambito di operatività del Pm, che viene oggi ricompreso tra i soggetti legittimati ad avviare il procedimento soltanto quando si tratti di società quotate, o di società con azioni diffuse in misura rilevante. Ne discende la relativa esclusione della possibilità di accedere al predetto rimedio per gli amministratori non delegati delle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, che risultano così privati della possibilità di sollecitare il Pubblico ministero a denunciare al Tribunale gravi irregolarità nella

---

<sup>289</sup> Così argomentando, peraltro, è possibile superare le critiche avanzate da una parte della dottrina precedente alla riforma 2003, secondo cui considerare il potere di impugnativa come un potere di impedimento rilevante *ex art. 40 cpv. c.p.* significherebbe riconoscere in capo agli amministratori un potere e, dunque, un dovere di denuncia. Tale conclusione non potrebbe invero dirsi accettabile, posto che il nostro ordinamento impone soltanto ai pubblici ufficiali e agli incaricati di pubblico servizio di denunciare il reato, *consumato*, di cui siano venuti a conoscenza. Tale dovere, dunque, non può essere esteso in via interpretativa a soggetti e per casi non precisamente individuati dal legislatore.

Come si è detto, però, a ben osservare l'enunciato problema interpretativo non si configura. Nella prospettiva del capoverso di cui all'art. 40 c.p. non si impone, infatti, alcun obbligo di impugnativa, che *denunzi* all'Autorità giudiziaria un reato commesso. Si riconosce, invece, più semplicemente, uno strumento attraverso cui attivare un procedimento; procedimento che, a sua volta, può intervenire ad interrompere l'*iter* di commissione di un reato che non si è ancora perfezionato, o comunque, non ha ancora prodotto i suoi effetti lesivi sul bene giuridico. Così F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 2018, ult. ed., 81 e ss.

<sup>290</sup> F. CENTONZE, *Il concorso mediante omissione degli amministratori senza delega nei reati posti in essere dagli amministratori delegati*, *cit.*, 750; ID., *Controlli societari e responsabilità penale*, *op. cit.*, 194; ID., *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi. I limiti dell'intervento penalistico e le indicazioni del sistema Statunitense*, in *Scritti per Federico Stella*, I. FORTI-BERTOLINO (a cura di), Jovene, Napoli, 2007, 1036.

In questo senso si esprime oggi la dottrina pressoché unanime. *Contra*, invece: C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, *cit.*, 672.

<sup>291</sup> Così, nella letteratura antecedente alla novella societaria: C. PEDRAZZI-F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, *op. cit.*, 282.

*Contra*, A. ROSSI, *I criteri per l'individuazione dei soggetti responsabili nell'ambito delle società*, in *Reati societari*, A. ROSSI (a cura di), Utet, Torino, 2005, 140; nella più recente dottrina: C. PAONESSA, *cit.*, 672.

gestione. Si tratta di una circostanza che incide in maniera non trascurabile sulla definizione della relativa posizione di garanzia.

Gli unici poteri ad efficacia impeditiva di cui risultano dotati vengono, infatti, ridotti alla mera impugnazione delle delibere consiliari, di cui agli artt. 2388 e 2391 c.c. poc'anzi illustrati, con una fondamentale conseguenza: in tutte le ipotesi in cui il reato *in fieri* non presupponga l'esistenza di una delibera - si pensi ai casi di illeciti meramente omissivi dei delegati - gli amministratori non esecutivi non potranno far altro che sollecitare il consiglio perché questo si attivi collegialmente per impedire la perpetrazione della condotta illecita. L'ordinamento non può chiedere loro di più.

Al di là di tali attribuzioni, i singoli amministratori hanno infatti esclusivamente la possibilità di spendersi in consiglio per impedire che i delegati perseguano fini illeciti. Come già riconosciuto da autorevole dottrina, il consigliere individualmente «può (e quindi deve)»<sup>292</sup> attivarsi all'interno C.d.A. per evitare la commissione di un reato, sollecitando l'avocazione dei poteri dell'esecutivo, ovvero intervenendo per impedire l'adozione di una delibera che possa integrare una fattispecie di reato, o facendo annotare il proprio dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni consiliari e dandone immediata notizia al presidente del collegio sindacale, ovvero presentando le sue dimissioni - benché sulla capacità impeditiva di quest'ultima possibilità non vi sia unanimità di vedute, posto che per una parte della giurisprudenza è da escludersi *tout court*<sup>293</sup>.

Tra tali iniziative si annovera anche la possibilità dell'amministratore di chiedere al presidente del C.d.A. la convocazione dello stesso. Come ammonisce parte della dottrina commercialistica, tale iniziativa si estrinseca in una mera richiesta informale, non esistendo invece alcun «potere di pretesa»<sup>294</sup>. Un vero e proprio potere, a norma del primo comma dell'art. 2381 c.c., è infatti riconosciuto esplicitamente al solo presidente: attribuirlo per via interpretativa a ciascun altro membro del *board* significherebbe dotare tutti gli amministratori della prerogativa del presidente giudicata la più importante, con l'effetto di parificarli sostanzialmente a quest'ultimo, in contrasto con l'intenzione del legislatore.

---

<sup>292</sup> F. CENTONZE, *Il concorso mediante omissione degli amministratori senza delega nei reati posti in essere dagli amministratori delegati*, cit., 752.

<sup>293</sup> Così si è espressa la V Sezione della Corte di Cassazione, in uno dei procedimenti scaturiti dalla celebre vicenda Parmalat. I giudici di legittimità, in specie, hanno affermato che la mera presentazione delle dimissioni dalla carica non è momento sufficiente ed idoneo ad interrompere il rapporto eziologico tra l'omissione e la verifica del danno. Cass. Pen. Sez. V, 4 maggio 2011, n. 28932, in banca dati *De Jure*.

<sup>294</sup> F. BONELLI, *Gli amministratori di SPA a dieci anni dalla riforma del 2003*, cit., 110 e 111. *Contra*, P.M. SANFILIPPO, *Il presidente del consiglio di amministrazione della società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, P. ABBADESSA-G. B. PORTALE (diretto da), op. cit., 456 e ss.

Si può osservare, conclusivamente come, a fronte di quanto si è ricostruito, le prerogative dell'amministratore non esecutivo di S.p.A. che non faccia ricorso al mercato del capitale di rischio, sono dotate di efficacia impeditiva piuttosto circoscritta. Al di fuori della più incisiva possibilità di impugnazione della delibera, che si è visto può operare solo in casi determinati, l'amministratore può soltanto far constare in consiglio l'esistenza di irregolarità e chiedere che questo, a sua volta, si attivi. Si comprende bene come possibilità di intervento indiretto come quelle menzionate richiedano una attenta valutazione nel caso concreto perché, attraverso una ricostruzione controfattuale ben ponderata, il giudice possa affermare *oltre ogni ragionevole dubbio* che, attraverso la semplice sollecitazione del collegio ad agire, il singolo avrebbe con sicurezza evitato che l'azione illecita degli esecutivi venisse portata a compimento.

### 3. Gli amministratori non esecutivi nelle società quotate.

Le dimensioni e la complessità tipiche delle società quotate sui mercati regolamentati impongono l'adozione di una struttura amministrativa adeguata. Tali peculiarità incidono tanto sulla composizione quanto sulle funzioni dell'organo adibito alla gestione dell'ente, che, innanzitutto, deve necessariamente essere pluripersonale<sup>295</sup>, non potendo sussistere la semplice figura dell'amministratore unico. Anche le attribuzioni del consiglio risultano in parte differenti rispetto a quelle caratteristiche dello stesso organo operante nelle società per azioni c.d. chiuse.

Lasciando per ora da parte lo specifico tema dei comitati interni al C.d.A., regolati nel Codice di Autodisciplina e adibiti alla specifica funzione di *controllo interno e di rischio* e, in particolare, la figura degli amministratori indipendenti, cui sarà dedicata un apposito spazio di indagine nei paragrafi che seguono<sup>296</sup>, il discorso si deve concentrare, in primo luogo, sulle generali prerogative di valutazione e supervisione, previste dal Testo Unico sulla Finanza.

Già su questo piano si può osservare che i membri del C.d.A. devono porre in essere una pleora di controlli, funzionali alla corretta informazione *intra* ed *extra* societaria, aventi ad oggetto l'andamento della gestione e l'assetto amministrativo e contabile, più approfonditi e frequenti rispetto a quelli previsti dal codice civile a carico degli amministratori di società non quotate.

Il primo dato da rilevare riguarda le stesse comunicazioni degli esecutivi in merito al proprio operato, i quali risultano avvinti da stringenti doveri di informazione e

---

<sup>295</sup> Secondo quanto sembra potersi evincere dall'art. 147 *ter* T.U.F. Cfr. M. STELLA RICHTER Jr., *La funzione di controllo del Consiglio di amministrazione nelle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 2012, 4, 663.

<sup>296</sup> Si rinvia a quanto verrà analizzato più approfonditamente al paragrafo 6 e nei successivi sottoparagrafi.

rendicontazione, a beneficio del *plenum*. Gli organi delegati, secondo quanto previsto dal Testo Unico sulla Finanza e dal Codice di Autodisciplina, devono comunicare una nutrita serie di informazioni.

A titolo esemplificativo, secondo quanto prescrive l'art. 150 T.U.F., gli amministratori riferiscono tempestivamente al collegio sindacale, sull'attività svolta e sulle operazioni di maggior rilievo economico, finanziario e patrimoniale, effettuate dalla società o dalle società controllate; in particolare, riferiscono sulle operazioni nelle quali essi abbiano un interesse, per conto proprio o di terzi, o che siano influenzate dal soggetto che esercita l'attività di direzione e coordinamento<sup>297</sup>. Questo stringente onere informativo comporta, quale conseguenza immediata, quanto meno in via di principio, che tra i diversi componenti del consiglio di amministrazioni si proceda ad uno scambio di informazioni continua, che consenta un preventivo controllo dei dati, organizzati per poi essere comunicati al consiglio sindacale.

Tale dovere di informazione, contenutisticamente più ampio rispetto a quello prescritto dalla disciplina codicistica, deve peraltro essere rispettato secondo tempistiche più stringenti, non superiori al trimestre, come dispone dall'art. 150, comma 1, T.U.F. e dal Criterio applicativo 1.C.1. del Codice di Autodisciplina delle società quotate. Anche in ciò, dunque, si evidenzia una sensibile differenza rispetto alle società non quotate disciplinate dal codice civile, in cui la comunicazione anzidetta può avvenire con periodicità non superiore ai sei mesi, come precisato all'art. 2381, comma 5, del codice civile<sup>298</sup>.

Oltre a poter contare su canali informativi diretti, gli amministratori privi di deleghe possono poi sfruttare molteplici occasioni per acquisire altrimenti dati relativi all'andamento della gestione societaria e alle attività realizzate dai delegati, che derivano dalla disciplina generale degli emittenti quotati, di cui al Capo I, Titolo III del T.U.F. Si prenda in considerazione, a titolo di esempio, quanto disposto dall'art. 114 T.U.F., per gli emittenti quotati, i quali sono chiamati ad adempiere ad una serie di obblighi di informazione continua al pubblico. Ebbene, questi obblighi verso l'esterno hanno, a ben

---

<sup>297</sup> Sulla possibilità di estendere l'obbligo di comunicazione dei delegati alle «operazioni influenzate» anche per le società non quotate si è espressa una parte della dottrina. Si vedano al proposito le osservazioni di G. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, Giuffrè, Milano, 2005, 202 e ss.

<sup>298</sup> Una parte della dottrina critica la scelta del legislatore di aver fissato un termine temporale più lungo per le società non quotate, e di aver previsto invece un termine trimestrale per le società quotate, in cui la complessità delle operazioni finanziarie oggetto della comunicazione richiederebbe invece a ragione una maggiore ponderazione e, comprensibilmente, tempistiche più estese. Cfr. M. DESARIO, *L'amministratore delegato nella riforma delle società*, in *Soc.*, 2004, 8, 940; L. NAZZICONE-S. PROVIDENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni*, in *La riforma del diritto societario*, G. LO CASCIO (a cura di), Vol. V, Giuffrè, Milano 2003, 35.

vedere<sup>299</sup>, l'effetto di vincolare l'intero organo amministrativo, all'interno delle società, all'espletamento di verifiche costanti sull'attività d'impresa e sulla comunicazione finanziaria, imponendo l'adozione di efficienti processi interni di raccolta, elaborazione e trattamento dei dati destinati a confluire nell'informazione al pubblico. Ciò impone, in buona sostanza, non solo, a monte, l'adozione di assetti organizzativi e contabili adeguati da parte dei delegati, ma anche, a valle, il controllo sia su tali assetti, che sul loro corretto funzionamento da parte dei non delegati, i quali si vedono chiamati a porre in essere una serie di verifiche che ben diverse e ben più approfondite rispetto a quelle previste per le altre tipologie di società e che presumibilmente consentono loro di acquisire una più ampia ed approfondita conoscenza di ciò che avviene all'interno dell'impresa.

Alcuna parte della dottrina osserva, poi, come il «*dovere di agire informati*» di cui all'art. 2381 c.c. ed il connesso dovere di valutazione incombente sugli amministratori non esecutivi di società quotate si connotano per ulteriori particolarità determinate dal fatto che l'ente di appartenenza è sottoposto a vigilanza pubblica. Le società, come emittenti quotate, sono portate ad adottare un apparato *ad hoc* di regole di *procedural fairness* nell'assunzione delle decisioni più rilevanti - per valore od importanza strategica, od in ragione della natura della controparte - proprio per soddisfare le richieste di trasparenza provenienti da Consob o Banca d'Italia, per cui nei relativi statuti si prevede sovente lo svolgimento di riunioni assidue e la redazione di processi verbali particolarmente accurati delle stesse, cui tutti i componenti del C.d.A. possono accedere in qualsiasi momento<sup>300</sup>.

La complessità della struttura delle società quotate, strettamente correlata alla portata dell'attività d'impresa da questa posta in essere e dalla idoneità ad incidere con essa in maniera ragguardevole su una molteplicità di interessi coinvolti nella stessa gestione societaria, determina, insomma, una accentuazione dei doveri degli amministratori, volti a garantire, in primo luogo, la trasparenza e la correttezza della informazione societaria. Agli obblighi di comunicazione che coinvolgono non solo gli esecutivi, ma l'intero C.d.A., come si è visto ben più stringenti rispetto a quelli previsti dal codice civile per le società non quotate, corrisponde poi la messa a disposizione, per tutti i membri del consiglio dei più diversi dati relativi all'assetto societario e alla attività gestoria. Si può dunque osservare come gli strumenti attraverso cui i non esecutivi possono «*agire informati*» ed acquisire le conoscenze necessarie a svolgere la propria attività di valutazione sono potenzialmente assai numerosi.

Laddove la società operasse rispettando effettivamente le previsioni legislative e regolamentari in tema di flussi informativi e gli amministratori adempissero correttamente ai propri doveri di controllo, la possibilità di conoscere le diverse vicende societarie e di acquisire contezza di un eventuale illecito *in fieri* posto in essere dagli

---

<sup>299</sup> Così: L. A. BIANCHI, *Il T.U.F. e il Consiglio di amministrazione degli emittenti*, in *Riv. soc.*, 2014, 4, 834.

<sup>300</sup> L. A. BIANCHI, *Il T.U.F. e il Consiglio di amministrazione degli emittenti*, *cit.*, 836.

esecutivi risulterebbero dunque ben maggiori rispetto a quanto avviene nelle altre società per azioni.

Con riferimento specifico ai poteri di intervento a carattere potenzialmente impeditivo dell'azione altrui si registrano, poi, ulteriori scostamenti rispetto alla disciplina delle società chiuse. Come si è avuto modo di anticipare, gli amministratori di società quotate, continuano a poter contare sul potere di segnalazione al Pm di gravi irregolarità nella gestione. Quest'ultimo, come si è osservato innanzi, viene infatti oggi ricompreso tra i soggetti legittimati ad avviare il procedimento di cui all'art. 2409 c.c.<sup>301</sup>, soltanto quando si tratti di società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio - vale a dire società quotate o società con azioni diffuse in misura rilevante. Può, quindi, rivolgersi al tribunale, che può poi disporre ispezioni e adottare provvedimenti cautelari, ovvero, nei casi più gravi, revocare gli amministratori ed eventualmente anche i sindaci della società e nominare un amministratore giudiziario. Gli amministratori delle società quotate, a differenza di quanto accade per gli amministratori delle società chiuse, sono dunque in possesso di uno strumento potenzialmente idoneo ad incidere sulla commissione di un eventuale reato *in itinere*<sup>302</sup> e, come tale, di indubbia rilevanza nell'esame della eventuale responsabilità omissiva del soggetto, che, a conoscenza dell'illecito, non si sia attivato.

Senonché, un peculiare accorgimento è d'uopo nel ricostruire la responsabilità penale dell'inerte. Nonostante la sua riconosciuta capacità impeditiva, infatti, il potere di cui all'art. 2409 c.c., a ben vedere, può vantare uno spazio applicativo piuttosto circoscritto. La disposizione codicistica prevede che il controllo giudiziario azionabile dai soggetti ivi elencati può procedere soltanto nei casi in cui vi sia il sospetto di «*gravi irregolarità, che possano arrecare un danno alla società o a una o più società controllate*». Si tratta di un vincolo particolarmente rigoroso. La più recente giurisprudenza di merito, peraltro, ha da ultimo proposto una interpretazione ancora più restrittiva di tale limite, precisando che le menzionate gravi irregolarità degli esecutivi, commesse in violazione dei doveri ad essi spettanti, devono risultare «*attuali ed idonee a*

---

<sup>301</sup> Sull'applicazione dell'art. 2409 c.c. a seguito della riforma del 2003, si vedano, tra gli altri: G. TERRANOVA, *Controllo giudiziario e tutela delle minoranze nelle società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, P. ABBADESSA-G. B. PORTALE (diretto da), *op. cit.*, Vol. III, 134 e ss.

<sup>302</sup> Così, le prime riflessioni di Pedrazzi, in: C. PEDRAZZI-F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, *op. cit.*, 282; nella dottrina più recente, tra i molti interventi in senso concorde: F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari. Una lettura critica della recente giurisprudenza*, in *Riv. soc.*, 2012, 2-3, 333; ID., *Il concorso mediante omissione degli amministratori senza delega nei reati posti in essere dagli amministratori delegati*, in *Riv. soc.*, 2007, 4, 750; M. PIERDONATI, *Crisi dell'impresa e responsabilità penale del vertice nelle società: verso «nuovi equilibri» giurisprudenziali*, *cit.*, 978; A. INGRASSIA, *La Suprema Corte e il superamento di una responsabilità di posizione per amministratori e sindaci: una decisione apripista?*, in *Dir. pen. cont.*, *cit.*

produrre una lesione patrimoniale per la società»<sup>303</sup>, perché il meccanismo di cui all'art. 2409 c.c. possa essere correttamente azionato. Una simile lettura finisce per precludere ai soggetti individuati dalla norma la possibilità di denunciare le «irregolarità c.d. informative»<sup>304</sup>, quali sono quelle rilevabili, per esempio, nei bilanci di esercizio, che, benché particolarmente gravi, non determinano un pregiudizio immediato e diretto al patrimonio della società. «Un'arma decisamente spuntata»<sup>305</sup>, dunque, quella a disposizione dei membri del C.d.A. Ma non è tutto. Accanto ai menzionati limiti discendenti direttamente dal dettato normativo, sussiste poi una serie di ulteriori vincoli pratici all'esercizio del potere *de quo* che non possono essere ignorati.

Il ricorso alla procedura in oggetto, che, come si è visto, a norma del comma 4, può sfociare financo nella decisione del giudice di revocare amministratori e sindaci, nominando un amministratore giudiziario, può incidere sulla stessa attività societaria, pregiudicandone la continuità operativa e cagionando rilevanti danni alla sua immagine, fino ad incidere sulla sua credibilità sul mercato. Di talché, proprio a causa del forte impatto che tale strumento è in grado di determinare sul funzionamento dell'ente, è ragionevole ritenere che l'amministratore vi ricorra soltanto come *extrema ratio*, tentando di adoperarsi prima in altro modo e scegliendo tale drastica soluzione solo in caso di insuccesso<sup>306</sup>.

Nella disciplina delle società quotate, di cui al Testo Unico sulla Finanza, così come per tutte le società soggette a vigilanza pubblicistica, è contemplato poi un ulteriore strumento che assume particolare rilievo ai fini della nostra indagine. Ci si riferisce alla segnalazione di eventuali irregolarità gestionali alle competenti Autorità, perché pongano in essere i propri poteri ispettivi e repressivi. Tuttavia, come è stato osservato da una parte della dottrina penalistica, *anche* questo tipo di potere presenta una idoneità impeditiva limitata. La segnalazione di per sé non risulta infatti idonea a impedire alcunché: ad essa deve seguire necessariamente un'attivazione effettiva da parte dell'ente di vigilanza, che non è affatto scontato<sup>307</sup>.

Alle riportate prerogative a potenziale efficacia impeditiva si sommano poi le attribuzioni riconosciute dall'ordinamento agli amministratori di società per azioni in generale, come osservati nel paragrafo che precede.

Per quanto poi concerne le altre possibili iniziative del singolo membro del consiglio, come l'intervento all'interno del collegio per evitare l'adozione di delibere

---

<sup>303</sup> Trib. Venezia, Sez. Impr., 6 febbraio 2019, in *Quotidiano giur.*, 7, 30428, con nota di G. L. NIGRO, *Società di capitali: necessario il pericolo di danno per la denuncia ex art. 2409 c.c.*

<sup>304</sup> G. L. NIGRO, *Società di capitali: necessario il pericolo di danno per la denuncia ex art. 2409 c.c.*, cit.

<sup>305</sup> F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, op. cit., 194.

<sup>306</sup> C. PEDRAZZI, op. ult. cit., 175.

<sup>307</sup> N. MENARDO, *La responsabilità penale omissiva degli amministratori privi di delega. Recenti approdi giurisprudenziali e spunti di riflessione*, disponibile in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 16.

pregiudizievoli, ovvero la richiesta di convocazione del C.d.A. al presidente dello stesso, si deve osservare che la molteplicità di occasioni informative previste dall'ordinamento e il sistema di monitoraggio costante visto innanzi, che in via di principio dovrebbe connotare il funzionamento delle società quotate, incrementa *in astratto* le potenzialità di reazione dell'amministratore privo di delega, il quale ha la possibilità di adoperarsi in più fasi dell'*iter criminis* per impedire il realizzarsi del reato.

Chiaramente, come si è inteso sottolineare, si tratta di considerazioni in astratto, che devono imprescindibilmente essere completate, in sede processuale, dal confronto col caso concreto, giacché, come si avrà modo di approfondire nel corso della presente indagine, la realtà societaria, specie per le quotate di grandi dimensioni, si rivela, nella pratica, estremamente complessa e il sistema di controlli si caratterizza di frequente per una serie di sovrapposizioni, asimmetrie e financo *miopie* informative, che impediscono sovente all'amministratore di conoscere in effetti la realtà dei fatti e avere una ampia visione della gestione societaria, limitandone così la possibilità di intervenire efficacemente sulla stessa<sup>308</sup>.

#### **4. Gli amministratori non esecutivi nelle società bancarie.**

La ricostruzione dei poteri e doveri degli amministratori non delegati, esercitabili nell'ambito del controllo sulla gestione e sull'assetto societario, presenta caratteri di notevole complessità con riferimento alle società vigilate e, in particolare, a quelle bancarie, in cui è notevole lo iato che si è venuto a creare tra modello speciale e modello tradizionale.

La disciplina delle banche si «impernia» attorno al rischio coinvolto nella specifica attività<sup>309</sup>; il Testo Unico della Legge Bancaria ribadisce, del resto, reiteratamente che la relativa impresa debba sempre tendere ad una gestione «*sana e prudente*» e debba procedere in modo tale da garantire la «*stabilità complessiva*»<sup>310</sup> del sistema finanziario.

---

<sup>308</sup> Si ribadisce, per chiarezza, quanto detto innanzi. Quanto si è osservato all'interno di questo paragrafo vale con riferimento generico alla posizione degli amministratori *non esecutivi* che compongono il consiglio delle società quotate, tra cui comunque non si sono presi in considerazione gli *indipendenti*, peculiare figura, per il cui studio si rinvia a quanto verrà analizzato in apposita sede - al paragrafo 6 della presente trattazione.

<sup>309</sup> Cfr. A. MINTO, *La speciale natura dell'incarico amministrativo in banca tra limitazioni alla discrezionalità organizzativa e vincoli sull'agire in modo informato*, in *Giur. comm.*, 2015, 1, 30, secondo cui «*il rischio costituisce il cardine attorno al quale s'impernia l'iniziativa*» e su cui dunque ruota la relativa regolazione.

<sup>310</sup> G. LEMME, *Amministrazione e controllo nella società bancaria*, Milano, Giuffrè, 2007, 50; R. COSTI, *Tutela degli interessi e mercato finanziario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 3, 769 e ss.; ID., *Banca, etica e responsabilità sociale delle banche*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2011, 2, 165 ss. più in generale sull'ordinamento bancario.

Questo speciale aspetto si riverbera sulla caratterizzazione del corrispondente ufficio amministrativo, che presenta una serie di peculiarità, per cui, per esempio, ai relativi membri sono richiesti precisi requisiti di professionalità, *ex art. 26 T.U.B.*, a garantirne la capacità di adempiere correttamente ai propri compiti.

Ad ogni modo, e per quanto rileva maggiormente in questa sede, possiamo osservare che la necessità di assicurare che l'amministrazione dell'impresa bancaria si dimostri effettivamente «*sana e prudente*» incide specialmente sul tema dei controlli. Un primo aspetto rilevante è legato al fatto che qui, a differenza di quanto disposto altrove, la disciplina bancaria prevede esplicitamente un vero e proprio obbligo di istituire, nella società, un sistema di controlli interni. Le banche devono quindi obbligatoriamente dotarsi di un apparato di controllo interno, il cui fulcro è rappresentato proprio dal consiglio di amministrazione, chiamato a porre in essere un'attività di supervisione costante<sup>311</sup>.

In particolare, con la Circolare 17 dicembre 2013, n. 285, in attuazione delle indicazioni provenienti dal diritto europeo, Banca d'Italia ha introdotto una serie di nuove regole, tese ad esaltare il ruolo del C.d.A. e, in specie, la relativa funzione di *monitoring* sul rischio di impresa. Con l'obiettivo di assicurare che l'assetto di governo societario e l'organizzazione aziendale siano idonei a realizzare un efficace sistema di gestione del rischio, la nuova normativa ha evidenziato due aspetti fondamentali, tra loro strettamente connessi.

Da un lato, ha indicato l'esigenza che l'attività d'impresa venga orientata in ragione del grado di rischio determinato, *ex ante*, come rischio accettabile - definito sulla base di

---

Evidenzia la peculiarità della relazione tra amministrazione e controllo nelle banche, nella declinazione del principio di sana e prudente gestione: M. STELLA RICHTER Jr., *I sistemi di controllo delle banche tra ordinamento di settore e diritto comune. Notazioni preliminari*, in *Riv. Soc.*, 2018, 2, 320 e ss.; P. ABBADESSA, *L'amministrazione delle società bancarie secondo il sistema tradizionale. Convegno in memoria di Niccolò Sanitro*, in *La governance delle società bancarie*, V. DI CATALDO (a cura di), Giuffrè, Milano, 2014, 7 e ss.

<sup>311</sup> Alcuni autori osservano peraltro una forte connessione tra uffici di controllo interno e gestione amministrativa dell'impresa bancaria. Considerano che il fatto stesso di imporre un presidio di strutture di controlli interni, preordinate a monitorare le diverse aree operative in cui il rischio si possa manifestare, ha appunto l'intento di garantire «*un'azione amministrativa informata*». Così: A. MINTO, *La speciale natura dell'incarico amministrativo in banca tra limitazioni alla discrezionalità organizzativa e vincoli sull'agire in modo informato*, *cit.*, 30; ID., *Assetti organizzativi adeguati e governo del rischio nell'impresa bancaria*, in *Giur. comm.*, 2014, 6, 1165 e ss.; P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni tra codice civile e ordinamento bancario*, *cit.*, 24 e ss.; V. CALANDRA-BUONAURA, *Crisi finanziaria, governo delle banche e sistemi di amministrazione e controllo*, in *Il diritto delle società oggi*, P. BENAZZO-M. CERA-S. PATRIARCA (diretto da), Utet, Torino, 2011, 656 e ss.

Osservazioni sul ruolo fondamentale del C.d.A. bancario come organo di controllo, già subito dopo l'introduzione della Circolare nella versione originaria del 2006 erano state formulate da F. VELLA, *Il nuovo governo delle banche nelle disposizioni di vigilanza: spunti di riflessione*, in *Banche, governo societario e funzioni di vigilanza. Quaderno di ricerca giuridica della consulenza legale*, R. COSTI-F. VELLA (a cura di), Roma, 2008, 28 e ss.

valutazioni relative all'attuale esposizione ai rischi dell'ente, in rapporto alla sua dotazione patrimoniale (*risk appetite*); dall'altro, ha esaltato la corrispondente necessità che, una volta fissati determinati obiettivi di rischio, l'attività venga effettivamente svolta nel rispetto degli stessi, attraverso il monitoraggio continuo della concreta esposizione al rischio e la tempestiva adozione di interventi di aggiustamento, in caso di scostamento da tali obiettivi (*risk accountability*). Referente principale nella gestione di tali aspetti è «l'organo di supervisione strategica», che coincide con il C.d.A.<sup>312</sup>.

I compiti di sorveglianza e supervisione vengono rafforzati, dunque, in particolare nella prospettiva della *risk accountability*, prevedendo, a titolo esemplificativo, che gli amministratori svolgano un controllo costante sul rispetto del *Risk Appetite Framework* (in acronimo «RAF»), vale a dire, il quadro fissato *ex ante* dallo stesso C.d.A. degli orizzonti di rischio e rendimento ai quali la società intende mirare. Si prescrive, poi, che l'intero processo di gestione del rischio di credito e di controparte deve risultare dal regolamento interno della società ed essere periodicamente sottoposto a verifica<sup>313</sup>.

Ebbene, questo sistema di supervisione continua, che fa capo al consiglio, nella *ratio* perseguita dalla regolamentazione in materia bancaria, è orientata alla prevenzione e al contenimento di irregolarità e di possibili atti di *mala gestio*. Esso è «funzionale a promuovere un tempestivo intervento correttivo, tanto che tende ad assumere valenza generale la specifica previsione secondo cui, a fronte dell'emersione di carenze o anomalie con riguardo alla attuazione del RAF, il consiglio promuove con tempestività l'adozione di idonee misure correttive e ne valuta l'efficacia (Circ. 285/2013. Parte Prima.IV.3.10)»<sup>314</sup>.

---

<sup>312</sup> L'organo con funzioni di supervisione strategica viene individuato nella Direttiva 2013/36/UE e descritto dalla Circolare di Banca d'Italia come l'organo in cui si concentrano le funzioni di indirizzo e supervisione della gestione (Circ. 285/2013, Parte Prima.IV.1.4).

Nel sistema societario c.d. latino - o tradizionale - e in quella monistico viene fatto coincidere con il C.d.A. della società, mentre nel modello dualistico è rappresentato dal consiglio di gestione, qualora la società non abbia fatto ricorso alla facoltà prevista dalla lett. f-bis) dell'art. 2409-terdecies, comma 1°, c.c. In tal caso, dove il consiglio di sorveglianza sia stato investito, per statuto, della competenza di assumere decisioni di alta amministrazione, allora è quest'ultimo ad assumere la qualifica di organo con funzioni di supervisione strategica, ai fini della applicazione della corrispondente disciplina. Sul tema si veda comunque quanto analizzato più estesamente *infra*, Sez. II, § 6.

Sulla applicazione delle disposizioni di Banca d'Italia destinate a dare attuazione alla direttiva UE, che non distinguono tra i diversi modelli societari, si vedano gli appunti critici di: G.B. PORTALE, *La corporate governance delle società bancarie*, in *Riv. Soc.*, 2016, 1, 48 e ss.; C. FRIGENI, *La governance delle società bancarie*, in *Regole e mercato. Convegno conclusivo del progetto PRIN 2010-2011*, tenutosi a Siena il 7-9 aprile 2016, 14-15.

<sup>313</sup> Titolo V, Cap. 7, All. A.

<sup>314</sup> C. FRIGENI, *La governance delle società bancarie*, cit., 19.

Si è, dunque, per tale via determinato un decisivo rafforzamento delle prerogative dell'organo amministrativo, esercitabili *collegialmente*<sup>315</sup>, che tendono a garantire un continuo controllo, finalizzato a prevenire il rischio di impresa.

Le peculiarità che caratterizzano il sistema bancario incidono in misura rilevante sul modo attraverso cui si presenta il dovere di agire informati degli amministratori. Come si è detto, infatti, a differenza delle altre tipologie di società che si sono viste sinora, gli amministratori delle banche sono individuati dalla legge speciale come soggetti adibiti a precise funzioni di monitoraggio e sorveglianza: compito che devono svolgere attraverso l'assunzione di dati, che vengono comunicati loro dagli altri organi e uffici, tramite una ramificata rete di flussi informativi. Ma non solo.

La giurisprudenza civilistica, facendo leva sulle particolari caratteristiche della società bancaria, ha di recente riconosciuto un altro motivo di distinzione tra questa e le altre tipologie di società. Ha proposto, per i soli consiglieri degli istituti di credito, una diversa interpretazione circa l'atteggiarsi del dovere di agire in modo informato, quale previsto dall'art. 2381 c.c., reso notevolmente più gravoso. Secondo un recente orientamento, divenuto in breve maggioritario, la peculiarità del settore bancario accentuerebbe i tratti di tale dovere, impedendo ai membri non esecutivi del C.d.A. di limitare la vigilanza sull'attività di impresa e sull'organizzazione societaria alla sola analisi delle segnalazioni provenienti dai rapporti e dalle relazioni resi dagli amministratori delegati - o dalle altre funzioni di controllo. Posto, infatti, che - si argomenta - il settore bancario coinvolge un *business* contrassegnato da fattori di rischio più marcati rispetto ad altri ambiti d'impresa, si impongono per i componenti del *board* dei canoni comportamentali più rigidi. I consiglieri non esecutivi «*devono possedere ed esprimere costante e adeguata conoscenza del business bancario e, essendo compartecipi delle decisioni di strategia gestionale assunte dall'intero consiglio, hanno l'obbligo di contribuire ad assicurare un governo efficace dei rischi di tutte le aree della banca e di attivarsi in modo da poter efficacemente esercitare una funzione di monitoraggio sulle scelte compiute dagli organi esecutivi, non solo in vista della valutazione delle relazioni degli amministratori delegati, ma anche ai fini dell'esercizio dei poteri, spettanti al consiglio di amministrazione, di direttiva o avocazione concernenti operazioni rientranti nella delega*»<sup>316</sup>. L'amministratore privo di deleghe, dunque, «*pur sprovvisto di autonomi*

---

<sup>315</sup> V. CALANDRA BUONAURA, *Il ruolo dell'organo di supervisione strategica e dell'organo di gestione nelle Disposizioni di vigilanza sulla corporate governance e sui sistemi di controllo interno delle banche*, in *Banca, imp., soc.*, 2015, 1, 19 e ss.

<sup>316</sup> Così, precisamente: Cass. Civ. Sez. II, 5 febbraio 2013, n. 2737, in *Giur. comm.* 2015, 2, 24 e ss.; successivamente, *ex multis*, Cass. Civ. Sez. I, 9 novembre 2015, n. 22848, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 5, 1690 e ss., con nota di M. MARABINI, *Gli amministratori non delegati di banca rispondono in modo del tutto automatico degli illeciti commessi dagli amministratori con delega?*; Cass. Civ. Sez. II, 18 aprile 2018, n. 9546, in *ilSocietario*, 29 giugno 2018, con nota di A. FRANCHI, *La responsabilità degli amministratori non esecutivi di società di diritto comune e di società bancarie*.

*poteri d'intervento amministrativo [id est, poteri operativi individuali]»<sup>317</sup> e pur essendo solo uno tra i singoli elementi di una collegialità che agisce su base maggioritaria, deve comunque farsi «parte attiva» nel controllo sull'amministrazione e, come tale, deve prima di tutto informarsi. Ciò significa che, indipendentemente dal fatto che i delegati abbiano correttamente adempiuto al proprio dovere di comunicazione, disposto dal comma 5 dell'art. 2381 c.c., i non esecutivi sono tenuti sempre e comunque a seguire una procedura di raccolta autonoma dei dati sulla gestione e sull'organizzazione della società, ricorrendo alle informazioni detenute dai comitati interni, ovvero, laddove questi ultimi non siano presenti, accedendo *direttamente* alle informazioni del *management*, della revisione interna e ad ogni altra funzione di controllo, come quella del direttore generale<sup>318</sup>.*

Breve. Il dovere informativo dei consiglieri delle banche è un dovere *rafforzato* rispetto a quello generalmente riconosciuto dalla legge agli amministratori delle altre società<sup>319</sup>, dove, come si è visto, le iniziative autonome di raccolta di informazioni e ispezioni sono limitate ai casi in cui si sospetti che i dati forniti dai delegati siano infedeli, ovvero incompleti.

Nel tentativo di ricostruire le capacità di intervento degli amministratori non esecutivi degli istituti bancari si dovranno dunque tener presente tutte queste peculiarità. Ciò significa, in buona sostanza, che per valutare la posizione del singolo amministratore privo di delega non ci si può esimere da una attenta ricostruzione del modello organizzativo adottato e dalla relazione esistente tra il membro del C.d.A. e le molte funzioni di controllo aziendale<sup>320</sup> istituite dalla banca in cui questi opera. È indispensabile verificare il funzionamento dei flussi informativi e vagliare quali dati pervengano effettivamente alla conoscenza del consigliere, di quali poteri ispettivi lo stesso *possa* avvalersi e quali abbia in concreto esercitato. Da tale operazione di ricostruzione si potrà procedere a verificare se il soggetto, nella sua posizione, potesse o meno apprendere di eventuali irregolarità nella gestione dell'impresa o quantomeno se, nel caso in cui si fossero manifestati particolari segnali d'allarme, lo stesso fosse effettivamente in grado di percepirli e valutarli.

---

<sup>317</sup> A. MINTO, *La speciale natura dell'incarico amministrativo in banca tra limitazioni alla discrezionalità organizzativa e vincoli sull'agire in modo informato*, cit., 30.

<sup>318</sup> Come fanno notare, in termini pragmatici, M. IRRERA-M. SPIOTTA-M. CAVANNA, *Gli obblighi e i doveri*, in *Diritto del governo delle imprese*, M. IRRERA (diretto da), Giappichelli, Torino, 2016, 245-246.

Sulle funzioni di controllo interno si tornerà più approfonditamente *infra*, Sez. III del presente Capitolo.

<sup>319</sup> In senso critico: P. MONTALENTI-F. RIGANTI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in *Giur. comm.*, 5, 2017, 784. Sul punto si vedano anche le considerazioni di A. MINTO, *Assetti organizzativi adeguati e governo del rischio nell'impresa bancaria*, in *Giur. comm.*, 2014, 6, 1165 e ss.; O. CAGNASSO-F. RIGANTI, *Responsabilità degli amministratori deleganti – l'obbligo di agire in modo informato a carico degli amministratori deleganti*, in *Giur. It.*, 2017, 2, 386.

<sup>320</sup> Che si analizzeranno in apposita sede, alla Sezione III del presente lavoro.

Sul piano dei poteri *stricto sensu* impeditivi del singolo, si deve osservare che, da quanto ricostruito sin d'ora, non emergono in via astratta prerogative ulteriori rispetto a quelle individuate dalla legge per tutti gli amministratori di società di diritto comune e di società quotate. Si deve dunque fare riferimento alla relativa disciplina, a seconda che l'istituto di credito emetta o meno azioni sul mercato regolamentato. Tuttavia, nel caso di banche quotate sussiste una particolarità di certo rilievo. Il settimo comma dell'art. 70 T.U.B., come modificato dall'art. 9 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, nel testo introdotto dall'art. 2 del d.lgs. 6 febbraio 2004, n. 37, esclude l'esperibilità del procedimento di cui all'art. 2409 c.c. per le banche. Scompare, dunque, il riferimento alla possibile sollecitazione al Pubblico ministero. Quest'ultimo, esclusa l'applicabilità dell'art. 2409 del codice civile, non può avviare la relativa procedura dinnanzi al tribunale, e tanto meno può segnalare eventuali irregolarità alla Banca d'Italia, non essendo legittimato al procedimento avanti alla stessa Autorità, come specifica l'art. 70 T.U.B.<sup>321</sup>.

Se vi è fondato sospetto che gli amministratori delegati, in violazione dei propri doveri, abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione dell'impresa, che possono arrecare danno alla banca - o ad una o più società controllate - lo strumento previsto dal Testo Unico è un altro. Dispone lo stesso art. 70 che, in tali casi, «*l'organo con funzioni di controllo od i soci che il codice civile o lo statuto abilitano a presentare denuncia al tribunale, possono denunciare i fatti alla Banca d'Italia, che decide con provvedimento motivato*»<sup>322</sup>.

In questo assetto, i singoli amministratori, non annoverati tra i soggetti abilitati a rivolgersi direttamente all'Autorità competente, devono quindi riferirsi ai membri dell'organo di controllo od ai soci, chiedendo loro di attivarsi per la denuncia.

## **5. La acritica omologazione delle posizioni di amministrazione nella concezione della magistratura penale.**

La figura dell'amministratore non esecutivo assume, come si è visto, connotazioni particolari a seconda della società in cui è inserito, della sua organizzazione interna e del tipo di attività che essa esercita. L'assetto organizzativo dell'ente e la suddivisione interna delle competenze e dei compiti di controllo, quando ripartite tra più organi e uffici diversi - come avviene usualmente negli enti di maggiori dimensioni, nelle società quotate e,

---

<sup>321</sup> G. LEMME, *Amministrazione e controllo nella società bancaria*, op. cit., 140.; M. CERA, *Società bancarie quotate e pluralità di vigilanze pubbliche*. Atti Convegno (Venezia 13-14 novembre 2015), in *Regole del mercato e mercato delle regole. Il diritto societario e il ruolo del legislatore*, G. CARCANO-C. MOSCA-M. VENTORUZZO (a cura di), Giuffrè, Milano, 2016, 537 e ss.

<sup>322</sup> Sulla modifica apportata: D. BONACCORSO DI PATTI, *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in F. MAIMERI (a cura di), *Il coordinamento della riforma del diritto societario con i testi unici della banca e della finanza. Commento ai d.lgs. 37 e 310 del 2005*, 190, in particolare nt. 12.

specialmente, nelle banche - incidono in maniera inequivocabile sulle prerogative dei membri del C.d.A., sulla loro capacità di acquisire conoscenza in merito all'andamento della gestione e sulla possibilità di intervenire efficacemente di fronte ad irregolarità<sup>323</sup>. Si tratta di elementi dalla cui indagine non si può dunque prescindere quando si proceda a ricostruire la posizione di garanzia del singolo consigliere e si valuti la sua eventuale responsabilità nel caso di omesso impedimento del reato materialmente posto in essere da altri nell'esercizio dell'impresa.

Di là dal dato legislativo che introduce evidenti distinzioni tra le diverse tipologie di ente, come si è visto, vi è poi un altro fattore da tenere in considerazione, relativo all'articolazione della gestione aziendale, quale stabilita all'interno dello statuto delle singole società e declinata nella realtà concreta.

Specie per le società di ampie dimensioni, che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, si adottano in genere sistemi di suddivisione dei compiti all'interno del consiglio, che finiscono per relegare la componente non operativa ad un ruolo marginale, limitandone così, all'atto pratico, i relativi poteri di vigilanza e di reazione. In questi casi, tutti i poteri operativi vengono concentrati sulla figura di un unico amministratore delegato - il c.d. C.E.O., dall'acronimo anglosassone - che procede per tramite di un ristretto gruppo manageriale di sua fiducia, riunito in comitati di direzione. Il C.d.A. diviene una figura di importanza soltanto formale, cui altra funzione non è data se non quella di accogliere semplicemente le scelte sulla gestione del *business* compiute dagli esecutivi, volta «a “ratificare”, “prendere atto” o “approvare per quanto occorrer possa” gli atti o le decisioni che il top management ha già assunto, quantomeno nelle linee generali, in autonomia»<sup>324</sup>. È chiaro che in tali situazioni la capacità di controllo dei non delegati viene fortemente limitata, così come è di palmare evidenza che i poteri, attraverso il cui esercizio gli stessi possono eventualmente intervenire sul realizzarsi di azioni illecite degli esecutivi, risultano in concreto molto ridotti.

---

<sup>323</sup> Sulla importanza delle suddivisioni organizzative interne alla società in tema di ricostruzione delle rispettive responsabilità dei singoli, si vedano in generale: E. LAGHI, *Il modello organizzativo e di gestione ex d.lgs. 231/2001: un approccio integrato ai sistemi di controllo interno in una logica di risk management*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, M. IRRERA (diretto da), *op. cit.*, 836-837; M. RABITTI, *Responsabilità da deficit organizzativo*, *ibidem*, 989.

<sup>324</sup> L. A. BIANCHI, *Il T.U.F. e il Consiglio di amministrazione degli emittenti*, *cit.*, 838-839; osservazioni in tal senso, che evidenziano il progressivo depotenziamento del ruolo del C.d.A. nelle società di più grandi dimensioni e l'assoggettamento dello stesso alle scelte dell'amministratore delegato, erano espresse già da F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, *op. cit.*, 48 e ss. e 134 e ss., in cui l'A. parla, con espressione evocativa, di *attore decisivo*, con riferimento al CEO, al suo potere decisionale all'interno della società e al potere di influenzare le decisioni degli altri membri del consiglio. Sul CEO quale «*monarca assoluto*» all'interno della compagine societaria: M. ONADO, *Imprese, banche, agenzie di rating nella crisi del terzo millennio*, in AA.VV.,  *Mercati finanziari e sistema dei controlli*. Atti del Convegno di studio svoltosi a Courmayeur in data 1 e 2 ottobre 2004, Giuffrè, Milano, 2005, 20 e ss.

Sennonché, di tutte queste circostanze ampia parte della magistratura non sembra in alcun modo tener conto. Al contrario, è frequente la prassi di omologare in modo generico, nei capi di imputazione e spesso anche nelle sentenze di condanna, *tutti* i componenti del *plenum* consiliare in un'unica indistinta posizione. Pubblici ministeri e giudici si astengono dal compiere quella necessaria operazione - che potremmo definire quasi «chirurgica» per la sua complessità e per l'attenzione che richiederebbe - di isolamento della figura del singolo amministratore all'interno del collegio e di ricostruzione delle relative attribuzioni in base al concreto funzionamento dello stesso nella società in cui opera, per poi verificare se questi possa o meno essere chiamato a rispondere per gli illeciti realizzati dall'*executive*. Evitando di procedere all'analisi delle ripartizioni di attribuzioni tra i diversi componenti del consiglio, la magistratura finisce persino per equiparare deleganti e delegati, con l'effetto di trasformare la mera inerzia dell'amministratore non esecutivo in una consapevole adesione ai programmi criminosi dell'A.D.<sup>325</sup>.

Sono spesso i Pm, che, fin dalla fase delle indagini preliminari, individuano quali soggetti cui ascrivere l'illecito, in maniera indistinta, tanto gli operativi, quanto i consiglieri privi di delega, considerandoli alla stessa stregua. Questa confusione si riflette, di poi, nel capo di imputazione formulato a chiusura delle indagini, in cui gli amministratori vengono «messi tutti in un unico fascio»<sup>326</sup>, chiamati a rispondere di un non ben definito concorso nel reato.

Un esempio di tale acritica omologazione si può agevolmente rinvenire nel capo di imputazione del noto procedimento penale che ha coinvolto i vertici di Banca Carim, iscritto a n. 3194/2014 del registro N.R., Mod. 21, presso il Tribunale di Rimini<sup>327</sup>. Tale vicenda trae origine da un'ispezione di Banca d'Italia, svoltasi tra i mesi di febbraio e giugno del 2010, che aveva messo in luce diverse irregolarità nella gestione dell'istituto di credito, cui era seguito il commissariamento. L'attività di indagine che ne era sorta, condotta dalla Procura di Rimini, aveva interessato una parte consistente della *governance* societaria, di cui la pubblica accusa aveva poi chiesto il rinvio a giudizio. Segnatamente, si contestava la commissione, non meglio precisata, dei delitti di false comunicazioni sociali, *ex art.* 2622 c.c. *ante* riforma del 2015, di acquisto illecito di azioni proprie, con indebita restituzione dei conferimenti ai soci, di cui agli artt. 2357 e 2626

---

<sup>325</sup> L'aspetto è evidenziato nelle limpide critiche della dottrina più recente. F. CENTONZE, *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi. I limiti dell'intervento penalistico e le indicazioni del sistema Statunitense*, cit., 985-986; ID., *Controlli societari e responsabilità penale*, op. cit., 130; così anche I. MERENDA, *Sulla responsabilità penale dell'amministratore senza delega. Alcune considerazioni dopo la riforma del diritto societario*, cit., 1182.

<sup>326</sup> L'immagine retorica è di un Maestro, che già a metà del secolo scorso denunciava le gravi ingiustizie derivanti da questo modo generico di concepire la figura degli amministratori. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, Vol. I, op. cit., 281.

<sup>327</sup> Il procedimento si è poi concluso in primo grado, con sentenza di assoluzione perché il fatto non costituisce reato, 20 febbraio 2018, n. 320, *inedita*.

c.c., al Presidente del C.d.A., al Direttore e al Vicedirettore di Banca Carim S.p.A., figure tutte dotate di poteri esecutivi<sup>328</sup>, cui venivano assimilati gli altri componenti del C.d.A. privi di delega. Si imputava ai diversi soggetti, insomma, in maniera del tutto indefinita, la commissione di reati *in concorso* tra loro, senza distinguere le rispettive posizioni e senza precisare in che cosa sarebbe consistita la condotta illecita di ciascuno di essi.

Altri esempi di «appiattimento» delle diverse figure di amministratori in un *unicum* indistinto si rinvengono in alcune recenti sentenze di merito. È in particolar modo interessante quanto avvenuto nella vicenda processuale che ha coinvolto i vertici di una società di servizi informatici<sup>329</sup>, in cui, proprio la mancanza di precisazioni in merito alle singole posizioni dei diversi imputati, amministratori esecutivi e non esecutivi, e la carenza di motivazione in relazione alle rispettive condotte illecite ha portato la Corte di Cassazione, per ben due volte, ad annullare le relative sentenze di condanna. La Corte d'Appello di Milano<sup>330</sup>, con sentenza del 5 febbraio 2014, aveva condannato tutti i tre componenti del consiglio di amministrazione, assieme al Presidente e A.D., per concorso nei reati di bancarotta fraudolenta per distrazione e bancarotta documentale. Sennonché, nel motivare la condanna per il delitto di cui all'art. 223, comma 1, art. 216, comma 1, n. 1, l. fall., la Corte, confermando e in ampia parte riproponendo le statuizioni del giudice di primo grado, non aveva provveduto distinguere le posizioni dei singoli amministratori, equiparando delegati e deleganti, e tantomeno aveva precisato quali condotte illecite ritenesse poste in essere dai primi e quali dai secondi. I giudici si limitavano ad osservare che i consiglieri non esecutivi, semplicemente, «*dovevano conoscere*» i conti della società fallita in ragione della loro collocazione nel C.d.A.; dunque *dovevano conoscere* l'esistenza dell'illecito. Da tale presunta consapevolezza si ricavava automaticamente la loro imprecisa compartecipazione nei fatti di reato.

Chiamata a pronunciarsi sulla questione, la Quinta Sezione della Corte di Cassazione<sup>331</sup> aveva esplicitato che, benché la sentenza oggetto di ricorso fosse da confermare quanto all'accertamento circa l'esistenza dei fatti di reato, correttamente contestati, «*la relativa motivazione era invece realmente inidonea*» a rappresentare le ragioni alla base della condanna dei componenti non esecutivi del C.d.A.

*«Non era stato chiarito il rapporto fra fatti distrattivi ed i ruoli di tali persone nel consiglio di amministrazione della società e, più in generale, nel concreto funzionamento della stessa, dal momento che la sentenza di appello attribuiva a tutti gli imputati un ruolo operativo, mentre nella sentenza di primo grado era evidenziato che solo alcuni di*

---

<sup>328</sup> Cui peraltro era stato contestato anche il reato di associazione per delinquere, p. e p. dall'art. 416 c.p., per essersi associati tra loro, allo scopo di commettere i reati di falso in bilancio e di indebite restituzioni di conferimenti ai soci, costituendo un'organizzazione delinquenziale operante all'interno degli organi direttivi di Banca CARIM.

<sup>329</sup> Si tratta del procedimento penale avviato seguito al fallimento della Servizi On Site S.p.A.

<sup>330</sup> Corte d'Appello Milano, 5 febbraio 2014, *inedita*.

<sup>331</sup> Cass. Pen. Sez. V, 1 ottobre 2015, n. 45672, in *Cass. Pen.*, 2016, 5, 2208.

essi facevano parte del comitato di gestione della società (articolazione interna di cui sfuggivano le caratteristiche in seno all'assetto organizzativo della società); non erano dunque ricostruite in termini univoci la posizione dei ricorrenti e le relative attribuzioni (necessarie per individuare eventuali posizioni di garanzia) e, comunque, la natura e la portata dell' "operatività" a ciascuno riconosciuta». La Cassazione annullava quindi sul punto la sentenza impugnata e disponeva rinvio ad altra sezione della Corte d'Appello di Milano.

Il giudice del rinvio, tuttavia, nonostante le indicazioni di principio espresse dalla Suprema Corte, riproponeva una motivazione generica e lacunosa in punto di responsabilità individuali. La nuova sentenza di secondo grado persisteva a fondare la condanna dei membri del C.d.A. per l'illecito dell'esecutivo sulla base di statuizioni apodittiche, evitando di procedere ad una indagine specifica sul concreto funzionamento dell'organo consiliare e sulla peculiare posizione dei singoli imputati. Benché in tale sede la Corte distinguesse tra la condotta concorsuale attiva, ascritta ad uno solo dei consiglieri tratti a giudizio, ed il concorso mediante omissione, cui venivano chiamati a rispondere gli altri due componenti del *board*, privi di deleghe operative, non provvedeva però poi ad individuare le relative condotte di concorso. Con riferimento agli amministratori non esecutivi, in specie, la sentenza si limitava solamente ad affermare che gli stessi sarebbero stati da considerare concorrenti nella bancarotta per distrazione con il Presidente, esecutore materiale, «per non avere impedito le distrazioni di danaro sociale "in violazione dell'obbligo" di non impedirle di cui all'art. 2381 c.c., comma 5, art. 2392 c.c., commi 1 e 2, art. 2394 c.c., comma 1, (art. 40 c.p., comma 2), riguardando molti degli episodi distrattivi (...) la competenza del consiglio di amministrazione di cui tali persone erano componenti»<sup>332</sup>. Come riconosciuto successivamente dalla Cassazione, cui i difensori dell'imputato avevano fatto nuovamente ricorso, il giudice del rinvio non aveva dunque affatto adempiuto alle specifiche indicazioni contenute nella precedente sentenza di annullamento<sup>333</sup>.

Ciò che si impone al giudice nell'individuare la responsabilità dei singoli individui all'interno dell'assetto societario, ribadiva più esplicitamente la Corte, è la ricostruzione in concreto delle relazioni intercorse tra i fatti di reato per cui è processo e il concreto funzionamento dell'organo, in questo caso, del consiglio di amministrazione della società, «alla luce delle clausole di organizzazione delle funzioni gestorie rispettivamente recate dallo statuto sociale e, eventualmente, da successive deliberazioni di organizzazione della gestione sociale».

Sennonché, come si è posto in evidenza, nella maggior parte dei provvedimenti dei giudici e dei Pubblici ministeri, queste valutazioni mancano, sostituite dalla suggestione che i consiglieri non esecutivi, per il sol fatto di essere parte dell'organo amministrativo,

---

<sup>332</sup> Corte d'Appello di Milano, 24 febbraio 2016, *inedita*. Il passaggio è poi riportato nella successiva sentenza della Corte di Cassazione, Sez. I, 9 marzo 2018, n. 14783, in *Cass. Pen.* 2018, 11, 3876

<sup>333</sup> Cass. Pen. Sez. I, 9 marzo 2018, n. 14783, § 2.2, *cit.*, 3876.

siano comunque sempre pienamente partecipi della gestione, al punto da ritenere persino superflua l'analisi della ripartizione delle deleghe all'interno del consiglio e la relativa suddivisione dei compiti esecutivi<sup>334</sup>. Ma non è tutto.

Nei limitati casi in cui la giurisprudenza proceda effettivamente alle distinzioni interne al C.d.A. e a differenziare tra le posizioni dei singoli amministratori, delegati e deleganti, ci si trova frequentemente di fronte ad un'ulteriore problematica. Le sentenze più recenti, proseguendo un *trend* radicato già a partire dalla fine del secolo scorso ed eludendo le reiterate richieste della dottrina penalistica sul punto<sup>335</sup>, non prestano, infatti, alcuna cura alla individuazione degli specifici poteri di intervento dei singoli, senza dunque precisare quali di tali poteri possano dirsi impeditivi e dunque rilevare ai fini della ricostruzione della responsabilità concorsuale omissiva; così come non si preoccupano pressoché mai di valutare, nel concreto, la efficacia eziologica del loro omesso azionamento con il realizzarsi del reato. Tale indagine viene completamente evasa, sostituita da semplici considerazioni presuntive. Talvolta si parla di un generico dovere di denuncia che il soggetto avrebbe dovuto esercitare nel caso concreto<sup>336</sup> per andare esente da responsabilità, senza specificare alcunché; talaltra si sostiene genericamente che spetta all'amministratore attivare ogni possibile potere, tipico e atipico, come diffide, sollecitazioni, rilievi critici in consiglio, ancorché tali prerogative risultino semplicemente idonee ad ostacolare soltanto e non già ad impedire efficacemente la realizzazione di atti pregiudizievoli<sup>337</sup>. In questa evidente indeterminatezza, è poi talvolta la stessa giurisprudenza a contraddirsi, riconoscendo in alcuni casi efficacia impeditiva ad alcune prerogative e in altri escludendola *in toto*.

È il caso della presentazione delle dimissioni da parte dell'amministratore. Se in alcune sentenze viene indicato come il potere che il soggetto avrebbe dovuto esercitare nel caso concreto per intervenire sulla commissione del reato altrui ed impedirne la consumazione, in altre viene escluso invece dal novero delle prerogative rilevanti *ex art. 40 cpv. c.p.* Come è avvenuto con la sentenza n. 28932 del 2011, del celebre caso Parmalat, in cui la V Sezione della Corte di Cassazione ha affermato che l'imputato, che si era limitato presentare le proprie dimissioni a fronte di una serie di irregolarità che aveva riscontrato nella gestione dell'impresa, non potesse andare esente da responsabilità per il fatto di reato commesso dagli esecutivi, osservando che «*la mera presentazione delle dimissioni dalla carica non è momento sufficiente ed idoneo ad interrompere il*

---

<sup>334</sup> F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, *op. cit.*, 131.

<sup>335</sup> Si veda in particolare quanto indicato nel Capitolo I, § 3 e ss.

<sup>336</sup> Cass. Pen. Sez. V, 16 novembre 2015, n. 11905, emessa all'interno della nota vicenda processuale Parmalat, in cui si dice semplicemente che «*l'imputato era al corrente dei flussi di denaro da Parmalat che lui stesso a più riprese aveva richiesto, flussi che a quella data erano inferiori a quanto attestato, il cui mendacio l'imputato avrebbe quindi dovuto denunciare per esonerarsi dalla penale responsabilità*».

<sup>337</sup> Così: Cass. Pen. Sez. V, 20 gennaio 2012, 16942, in *Dir. & Giust. online*, 8 maggio 2012; Cass. Pen. Sez. V, 18 febbraio 2010, n. 17690, *cit.*

rapporto eziologico tra l'omissione e la verifica del danno. Si tratta, invero, di un atto che non incide sulla continuità causale e che tende soltanto ad escludere la personale responsabilità dal fatto che può essere ascritto al soggetto attivo, rimasto colpevolmente inerte»<sup>338</sup>.

## 6. Focus: Gli amministratori indipendenti nel sistema dei controlli interni.

### 6.1. Lo «statuto speciale» della categoria e i riflessi sulla posizione di garanzia dei singoli.

La regolazione del C.d.A. si orienta progressivamente verso una sempre maggiore valorizzazione delle attività di vigilanza e supervisione di cui lo stesso è investito; contestualmente, la crescita dimensionale delle imprese e la maggiore complessità dei mercati e dei rischi ad essi legati portano a concentrare le attività esecutive su determinate figure, quali direttori e *manager* professionali. L'esecuzione delle attività operative diviene sempre più appannaggio di una ristretta minoranza di delegati, mentre al *plenum* consiliare compete invece il controllo su tali attività. In questo graduale passaggio dall'idea di un «consiglio che gestisce» ad un «consiglio che controlla»<sup>339</sup> assume rilievo fondamentale l'assetto dei controlli interni, e, con esso, la particolare figura degli amministratori indipendenti.

Con la riforma del diritto societario i c.d. *independent directors* sono stati introdotti nella normativa primaria, ora indicati anche nel codice civile, agli artt. 2351, 2387 e 2409 *septesdecies* c.c. Prima dell'intervento della novella, tali soggetti erano contemplati infatti dalla sola disciplina regolamentare e dal Codice di Autodisciplina di Borsa Italiana S.p.A. per le società quotate del 1999; normativa di rango secondario, quella citata, che, comunque, ancora oggi rappresenta la più completa fonte della relativa disciplina.

Si tratta di soggetti, anch'essi membri del C.d.A., che devono necessariamente presentare determinati requisiti di indipendenza, per cui non devono intrattenere con la società - o aver intrattenuto in tempo recente, neppure indirettamente - relazioni tali da

---

<sup>338</sup> Cass. Pen. Sez. V, 4 maggio 2011, n. 28932, in *Foro Ambrosiano*, 2011, 2, 182.

<sup>339</sup> G. FERRARINI, *Funzione del consiglio di amministrazione, ruolo degli indipendenti e doveri fiduciari*, in *I controlli societari: Molte regole, nessun sistema*, M. BIANCHINI-C. DI NOIA (a cura di), Egea, Milano, 2010, 51.

In termini analoghi, G. GASPARRI, *I controlli interni nelle società quotate. Gli assetti di della disciplina italiana e i problemi aperti*, in *Quaderni giuridici*, Consob, 4, settembre 2013, *passim*, si veda in particolare pagina 34 e ss., in cui si evidenzia come questa progressiva trasformazione trovi un suo contrappunto nella esperienza americana, già a partire dalla seconda metà del secolo scorso, come ha sottolineato la dottrina Oltreoceano, a partire dallo studio fondamentale di M. A. EISENBERG, *The Structure of the Corporation. A legal Analysis*, Little Brown & Co., Boston-Toronto, 1976, 375, citato in n. 115.

poterne condizionare l'autonomia<sup>340</sup>. Secondo la logica perseguita dalla relativa disciplina, queste figure, proprio per il fatto di distaccarsi dai diversi centri di interesse coinvolti nella gestione dell'ente, rappresentano un fondamentale presidio alla correttezza dell'attività di impresa, garantendo che la stessa non venga sviata, piegata dagli esecutivi per perseguire propri fini personali, confliggenti con l'interesse societario<sup>341</sup>. A costoro l'ordinamento riconosce infatti importanti prerogative di vigilanza<sup>342</sup>, tra cui si annovera, come si vedrà meglio oltre, l'accesso privilegiato alle informazioni sociali, senza che possano essere opposti dinieghi o segreti di sorta da parte degli altri organi. Assumono, dunque, un peso notevole nell'assicurare la regolarità della gestione, tanto che la loro presenza in seno al consiglio è prevista come obbligatoria per le società per azioni che fanno ricorso al mercato regolamentato, come stabilito dall'art. 147 *ter*, comma 4, T.U.F.<sup>343</sup>.

## **6.2. Il *lead independent director*.**

Particolare rilievo assume la posizione del *lead independent director*, destinato ad affiancare il presidente del C.d.A. Questa figura è stata introdotta nel nostro sistema, sulla scia dell'esperienza statunitense, dal Codice di Autodisciplina per le società quotate<sup>344</sup>, che ne raccomanda la designazione nei casi in cui il presidente sia anche A.D.

---

<sup>340</sup> E. FREGONARA-M. CAVANNA, *La struttura e il funzionamento. (L'amministrazione)*, in M. IRRERA (diretto da), *Diritto del governo delle imprese, op. cit.*, 162.

Sulla definizione di tale figura e sulla definizione di «indipendenza» si è aperto un vivace dibattito dottrinale, che non è però possibile approfondire in questa sede. Tra i principali contributi, si rinvia comunque a: D. REGOLI, *Gli amministratori indipendenti: alcune considerazioni per un efficace funzionamento di questo strumento di governance nel sistema dei controlli sulla gestione*, in *Dialogo sul sistema dei controlli nelle società*, P. ABBADESSA (a cura di), Giappichelli, Torino, 2015, 63 e ss. Sul concetto di indipendenza e le sue declinazioni nel generale ambito dei controlli societari: G. STRAMPELLI, *Sistema di controllo e indipendenza nelle società per azioni*, Egea, Milano, 2013, *passim*, e Cap. III, 19 e ss., con riferimento agli amministratori non esecutivi.

<sup>341</sup> Si sottolinea che la figura è stata recepita nel nostro ordinamento al fine di meglio rispondere alle esigenze di monitoraggio sull'operato della componente esecutiva e dei controlli interni e al bisogno di garantire una più variegata composizione dell'organo consiliare, onde contribuire ad assicurare la correttezza sostanziale e procedurale di operazioni particolarmente delicate, spesso causa di inefficienze e conflitti di interessi, allineando il nostro sistema agli standard internazionali. F. CHIAPPETTA, *Diritto del governo societario. La corporate governance delle società quotate*, Cedam, Padova, 2017, 162 e ss.

<sup>342</sup> Si discute in dottrina sulla possibilità che agli stessi siano riconosciute anche funzioni esecutive, benché, comunque, l'orientamento maggioritario tenda ad escluderlo. Il tema è ricostruito in: A. M. LUCIANO, *Amministratori indipendenti e incarichi esecutivi*, in *Riv. soc.*, 2012, 354 e ss.

<sup>343</sup> La norma, come noto, stabilisce che almeno uno dei componenti del consiglio di amministrazione, ovvero due se il consiglio è composto da più di sette membri, siano in possesso dei requisiti di indipendenza.

<sup>344</sup> G. FERRARINI, *Ruolo degli amministratori indipendenti e lead independent director*, in *La corporate governance e il risparmio gestito*, 2006, in *www.assogestioni.it*, 35 e ss.

dell'impresa, ovvero quando il presidente sia al contempo unico azionista di controllo dell'emittente. La nomina può anche essere richiesta dalla maggioranza degli amministratori indipendenti nelle società appartenenti all'indice FTSE-MIB. L'intento principale è dunque quello di garantire, in caso di cumulo di cariche sociali, la presenza di un altro soggetto che possa vigilare sulla correttezza dell'amministrazione. Si introduce un «*contrappeso*»<sup>345</sup> - potremmo dire - a situazioni di concentrazione di cariche, proprio per contenere il rischio di comportamenti opportunistici da parte del presidente del C.d.A. e degli amministratori esecutivi.

Come stabilito esplicitamente dal Codice di Autodisciplina, all'art. 2.C.5, il *lead independent director* è punto di riferimento e di coordinamento degli amministratori non esecutivi, specialmente quelli indipendenti, che rappresenta nei rapporti con gli azionisti.

Può convocare, autonomamente o su richiesta degli altri consiglieri, apposite riunioni di soli indipendenti, le c.d. *executive sessions*, per la discussione di tematiche giudicate di interesse nel funzionamento del consiglio, ovvero nella gestione sociale. Si tratta di un momento di particolare rilievo per l'istruzione e l'approfondimento di temi che potranno essere trattati nei successivi lavori consiliari, nonché di un'importante occasione di confronto, attraverso cui l'intera categoria degli *independent directors* ha la possibilità di assumere effettiva consapevolezza del proprio ruolo. Secondo alcuni autori, in particolare, questi momenti di riunione e questi sistemi di scambio di informazioni, supervisionati da una figura apicale di riferimento, assumerebbero il significato di «*forme di educazione*» degli stessi amministratori indipendenti circa la propria capacità di incidere sull'impianto di *governance* in funzione «anti-abuso», monitorando possibili situazioni di conflitti di interessi dell'esecutivo ed evitando che si traducano nella adozione di decisioni dannose per la società<sup>346</sup>.

Accanto a tale prerogativa, il LID è poi investito di un rilevante ruolo, come si accennava innanzi, di collaborazione con il presidente del *board*. È chiamato infatti a coadiuvare quest'ultimo nel garantire che gli amministratori siano destinatari di flussi informativi completi e tempestivi<sup>347</sup> e può organizzare con il *management* l'approfondimento di specifici argomenti di interesse.

Secondo quanto osservato da autorevole dottrina, tale figura svolge un ruolo di collegamento tra la struttura amministrativa della società (e le informazioni da essa detenute) e gli altri amministratori indipendenti<sup>348</sup>. La sua funzione, insomma, è quella di

---

<sup>345</sup> E. FREGONARA-M. CAVANNA, *La struttura ed il funzionamento*, cit., 163. Sulla figura del LID, in generale: D. REGOLI, *Gli amministratori indipendenti: alcune considerazioni per un efficace funzionamento di questo strumento di governance nel sistema dei controlli sulla gestione*, cit., 70 e ss.; ID, *Gli amministratori indipendenti nei codici di autodisciplina europei*, in *Riv. dir. soc.*, 2008, 429 e ss.

<sup>346</sup> Così, in particolare: E. RIMINI, *Il comitato di amministratori indipendenti (e gli amministratori indipendenti)*, in *Aspetti adeguati e modelli organizzativi*, op. cit., 376.

<sup>347</sup> Secondo quanto previsto esplicitamente dal Codice di Autodisciplina.

<sup>348</sup> U. TOMBARI, *Amministratori indipendenti, «sistema dei controlli» e corporate governance: quale futuro?*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, 5, 517; C. DI NOIA-E. PUCCI, *Il nuovo Codice di*

«innalzare», potremmo dire, il livello informativo dei consiglieri, assicurando al contempo la loro autonomia di giudizio. Non gli vengono dunque riconosciuti precipui poteri reattivi, con cui intervenire in modo immediato su eventuali condotte illecite dell'esecutivo; tuttavia, il fatto di potersi confrontare direttamente con il presidente del consiglio, al quale può eventualmente richiedere la convocazione dell'organo, e il fatto di poter assumere autonome iniziative per l'acquisizione di informazioni e il confronto con gli altri componenti del *plenum* lo collocano in una posizione particolare, che ne incrementa le possibilità di intervento sull'azione altrui, rispetto a quelle vantate dal semplice amministratore non esecutivo.

Al di là di della peculiare figura del *lead independent director*, si deve osservare come all'intera categoria degli indipendenti venga riconosciuta una serie di attribuzioni di notevole rilievo in tema di controllo endosocietario. In specie, in questo ambito assumono forte rilievo le competenze che tali soggetti possono esercitare in veste di membri dei comitati costituiti all'interno del consiglio di amministrazione<sup>349</sup>.

Come noto, la regolamentazione secondaria prevede la possibilità per le società quotate - e l'obbligo invece per le società vigilate - di strutturare il C.d.A. in comitati di carattere tecnico, composti da amministratori indipendenti<sup>350</sup>, con funzioni propositive, istruttorie e consultive<sup>351</sup>.

### **6.3. Il comitato controllo e rischi.**

Il comitato controllo e rischi rappresenta una delle principali componenti del «circuitto dei controlli interni»<sup>352</sup>, quale individuato e disciplinato all'interno del Codice

---

*autodisciplina delle società quotate: motivazioni e principali novità*, in *Corporate governance e «sistema dei controlli» nelle S.P.A.*, U. TOMBARI (a cura di), Giappichelli, Torino, 2013, 157.

<sup>349</sup> A. DE NICOLA, *Il diritto dei controlli societari*, op. cit., 5; M. MILLI, *L'amministratore indipendente nel sistema di corporate governance delle s.p.a.*, Giappichelli, Torino, 2013, 143 e ss.

<sup>350</sup> L'art. 37, comma 1, lett. d) del Regolamento Mercati, come da ultimo modificato, prevede per le società quotate la costituzione di un comitato di controllo interno, formato da amministratori indipendenti, e dispone altresì che tutti i comitati, eventualmente istituiti secondo le disposizioni dei Codici di Autodisciplina, devono essere composti da amministratori indipendenti.

<sup>351</sup> M. STELLA RICHTER Jr., *I comitati interni all'organo amministrativo*, in *Riv. soc.*, 2007, 260 e ss., il quale peraltro precisa che tali comitati devono considerarsi semplici «uffici» della società, non già veri e propri organi, giacché gli atti da essi emanati non hanno efficacia esterna.

Sulla più recente attuazione di tali previsioni, si veda: P. MARCHETTI-F. GHEZZI-M. VENTORUZZO-C. MOSCA-M. BIANCHI-M. MILIC, *Aggiornamento sulla governance delle società quotate italiane*, in *Riv. Soc.*, 4, 2019, 859 e ss., in particolare, M. MILIC, § 5 *L'attuazione del Codice di Autodisciplina e le raccomandazioni del Comitato per la Corporate Governance*.

<sup>352</sup> M. LUBRANO DI SCORPANELLO, *Gli assetti nelle società quotate*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, M. IRRERA (diretto da), op. cit., 544.

di Autodisciplina delle società quotate<sup>353</sup>. È infatti nell'autoregolamentazione che il sistema dei controlli interni, correlato alla gestione dei rischi implicati nella stessa attività dell'impresa, assume centralità, divenendo «*componente essenziale del potere di vigilanza del C.d.A.*»<sup>354</sup>. Nell'assetto proposto dal Codice l'organo amministrativo è figura apicale e, del resto, come è stato autorevolmente osservato, tale preminenza trova la sua *raison d'être* nelle stesse regole di funzionamento dell'organizzazione societaria. La funzione di pianificazione dell'attività gestionale, la determinazione degli obiettivi strategici da perseguire, così come l'esercizio dell'attività di impresa orientato alla loro realizzazione - prerogative del consiglio - per poter essere svolte efficacemente richiedono l'esistenza di una struttura di controllo organizzata e completa, «*che parta dalle più remote ramificazioni dell'impresa e converga verso un vertice dotato di incisivi poteri di intervento, dei quali valersi in modo informato e consapevole*»<sup>355</sup>.

È quindi indispensabile che ciascun emittente adotti un sistema di monitoraggio, integrato nel più generale assetto organizzativo della società, idoneo, in relazione alle caratteristiche dell'attività di impresa e al relativo profilo di rischio, a consentire un «*efficace presidio sui rischi aziendali*»<sup>356</sup>, in modo che, una volta identificati e descritti, possano essere correttamente gestiti in un'ottica di contenimento. Le società quotate, quando decidano di adottare il Codice di Autodisciplina - decisione, come noto, pienamente libera per ciascun emittente, hanno dunque l'obbligo di dotarsi di un tale sistema. Un obbligo generale è invece previsto dalla normativa secondaria per le società sottoposte a vigilanza speciale, come le banche<sup>357</sup>.

---

<sup>353</sup> G. GASPARRI, *I controlli interni nelle società quotate. Gli assetti di della disciplina italiana e i problemi aperti*, cit., 46.

<sup>354</sup> C. AMATUCCI, *Vigilanza, gestione dei rischi e responsabilità degli amministratori di società quotate*, in *Riv. soc.*, 2015, 2-3, 370.

<sup>355</sup> F. PARMEGGIANI, *Il collegio sindacale e il comitato per il controllo interno: una convivenza possibile?*, in *Giur. comm.*, 2009, 2, 312 e ss. In senso analogo C. AMATUCCI, *Vigilanza, gestione dei rischi e responsabilità degli amministratori di società quotate*, cit., 369-370.

<sup>356</sup> A. ZANARDO, *La ripartizione delle competenze in materia di assetti organizzativi in seno al consiglio di amministrazione*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, op. cit., 274. Sulla concezione per cui i controlli sono necessariamente correlati ai rischi di impresa anche M. STELLA RICHTER Jr., *La funzione di controllo del consiglio di amministrazione nelle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 2012, 4, 669.

<sup>357</sup> Ampia parte della dottrina commercialistica è particolarmente critica in riferimento alla mancanza di una esplicita regolazione del sistema di controllo interno e rischi nella disciplina delle società comuni. Qui, in mancanza di una previsione precipua che ne imponga l'adozione, si discute sulla eventualità di poterlo ricomprendere, per via interpretativa, quale elemento componente la «adeguatezza» dell'assetto organizzativo, di cui all'art. 2381 c.c., per cui il medesimo assetto societario, per potersi dire adeguato, richieda, per l'appunto la disposizione e il funzionamento di un efficace sistema di controllo interno. Per vero, un riferimento preciso ed inequivocabile allo non è dato rinvenire neppure nella legislazione delle società quotate. Lo stesso si ritrova soltanto nel Codice di autoregolamentazione: normativa, alla quale, come ben noto, ogni società può decidere discrezionalmente se adeguarsi o meno.

Il Codice, dopo aver delineato il concetto di «*sistema di controllo interno e gestione dei rischi*» come l'insieme delle regole, delle procedure e delle strutture organizzative, volte a consentire identificazione, misurazione, gestione e monitoraggio dei principali rischi, ne individua la relativa articolazione. Suddivide la struttura su più livelli, coinvolgendo quattro organi dell'emittente:

1. il consiglio di amministrazione;
2. il responsabile della funzione di *internal audit* incaricato di verificare che il sistema sia «*funzionante e adeguato*»<sup>358</sup>;
3. gli «*altri ruoli e funzioni aziendali*», che non vengono determinati *a priori*, ma indicati semplicemente come ruoli e funzioni con specifici compiti in tema di controllo interno e gestione dei rischi, di cui la società decida di dotarsi a seconda delle dimensioni, complessità e profili di rischio dell'impresa;
4. il collegio sindacale, chiamato a vigilare sull'efficacia dell'intero sistema.

Concentrando l'attenzione sul C.d.A., l'autodisciplina ne riconosce una posizione di primo rilievo, precisando che lo stesso svolge compiti di indirizzo e di valutazione dell'adeguatezza dello stesso assetto di controllo e raccomanda di individuare, al suo interno, due figure fondamentali: un amministratore - o più di uno - precipuamente incaricato dell'istituzione e del mantenimento del sistema, e il comitato controllo e rischi.

Il comitato, inizialmente denominato «comitato per il controllo interno» - o *audit committee* -<sup>359</sup>, secondo quanto dispone il Codice, è composto interamente da amministratori indipendenti, o, in alternativa, da amministratori non esecutivi, la maggioranza dei quali indipendenti, e svolge una fondamentale funzione di supporto al consiglio nella esplicazione della relativa attività di valutazione. Allo stesso il Codice di Autodisciplina attribuisce il compito di provvedere ad una adeguata attività istruttoria e consultiva su determinate tematiche, per le quali è richiesto un elevato livello di informazione; in particolare, si intende garantire al C.d.A. sostegno nel valutare e decidere in relazione allo stesso sistema di controllo interno e all'approvazione dei bilanci e delle relazioni semestrali. Per l'adempimento di tale funzione, al comitato è riconosciuta

---

In senso critico: C. AMATUCCI, *Vigilanza, gestione dei rischi e responsabilità degli amministratori di società quotate*, cit., 369. Sul tema si veda poi, ampiamente, G. FERRARINI, *Controlli interni e strutture di governo societario*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, cit., 14 e ss.

<sup>358</sup> Su tale organo si tornerà più approfonditamente in apposita sede, Sezione III di questo lavoro.

<sup>359</sup> La modifica è stata introdotta con la nuova versione del Codice di Autodisciplina del dicembre 2011. Come precisa oggi il Codice, *Commento all'art. 7*, la nuova denominazione intende sottolineare la centralità dei rischi e, al tempo stesso, intende differenziare quest'organismo dal *comitato per il controllo interno e la revisione contabile*. Sulle distinzioni tra le due versioni del comitato, nel senso, in particolare, di una più netta caratterizzazione delle funzioni dell'organismo, al fine di individuarne più precisamente le attribuzioni e diversificarle rispetto a quelle di altri organi societari: M. STELLA RICHTER Jr., *Il comitato controllo e rischi, già comitato controllo interno*, in *Dialogo sul sistema dei controlli nelle società*, P. ABBADESSA (a cura di), Giappichelli, Torino, 2015, 115.

una serie di prerogative specifiche, tra cui, in primo luogo, il compito di valutare il corretto utilizzo dei principi contabili per il bilancio di esercizio e per il bilancio consolidato.

Con precipuo riferimento al sistema di controllo, si prevede che il comitato esamini le relazioni periodiche ad esso inerenti. Esso vigila, al contempo, su autonomia, adeguatezza, efficacia ed efficienza della funzione di *internal audit*, e valuta le relazioni dalla stessa provenienti, giudicate di particolare rilevanza. Infine, può chiedere al responsabile della medesima funzione *i.a.*, di svolgere verifiche su specifiche aree operative, dandone contestuale comunicazione al presidente del collegio sindacale. Nella sua attività di controllo, il comitato si rapporta poi in misura diretta con il consiglio di amministrazione, a cui riferisce periodicamente sull'attività svolta, nonché sulla adeguatezza del complessivo sistema di controllo interno. Non solo. Lo stesso comitato può poi esprimere pareri su specifici aspetti inerenti all'identificazione dei principali rischi aziendali<sup>360</sup>.

In sintesi, dunque, il comitato assume all'interno del sistema di controllo e gestione dei rischi un ruolo di particolare rilievo, presentandosi come una sorta di garante dello stesso. Tuttavia, come si può vedere da quanto si è sinteticamente ricostruito, i suoi poteri hanno portata limitata. Esso svolge semplici attività di «*supporto istruttorio e di vigilanza in itinere*»<sup>361</sup>, con compiti di consulenza e funzioni al più propositive, per lo svolgimento di controlli, ma è sempre e solo al consiglio di amministrazione nel suo complesso che spetta il potere decisorio<sup>362</sup>. È il C.d.A. ed il C.d.A. soltanto ad assumere le delibere finali.

Previsioni analoghe si rinvencono con riferimento alla *governance* bancaria. La Circolare di Banca d'Italia 17 dicembre 2013, n. 285, dispone infatti la obbligatoria presenza, all'interno dell'organo con funzioni di supervisione strategica delle banche di maggiori dimensioni o complessità operativa<sup>363</sup>, di tre comitati: nomine, remunerazione

---

<sup>360</sup> Sul tipo di controllo svolto dal comitato: M. STELLA RICHTER Jr., *Il comitato controllo e rischi, già comitato controllo interno, op. ult. cit.*, 110, in cui l'A. osserva che l'organismo si occupa di controlli di diverso tipo: talvolta istruisce le decisioni relative agli stessi controlli, ma non svolge direttamente la funzione di monitoraggio che ha contribuito lui stesso ad organizzare; talaltra vigila *ex post* sulla adeguatezza, sulla efficacia ed efficienza dell'assetto organizzativo, come avviene per i controlli interni; in altri casi ancora vigila sul rispetto di regole e procedure già altrove stabilite, come nel caso del controllo sulla corretta utilizzazione dei principi contabili.

<sup>361</sup> M. LUBRANO DI SCORPANIELLO, *Gli assetti nelle società quotate, cit.*, 545.

<sup>362</sup> Come ben evidenziato da A. DE NICOLA, *Il diritto dei controlli societari, op. cit.*, 32, che, con riferimento alle competenze del comitato controllo interno e rischi, specifica che il prodotto del suo operare è paragonabile ad un «*semilavorato*» soprattutto a vantaggio dell'organo amministrativo.

Nello stesso senso anche: A. ZANARDO, *La ripartizione delle competenze in materia di assetti organizzativi in seno al consiglio di amministrazione, cit.*, 275; L. A. BIANCHI, *Il T.U.F. e il Consiglio di amministrazione degli emittenti, cit.*, 832.

<sup>363</sup> Come definite all'interno della Circolare. Per le banche di minori dimensioni o complessità operativa è invece prevista l'*eventuale* istituzione in base alle concrete esigenze.

e rischi<sup>364</sup>. Quest'ultimo, la cui costituzione è imposta anche per le banche intermedie, svolge, come si accennava, attività istruttoria, di vigilanza e di consulenza, in ampia parte analoghi a quelli descritti per il comitato controllo interno e rischi delle società quotate. La nota distintiva è legata fundamentalmente alle peculiarità stesse dell'ambito creditizio. Nello svolgere le proprie funzioni di vigilanza, precisa infatti la Circolare, particolare attenzione deve essere riposta dal comitato a tutte quelle attività strumentali e necessarie affinché l'organo con funzione di supervisione strategica possa addivenire ad una corretta ed efficace determinazione del RAF ("*risk appetite framework*") e delle politiche di governo dei rischi<sup>365</sup>.

#### **6.4. Gli amministratori indipendenti nel comitato per le operazioni con parti correlate.**

Gli amministratori indipendenti rivestono una posizione di primo piano nel sistema dei controlli connesso alle operazioni con parti correlate.

Il tema delle parti correlate e della relativa regolamentazione è stato introdotto dai Principi contabili internazionali (o IAS), in particolare allo IAS 24, allo scopo di promuovere una maggiore trasparenza sull'operato delle società, a difesa dei diritti degli azionisti di minoranza<sup>366</sup>.

Come prevedono gli stessi principi internazionali, con l'espressione «operazioni con parti correlate» si intende un trasferimento, anche gratuito, di risorse, servizi od obbligazioni da una società a favore di un'altra parte - soggetto persona fisica, o entità giuridica - legata ad essa da una particolare relazione, e per ciò capace di influenzarne il volere<sup>367</sup> (ad esempio, è il caso di un'impresa legata alla società di riferimento per il fatto

---

<sup>364</sup> Parte I, Titolo II, Sezione IV della Circolare del 17 dicembre 2013, *Disposizioni di vigilanza per le banche*, testo integrale al 30 aggiornamento, 4 dicembre 2019, in [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it), archivio norme.

Si tratta di comitati analoghi a quelli previsti dal Codice di Autodisciplina per le società quotate, che prevede, all'interno del consiglio amministrativo, la costituzione, oltre che del comitato controllo e rischi, anche del comitato per le nomine, art. 5 del Codice di Autodisciplina, nell'ultima versione aggiornata al luglio 2018, e del comitato per la remunerazione, art. 6.

<sup>365</sup> Come osserva anche A. DE NICOLA, *Il diritto dei controlli societari*, op. cit., 33, il quale segnala che i comitati regolati dalla Circolare sono chiamati a vigilare in modo «*assai puntuale*» sul rispetto della stringente normativa di settore applicabile agli enti creditizi.

<sup>366</sup> CNDCEC, *Le parti correlate e le indicazioni del Principio Contabile IAS 24 Strumenti di controllo e metodologie applicative*, Dicembre 2015. Si vedano sul punto altresì le indicazioni di Borsa Italiana, *Lo IAS 24 e la definizione di parti correlate*, in FTA Online.

<sup>367</sup> CNDCEC, *cit.*, 4. Sull'intento del legislatore di aggiungere nel sistema un ulteriore presidio contro i casi di conflitto di interessi, che si affianca alla disciplina generale degli «interessi degli amministratori», di cui all'art. 2391 c.c.: M. IRRERA-M. SPIOTTA-M. CAVANNA, *Gli obblighi e i doveri*, cit., 242.

Con riferimento alla tutela dell'interesse sociale, si veda, ampiamente: R. ULISSI, *Interessi extrasociali e operazioni con parti correlate*, in *Le società commerciali: organizzazione, responsabilità e*

che entrambe fanno parte dello stesso gruppo, per cui ciascuna controllante, controllata e società del gruppo viene considerata correlata alle altre). Giacché operazioni di questo tipo possono prestarsi a profili di criticità e dar luogo a possibili fenomeni fraudolenti, se ne impone una precipua disciplina.

Per quanto riguarda le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, sono state introdotte previsioni specifiche. All'interno del codice civile, il tema è stato regolato, per quanto di stretto interesse nella presente sede, all'art. 2391 *bis* c.c.<sup>368</sup>, introdotto con la riforma societaria del 2003 e modificato con d.lgs. 10 maggio 2019, n. 49, attuativo della direttiva (UE) 2017/828 (*Shareholders Rights Directive II*, «SHRD 2»).

Secondo quanto disposto dal dettato codicistico, si riconosce a Consob una fondamentale potestà regolamentare. Viene delegata alla individuazione dei principi generali della disciplina per le operazioni con parti correlate, alla luce dei quali, specifica il legislatore, spetta poi agli organi di amministrazione delle singole società adottare «regole che assicurano la trasparenza e la correttezza sostanziale e procedurale» delle c.d. operazioni con parti correlate.

Con le modifiche apportate dalla novella del 2019, si è poi aggiunto che la stessa Autorità di vigilanza, nel definire i predetti principi, provveda altresì ad individuare:

- a) le soglie di rilevanza delle operazioni con parti correlate;
- b) le regole procedurali e di trasparenza proporzionate rispetto alla rilevanza e alle caratteristiche delle operazioni, alle dimensioni della società ovvero alla tipologia di società che fa ricorso al mercato del capitale di rischio, nonché casi di esenzione dall'applicazione delle predette regole;
- c) i casi in cui gli amministratori, fermo quanto previsto dall'articolo 2391 c.c., e gli azionisti coinvolti nell'operazione sono tenuti ad astenersi dalla votazione sulla stessa,

---

*controlli. Profili applicativi a dieci anni dalla «Riforma Vietti»*, M. VIETTI (a cura di), *op. cit.*, 281 e ss., in particolare 321 e ss.; P. MONTALENTI, *Le operazioni con parti correlate*, in *Giur. Comm.*, 2011, 1, 330 e ss.

<sup>368</sup> Con inusitata tecnica normativa di rinvio, atipica rispetto alla disciplina delle S.p.A. contenuta nel codice, l'art. 2931 *bis* c.c., prescrive che gli organi amministrativi delle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio adottino, «secondo principi generali indicati dalla Consob», regole che assicurano la trasparenza e la correttezza sostanziale e procedurale delle operazioni con parti correlate e li rendano noti nella relazione sulla gestione.

Sulla peculiarità del percorso normativo, M. VENTORUZZO, *Commento all'art. 2391 bis c.c.*, in *Commentario alla riforma delle società. Amministratori*, P. MARCHETTI-L.A. BIANCHI-F. GHEZZI-M. NOTARI (diretto da), Egea, Milano, 2005, 469 e ss.; E. RIMINI, *Gli assetti e le operazioni con parti correlate*, in M. IRRERA (a cura di), *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, *op. cit.*, 551-552; ID., *Brevi note sulla responsabilizzazione del ruolo degli amministratori indipendenti alla luce del nuovo regolamento Consob sulle operazioni con parti correlate*, in *Il nuovo Diritto delle Società*, 2010, 12, 38 e ss. Sul tema, prima della entrata in vigore del Regolamento: M. STELLA RICHTER Jr., *Brevi osservazioni sulla proposta di disciplina regolamentare in materia di operazioni con parti correlate*, in *Riv. Soc.*, 2008, 4, 846 e ss.

ovvero misure di salvaguardia a tutela dell'interesse della società che consentono ai predetti azionisti di prendere parte alla votazione sull'operazione.

In attuazione alle citate previsioni, Consob ha adottato un apposito Regolamento, 12 marzo 2010, n. 17221, modificato *ab ultimo* con delibera del 10 dicembre 2020, n. 21624<sup>369</sup>. La relativa disciplina intende raggiungere un punto di equilibrio tra due esigenze apparentemente difficili da conciliare. Da un lato, vi è la necessità di «depotenziare» gli effetti pregiudizievoli virtualmente connessi alle operazioni in oggetto - che possono entrare in contrasto con gli interessi degli azionisti e della stessa società, «*in quanto influenzate o potenzialmente condizionate dalla sussistenza del rapporto di correlazione*»<sup>370</sup>; dall'altro lato, si vuole garantire la libertà dell'impresa di porre in essere ugualmente tali operazioni, quando siano giudicate comunque vantaggiose, benché realizzate con parti correlate.

Ebbene, nel tentativo di sviluppare un sistema idoneo a soddisfare entrambe le necessità, il Regolamento ha definito un particolare regime procedurale per tutte le operazioni con parti correlate<sup>371</sup>, in cui ruolo di indubbio rilievo è affidato agli amministratori indipendenti. Questi, riuniti in un apposito *Comitato Operazioni Parti Correlate* (C.O.P.C. o C.P.C.), hanno il compito di valutare l'operazione che la società intenda porre in essere, quando sussistano condizioni di correlazione con la controparte. Sono chiamati a formulare uno specifico parere motivato<sup>372</sup> sull'interesse della società<sup>373</sup> al compimento dell'operazione e sulla correttezza e convenienza delle relative condizioni, al fine di prevenire ogni possibile incidenza negativa sul patrimonio dell'ente e dei soci.

La decisione finale sull'operazione viene assunta dal consiglio di amministrazione, che decide secondo le modalità individuate da ciascuna società nel proprio statuto. Dalla deliberazione, tuttavia, si prevede oggi che devono obbligatoriamente astenersi gli amministratori «*coinvolti nell'operazione*», vale a dire coloro che nell'operazione abbiano un interesse, per conto proprio o di terzi, che si pone in conflitto con quello della società, come precisato dal Regolamento all'art. 3, lett. i *bis*), modificato dalla delibera

---

<sup>369</sup> Consob ha previsto esplicitamente che le modifiche introdotte da ultimo con la menzionata delibera del dicembre 2020 entrino in vigore a partire dall'1 luglio 2021. Tale intervento di revisione costituisce l'ultimo atto di recepimento all'interno del nostro ordinamento delle novità introdotte con la direttiva europea SRD2, di cui sopra. Lo stesso era stato preceduto da un'altra delibera, adottata da Consob in data 10 giugno 2020, n. 21396.

<sup>370</sup> Così E. PUCCI, *Il parere degli amministratori indipendenti nelle operazioni con parti correlate: profili funzionali*, in *Riv. Soc.*, 2-3, 2014, 336.

<sup>371</sup> Ad esclusione di quelle definite «di importo esiguo» secondo criteri che individua la stessa società

<sup>372</sup> Definito dalla dottrina come fulcro della disciplina. P. MONTALENTI, *Le operazioni con parti correlate*, *cit.*, 319.

<sup>373</sup> Sulla interpretazione di tale espressione si concentrano gli studi di molti Autori. In particolare, con riferimento al concetto di interesse della società, si veda, da ultimo la sintesi di P. MONTALENTI, *L'interesse sociale: una sintesi*, in *Riv. Soc.*, 2018, 2, 303 e ss. e la bibliografia richiamata.

Consob 21624/2020<sup>374</sup>, con cui si è esercitata la delega di cui all'art. 2391 *bis*, comma 3, c.c., modificato dalla riforma del 2019.

Orbene, per quanto rileva ai fini della presente trattazione, preme sottolineare che la decisione finale, pur essendo appannaggio dell'organo amministrativo, risulta comunque fortemente orientata dal parere del comitato. Taluno ha del resto osservato come «*il rilascio del parere da parte del comitato di amministratori indipendenti sintetizza il punto centrale dell'intero regolamento*»; è dunque in questo passaggio che il coinvolgimento dei soggetti indipendenti raggiunge massimo rilievo<sup>375</sup>. Vediamo allora di comprenderne le dinamiche più da vicino.

L'intervento dei membri del C.P.C. è modulato in modo parzialmente differente a seconda che l'operazione sia qualificabile come di «*minore*» o di «*maggior rilevanza*», in base a specifici indici individuati dall'Allegato 3 del Regolamento<sup>376</sup>. Tale fondamentale distinzione incide, in primo luogo, sulla composizione dello stesso comitato. Mentre nel primo caso questo deve essere composto da amministratori non esecutivi e non correlati, solo «*in maggioranza*» anche indipendenti, nella seconda ipotesi deve invece risultare costituito esclusivamente da amministratori indipendenti non correlati, che devono essere presenti in numero non inferiore a tre<sup>377</sup>.

---

<sup>374</sup> Uno degli aspetti più rilevanti della delibera Consob n. 21624 del 10 dicembre 2020 è infatti costituito dall'obbligo di astensione, prima non contemplato dal Regolamento, e dalla precipua definizione di «amministratori coinvolti nell'operazione».

<sup>375</sup> Si può anzi dire che «*è attraverso l'individuazione del perimetro della valutazione affidata agli amministratori indipendenti e la definizione del rapporto che intercorre tra il parere del comitato e il successivo intervento deliberativo del consiglio che si gioca la ricostruzione dei profili del ruolo loro affidato*». E. PUCCI, *Il parere degli amministratori indipendenti nelle operazioni con parti correlate: profili funzionali*, cit, 330.

<sup>376</sup> Si definiscono operazioni di «maggior rilevanza», le operazioni in cui almeno uno dei seguenti indici di rilevanza, applicabili a seconda della specifica operazione, risulti superiore alla soglia del 5%:

a) *Indice di rilevanza del controvalore*: è il rapporto tra il controvalore dell'operazione e il patrimonio netto tratto dal più recente stato patrimoniale pubblicato (consolidato, se redatto) dalla società ovvero, per le società quotate, se maggiore, la capitalizzazione della società rilevata alla chiusura dell'ultimo giorno di mercato aperto compreso nel periodo di riferimento del più recente documento contabile periodico pubblicato (relazione finanziaria annuale o semestrale o informazioni finanziarie periodiche aggiuntive, ove redatte). Per le banche è il rapporto tra il controvalore dell'operazione e il patrimonio di vigilanza tratto dal più recente stato patrimoniale pubblicato (consolidato, se redatto).

b) *Indice di rilevanza dell'attivo*: è il rapporto tra il totale attivo dell'entità oggetto dell'operazione e il totale attivo della società.

c) *Indice di rilevanza delle passività*: è il rapporto tra il totale delle passività dell'entità acquisita e il totale attivo della società.

Le operazioni di minore rilevanza sono tutte le altre, vale a dire tutte le operazioni in cui i valori indicati sono inferiori alla soglia.

<sup>377</sup> Si prescrive poi che, qualora non siano in carica almeno tre amministratori indipendenti, le delibere vengono approvate previo parere favorevole degli amministratori indipendenti eventualmente presenti o, in loro assenza, previo parere non vincolante di un esperto indipendente.

Anche la portata del parere espresso dal comitato varia a seconda della tipologia di operazione cui si fa riferimento. Di fatti, ogniqualvolta la società - nella persona dei suoi amministratori delegati ovvero dell'intero consiglio - intenda realizzare un'operazione con parte correlata, deve preventivamente richiedere il parere motivato del detto organismo, tuttavia, lo stesso risulta vincolante soltanto per le operazioni di maggiore rilevanza<sup>378</sup>.

Per le operazioni di minore rilevanza, l'art. 7 del Regolamento prevede che al comitato si debba riconoscere, in primo luogo, un particolare potere di controllo, che si sostanzia nella valutazione di informazioni «*complete ed adeguate*», che gli devono essere trasmesse dal C.d.A. con congruo anticipo e gli deve essere riconosciuta la facoltà di farsi assistere da uno o più esperti indipendenti. Una volta conclusa la procedura, il parere formulato dal comitato deve essere allegato al verbale della riunione del comitato<sup>379</sup> e deve essere comunicato, per la decisione finale sull'operazione, all'«*organo competente*». Quest'ultimo può coincidere con l'intero consiglio, ovvero con soltanto uno o alcuni amministratori delegati (a differenza di quanto prescritto dall'art. 8 del Regolamento per le operazioni di maggiore rilevanza, in cui la competenza è esclusiva del *plenum consiliare*<sup>380</sup>). Dalla deliberazione è comunque specificato che si debbano astenere gli amministratori coinvolti nell'operazione.

Nel caso in cui il comitato dia parere negativo, come si diceva, l'organo può decidere di porre ugualmente in essere l'operazione. Tuttavia, in tal caso deve rendere note le motivazioni di tale scostamento. Il Regolamento prevede, infatti che, entro quindici giorni dalla chiusura di ciascun trimestre dell'esercizio, l'ente deve mettere a disposizione del pubblico, presso la sede sociale, un documento che individua le singole operazioni con parti correlate, contenente l'indicazione della controparte, dell'oggetto e del corrispettivo delle operazioni approvate nel trimestre di riferimento, nonché, nel caso in cui l'operazione sia stata portata a termine nonostante il parere negativo del C.P.C., delle ragioni per le quali si è ritenuto di non condividere tale parere.

Da quanto riportato si può vedere come il ruolo degli amministratori componenti il comitato assuma particolare rilievo; è però con riferimento alle operazioni di maggiore rilevanza che il loro coinvolgimento si fa decisivo. In tali ipotesi, il Regolamento prevede infatti che tutti, ovvero soltanto alcuni dei componenti del comitato appositamente delegati, siano innanzitutto «tempestivamente» coinvolti nelle trattative e nella fase istruttoria dell'operazione, mediante la ricezione di un apposito flusso informativo

---

<sup>378</sup> Si parla di un potere di *moral suasion* per le operazioni di minore rilevanza. Così A. DE NICOLA, *op. ult. cit.*, 38.

<sup>379</sup> Secondo quanto è stato esplicitato da Consob nell'ultima delibera n. 21624 del dicembre 2020.

<sup>380</sup> Come sottolinea la dottrina: E. PUCCI, *Il parere degli amministratori indipendenti nelle operazioni con parti correlate: profili funzionali*, cit., 359; D. REGOLI, *Gli amministratori indipendenti e i codici di autodisciplina*, in *La governance delle società di capitali. A dieci anni dalla riforma*, M. VIETTI (diretto da), Egea, Milano, 2013, 150.

completo e aggiornato. Viene riconosciuta loro anche la facoltà di richiedere informazioni e di formulare osservazioni agli organi delegati e ai soggetti incaricati della conduzione delle trattative e dell'istruttoria.

L'intento perseguito dalla Consob è evidentemente quello di consentire agli indipendenti un livello di conoscenza il più possibile adeguato, rendendoli *destinatari*<sup>381</sup> di comunicazioni *ad hoc*, per la successiva formulazione del parere, che, anche in questo caso, deve poi essere allegato al verbale della riunione. Ebbene, tale parere, a differenza di quanto si è osservato con riferimento alle operazioni di minore rilevanza, è vincolante per il C.d.A., nel senso che un riscontro negativo del comitato è *ostativo* alla conclusione dell'affare. Tale limite, tuttavia, non è da intendersi in senso assoluto. È fatta salva la possibilità, infatti, che le procedure interne adottate dalla singola società riconoscano al consiglio la facoltà di procedere comunque, nonostante il mancato rilascio del parere favorevole da parte del C.P.C., sottoponendo l'operazione al voto dell'assemblea ordinaria dei soci, di cui all'art. 2364, comma 1, n. 5, c.c., secondo il meccanismo definito di *whitewash*<sup>382</sup>. L'art. 11 del Regolamento pone comunque una rilevante limitazione a questo *iter*, prevedendo che l'approvazione dell'assemblea possa essere impedita da una «minoranza di blocco» costituita dal voto contrario dei soci non correlati all'operazione, che rappresentino in assemblea la percentuale del capitale sociale con diritto di voto stabilita dalla società stessa (che non può in ogni caso essere superiore al 10%)<sup>383</sup>.

Pertanto, ove il parere degli amministratori indipendenti dovesse essere negativo, il C.d.A. potrà decidere se evitare di procedere all'operazione, ovvero se attivare il sistema di *whitewash*, dove previsto dallo statuto della società, per darvi comunque corso. Insomma, è il *board* ad assumere la decisione finale. Come si è opportunamente osservato, del resto, «*il parere altro non è se non un passaggio “intermedio” di un procedimento, destinato a concludersi, almeno nelle operazioni di maggiore rilevanza, con la delibera del consiglio di amministrazione che costituisce — inderogabilmente —*

---

<sup>381</sup> Parte della dottrina si è soffermata a sottolineare quale importanza assuma il fatto che nel provvedimento della Consob si sia deciso di specificare come il coinvolgimento degli indipendenti alle trattative si limiti alla ricezione di un flusso informativo. In tal modo, si osserva, si è evidentemente inteso circoscrivere i poteri degli amministratori indipendenti, per evitare che venissero nel concreto estesi in modo eccessivo.

Si vedano in particolare: U. TOMBARI, *Amministratori indipendenti, «sistema dei controlli» e corporate governance: quale futuro?*, cit., 515; M. BAGLIONI-G. GRASSO, *Operazioni con parti correlate: il Regolamento Consob*, in *Soc.*, 2010, 1033 e ss. Sul punto anche P. MONTALENTI, *Le operazioni con parti correlate tra efficienza gestionale nei gruppi e rischi di conflitto di interessi: quale disciplina?*, in *La crisi finanziaria: banche, regolatori, sanzioni*, Giuffré, Milano, 2010, 298 e ss.

<sup>382</sup> Come previsto dall'art. 8, comma 2, Regolamento ed Allegato n. 2, punto 2.2.

<sup>383</sup> Sul tema P. MONTALENTI, *Le operazioni con parti correlate*, cit., 299 e ss.; ID., *Le operazioni con parti correlate tra efficienza gestionale nei gruppi e rischi di conflitto di interessi: quale disciplina?*, cit., 135 e ss., che esprime alcune riserve sul suo concreto utilizzo.

*l'atto giuridico attraverso il quale l'operazione è approvata e rappresenta la sintesi della collegialità, quale momento di ponderazione della decisione»<sup>384</sup>.*

In breve, dunque, il ruolo degli indipendenti assume rilievo fondamentale in punto di controllo e di intervento preventivo sulla delibera finale, la quale resta però di competenza del consiglio.

Una disciplina in parte simile, benché non perfettamente sovrapponibile, a quella introdotta dalla Consob per le società quotate è dettata per le banche dalla Circolare 263. Per quanto di stretto interesse nella presente sede, basti qui accennare al fatto che, anche per gli istituti di credito sono definite specifiche procedure per il compimento di operazioni con «*soggetti collegati*»<sup>385</sup>, in cui il ruolo degli amministratori indipendenti è fondamentale. Questi sono tenuti, anche in questa sede, ad esprimere un parere, preventivo e motivato, sull'interesse dell'istituto al compimento dell'operazione, sulla convenienza e correttezza delle relative condizioni. In caso di parere negativo, ovvero di parere condizionato a rilievi del comitato, la delibera che provveda ugualmente alla operazione deve fornire analitica motivazione delle ragioni per cui si è ritenuto di procedere e deve, altresì, dare puntuale riscontro alle osservazioni formulate dagli indipendenti. L'*iter* di approvazione è poi assimilabile a quello previsto dal Regolamento per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio<sup>386</sup>.

## 6.5. Nuove posizioni di garanzia? Dottrina e giurisprudenza a confronto.

Come abbiamo osservato per linee generali nelle pagine che precedono, nel nostro sistema gli amministratori indipendenti sono chiamati a svolgere principalmente un'attività di monitoraggio sulla correttezza dell'operato dell'organo amministrativo in cui sono inseriti, con l'obiettivo di individuare possibili situazioni di conflitto di interessi e prevenire comportamenti opportunistici<sup>387</sup>.

---

<sup>384</sup> E. PUCCI, *Il parere degli amministratori indipendenti nelle operazioni con parti correlate: profili funzionali*, cit., 358. Sul ruolo del consiglio di amministrazione, in particolare: M. IRRERA-E. FREGONARA, *I sistemi di controllo interno*, cit., 519; M. BAGLIONI-G. GRASSO, *Parti Correlate: l'attività di predisposizione delle nuove procedure interne*, in *Soc.*, 2010, 6, 733.

<sup>385</sup> I soggetti collegati, individuati dalla Circolare di Banca d'Italia, rappresentano il *genus* cui sono fatti rientrare le «parti correlate» e i «soggetti connessi». Sulla mancanza di una perfetta sovrapponibilità con il Regolamento Consob e sulle problematiche che possono sorgere nella identificazione della disciplina da applicare alle banche quotate: M. HOUBEN, *Operazioni con parti correlate con soggetti collegati: confini e sovrapposizioni. Le interferenze soggettive e oggettive nelle banche quotate*, in *Banca borsa*, 2014, 4, 447. Sulle criticità nella individuazione dell'ambito di applicazione della disciplina, si veda, per tutti: S. SCOTTI CAMUZZI, *Attività di rischio delle banche nelle relazioni con soggetti correlati e disciplina dei conflitti di interessi*, in *Contratto e Impr.*, 2011, 3, 734.

<sup>386</sup> A. DE NICOLA, *Il diritto dei controlli societari*, op. cit., 43.

<sup>387</sup> La *ratio* sottesa alla istituzione della figura è stata esplicitata dalla stessa Borsa Italiana all'interno del *Codice di Autodisciplina delle società quotate*, luglio 2018, commento all'art. 3.

L'orientamento maggioritario accolto dalla dottrina civilistica definisce questi soggetti come veri e propri garanti dell'efficiente funzionamento del C.d.A. e del rispetto degli interessi coinvolti nell'attività di gestione. Si è, in tal senso, detto che gli amministratori che «*si vestono della qualifica di indipendenti assumono una posizione di garanzia e un compito diverso ed ulteriore rispetto a quello degli amministratori non esecutivi: essi generano un affidamento proprio per la particolare natura dell'incarico e della indipendenza sostanziale loro richiesta e diventano conseguentemente portatori di doveri fiduciari di lealtà e diligenza qualificati*»<sup>388</sup>.

Questa peculiare connotazione discenderebbe da una sorta di statuto speciale degli amministratori indipendenti<sup>389</sup>, costituito dall'insieme delle regole contenute nella normativa primaria e secondaria, che individua per essi compiti di controllo differenti rispetto a quelli attribuiti dall'ordinamento agli altri membri del consiglio, e prevede, per il corretto svolgimento di tali incombenzi, una serie di attribuzioni diverse ed ulteriori<sup>390</sup> rispetto a quelle spettanti alla restante componente del *plenum* consiliare. In altre parole, le funzioni che questi sono chiamati a svolgere determinano, secondo tali concezioni, un ampliamento nella natura del loro incarico, condizionandone, al contempo, la relativa responsabilità - quanto meno sul piano civilistico.

Agli indipendenti sono attribuite, del resto, competenze di controllo particolarmente incisive, cui è correlata la possibilità di acquisire in maniera privilegiata una serie di dati relativi alla gestione dell'impresa; non sono solo destinatari di specifici flussi informativi, come abbiamo visto, ma sono anche dotati, in determinate circostanze, della facoltà di accedere direttamente alle informazioni in possesso degli altri organi e uffici aziendali. Secondo quanto è emerso parlando in particolare di controllo interno e di

---

Autorevole dottrina evidenzia che un ruolo centrale è stato attribuito agli amministratori indipendenti nella rinnovata concezione del controllo societario, che procede verso «*una sorta di vigilanza gestionale*» (in cui la funzione del consiglio sta migrando progressivamente dalla dimensione originaria del *managing board* verso quella di *monitoring board*). E. RIMINI, *Il comitato di amministratori indipendenti (e gli amministratori indipendenti)*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, op. cit., 366.

Incisivi sul punto: G. FERRARINI, *Ruolo degli amministratori indipendenti e lead independent director*, cit., 39 e ss.; D. REGOLI, *Gli amministratori indipendenti: alcune considerazioni per un efficace funzionamento di questo strumento di governance nel sistema dei controlli sulla gestione*, cit., 52 e ss.

<sup>388</sup> E. RIMINI, *Il comitato di amministratori indipendenti (e gli amministratori indipendenti)*, cit., 372.

*Contra*, invece, N. MICHELI, *Gli amministratori indipendenti nel comitato parti correlate*, in *Giur. comm.*, 2014, 5, 1027.

<sup>389</sup> L'espressione era stata utilizzata già da D. REGOLI, *Gli amministratori indipendenti*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, P. ABBADESSA-G. B. PORTALE (diretto da), op. cit., 385 e ss.; U. TOMBARI, *Verso uno «statuto speciale» degli amministratori indipendenti (Prime considerazioni sul d.lgs. n. 303/2006 e sulle modifiche al Regolamento Consob in materia di emittenti)*, in *Riv. soc.*, 2007, 3, 51 e ss.

<sup>390</sup> In questo senso, esplicitamente: M. STELLA RICHTER, Jr., *I comitati interni all'organo amministrativo*, cit., 260.

*lead independent director*, queste figure possono poi contare su momenti di riunione e di confronto in cui aggiornarsi e discutere tra loro su diverse tematiche relative alla gestione societaria, scambiarsi informazioni e così ampliare il proprio campo di conoscenza. Il potere/dovere di agire informati risulta, dunque, indubbiamente rafforzato.

A questo aspetto si correla un ulteriore elemento di fondamentale rilievo per il tema che si sta trattando. Gli amministratori indipendenti, quando svolgono le funzioni proprie dei diversi comitati di controllo, possono prendere parte in misura non trascurabile agli stessi processi decisionali che qualificano l'azione imprenditoriale della società<sup>391</sup>. Tale coinvolgimento si evidenzia con particolare forza nel contesto delle operazioni con parti correlate, in cui sono chiamati ad esprimere specifico parere e attraverso questo possono concretamente bloccare - o quantomeno ostacolare<sup>392</sup>, a seconda dei casi - il compimento dell'atto da parte dell'esecutivo, dove ravvisino eventuali irregolarità.

Queste figure si trovano, in breve, nella condizione di conoscere più approfonditamente le dinamiche gestionali della società e di *incidere* sui processi decisionali che conducono alla adozione di scelte definitive da parte del *board*. Come si accennava, tali capacità vengono considerate dalla impostazione dominante in dottrina idonee ad alterare il grado di responsabilità, in sede civile, di tali soggetti, rispetto agli altri membri del C.d.A.<sup>393</sup>. In caso si verificano fatti pregiudizievoli di cui all'art. 2392 c.c., allora, la verifica del comportamento concreto tenuto da parte degli indipendenti «dovrà essere più rigorosa» qualora riguardi un'attività di controllo loro istituzionalmente affidata ed il diligente esercizio degli specifici poteri distintivi<sup>394</sup>.

Ebbene, secondo una parte della giurisprudenza, queste peculiarità si riflettono altresì sul piano della responsabilità penale. Con la celebre sentenza n. 28932 del 2011, emessa a conclusione del filone principale della vicenda Parmalat<sup>395</sup>, la Quinta Sezione della Corte di Cassazione ha esplicitamente riconosciuto l'esistenza di un ruolo differenziato per l'amministratore indipendente nel sistema dei controlli. E tale ruolo ha

---

<sup>391</sup> In questi termini: E. RIMINI, *op. ult. cit.*, 378. Sul ruolo degli amministratori indipendenti nelle banche, in particolare: F. VELLA, *Banche e assicurazioni: le nuove frontiere della corporate governance*, in *Banca, impresa, società*, 2014, 2, 289 e ss.

<sup>392</sup> G. GUIZZI, *Gestione dell'impresa e interferenze di interessi. Trasparenza, ponderazione e imparzialità nell'amministrazione delle s.p.a.*, Giuffrè, Milano, 2014, 91, ripreso esplicitamente da E. RIMINI, *Gli assetti e le operazioni con parti correlate*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, *op. cit.*, 563.

<sup>393</sup> D. REGOLI, *Gli amministratori indipendenti*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, P. ABBADESSA-G. B. PORTALE (diretto da), *op. cit.*, 433 e ss.; ID., *Poteri di informazione e controllo degli amministratori non esecutivi*, in *Società, banche e crisi d'impresa*. Liber amicorum Pietro Abbadessa, M. CAMPOBASSO-V. CARIELLO-V. DI CATALDO-F. GUERRERA-A. SCIARRONE ALIBRANDI (diretto da), *op. cit.*, 1146; E. RIMINI, *Il comitato di amministratori indipendenti (e gli amministratori indipendenti)*, *cit.*, 378-380; M. STELLA RICHTER Jr., *La funzione di controllo del Consiglio di amministrazione nelle società per azioni*, in *Riv. Soc.*, 2012, 4, 674 e ss.

<sup>394</sup> D. REGOLI, *Poteri di informazione e controllo degli amministratori non esecutivi*, 1146.

<sup>395</sup> Cass. Pen. Sez. V, 4 maggio 2011, Barachini e altri, n. 28932, in *Foro Ambrosiano*, 2011, 2, 182.

ritenuto incidere sulla relativa responsabilità in caso di mancato impedimento del fatto di reato, in antitesi con quanto precedentemente osservato dal Tribunale di Milano nella pronuncia di primo grado, secondo cui l'*indipendenza* che connota alcuni dei componenti del C.d.A. si configurerebbe semplicemente come mera qualifica, da cui non discenderebbero doveri - e correlati poteri - specifici, diversi da quelli che connotano la generica categoria degli amministratori<sup>396</sup>.

I giudici di legittimità hanno affermato che: «l'amministratore "indipendente" è soggetto pur sempre collocato dall'ordinamento in una posizione di garanzia, cioè, di protezione di interessi diffusi propri di categorie (azionisti, creditori, dipendenti, ecc.) che non dispongono di adeguate capacità cognitive della realtà societaria. Soggetto - diversamente da quanto opinato dal tribunale (Sent. Trib., pag. 133) - la cui funzione, regolata dalla disciplina del codice civile, conosce espressi poteri e correlativi doveri (anzi, per quelli indipendenti, marcati obblighi di vigile attenzione, come esattamente osservano le parti civili ricorrenti)».

Questo particolare «paradigma obbligatorio», secondo la Corte, si «rifrange» sulla fattispecie di concorso omissivo, di cui all'art. 40 c.p., comma 2<sup>397</sup>.

Senonché, in sentenza la Cassazione non è andata oltre queste affermazioni di principio. Non si è spinta oltre il fatto di suggerire in questi termini la presenza di uno statuto speciale dell'amministratore indipendente, sulla scia della dottrina giuscommercialistica<sup>398</sup>, che inciderebbe sulla relativa responsabilità penale. Ha evitato, insomma, di spiegare in che termini avvenga questa «rifrazione», in che cosa la posizione dell'indipendente si distingua da quella degli altri membri consiliari secondo il paradigma del reato omissivo improprio. Non ha individuato nello specifico quali poteri, tra quelli attribuiti precipuamente alla figura in esame, siano da considerarsi ad efficacia astrattamente impeditiva dell'illecito, lasciando così aperta una serie di interrogativi di non poco momento.

Riteniamo, invece, che il tentativo di ricostruire la peculiare collocazione degli amministratori indipendenti e comprendere se e in quali termini la relativa posizione possa considerarsi diversa in punto di responsabilità *ex art. 40 cpv c.p.* rispetto a quella degli altri soggetti non esecutivi debba avvenire attraverso uno studio accorto. È necessario procedere con attenzione, distinguendo a seconda dei diversi ruoli che essi vengono a ricoprire.

Con particolare riferimento agli indipendenti membri del comitato di controllo interno e rischi, si è già sottolineato che essi dispongono di poteri peculiari di natura istruttoria, consultiva e propositiva, avendo facoltà di formulare o esprimere pareri, proposte o raccomandazioni al *plenum* consiliare, al quale solo, però, continua a competere la titolarità del potere deliberativo. Non sono loro riconosciuti, insomma,

---

<sup>396</sup> Trib. Milano Sez. I, 18 dicembre 2008, Barachini e altri, in *Foro Ambrosiano*, 2009, 3, 328.

<sup>397</sup> Sent. Cass. 4 maggio 2011, n. 28932, *cit.*, § 6.

<sup>398</sup> Come osserva D. REGOLI, *Gli amministratori indipendenti*, *cit.*, 57-58.

precipui poteri di intervento sull'azione altrui, con cui reagire alla realizzazione di un illecito *in itinere*. Ciò posto, è comunque innegabile che i componenti del comitato si trovino in una posizione di controllo privilegiata sul piano della acquisizione di informazioni. In breve, mentre non si riscontrano novità di rilievo sul piano dei poteri reattivi, ciò che varia è il punto di osservazione di cui gli indipendenti godono all'interno della struttura societaria<sup>399</sup>, che potrebbe virtualmente incidere sulla individuazione della loro responsabilità, nel caso in cui taluno degli esecutivi commetta un fatto di reato.

I membri del comitato, in qualità di amministratori privi di delega, conservano infatti gli stessi poteri e doveri di reazione attribuiti dall'ordinamento alla categoria<sup>400</sup>, senza che se ne aggiungano di nuovi. Si tratta dei già analizzati poteri e doveri di sollecitazione del consiglio, di impugnativa delle delibere e di denuncia alla Autorità di vigilanza, astrattamente impeditivi dell'eventuale fatto di reato altrui; poteri che sono chiamati ad attivare non appena si avvedano dell'esistenza di un illecito, o ne percepiscano e ne comprendano i relativi segnali di allarme. E proprio tale presa di coscienza, per questa visuale privilegiata di cui godono, potrebbe ipoteticamente essere per loro più immediata rispetto a quanto avviene per gli omologhi non indipendenti; ciò significa che potrebbero essere chiamati ad attivarsi in un momento antecedente rispetto agli altri amministratori non esecutivi.

Un discorso in parte diverso vale per i componenti del comitato per operazioni con parti correlate, per la ricostruzione della cui responsabilità è necessario muoversi con cautela forse ancora maggiore. Come si è potuto osservare innanzi, nella disciplina delle operazioni con parti correlate, gli *independent directors* assumono un ruolo di grande rilievo, non solo in quanto collocati in posizione privilegiata per quanto riguarda l'acquisizione di informazioni relative all'operazione che si sta compiendo, ma anche, e soprattutto, quali autori del parere sulla medesima operazione, in cui ne vagliano portata e correttezza delle condizioni. Tale parere, fulcro dell'intera disciplina, permette agli amministratori di influire in modo rilevante sulla decisione finale che deve assumere il C.d.A. E questa incidenza è particolarmente evidente con riferimento alle operazioni di «maggiore rilevanza», in cui si è visto che il parere negativo opera quale autentico veto, che impedisce all'organo amministrativo di dare esecuzione all'affare - laddove la società non preveda la possibilità di aggirare tale limite attraverso la procedura di *whitewash*<sup>401</sup>.

---

<sup>399</sup> Si evidenzia, del resto, che, affidando importanti funzioni di vigilanza a soggetti che conservano la qualifica di amministratore ed i relativi poteri, si è inteso garantire una partecipazione e quindi una consapevolezza più ampia di quella ordinariamente riconosciuta agli organi di vigilanza.

Così: M. IRRERA-M. SPIOTTA-M. CAVANNA, *I requisiti*, in M. IRRERA (diretto da), *Diritto del governo delle imprese*, op. cit., 66.

<sup>400</sup> A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale*, op. cit., 374.

<sup>401</sup> Come fanno notare alcuni studi, la procedura in oggetto si rivela nella pratica particolarmente dispendiosa, al punto che, anche dove prevista, viene utilizzata di rado. Gli elevati costi che devono essere sostenuti per convocare una assemblea di società quotata, infatti, costituiscono il principale deterrente ad intraprendere una soluzione di questo tipo. Non solo. Si considera, poi, all'atto pratico, poco probabile che

Anche con riguardo alle operazioni di minore rilevanza, comunque, il C.P.C. ha la possibilità di bloccare la decisione sulla conclusione dell'operazione. Benché in tal caso il parere non sia vincolante, il fatto che sia negativo determina rilevanti conseguenze. Fa sorgere in capo all'intero consiglio un obbligo di motivazione rafforzato in merito alle ragioni che giustificano comunque la realizzazione dell'operazione, che deve essere comunicato al pubblico secondo le modalità e tempistiche viste innanzi. Tale obbligo, nella pratica, produce l'effetto «di modificare il livello di competenza decisoria, nell'eventualità che l'operazione fosse stata condotta e coltivata da un organo delegato»<sup>402</sup>. In questo caso, infatti, il Regolamento prevede che al delegato subentri il *plenum* consiliare per assumere la decisione finale. L'espressione formale di una posizione negativa rappresenta, peraltro, un modo per i componenti del comitato di prendere le distanze dall'operazione, evidenziando al C.d.A. l'esistenza di irregolarità e così attivando uno strumento concreto per poter, se non impedire, quantomeno intralciare il compimento dell'atto dannoso<sup>403</sup>.

Sussistono, nel novero delle prerogative del C.P.C., dunque, poteri che assumono particolare rilievo in punto di efficacia impeditiva dell'eventuale illecito che si stia compiendo. Poteri che, però, come si riconosce in maniera del tutto pacifica, sono di natura *collegiale*, come tali esercitabili dall'organismo nel suo complesso e non invece dagli amministratori indipendenti individualmente.

Nel momento in cui si cerchi di ricostruire l'eventuale responsabilità del singolo, che fosse a conoscenza dell'esistenza di irregolarità connesse all'operazione, ovvero del fatto che la stessa fosse strumentale alla commissione di un reato - per esempio di bancarotta preferenziale - e che, ciò nonostante, non abbia fatto quanto poteva per impedire la commissione dell'illecito, il discorso si fa particolarmente complesso. La possibilità del soggetto di far constare il proprio dissenso alla realizzazione dell'operazione e di spingere l'intero comitato a votare in senso contrario, bloccando la conclusione dell'affare, sarebbe in effetti tutta da dimostrare sul piano concreto, con limiti evidenti in punto di giudizio controfattuale.

È peraltro vero che, nella prassi, l'ipotesi in cui il soggetto non si sia opposto all'operazione illecita, partecipando alla votazione in senso favorevole, potrebbe più

---

l'organo gestorio decida di ignorare un diniego motivato del Comitato Parti Correlate per procedere al compimento di operazione di cui inevitabilmente si assumerà ogni responsabilità.

P. MONTALENTI, *Le operazioni con parti correlate tra efficienza gestionale nei gruppi e rischi di conflitto di interessi: quale disciplina?*, cit., 135; N. MICHIELI, *Gli amministratori indipendenti nel comitato parti correlate*, cit., 1069, n. 58.

<sup>402</sup> E. RIMINI, *Gli assetti e le operazioni con parti correlate*, cit., 563; G. GUIZZI, *Gestione dell'impresa e interferenze di interessi. Trasparenza, ponderazione e imparzialità nell'amministrazione delle s.p.a.*, op. cit., 90 e ss.

<sup>403</sup> Così, esplicitamente; G. GUIZZI, *Gestione dell'impresa e interferenze di interessi. Trasparenza, ponderazione e imparzialità nell'amministrazione delle s.p.a.*, op. cit., 91, nota 50.

agevolmente essere contestata nella forma del concorso attivo - dove ricorrano, è chiaro, anche tutti gli altri elementi della fattispecie<sup>404</sup>.

Tutti questi aspetti inducono alla massima cautela quando si cerca di distinguere eventuali poteri/doveri propri dei soli indipendenti nell'ambito delle operazioni con parti correlate. Non solo. Come si è visto, un importante elemento da tenere in considerazione è legato al fatto che i poteri di intervento sull'azione altrui e di blocco dell'operazione ritenuta illecita finiscono per dipendere ampiamente dalle scelte compiute dalla singola società. Come si è più volte ribadito, e come precisa l'art. 2391 *bis* c.c., sono gli enti a definire, ciascuno nello specifico, le procedure da adottare al proprio interno per approvare le operazioni con parti correlate, secondo le indicazioni generali fornite dal Regolamento Consob; sono le società a definire autonomamente, dunque, anche le effettive prerogative di intervento dei singoli membri del comitato. La mancanza di una fonte normativa che disciplini gli specifici poteri di impedimento da riconoscere in maniera stabile e certa a tali soggetti, in ogni situazione, impedisce invero di sviluppare un discorso in senso generale, aprendo, peraltro, importanti problemi sul piano della certezza del diritto.

A fronte di tutte le considerazioni sopra esposte, riteniamo che per gli amministratori indipendenti non si configurino vere e proprie *nuove* posizioni di garanzia, quanto piuttosto che si assista ad un «riassestamento» della posizione *già esistente* in capo a tali soggetti, in qualità di amministratori privi di deleghe esecutive; tale posizione viene in buona sostanza «ricalibrata» sul punto di osservazione loro assegnato e sul grado di incisività del rispettivo controllo<sup>405</sup>.

## **7. La posizione di garanzia degli amministratori nel nuovo codice della crisi. Brevi spunti.**

Sulla conformazione della posizione di garanzia degli amministratori non esecutivi ha inciso di recente il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, che ha introdotto alcuni nuovi elementi sui quali è necessario spendere qualche, pur breve, considerazione.

---

<sup>404</sup> La giurisprudenza civile più recente, del resto, tende a far rientrare la gestione della procedura parti correlate, già nelle dinamiche interne del comitato, nel novero delle *gestioni societarie*, considerando astrattamente ipotizzabili, anche in tale ambito, le «gravi irregolarità gestorie», di cui all'art. 2409 c.c. In tal senso, Trib. Parma, 11, novembre 2013, con nota di N. MICHIELI, *Denuncia di gravi irregolarità di gestione e operazioni con parti correlate*, in *Giur. comm.*, 2015, 5, 1027 e ss.

<sup>405</sup> In questi termini, in parte, A. ALESSANDRI, *Corporate governance nelle società quotate: riflessi penalistici e nuovi reati societari*, in *Giur. comm.*, 2002, 5, 537. Con riferimento agli organismi ed organi di controllo interno delle società quotate, in specie, l'Autore parla di «*punti di sorveglianza differenziati (...), che articolano la neutralizzazione del rischio-reato lungo direttive diverse da quelle tradizionali*».

Il d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, in attuazione della legge delega 19 ottobre 2017, n. 155, come noto, sostituisce la legge fallimentare, in vigore dal 1942, con l'ambizione di procedere ad una risistemazione complessiva della materia concorsuale. Senonché, se da un lato il codice ha cercato di operare un rinnovamento della disciplina civilistica, con l'intento di rendere omogeneo e sistematico un quadro normativo che si presentava fortemente disorganico<sup>406</sup>, dall'altro lato ha però evitato di procedere ad una contestuale modifica della parte penalistica, con grande disappunto della dottrina.

Gli studiosi non hanno, infatti, mancato di esprimere forte delusione nei confronti di un intervento legislativo, che, ancora una volta, sembra aver aggirato l'ostacolo del settore penalistico. La riforma si è limitata infatti ad introdurre soltanto circoscritte modifiche alle fattispecie di bancarotta, già disciplinate dalla legge fallimentare e alcuni aggiustamenti lessicali - per cui, per esempio, non si parla più di *fallimento*, ma di insolvenza e di liquidazione giudiziale. Un esito, questo, definito nei primi commenti «*a dir poco singolare*»<sup>407</sup>.

*«L'ampia e minuziosa riforma - che si vorrebbe organica - degli istituti civilistici, in alcuni casi con innovazioni radicali rispetto all'impianto originario, - si è osservato - si arresta bruscamente e irragionevolmente sul ciglio delle sanzioni penali, lasciandole immutate grazie ad un ardimentoso trapianto di antiche figure nel nuovo corpo normativo. Un vuoto malamente colmato, poiché sembra già di primo acchito assai azzardato combinare norme e istituti che provengono da tempi, impostazioni legislative e testi così diversi e lontani fra loro»*<sup>408</sup>.

---

<sup>406</sup> Giacché costituito da interventi riformistici sporadici e disomogenei, che si sono susseguiti a partire dai primi anni 2000, a modificare la legge fallimentare.

<sup>407</sup> A. ALESSANDRI, *Novità penalistiche nel codice della crisi d'impresa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, 4, 1815.

<sup>408</sup> A. ALESSANDRI, *Novità penalistiche nel codice della crisi d'impresa*, *op. cit.*, 1815. Considerazioni analoghe si ritrovano limpidamente esposte nei diversi commenti della dottrina penalistica al nuovo Codice: M. GAMBARDELLA, *Il nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: un primo sguardo ai riflessi in ambito penale*, in *Dir. pen. cont.*, pubblicato online [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it); ID., *Il Codice della crisi di impresa: nei delitti di bancarotta la liquidazione giudiziale prende il posto del fallimento*, in *Cass. pen.*, 2019, 2, 488 e ss.; ID., *I reati di bancarotta: inquadramento dogmatico, opzioni interpretative e prospettive di riforma*, *ivi*, 2018, 8, 2316 ss.; B. ROMANO, *Dal diritto penale fallimentare al diritto penale della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Arch. pen.*, 2019, 2, 6-7.

In tema di reati di bancarotta, di cui al Titolo IX del Codice, artt. 322 e ss., la dottrina evidenzia come si tratti di una mera riproduzione delle precedenti fattispecie penali o tutt'al più di un «*insignificante restyling*» delle stesse, giudicando *inammissibile* che, a distanza di quasi ottanta anni dalla Legge fallimentare, il legislatore non abbia ritenuto necessaria una profonda rivisitazione dei reati fallimentari, che tenga conto delle significative modifiche della disciplina civilistica ad essi sottostante.

Con riferimento ai profili critici della regolamentazione in materia di premialità penale introdotta dal nuovo Codice e alla sua mancanza di correlazione con la disciplina di parte generale, si veda D. M. SCHIRÒ, *La premialità nel diritto penale della crisi di impresa e dell'insolvenza: primi nodi interpretativi*, in *Arch. pen.*, 2019, 2, 1-7.

L'auspicio, insomma, di una riforma organica della disciplina penale in questo settore, capace di rimodulare le fattispecie di reato e di rivedere le (draconiane) pene per esse previste, è stato, ancora una volta, deluso. Del resto, l'immobilismo del settore penale, di fronte alle riforme che si sono invece succedute nel tempo a modificare la disciplina civilistica del fallimento, ha creato una sorta di frattura tra i due sistemi, che ci si attendeva potesse essere finalmente corretta proprio con il nuovo Codice. Ma così non è stato. Il diritto civile, come ben noto, si orienta ormai sempre più verso una logica di conservazione dell'impresa: l'obiettivo principale è quello di far emergere tempestivamente la situazione di crisi, in modo tale da poter procedere altrettanto tempestivamente ai necessari interventi di ristrutturazione, per impedirne l'insolvenza e permettere alla stessa di proseguire la sua attività. Tale cambio di prospettiva rispetto al passato, come si è detto, non ha però inciso sul sistema penale, che è rimasto pressoché inalterato rispetto alla regolazione originaria, arroccato ad una logica punitiva, che concepisce la crisi societaria ed il conseguente fallimento come uno stigma e che si rivela, come tale, oramai anacronistica<sup>409</sup>.

Ad ogni modo, come si diceva, pur mancando questa sperata riforma organica della materia, alcune delle modifiche normative apportate dal codice incidono anche nel campo penale. Tra queste assume indubbio rilievo, ai fini della nostra indagine, l'intervento operato con l'art. 375 del Codice, sugli obblighi dell'imprenditore. La norma procede a riformulare l'art. 2086 del codice civile, la cui rubrica viene rinominata «*Gestione di impresa*», e vi aggiunge un nuovo secondo comma. Ivi si impone un duplice dovere per l'imprenditore che operi in forma societaria o collettiva<sup>410</sup>. Si dispone, in primo luogo,

---

<sup>409</sup> Alcuni Autori, persino, giungono a ritenere assimilabile, sul piano pratico, in taluni casi, il processo penale per bancarotta rispetto al rituale espiatorio, quale reazione del sistema al trauma dell'insolvenza. N. MAZZACUVA-E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, Cedam, Padova, 2018, 166. Il tema è stato oggetto di forti critiche, mosse da parte della dottrina penalistica già a partire dalle prime riforme civilistiche in materia. Si vedano, tra le considerazioni più puntuali sul tema: N. PISANI, *Crisi d'impresa e diritto penale*, Il Mulino, Bologna, 2018; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, Vol. I, *Reati ed illeciti amministrativi in materia societaria, finanziaria e bancaria*, cit.; ID., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, Vol. II, *Reati fallimentari. Reati e illeciti amministrativi in materia tributaria, di lavoro, ambientale ed urbanistica. Responsabilità degli enti*, C. F. Grosso (a cura di), Giuffrè, Milano, 2018; G. FLORA, *Verso una «nuova stagione» del diritto penale fallimentare?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, 4, 891; G. INSOLERA, *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo e delle composizioni extragiudiziali della crisi d'impresa*, in *Giur. Comm.*, 2006, 3, 459.

<sup>410</sup> Con riferimento alle modalità di esplicazione di tali doveri e alla loro sindacabilità in sede civile, si è aperto un interessante dibattito. Ci si limita qui a rinviare ai lavori di: S. FORTUNATO, *Codice della crisi e Codice civile: impresa, assetti organizzativi e responsabilità*, contenuto della relazione tenuta il 25 febbraio 2019 presso la Cassazione al Convegno sul tema «*Il Codice della crisi e della insolvenza*», il cui testo è pubblicato in *Riv. Soc.*, 2019, 5, 952; P. MONTALENTI, *Diritto della crisi, diritto societario concorsuale, diritto societario della crisi: appunti*, in *Giur. Comm.*, 2018, 1, 62; L. BENEDETTI, *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, in *Riv. Soc.*, 2019, 2, 413; V. CALANDRA BONAURA, *Amministratori e gestione dell'impresa nel codice della crisi*,

che questi istituisca un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa «anche in funzione della tempestiva rilevazione della crisi di impresa e della perdita di continuità aziendale». Si aggiunge, poi, che lo stesso deve «attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi ed il recupero della continuità aziendale».

Questa nuova previsione finisce per incidere, a ben osservare, sulla posizione degli amministratori, quando l'impresa sia esercitata in forma societaria. L'aggiunta dei riportati doveri di organizzazione e intervento assume, infatti, rilievo *ex art.* 40 cpv c.p., in tutti i casi in cui, alla crisi di impresa non correttamente rilevata e gestita, si legasse la realizzazione di un reato da parte di altri soggetti. All'art. 2392 c.c., da sempre individuato come il riferimento essenziale per la designazione dei membri del C.d.A. quali garanti degli interessi coinvolti nell'attività aziendale, si aggiunge dunque un nuovo riferimento, del modificato art. 2086 c.c., che, come è stato osservato dai primi commentatori, contribuisce a rendere «ancora più netta la posizione di garanzia dell'amministratore»<sup>411</sup>.

Sempre nella prospettiva di garantire un più attento controllo sull'impresa e di consentire interventi idonei ad arginare e a superare l'eventuale crisi, è stata inserita un'altra modifica, quale contenuta nell'art. 14 del Codice. Il legislatore del 2019 ha qui disposto che gli organi di controllo, il revisore contabile e la società di revisione sono tenuti a precisi obblighi di verifica sull'operato degli amministratori e sono altresì tenuti a segnalare immediatamente allo stesso organo amministrativo l'esistenza di fondati indizi della crisi di impresa, perché provveda con le misure ritenute necessarie<sup>412</sup>. Emerge in modo chiaro, dal sistema inserito dalla riforma, l'intento di esaltare l'importanza di un monitoraggio costante sull'equilibrio di impresa, attraverso la continua interazione tra soggetti adibiti al controllo contabile e societario e amministratori, in un'ottica di prevenzione. La *ratio* sottesa alle modifiche indicate, quale ricavabile anche dalla Relazione illustrativa al codice, è quella di creare un assetto che consenta ai componenti la governance societaria di «intercettare» quanto prima i sintomi della crisi - o il pericolo della stessa - in modo tale che venga gestita nella maniera più opportuna, per conservare la continuità aziendale.

Ebbene, come si accennava, queste modifiche, specialmente quelle contenute all'art. 375 del Codice, evidenziano il ruolo di garante dell'amministratore societario, in

---

in *Giur. comm.*, 2020, 1, 5; M. SPERANZIN, Convegno *Il Nuovo Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza. Profili interdisciplinari*, svoltosi a Rimini, nelle date del 13 e 14 settembre 2019.

<sup>411</sup> A. ROSSI, *Profili penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: luci ed ombre dei dati normativi, in un contesto programmatico. I «riflessi» su alcune problematiche in campo societario*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, 3, 1153. In senso analogo, F. MUCCIARELLI, *Rilievi penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: lineamenti generali*, in *Dir. pen. e proc.*, 9, 2019, 1193.

<sup>412</sup> Per la cui analisi si rinvia a quanto verrà detto più approfonditamente *infra*, Sez. II, § 4.

questo sistema. Tuttavia, benché la sua posizione sia stata accentuata sul piano del controllo e della prevenzione della crisi, non gli è stato riconosciuto alcun potere di monitoraggio o intervento nuovo e diverso rispetto a quanto già individuato dal codice civile<sup>413</sup>. La predisposizione di idonei assetti organizzativi e la valutazione continuativa della situazione economico-finanziaria dell'impresa rientrano a pieno titolo, infatti, tra le prerogative già proprie dei membri del C.d.A. Il *quid pluris* recato dalla novella sul punto sta più che altro, ci sembra di poter osservare, nella enfasi data a tali attribuzioni, in una logica di prevenzione del rischio di crisi. Senonché, proprio una tale enfasi suscita, invero, qualche timore nell'osservatore, portato ad intravedere il pericolo di una sua possibile manipolazione in chiave repressiva.

L'importanza che il legislatore riconosce all'intervento anticipato degli amministratori, finalizzato ad evitare situazioni di insolvenza, non può e non deve portare infatti, riteniamo, a semplificazioni applicative, quando si vada a ricostruirne la responsabilità degli stessi soggetti, nel caso di illeciti connessi all'insolvenza che non sia stata arginata. Un'estrema semplificazione dei termini in analisi potrebbe tradursi, a ben vedere, in meccanismi di presunzione, in grado di condurre ad imputare agli amministratori privi di delega l'eventuale illecito penale dei delegati, realizzato nella condizione di crisi, dove questa non sia stata scongiurata. In buona sostanza, il rischio che si individua fin da ora, e che si spera sinceramente di evitare, è quello per cui, in sede processuale, il nuovo dettato codicistico possa aprire a pericolose logiche di *versari in re illicita*, per cui i soggetti che non hanno impedito la crisi della società verrebbero chiamati a rispondere anche di tutte le ulteriori conseguenze lesive che da questa condizione possano eventualmente discendere. L'incapacità degli amministratori di evitare il rischio di crisi dell'impresa, insomma, non può e non deve significare un automatico addossamento sugli stessi di responsabilità penale per non aver evitato l'eventuale reato, che risulti commesso da altri in tale situazione.

---

<sup>413</sup> Interessante in punto dei poteri ispettivi, la riflessione di Benazzo, secondo il quale tale nuovo assetto non si traduce nella attribuzione agli amministratori di nuovi doveri/poteri di acquisizione autonoma di informazioni sull'andamento dell'attività di impresa. Afferma l'A. che «*la necessità che la crisi o il pericolo della crisi siano intercettati quanto prima possibile e l'assunto che solo un'adeguata prevenzione sia effettivamente in grado di consentire una gestione della crisi conservando la continuità aziendale, non paiono infatti tali da legittimare un'interpretazione estensiva e integrativa dell'art. 2381 cod. civ., allargando le competenze e i poteri dei membri del consiglio di amministrazione al di fuori dell'organo e del confronto collegiale che la legge ha inteso declinare*». P. BENAZZO, *Il codice della crisi di impresa e l'organizzazione dell'imprenditore ai fini dell'allerta: diritto societario della crisi o crisi del diritto societario?*, in *Riv. Soc.*, 2019, 2, 274.

*Contra*, M. S. SPOLIDORO, *Procedure di allerta, poteri individuali degli amministratori non delegati e altre considerazioni sulla composizione anticipata della crisi*, in *Riv. Soc.*, 2018, 171; ID., *Note critiche sulla «gestione dell'impresa» nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, in *Riv. Soc.*, 2019, 2, 253.

Con riferimento, invece, alle innovazioni apportate dallo stesso art. 14 alla posizione dell'organo di controllo, si rinvia a quanto verrà detto *infra*, Sez. II, § 8.

## **Sezione II**

### **I membri dell'organo di controllo**

SOMMARIO: Sezione II. *I membri dell'organo di controllo*. 1. La sfera di controllo del collegio sindacale nel modello latino. Lo sviluppo di una vigilanza «in chiave preventiva» o concomitante; 2. I poteri dei sindaci di società di diritto comune e società quotate; 3. Le peculiari prerogative dei sindaci di istituti bancari; 4. Il collegio sindacale quale comitato per il controllo interno e la revisione contabile. Considerazioni in tema di estensione della posizione di garanzia; 4.1. Il comitato nell'art. 19 del d.lgs. 39/2010; 4.2. Lettera a): i doveri informativi nei confronti dell'organo di amministrazione; 4.3. Lettera b): la vigilanza sul processo di informativa finanziaria; 4.4. Lettera c): la vigilanza sui sistemi di controllo interni; 4.5. Lettera d): la vigilanza sulla revisione legale dei conti; 4.6. L'estensione della posizione di garanzia dell'organo di controllo; 5. La responsabilità omissiva dei sindaci nella giurisprudenza più recente. Una pregevole pronuncia di merito; 6. I consiglieri di sorveglianza del modello dualistico; 6.1. L'oggetto del controllo del consiglio di sorveglianza; 6.2. Le prerogative dei consiglieri di sorveglianza delle società di diritto comune rilevanti nel paradigma omissivo; 6.3. I consiglieri di sorveglianza nelle società quotate; 6.4. Profili di specialità all'interno della *governance* bancaria; 7. Il comitato per il controllo sulla gestione del modello monistico; 7.1. La funzione di vigilanza; 7.2. Poteri ispettivi e reattivi dei membri del c.c.g. nelle società di diritto comune; 7.3. I poteri dei membri del comitato nelle società quotate; 7.4. Le peculiarità nelle banche; 8. I membri dell'organo di controllo nel nuovo codice della crisi di impresa. Aspetti problematici.

#### **1. La sfera di controllo del collegio sindacale nel modello latino. Lo sviluppo di una vigilanza «in chiave preventiva» o concomitante.**

La giurisprudenza assolutamente maggioritaria individua in capo ai sindaci una posizione di garanzia, a tutela degli interessi coinvolti nell'attività d'impresa, sulla base del disposto degli articoli 2403 e 2407 c.c. A partire dalle prime pronunce degli anni '80, come si è già avuto modo di osservare nel capitolo precedente del presente lavoro, i giudici iniziano a ricollegare in modo automatico agli ampi doveri di controllo previsti dalla legge in capo a tali soggetti una responsabilità nei loro confronti per concorso nei reati posti in essere dagli amministratori, per il fatto di non averne scongiurato la realizzazione.

Questa estesa responsabilizzazione è in realtà il portato di una visione - si potrebbe dire - «utopistica» della funzione sindacale, che si era progressivamente affermata nel nostro ordinamento, secondo cui l'organo collegiale diveniva garante di un amplissimo fascio di interessi. «*Da originario strumento di tutela del solo interesse sociale, a organo bon à tout faire, chiamato di volta in volta a tutelare la società, le minoranze, i terzi*

*creditori, il mercato, il buon funzionamento del sistema societario, e via di seguito»*<sup>414</sup>. Assecondando questa convinzione, il legislatore del 1942 all'art. 2403 c.c. aveva posto in capo ai sindaci doveri di controllo assolutamente generici ed indeterminati, disponendo che il collegio doveva «*controllare l'amministrazione della società*» e «*vigilare sull'osservanza della legge e dell'atto costitutivo*»<sup>415</sup>. L'organo sindacale si vedeva, così, assegnata una molteplicità di attribuzioni indefinibili *a priori* e compiti di vigilanza eccezionalmente estesi su pressoché ogni aspetto legato alla gestione e all'esercizio dell'impresa. Senonché, immaginare un soggetto capace di tenere sotto controllo qualsivoglia elemento pertinente all'attività societaria corrispondeva ad una visione davvero irrealistica, che minava l'utilità stessa dell'istituto. Molti studiosi, del resto, avevano denunciato a più riprese il fallimento del collegio sindacale, che, depositario di funzioni eccessivamente late e non dotato di efficaci poteri di intervento sull'operato delle altre istanze, non era in grado di svolgere correttamente il suo compito di vigilanza sugli amministratori e si rivelava assolutamente incapace di reagire dinnanzi agli illeciti posti in essere da questi<sup>416</sup>.

Per far fronte a questa estensione giudicata dunque eccessiva delle competenze sindacali, sono intervenute le riforme del 1998 e del 2003, accomunate da una idea comune: di separare i controlli contabili dai controlli sulla gestione, attribuendo i primi ad organi esterni alla *governance* societaria - pur a questa legati attraverso una rete di reciproci poteri/doveri informativi - e definendo in modo più preciso il compito di controllo sulla gestione, che resta in capo ai sindaci<sup>417</sup>. Il processo di riforma, a partire dalla novella delle società quotate, del '98, seguita a stretto giro da quella delle società di capitali, ha infatti determinato un mutamento nella funzione del collegio sindacale, incidendo, in primo luogo, sulla estensione dell'area di «vigilanza» e, di poi, sui poteri dei suoi membri.

Mutuando in parte quanto previsto dall'art. 149 T.U.F., il riformato articolo 2403 c.c. dispone, oggi, che il collegio «*vigila sulla osservanza della legge e dello statuto, sul*

---

<sup>414</sup> G. CAVALLI, *Il collegio sindacale*, in *Il nuovo diritto societario*, S. AMBROSINI (a cura di), Giappichelli, Torino, 2005, 271; ID., *Il controllo interno societario e gli interessi protetti*, in *Soc.*, 1998, 889, come peraltro citato da F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, *op. cit.*, 231.

<sup>415</sup> Con riferimento alla straordinaria estensione di questi compiti nelle società con titoli quotati sui mercati regolamentati, si vedano le *Raccomandazioni in materia di controlli societari*, comunicazione Consob n. 97001574 del 20 febbraio 1997.

<sup>416</sup> Basti menzionare, per tutte, la accesa critica all'utilità dell'istituto formulata da G. CAVALLI, *Il controllo interno societario e gli interessi protetti*, *cit.*, 888; ID., *I sindaci*, in *Trattato delle società per azioni*, G. E. COLOMBO-G. B. PORTALE (diretto da), Utet, Torino, Vol. 5, 1998, 85; prima ancora, ne evidenziava la inettitudine G. DOMENICHINI, *Il collegio sindacale nelle società per azioni*, in *Trattato di diritto privato*, P. RESCIGNO (diretto da), Torino, Vol. 16, 1985, 535. Uno dei primi commenti critici è quello di Cesare Vivante, in *Le società anonime*, in *Mon. trib.*, 1893, 602, testo cui si è spesse volte richiamata la dottrina successiva.

<sup>417</sup> G. CAVALLI, *Il collegio sindacale: luci e ombre di un sistema controverso*, in AA.VV.,  *Mercati finanziari e sistema dei controlli*, *op. cit.*, 149.

*rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sulla adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento».*

Come risulta subito evidente, un ruolo di primo piano viene assegnato alla vigilanza sulla attività amministrativa, esaltata rispetto alla passata formulazione della norma. Secondo la concezione maggioritaria in dottrina<sup>418</sup>, peraltro, questo vaglio sull'amministrazione non si configura più come semplice controllo *ex post*, come avveniva in passato, ma viene anticipato al momento stesso in cui l'organo delegato assume le decisioni gestionali e operative. Detta anticipazione discenderebbe innanzitutto dalla stessa scelta terminologica operata dal legislatore, che non parla più, come faceva prima, di mero «controllo», ma di «vigilanza», espressione che identificherebbe un'azione più intensa e temporalmente più ampia, quindi anche preventiva, rispetto a quella del controllare. Il riferimento congiunto, poi, all'osservanza della legge e al rispetto dei principi di corretta amministrazione sarebbe volto ad indicare la necessità che l'opera dei sindaci si concentri sulla fase di adozione delle decisioni gestionali, affinché di queste siano vagliati criteri e modalità procedurali, in modo tale che sia possibile persino prevenire eventuali irregolarità<sup>419</sup>. In particolare, il dovere di vigilare sui «*principi di corretta amministrazione*» si presenta come un'attività di supervisione, focalizzata sulla legittimità delle scelte e sulla corretta e appropriata formazione del procedimento decisionale seguito dagli amministratori, fin dalla sua origina. Si tratta di valutare se questi ultimi abbiano svolto il proprio incarico attraverso l'adozione di scelte che risultino ponderate, sulla base delle conoscenze correttamente acquisite, e ragionevoli, a fronte della peculiarità del caso concreto: esame che opera in una prospettiva a tutto tondo, dunque anche *ex ante* rispetto alla adozione della decisione amministrativa<sup>420</sup>.

Questo controllo sull'amministrazione deve poi modularsi tenendo in considerazione le particolari tipologie di rischi aziendali implicati nella specifica attività di impresa, e, in specie, il collegio deve qui applicare «*una modalità di selezione dei controlli basata sull'identificazione e valutazione dei rischi con modalità adeguate alle*

---

<sup>418</sup> G. A. POLICARO, *Il collegio sindacale*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, M. IRRERA (a cura di), *op. cit.*, 282; F. MANCINELLI, *Novità nei controlli del collegio sindacale: il modello latino*, in *Soc.*, 2003, 10, 1316. Specifica che il concetto di vigilanza implica un esame permanente, diretto a prevenire comportamenti riprovati, P. SPADA, *Diritto commerciale. II. Elementi*, Cedam, Padova, 2009, 40.

<sup>419</sup> Si tratta di un aspetto messo in evidenza anche nella letteratura penalistica, in A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale*, *op. cit.*, 322, che cita le affermazioni di M. RIGOTTI, *Art. 2403. Doveri del collegio sindacale*, in *Collegio sindacale. Controllo contabile*, F. GHEZZI (a cura di), Giuffrè, Milano, 2005, 167.

<sup>420</sup> E. FREGONARA-M. CAVANNA, *Il collegio sindacale*, in *Diritto del governo delle imprese*, M. IRRERA (diretto da), *op. cit.*, 421.

*dimensioni e alle altre caratteristiche, anche organizzative, specifiche dell'impresa assoggettata a controllo»<sup>421</sup>.*

La funzione del collegio, a fronte di quanto riportato, pare dunque orientarsi progressivamente verso una vigilanza tesa non solo al contenimento, ma alla stessa prevenzione del rischio di irregolarità nella organizzazione e nella gestione societaria, che ambisce a bloccare eventuali illeciti amministrativi, fin dal momento in cui ne emergono i primi segnali.

Fino a quale punto debba spingersi questa attività di controllo è però molto discusso. Con precipuo riferimento alla vigilanza relativa alla gestione dell'impresa, in particolare, ci si interroga se con essa i sindaci possano operare un vero e proprio controllo di merito sulle scelte degli amministratori<sup>422</sup>. Invero, la tesi maggioritaria ritiene che, stante il vincolo della *business judgement rule*, ai sindaci non possa spettare il controllo delle decisioni che sono rimesse alla discrezionalità gestionale dei soggetti adibiti alla funzione amministrativa, se non nei limiti di una valutazione sul rispetto dei criteri di razionalità economica delle operazioni che si pongono in essere, quali imposti dalla scienza dell'economia aziendale<sup>423</sup>. L'esame da compiere, si osserva, da un lato, non deve limitarsi ad un controllo di pura forma degli atti amministrativi, dall'altro lato, deve però comunque evitare di scendere nel merito delle scelte operative. La vigilanza sulla correttezza amministrativa, secondo la concezione oggi dominante, consiste allora in una verifica circa la correttezza del processo decisionale seguito dagli amministratori e la prudenza gestionale, vale a dire la consapevolezza dei rischi che si assumono, senza, però, spingersi oltre, a considerare l'opportunità e la convenienza delle operazioni di gestione, di cui restano competenti i soli amministratori delegati<sup>424</sup>.

---

<sup>421</sup> Come è stato precisato dal Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili, nel documento *Principi di comportamento del collegio sindacale di società non quotate*, Settembre 2015, Norma 3.1, reperibile al sito [www.consob.it](http://www.consob.it).

<sup>422</sup> In senso affermativo si erano espressi diversi autori, specie della letteratura meno recente. Tra questi: P. MONTALENTI-S. BALZOLA, *La società per azioni quotata*, Zanichelli, Bologna, 2010, 260 e ss.; G. COTTINO, *La società per azioni*, in *Novissimo digesto italiano*, Utet, Torino, 1970.

<sup>423</sup> Così, da ultimo, si sono orientate anche le Norme di comportamento del CNDCEC, Norma 3.3.

In questo senso: A. PROVASOLI, *Razionalizzazione del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi*, in *Riv. dott. comm.*, 2012, 608 e ss.; E. FREGONARA-M. CAVANNA, *Il collegio sindacale*, cit., 421 e 423; G. A. POLICARO, *Il collegio sindacale*, cit., 289 e ss.; M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati*, cit., 274; O. CAGNASSO, *Il ruolo del collegio sindacale nelle s.r.l. e nelle s.p.a.: profili di un confronto*, in *Giur. comm.*, 3, 2006, 346. Anche parte della dottrina penalistica era approdata a constatazioni analoghe: C. PEDRAZZI, *Società commerciali (nuova disciplina penale)*, *Digesto delle discipline penalistiche*, Vol. XIII, cit., 597.

<sup>424</sup> Si tratta di un principio accolto anche dalla più recente giurisprudenza di legittimità: da ultimo Cass. Civ. Sez. II, 28 agosto 2017, n. 20437, massimata in *Giur. Comm.* 2019, 2, II, 356; Cass. Civ. Sez. I, 2 febbraio 2015, n. 1783, in *Guida al diritto* 2015, 10, 49, in cui la Corte tenta di addivenire ad una definizione dei confini, in vero incerti nella prassi, tra merito e legalità.

Si tratta, a ben osservare, di un tipo di esame che, pur non riguardando il merito delle strategie amministrative, in date circostanze assume comunque portata ampia e particolare complessità. Si pensi, a titolo esemplificativo, all'ipotesi in cui, in caso di crisi di impresa, sussista un rischio di perdita della continuità aziendale<sup>425</sup>. Se è vero che, come si è visto innanzi, l'esame del collegio deve modularsi a seconda della peculiarità della situazione e specialmente sulla base della natura e della acutezza del rischio che si fronteggia, è chiaro che in circostanze simili ci si aspetterà dai sindaci l'esercizio di una attività di monitoraggio ben più approfondita di quanto avviene in condizioni normali (sul tema ha peraltro inciso la recente riforma sulla crisi d'impresa e dell'insolvenza, su cui si tornerà in seguito<sup>426</sup>). La verifica circa la legittimità delle scelte compiute dagli amministratori per salvaguardare il patrimonio sociale e la relativa razionalità, che i membri del collegio sindacale sono tenuti a porre in essere, potrebbe assumere una portata virtualmente molto ampia e difficile da definire *a priori*. In circostanze delicate come questa, la linea di confine tra esame di merito ed esame di legalità sostanziale diviene estremamente labile. Da qui il pericolo di una sovrapposizione di funzioni, con la conseguenza per cui diviene estremamente difficile distinguere le rispettive responsabilità.

Sempre con riguardo all'oggetto della vigilanza sindacale, c'è un ulteriore aspetto su cui è necessario soffermarsi brevemente. Come si è accennato innanzi, una delle principali innovazioni apportate dalla riforma del 2003 è stata quella di escludere *expressis verbis* il controllo contabile dalle mansioni del collegio, conferendo il relativo incarico ai revisori legali. Sennonché, come è stato da subito osservato, tale modifica, introdotta nel codice civile estendendo a tutte le società una soluzione già adottata dal Testo Unico della Finanza, non ha invero significato la totale esclusione di tale tipologia di controllo dal fuoco della funzione sindacale. Il secondo comma dell'art. 2409 *bis* c.c., come modificato dal d.lgs. 39 del 2010, a sua volta richiamato dall'art. 2403, comma 2, c.c., riconosce infatti la possibilità per le società che non siano tenute alla redazione del bilancio consolidato di disporre, all'interno del proprio statuto, che la revisione legale dei conti sia esercitata dal collegio sindacale, purché questo risulti composto interamente da revisori legali iscritti nell'apposito registro. Si tratta, peraltro, di una opzione cui ha deciso di usufruire la stragrande maggioranza della S.p.A. italiane di diritto comune<sup>427</sup>, con la

---

<sup>425</sup> Con riguardo alla vigilanza dei sindaci sulla continuità aziendale e sugli atti amministrativi in caso di rischio di perdita di tale continuità si erano espressi, prima della riforma introdotta con d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14: F. VASSALLI, *I controlli sindacali nella s.p.a. «tradizionali»*, *Le società commerciali: organizzazione, responsabilità e controlli*, in M. VIETTI (a cura di), *op. cit.*, 402 e ss.

<sup>426</sup> Sul tema della crisi di impresa, la vigilanza dei sindaci ha poi subito un peculiare ampliamento, essendo stati introdotti una serie di doveri di allerta, in fase antecedente, che determinano un sensibile aggravamento della relativa responsabilità. Si rinvia a quanto verrà analizzato *infra*, nella presente Sezione, al § 8.

<sup>427</sup> Si tratta di una tendenza riscontrata fin da subito, a seguito dell'entrata in vigore della riforma, che risulta oggi confermata.

conseguenza che qui l'organo di controllo ha riacquisito quelle competenze di cui la riforma aveva inteso sgravarlo.

Ad ogni modo, anche nel caso in cui il controllo contabile venga effettuato dai revisori esterni, i sindaci restano comunque vincolati ad impegni allo stesso connessi. È ciò che si evince dall'articolo 2403 c.c., che, come si è visto innanzi, continua a prevedere per essi il dovere di vigilare «sull'adeguatezza dell'assetto contabile adottato dalla società e sul concreto funzionamento». Non solo. Un impegno particolarmente oneroso sulla materia dei conti, che continua ad incombere sui sindaci, è individuato dall'art. 2429 c.c., che attribuisce al collegio il compito di esporre all'assemblea dei soci la relazione annuale sul bilancio; qui, oltre a riferire sull'attività svolta nell'esercizio dei propri doveri e sui risultati dell'esercizio sociale, l'organo di controllo è chiamato ad esprimere osservazioni e proposte in ordine al bilancio e alla sua approvazione<sup>428</sup>.

Ulteriori e specifici doveri in materia di contabilità continuano poi ad essere prescritti ai sindaci, sia in via ordinaria che in relazione ad operazioni straordinarie; è il caso, a titolo esemplificativo, del dovere di formulare osservazioni sulla situazione patrimoniale della società, nel caso in cui il capitale risulti diminuito di oltre un terzo in conseguenza di perdite, e gli amministratori siano rimasti inerti, come prescritto dall'art. 2446, comma 1, c.c.

Benché alcuni parlino di «depotenziamento»<sup>429</sup> dei compiti rispetto a quanto era prescritto in passato, in capo ai membri del collegio residuano comunque ancora importanti obblighi di valutazione riconducibili al controllo contabile. Da questa

---

Sui primi rilievi statistici, si veda: P. MONTALENTI, *La riforma del diritto societario. Dottrina, giurisprudenza, prassi applicative alla luce dei dati statistici: spunti di riflessione*, Giuffrè, Milano, 2006, 511. Più di recente: N. ABRIANI, *L'organo di controllo (collegio sindacale, consiglio di sorveglianza, comitato per il controllo della gestione)*, in *Corporate governance e «sistema dei controlli» nella S.P.A.*, U. TOMBARI (a cura di), *op. cit.*, 104.

In merito alle problematiche e, al contempo, alle eventuali opportunità sottese a tale commistione di funzioni, si veda l'estesa analisi di L. MIOTTO, *La funzione di revisione legale: intersezione fra disciplina dell'attività e dei soggetti*, in *Riv. soc., Riv. soc.*, 2018, 2, 433 e ss.

Per quanto riguarda, invece, le S.p.A. quotate e le banche, in quanto enti di interesse pubblico, ex art. 16 d.lgs. 39/2010, è esclusa questa possibilità: il controllo contabile deve necessariamente essere affidato ad un revisore, o società di revisione esterno.

<sup>428</sup>Sulla individuazione dei doveri di *reporting* nella relazione in oggetto, si veda il lavoro di L. RINALDI-P. FASCINA, *Giurisprudenza e attualità in materia di diritto commerciale articoli la relazione del collegio sindacale nelle società quotate. Primi risultati di una ricerca empirica*, in *Riv. dott. comm.*, 2, 2018, 255.

Più in generale, sulle procedure concernenti la contabilità: G. BIANCHI-A. IANNACCONE-C. PARADISO-G. SILVA-G. VERNA, *Corporate governance articoli controllo dei sindaci sull'amministrazione e, in particolare, sull'assetto organizzativo, amministrativo e contabile e sulla gestione dei rischi aziendali*, in *Riv. dott. comm.*, 2015, 3, 425.

<sup>429</sup>G. CAVALLI, *Osservazioni sui doveri del collegio sindacale di società per azioni non quotate*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, P. ABBADESSA-G. B. PORTALE (diretto da), *op. cit.*, 55 ss.

circostanza, come è comprensibile, discendono dubbi in merito alla definizione della rispettiva sfera di responsabilità. Sebbene si ritenga, con parte della dottrina, che la natura della verifica da operare in tale ambito si configuri come una «*sovrintendenza alle metodiche di controllo*»<sup>430</sup> e che, di conseguenza, ai sindaci non possano essere imputati fatti illeciti la cui conoscenza presupponga una vigilanza analitica, perché appunto estranea alle attribuzioni del collegio<sup>431</sup>, è comunque innegabile la complessità con cui, nella pratica, può operare questa distinzione. Discernere, nel caso concreto, se un'irregolarità nelle poste contabili poteva essere individuata a monte ed eventualmente evitata dai sindaci, attraverso la sorveglianza delle relative procedure - che rientra nella loro competenza - e, dunque, far ricadere su questi la relativa responsabilità per l'illecito che ne sia conseguito, si rivela impresa alquanto ardua. Da qui l'ingenerarsi del rischio concreto che tali soggetti siano chiamati a rispondere per non aver evitato la perpetrazione di illeciti relativi a bilanci o a documenti contabili che, invero, in via di principio, essi non avrebbero potuto nemmeno riscontrare, essendo necessaria, per rilevare tali irregolarità, un'indagine da cui gli stessi dovevano ritenersi esentati.

Per quanto concerne l'oggetto della vigilanza sindacale, nell'ambito delle società quotate si rilevano alcune differenze. Ai doveri menzionati, per quanto qui rileva, l'art. 149, comma 1, T.U.F., alla lett. c) aggiunge un esplicito riferimento al sistema di controllo interno e di gestione del rischio, precisando che il collegio «*vigila sulla adeguatezza (...) del sistema di controllo interno*». Ebbene, come è stato puntualmente osservato<sup>432</sup>, questo tipo di competenza viene in genere considerato già incluso tra i compiti di vigilanza assegnati all'organo sindacale, quando la legge parla di vigilanza sull'assetto organizzativo della società, di cui allo stesso art. 149, primo periodo della lett. c), e art. 2403 c.c. per le società di diritto comune.

Il fatto che il legislatore del 1998 abbia inteso fare specifica menzione al controllo interno indica, probabilmente, un preciso intento di «*potenziare e responsabilizzare il ruolo del collegio sindacale all'interno delle società quotate affidando allo stesso un penetrante e continuativo controllo sul governo del sistema dei controlli*»<sup>433</sup>.

---

<sup>430</sup> L. MANDELLI, *I «sindaci» di S.p.A. tra doveri di sorveglianza e posizioni di garanzia*, in *Banca borsa tit. credito*, 4, 2009, 444 e ss.

<sup>431</sup> In questo senso G. MAZZOTTA-A. D'AVIRRO, *Profili penali del controllo nelle società commerciali. Sindaci, revisori, autorità indipendenti*, Giuffrè, Milano, 2006, *op. cit.*, 294.

<sup>432</sup> La dottrina è unanime sul punto. Si vedano, tra gli altri, le precisazioni di: E. FREGONARA-M. CAVANNA, *Il collegio sindacale*, *cit.*, 422.

<sup>433</sup> N. ABRIANI, *L'organo di controllo (collegio sindacale, consiglio di sorveglianza, comitato per il controllo della gestione)*, *cit.*, 102 e ss.

Evidenziano l'importanza del collegio quale supervisore e coordinatore del sistema dei controlli interni: M. MONTALENTI, *Impresa, società di capitali, mercati finanziari*, Giappichelli, Torino, 2017, *passim*; ID. *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Riv. soc.*, 2013, 1, 42; A. PROVASOLI, *Razionalizzazione del sistema di controllo interno e di*

Queste funzioni per gli enti di interesse pubblico, tra cui rientrano le società quotate, le banche e gli intermediari finanziari, devono poi essere coordinate, ed integrate con quanto previsto dal d.lgs. 39 del 2010, art. 19, in materia di revisione legale dei conti, cui si dedicheranno osservazioni specifiche nelle pagine che seguono<sup>434</sup>.

Orbene, sono molteplici le sollecitazioni che emergono dallo schema proposto, rilevanti per la presente indagine. In tema di operatività della vigilanza sindacale, si rileva che la funzione, per come modificata con le ultime riforme e come regolata dalla autodisciplina, sembra tendere verso un modello di controllo costante, sintetico ed indiretto<sup>435</sup>. Le verifiche che il collegio è chiamato a compiere sono valutazioni di «*sintesi*», focalizzate sulla correttezza e legittimità dei metodi, delle procedure e degli strumenti adottati dagli altri organi nell'esercizio della rispettiva attività, lontane da quella forma di vigilanza capillare e onnisciente che emergeva dalla formulazione originaria della disciplina civilistica e che la dottrina aveva fortemente stigmatizzato. Sulla estensione temporale di questa attività, si è poi visto come la vigilanza debba procedere, appunto, in modo continuativo sull'intera attività sociale, fin da una fase persino antecedente, o quantomeno contestuale, all'agire degli amministratori, vale a dire fin dal momento in cui vengono assunte le decisioni operative.

L'intento perseguito dall'ordinamento sembra essere quello di sviluppare un sistema di vigilanza che mira in maniera sempre più convinta a prevenire più che a registrare *a posteriori* eventi dannosi, in base ai rischi coinvolti nella particolare attività di impresa. Si tratta, del resto, di un'opinione confermata esplicitamente, da ultimo, anche all'interno del Codice di Autodisciplina delle società quotate, in cui si afferma la necessità che, anche in tema di controllo interno, al collegio sindacale spetti un compito di vigilanza anche preventiva e non meramente *ex post*, che si traduce in una verifica sui processi il cui esito va portato all'attenzione degli amministratori, affinché essi adottino le misure correttive eventualmente necessarie<sup>436</sup>.

Tuttavia, è necessario osservare come, perché questo obiettivo possa essere efficacemente raggiunto, non bastano le indicazioni di principio, ma devono essere rispettate due condizioni imprescindibili. In primo luogo, è fondamentale che un assetto simile possa funzionare sul piano pratico: i sindaci devono trovarsi nella posizione di poter adempiere correttamente ai molteplici obblighi di vigilanza loro imposti

---

*gestione dei rischi*, in *Riv. dott. comm.*, 2012, 3, 603; G. OLIVIERI, *I controlli interni nelle società quotate dopo la legge sulla tutela del risparmio*, in *Giur. comm.*, 2007, 4, 409 e ss.

<sup>434</sup> Si veda *infra*, § 1.3.

<sup>435</sup> Con riferimento a questa evoluzione si vedano i fondamentali contributi di: P. MONTALENTI, *Corporate governance, sistema dei controlli interni e ruolo della Consob: da garante della trasparenza a presidio della correttezza della gestione?*, in *Riv. soc.*, 2015, 1, 120; S. BALZOLA, *Controlli interni nelle società per azioni quotate: il ruolo del collegio sindacale*, *Giur. it.*, 2013, 11, 2419 e ss.; F. CHIAPPETTA, *Diritto del governo societario. La corporate governance delle società quotate*, *op. cit.*, 209; G. CASELLI, *Elogio, con riserve, del collegio sindacale*, in *Giur. comm.*, 2003, 3, 261.

<sup>436</sup> Codice di Autodisciplina 2018, Commento a P. 8, 39.

dall'ordinamento. Ed invero, benché possa accogliersi con favore l'intervenuta procedimentalizzazione dei controlli ed il tentativo dell'ordinamento di una loro più sicura definizione rispetto al passato<sup>437</sup>, la relativa funzione di vigilanza si presenta ancora notevolmente estesa, secondo taluno eccessivamente ampia, e sembra ragionevole ipotizzare che difficilmente possa essere correttamente espletata nella pratica<sup>438</sup>. Ma non è tutto. Un'altra riserva sulla capacità preventiva del controllo sindacale è legata al fatto che, come si è avuto modo di osservare, molte delle delimitazioni introdotte alla sfera di conoscenza dei sindaci, pur apprezzabili sul piano astratto, nella prassi non sono agevoli da rispettare. In alcuni casi, come si è visto per il controllo contabile, diviene davvero complesso distinguere in maniera precisa se un determinato fatto dovesse o meno essere conosciuto da parte dei membri del collegio sindacale.

Ad ogni modo, al di là dei dubbi pratici sulla fattibilità del controllo, è necessario verificare che i sindaci siano dotati dei poteri necessari e sufficienti ad intervenire efficacemente sull'azione altrui, per comprendere in che misura questi possano davvero incidere sugli illeciti *in fieri* ed evitare tempestivamente il realizzarsi di eventi dannosi nella gestione dell'impresa.

## 2. I poteri dei sindaci di società di diritto comune e società quotate.

Al fine di consentire un efficiente esercizio di questa, per vero molto estesa, funzione di vigilanza, l'ordinamento ha dotato i sindaci di articolati poteri/doveri, conferendo loro diversi strumenti di natura informativa e istruttoria, in parte estesi con le modifiche introdotte dalle riforme del 1998 e del 2003.

Tra le diverse prerogative di pertinenza sindacale assume indiscutibile rilievo la facoltà di assistere alle adunanze degli altri organi societari e del comitato esecutivo: luoghi *privilegiati* in cui i sindaci possono raccogliere fin da subito informazioni utili in merito alle decisioni operative che l'amministrazione intenda assumere<sup>439</sup>.

Al collegio sindacale è peraltro attribuito un ruolo centrale nel sistema dei flussi informativi, essendo esso destinatario diretto di una rete molto estesa di dati, che coinvolge diversi organi ed organismi societari. Non solo, infatti, ad esso si rivolgono la comunicazione periodica proveniente, ai sensi dell'art. 2381, comma 5, c.c., dai delegati, che devono riferire al collegio almeno ogni sei mesi sull'attività svolta, e le informazioni degli amministratori in conflitto di interessi, di cui all'art. 2391 c.c., ma l'ordinamento individua altresì diversi canali attraverso cui i sindaci possono costantemente scambiare informazioni con i soggetti incaricati della revisione legale e con sindaci e amministratori

---

<sup>437</sup> F. VASSALLI, *I controlli sindacali nella s.p.a. «tradizionale»*, cit., 397.

<sup>438</sup> Fortemente critico, in particolare: G. CAVALLI, *Osservazioni sui doveri del collegio sindacale di società per azioni non quotate*, cit., 1241.

<sup>439</sup> E. FREGONARA-M. CAVANNA, *Il collegio sindacale*, cit., 424.

delle società controllate nei gruppi di impresa. Laddove le informazioni così acquisite dovessero poi rivelarsi non sufficienti, sono riconosciute al collegio importanti prerogative di tipo istruttorio, quali individuate dall'art. 2403 *bis* c.c. All'organo nel suo complesso è attribuito il potere di chiedere agli amministratori notizie sull'andamento delle operazioni societarie, ovvero su determinati affari<sup>440</sup>, ed i sindaci, anche *individualmente*, possono procedere in qualsiasi momento ad atti di ispezione e di controllo. A differenza di quanto previsto dalla disciplina codicistica con riferimento agli amministratori non delegati, dunque, ai singoli sindaci è data la possibilità di ispezionare i locali della società, esaminare la documentazione ritenuta necessaria, e domandare financo chiarimenti e notizie ai responsabili delle diverse funzioni<sup>441</sup>.

Tali prerogative risultano poi rafforzate all'interno delle società quotate<sup>442</sup>. I membri del collegio ricevono, qui, informazioni sulla gestione con frequenza maggiore rispetto ai sindaci delle non quotate, essendo gli amministratori obbligati a riferire al collegio almeno ogni tre mesi, anziché ogni sei, come previsto dall'art. 150, comma 2, T.U.F. Peraltro, mentre nel sistema codicistico la richiesta di informazioni agli amministratori è attribuzione collegiale, nel sistema delineato dal Testo Unico sulla Finanza per le società quotate, art. 151, tale potere può essere esercitato direttamente dal singolo, che assume, a tal stregua, una libertà ricognitiva sensibilmente maggiore rispetto ai colleghi delle società non quotate<sup>443</sup>.

Come si può osservare, molti di questi penetranti strumenti di informazione confermano ulteriormente la percezione che la legge tenda oggi, più che in passato, ad incentivare un controllo sindacale costante sulla attività di impresa, che si esplica anche in senso preventivo, o almeno concomitante, rispetto al compimento degli atti di gestione.

Da queste circostanze discende una serie di importanti conseguenze, che incidono sulla individuazione della loro responsabilità. Il fatto di orientare la funzione sindacale verso un controllo *ex ante* o comunque contestuale al compimento dell'atto, finalizzato alla riduzione dei rischi ad esso correlati, e non solo successivo allo stesso<sup>444</sup>, si pone

---

<sup>440</sup> Tale potere, si è sottolineato, riguarda l'intera attività della società. M. IRRERA, *Profili di corporate governance della società per azioni, tra responsabilità, controlli e bilancio*, Giuffrè, Milano, 2009, 151.

<sup>441</sup> Sulla estensione di questo potere: M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati*, cit., 425; E. FREGONARA-M. IRRERA, *op. ult. cit.*, 425. Nel senso che al sindaco personalmente non può essere opposta neppure l'esistenza di informazioni riservate: L. D. CERQUA, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, *op. cit.*, 1913.

<sup>442</sup> S. VANONI, *L'art. 2409 c.c. e il ruolo del collegio sindacale*, in *Società, banche e crisi d'impresa*. Liber amicorum Pietro Abbadessa, M. CAMPOBASSO-V. CARIELLO-V. DI CATALDO-F. GUERRERA-A. SCIARRONE ALIBRANDI (diretto da), *op. cit.*, 1193.

<sup>443</sup> G. CAVALLI, *Commento all'art. 151 TUF*, in *Testo unico della finanza*, G. F. CAMPOBASSO (diretto da), Utet, Torino, 2002, 1258.

<sup>444</sup> In senso in parte contrario però: M. LIBERTINI, *La funzione di controllo nell'organizzazione delle società per azioni, con particolare riguardo ai sistemi alternativi*, in *Società, banche e crisi d'impresa*. Liber amicorum Pietro Abbadessa, Vol. II, cit., 1080-1081.

come premessa ideale alla individuazione di una posizione di garanzia in capo ai singoli membri del collegio, chiamati a bloccare l'attività amministrativa agendo sulla stessa fonte di pericolo dell'illecito fin dal primo momento utile. In questo assetto, sembrerebbe divenga più agevole imputare loro, a titolo di concorso omissivo, il fatto illecito che avrebbero dovuto scongiurare, intervenendo fin dalle prime fasi della sua realizzazione, quando questo si verifichi. Dunque, una possibilità di imputazione di corresponsabilità apparentemente più immediata rispetto a quanto avviene per altre istanze di controllo societario. Tuttavia, per verificare se questa impressione possa essere confermata, è necessario calare la nostra indagine sui poteri individuali di natura *reattiva* che l'ordinamento riconosce a tali soggetti. In particolare, si deve verificare quali tra tali poteri, azionabili dal singolo, possano considerarsi dotati di efficacia potenzialmente impeditiva dell'illecito altrui, e siano, come tali, idonei a giustificare l'effettiva esistenza di una posizione rilevante ex art. 40 cpv. c.p., in capo a detti soggetti.

Orbene, prima di procedere, è necessario premettere che l'organo sindacale ha natura necessariamente collegiale<sup>445</sup>, di tal ché, titolare dei poteri/doveri di controllo è il *collegio* nel suo complesso, mentre ai singoli spetta, di regola, il mero compimento di atti «intermedi», che costituiscono cioè soltanto una parte di un più complesso procedimento sull'azione altrui. Ai sindaci individualmente compete in genere l'esercizio di poteri di reazione mediati<sup>446</sup>, che richiedono cioè a loro volta l'intervento dello stesso collegio sindacale di cui sono membri, o comunque di altri organi interni all'organigramma societario, ovvero di istanze esterne all'ente, come la Consob per le società quotate. I singoli componenti dell'organo di controllo possono interferire con la gestione, in breve, soltanto in modo indiretto<sup>447</sup>.

Ciò nonostante, sulla scia di quanto afferma la dottrina oggi maggioritaria, riteniamo che tali poteri, pur, come detto, mediati, siano comunque idonei a giustificare una posizione di garanzia in capo ai relativi titolari<sup>448</sup>. Come si vedrà oltre, infatti, il

---

<sup>445</sup> Tanto che la l. 4 aprile 2012, n. 35, convertendo con modifiche il d.l. 5 del 2012 ha abolito il sindaco unico nelle S.p.A., in precedenza disciplinato dalla legge di stabilità del 2012.

Sul punto: F. VASSALLI, *op. ult. cit.*, 392-393.

<sup>446</sup> Con l'unica eccezione del potere di convocare il C.d.A., il comitato esecutivo e l'assemblea, riconosciuto ai singoli sindaci di società quotate, come si vedrà più avanti.

<sup>447</sup> La dottrina parla in generale di «*armi spuntate*» dei sindaci. Così: G. A. POLICARO, *Il collegio sindacale*, cit., 294.

<sup>448</sup> In questo senso si esprime l'orientamento maggioritario della dottrina più recente. Si richiamano, *in primis*, le considerazioni di Francesco Centonze, che evidenzia come, benché le prerogative attribuite dall'ordinamento ai singoli membri del collegio si rivelino in realtà scarse, le stesse possono considerarsi astrattamente impeditive; il problema sarà semmai, afferma l'Autore, di accertamento nel singolo caso concreto. F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, *op. cit.*, 291-292.

Riconoscono l'esistenza della predetta posizione di garanzia, tra i più autorevoli studi: A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale*, *op. cit.*, 337 e ss.; G. CHIARAVIGLIO, *Responsabilità di amministratori non esecutivi e sindaci ex art. 40 cpv. c.p., dolo eventuale, causazione del dissesto per effetto di operazioni dolose*. in *Riv. dott. comm.*, 2009, 1, 157 e ss.; G. MAZZOTTA-A.

corretto esercizio di talune delle prerogative esercitabili *uti singuli* dai membri del collegio può considerarsi strumento necessario, benché non sufficiente di per sé solo, ad impedire la consumazione di un reato da parte degli esecutivi. Certamente, per poter verificare l'efficacia impeditiva di tali prerogative, è indispensabile correlare volta per volta le considerazioni astratte con valutazioni concrete in termini di causalità. In sede processuale è infatti imprescindibile che il giudice verifichi attentamente l'esistenza di un nesso eziologico nel caso specifico tra il mancato esercizio di tali poteri ad efficacia indiretta e la realizzazione del reato.

Il primo aspetto ad assumere rilievo nell'indagine che si intende condurre riguarda la presenza dei membri del collegio alle assemblee dei soci, alle adunanze del consiglio di amministrazione, del comitato esecutivo e del comitato controllo e rischi, costituito nelle società quotate in applicazione del codice di Autodisciplina<sup>449</sup>. Tale presenza, che, come è stato osservato, configura un vero e proprio obbligo per ciascun sindaco, essendo l'assenza ingiustificata, per due volte in un anno, causa di decadenza dall'ufficio, costituisce una fondamentale occasione di confronto di tali soggetti con gli altri organi, giacché è in queste sedi che, a ben osservare, vengono assunte le decisioni di maggiore importanza nella vita della società<sup>450</sup>.

In questo contesto, invero, l'esercizio di un controllo *ex ante* sugli atti di gestione da parte dei sindaci, come si è ricostruito innanzi, atto a prevenire, prima ancora che a contenere, la realizzazione di irregolarità nell'amministrazione societaria, trova la sua più evidente manifestazione. La partecipazione alle adunanze dell'organo amministrativo, specialmente, garantisce ai sindaci un punto di vista privilegiato sull'attività gestoria, potendo gli stessi non solo assistere alla formazione dialettica della volontà dell'organo

---

D'AVIRRO, *Profili penali del controllo nelle società commerciali. Sindaci, revisori, autorità indipendenti*, Giuffrè, Milano, 2006, *passim*; L. D. CERQUA, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, *op. cit.*, 1907 e ss.; S. CANESTRARI-L. CORNACCHIA-G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, *op. cit.*, 380 e ss.

Tali teorie si richiamano ad alcune osservazioni espresse *ante* riforma, per alcune delle prerogative già proprie dei sindaci: F. STELLA-D. PULITANÒ, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, *cit.*, 563; M. COLIVA, *Illegale ripartizione di utili e responsabilità dei sindaci. Le altre omissioni e inosservanze del collegio sindacale*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, N. MAZZACUVA (a cura di), Vol. II, Cedam, Padova, 1992, 203 e ss.; P. ARDÌA *La responsabilità penale dei sindaci di società di capitali per l'omesso impedimento dei reati degli amministratori*, *cit.*; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, *op. cit.*, 358. Si rinvia a quanto detto nel capitolo precedente, con riferimento alla posizione dei sindaci, Cap. I, § 3.1.2.

<sup>449</sup> Per gli altri comitati endoconsiliari è prevista una mera opportunità di partecipazione dei sindaci. Secondo quanto disposto dal codice di Autodisciplina, è poi prevista la presenza dei sindaci alle adunanze dei soli amministratori indipendenti. Sulla estensione di questa partecipazione: M. STELLA RICHTER Jr., *Partecipare, intervenire e assistere alle adunanze collegiali delle società azionarie*, in *Riv. soc.*, 2013, 5, 892.

<sup>450</sup> S. AMBROSINI, *L'amministrazione e i controlli nella società per azioni*, in *Giur. comm.*, 2003, 3, 308.

dotato di poteri esecutivi - C.d.A. o comitato esecutivo - ma anche intervenire in modo repentino, per dissuadere questo dalla perpetrazione di attività, che, fin dal momento della loro emersione, paiano contrastare con i principi di corretta gestione, ovvero con le norme legislative o statutarie<sup>451</sup>.

È consentito, in breve, ai singoli membri del collegio, di intervenire sulle potenziali delibere prima ancora che la loro effettiva esecuzione possa determinare effetti *contra legem*, ovvero tali da violare i principi di correttezza amministrativa, nonché ledere l'integrità patrimoniale della società<sup>452</sup>. In tal caso, infatti, il sindaco individualmente non solo può, ma anzi *deve* opporsi<sup>453</sup>, cercando di interloquire e manifestare il proprio motivato dissenso sulla legalità e correttezza delle decisioni che l'organo con poteri esecutivi intenda assumere, potendo altresì far mettere a verbale le proprie osservazioni e riserve<sup>454</sup>.

In buona sostanza, l'intervento che i sindaci sono tenuti<sup>455</sup> ad effettuare è un intervento «*persuasivo e/o dissuasivo*»<sup>456</sup>, che presenta una attitudine impeditiva<sup>457</sup> rilevante ai fini della presente indagine, rivelandosi astrattamente capace di influenzare i processi decisionali del consiglio, o del comitato esecutivo. Benché i singoli membri del collegio non possano creare obblighi specifici in capo agli amministratori e bloccare immediatamente eventuali delibere potenzialmente dannose per l'ente o i terzi, è tuttavia evidente quale effetto una loro segnalazione possa avere nella procedura di adozione della decisione finale. Considerando, infatti, che gli amministratori sono responsabili, già in sede civile, del proprio operato nei confronti della società e dei terzi creditori ai sensi dell'art. 2392 c.c., come si è visto innanzi, risulta invero difficile immaginare che gli stessi possano restare inerti di fronte alle opposizioni di un membro del collegio sindacale

---

<sup>451</sup> N. ABRIANI, *L'organo di controllo*, cit., 117.

<sup>452</sup> In questi termini, esplicitamente: CNDCEC, *Principi di comportamento del collegio sindacale di società non quotate*, 2015, Norma 4.2 e *Norme di comportamento delle società quotate*, Norma Q. 3.5, 2018.

<sup>453</sup> G. A. POLICARO, *Il collegio sindacale*, cit., 287, il quale afferma che tale opposizione deve considerarsi doverosa e giustificata anche quando la delibera amministrativa possa risultare in contrasto con l'interesse sociale.

<sup>454</sup> Secondo una lettura ormai condivisa in dottrina e giurisprudenza, infatti, i sindaci sono qui chiamati non soltanto a presenziare, ma a *presenziare attivamente* a tali momenti di riunione e discussione. A. DE NICOLA, *Il collegio sindacale*, cit., 71; S. AMBROSINI, *I poteri dei sindaci*, in *Il collegio sindacale*, R. ALESSI-N. ABRIANI-U. MORERA (a cura di), Giuffrè, Milano, 2007; G. CAVALLI, *Osservazioni sui doveri del collegio sindacale di società per azioni non quotate*, cit., 67; M. RIGOTTI, *Art. 2403. Doveri del collegio sindacale*, cit., 195; G. DOMENICHINI, *Art. 2405 c.c.*, in *Società di capitali*, G. NICOLINI-A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), Jovene, Napoli, 2004, 761; M. FRANZONI, *Gli amministratori e i sindaci*, *Le società. Trattato diretto da F. Galgano*, Utet, Torino, 2002, 577.

<sup>455</sup> Così le Norme di comportamento del collegio sindacale.

<sup>456</sup> N. ABRIANI, *L'organo di controllo*, cit., 117. Parlava di opera di ammonimento e persuasione già Pedrazzi, in *Reati commessi da persone diverse dal fallito*, op. cit., 286.

<sup>457</sup> F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, 282.

sul loro operato; dinnanzi ad avvertimenti e moniti non ascoltati, è infatti agevole immaginare che tale responsabilità possa essere misurata in termini di particolare rigore, nel caso in cui l'operazione - che era stata segnalata (inutilmente) dal sindaco - venisse successivamente contestata perché pregiudizievole degli interessi coinvolti, anche perché, la segnalazione del sindaco varrebbe poi come una prova difficilmente confutabile della prevedibilità del danno.

Lo stesso è a dirsi per gli amministratori non esecutivi, che sono chiamati a rispondere in solido con i delegati dei danni derivati alla società. Per esempio, «è immaginabile che l'intervento di un sindaco su determinate operazioni che i delegati in conflitto di interessi siano in procinto di perfezionare possa allertare gli amministratori non esecutivi e indurre gli stessi a ritirare le deleghe»<sup>458</sup>.

Particolare rilievo ha poi la presenza dei sindaci alle riunioni dei soci, specie per l'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio. In tal caso il collegio è tenuto a riferire sull'attività di vigilanza svolta e, segnatamente, sui «fatti censurabili rilevati», formulando le proprie proposte in ordine al bilancio e alla sua approvazione, ai sensi dell'art. 2429, comma 2, c.c. Benché i poteri *de quibus* siano in linea di principio espressione di una valutazione collegiale<sup>459</sup>, al singolo sindaco dissenziente si riconosce il potere/dovere di esprimere la propria posizione ed esporre all'assemblea l'eventuale parere difforme<sup>460</sup>.

Si tratta di un'attribuzione di evidente importanza, astrattamente idonea ad impedire il perpetrarsi di programmi criminosi *in itinere*, che in talune situazioni rappresenta persino l'unico strumento di possibile intervento a disposizione del sindaco, per scongiurare la realizzazione del reato. Si pensi alla fattispecie delittuosa di cui all'art. 2621 c.c., come riformato dalla legge n. 69 del 2015. Seguendo la tesi sostenuta da una parte della più recente giurisprudenza, la consumazione dell'illecito coinciderebbe con l'esposizione - o l'omissione - di fatti materiali rilevanti non rispondenti al vero nei bilanci, nelle relazioni o nelle altre comunicazioni sociali dirette ai soci o al pubblico; consumazione che avverrebbe, più precisamente, «nel momento e nel luogo in cui si riunisce l'assemblea ed il bilancio viene illustrato ai soci»<sup>461</sup>. Stando a tale soluzione

---

<sup>458</sup> F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, 282. In senso analogo si orientano le considerazioni di G. GIORDANENGO-F. RESTANO, *Riflessioni in materia di responsabilità civile e penale dei sindaci di società per azioni*, in *Giur. comm.*, 2010, 6, 1095.

<sup>459</sup> Come viene precisato nei *Principi di comportamento del collegio sindacale di società non quotate*, Norma 4.1.

<sup>460</sup> È discusso in dottrina se tale dissenso possa esternarsi attraverso la redazione di una relazione di minoranza. In senso contrario, da ultimo: M. G. PAOLUCCI, *Commento all'art. 2409 c.c.*, in *Commentario breve al Diritto delle Società*, A. MAFFEI ALBERTI (a cura di), Cedam, Milano, 2015, 874; A. DE NICOLA, *op. ult. cit.*, 74.

<sup>461</sup> Cass. Pen. Sez. V, 27 aprile 2018, n. 27170, massimata in *Cass. Pen.*, 2020, 4, 1648; la sentenza riprende una posizione precedentemente espressa dai giudici di legittimità nel vigore della formulazione

interpretativa<sup>462</sup>, dunque, al sindaco sarebbe riconosciuta una finestra temporale per vero molto circoscritta per porre in essere un efficace intervento impeditivo del reato, rilevante ad escludere una sua eventuale responsabilità a titolo di concorso omissivo. Questi potrà, a ragion di logica, soltanto far constare il proprio dissenso nel momento della discussione del bilancio, giacché ogni altro intervento, successivo a tale esposizione, dovrebbe considerarsi tardivo ed incidente su di un reato da ritenersi già compiutamente realizzato.

Ai soli membri del collegio sindacale delle società quotate l'ordinamento riconosce, poi, un peculiare potere, che costituisce forse il più importante elemento di distinzione rispetto alle società non quotate<sup>463</sup>. Il secondo comma dell'art. 151 T.U.F., come riformato dalla legge 262 del 2005, attribuisce ai sindaci la facoltà di convocare gli organi societari. Mentre, però, la convocazione dell'assemblea dei soci può essere esercitata da un numero non inferiore a due sindaci, il potere di convocare il consiglio di amministrazione ed il comitato esecutivo è attivabile dai membri del collegio *anche individualmente*. Si tratta di un'attribuzione di fondamentale rilievo nella geometria del sistema societario, che, come è stato osservato, rappresenta la prima forma di potere reattivo vero e proprio, di fronte a situazioni sintomatiche del compimento di irregolarità o fatti censurabili<sup>464</sup>, e mostra rilevanti potenzialità inibitorie di condotte illecite, così elevando i sindaci di società quotate a una posizione di notevole riguardo per la garanzia della correttezza della gestione dell'impresa.

Tale potere è *diretto e non sostitutivo*, nel senso che può - e dunque deve - essere esercitato dai singoli<sup>465</sup> non appena ne ravvisino l'opportunità, senza dover prima esperire un tentativo di sollecitazione dell'organo collegiale e procedere nel caso in cui questo

---

originaria dell'art. 2621 c.c., prima dell'intervento di riforma del 2002: Cass. Pen. Sez. V, 5 aprile 2000, n. 2160, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2000, 1109.

*Contra*, da ultimo: Cass. Pen. Sez. V, 16 febbraio 2018, n. 21672, *Guida al diritto* 2018, 27, 84.

<sup>462</sup> Che contrasta con l'orientamento dottrinale maggioritario, secondo cui, invece, la consumazione dell'illecito coinciderebbe con il momento del deposito dei documenti ai sensi di legge. Si vedano, sul punto: V. MANES, *La nuova disciplina delle comunicazioni sociali. Commento agli artt. 2621-2621bis-2621ter-2622 c.c.*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari.*, G.B. PORTALE-P. ABBADESSA (diretto da), Giuffrè, Milano, 2016, 3501 e ss.

<sup>463</sup> Sulla maggiore incidenza dei poteri reattivi dei sindaci delle società quotate in presenza di riscontrate irregolarità nella gestione od insufficienze della struttura organizzativa e contabile si era già espresso Renzo Costi: R. COSTI, *Il governo delle società quotate: tra ordinamento dei mercati e diritto delle società*, in *Dir. comm. int.*, 1998, 1, 65, relazione svolta al Convegno su *Governo societario e mercato dei capitali: una sfida per il capitalismo italiano*, svoltosi a Milano il 23 gennaio 1998.

Con riferimento specifico ai poteri impeditivi dei singoli: F. CENTONZE, *op. ult. cit.*, 270.

Evidenzia poi il modularsi differente dell'estensione dei poteri a seconda del modello organizzativo adottato dalla società quotata: S. FORTUNATO, *I controlli nella riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2003, 4, 863.

<sup>464</sup> CNDCEC, *Norme di comportamento di società quotate*, Commento alla Norma Q.6.

<sup>465</sup> G. CAVALLI, *I sindaci*, *cit.*, 101.

resti inattivo<sup>466</sup>. Il sindaco può così operare immediatamente, convocando l'organo esecutivo e far valere dinnanzi a questo le proprie riserve in merito ad attività ancora in fase di esecuzione. È vero che, ancora una volta, l'incidenza del singolo si configura come un potere di stimolo, e non un potere di blocco *stricto sensu* inteso, tuttavia, è innegabile che questo «stimolo» ad evitare agli operativi la perpetrazione di un'azione ritenuta illecita assuma capacità dissuasiva notevole, proprio grazie all'apertura di un importante momento di confronto tra i diversi soggetti coinvolti<sup>467</sup>.

Ebbene, oltre alle attribuzioni menzionate, i poteri di intervento sull'operato degli organi gestori<sup>468</sup> previsti dalla legge, cui può essere riconosciuta astratta efficacia impeditiva, possono essere esercitati dai sindaci soltanto *collegialmente*. Di tal ché, il singolo membro del collegio non potrà far altro che sollecitarne l'attivazione, limitandosi ad un circoscritto ruolo di impulso. È il caso della convocazione dell'assemblea dei soci, di cui all'art. 2406 c.c. Secondo la disciplina codicistica, i sindaci autonomamente, od a seguito di denuncia presentata da uno dei soci ai sensi dell'art. 2408 c.c., possono convocare l'assemblea, previa comunicazione al presidente del C.d.A., qualora, nell'espletamento del proprio incarico, ravvisino fatti censurabili di rilevante gravità e sia necessario provvedere urgentemente. Si tratta di un potere di notevole rilievo, idoneo ad attivare l'organo assembleare, il quale, a sua volta, può eventualmente decidere di adottare provvedimenti di incisiva portata, quali l'avocazione o persino la revoca degli incarichi amministrativi, *ex art. 2383, comma 3, c.c.* Prerogative, queste ultime, certamente capaci di frapporre un ostacolo concreto alla perpetrazione dell'azione illecita degli esecutivi<sup>469</sup>.

Come si diceva, comunque, l'atto di convocazione dell'assemblea è prerogativa collegiale. Nonostante la notevole portata di tale potere sull'eventuale crimine *in fieri*, risulta davvero difficile ipotizzare che dalla mancata attivazione del singolo sindaco possa

---

<sup>466</sup> G. CAVALLI, *Commento all'art. 151 TUF, cit.*, 1256.

<sup>467</sup> Sulla capacità interruttiva dell'attività illecita degli esecutivi si era già espressa parte della dottrina nel vigore della formulazione originaria dell'art. 151, comma 2, T.U.F. A. ROSSI, *La nuova disciplina del collegio sindacale nelle società con azioni quotate in un mercato regolamentato*, in *Impresa*, 1998, 10, 2031.

Si vedano oggi le osservazioni di A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale, op. cit.*, 338-339, che sottolinea come tale capacità impeditiva risulti oggi accresciuta rispetto al passato, a fronte degli interventi normativi succedutisi negli ultimi vent'anni in materia di *corporate governance*, che hanno accresciuto la dialettica degli interessi coinvolti nell'attività di impresa.

<sup>468</sup> Restano chiaramente esclusi, perché non attinenti alla presente indagine, i poteri di intervento privi di efficacia preventiva, quale il potere di deliberare l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori, che si colloca in un momento successivo alla consumazione dell'illecito, e i poteri di intervento sull'operato di altri organi, diversi da quello di gestione, come l'impugnazione delle delibere assembleari, di cui all'art. 2377 c.c.

<sup>469</sup> Sulla portata di tale prerogativa, data la sua strumentalità ai poteri dell'assemblea: R. RUSSO, *Inasprimento del regime di responsabilità dei sindaci e applicazione di sanzioni amministrative*, in *Giur. comm.*, 2019, 2, 357.

discendere una diretta responsabilità per non aver impedito il reato che sia stato commesso. Questi può infatti solamente prospettare al collegio l'opportunità di convocare l'assemblea. A sua volta, l'organo collegiale dovrà discutere la questione e adottare una apposita delibera in tal senso<sup>470</sup>. Una volta convocata, sarà poi l'assemblea a dover deliberare in merito all'adozione del provvedimento che riterrà opportuno nel caso di specie, che non coinciderà necessariamente con la misura della revoca o la avocazione dell'incarico degli esecutivi<sup>471</sup>. È chiaro allora come in un quadro simile sbiadisce la possibilità di individuare uno specifico contributo causale del singolo sindaco rispetto al reato che risulti commesso nella ricostruzione della relativa responsabilità per omesso impedimento<sup>472</sup>.

Un discorso in parte analogo vale, crediamo, per il potere/dovere dei sindaci di impugnare le delibere del consiglio di amministrazione, che non siano state assunte in conformità della legge o dello statuto, *ex art. 2388*, comma 4, c.c., o siano state adottate in violazione delle norme sul conflitto di interessi, di cui all'art. 2391 c.c. Qui, a differenza di quanto avviene per gli amministratori non delegati, che possono esercitare in via autonoma le predette prerogative, impugnando direttamente le delibere che considerano viziate, l'attribuzione è *collegiale*. Piuttosto, il sindaco potrebbe sfruttare l'esistenza di un tale potere in capo al collegio, di cui è parte, per minacciarne l'esercizio di fronte agli amministratori che ritenga stiano compiendo irregolarità, usando tale minaccia come «*strumento di pressione*» sugli esecutivi<sup>473</sup>. Sennonché, la potenziale forza dissuasiva alla realizzazione di illeciti insita in una tale manovra, se ve n'è una, è tutta da dimostrare in sede processuale.

A ben vedere, anche in questo ambito, non si discute tanto della capacità del potere del collegio di bloccare l'attività illecita degli amministratori - ovviamente in tutti i casi in cui il reato non si perfezioni già con la semplice adozione della delibera - piuttosto, il tema da valutare in termini concreti è legato a quale intervento il singolo dovesse porre

---

<sup>470</sup> Come specificano le norme di comportamento del collegio, N. 5.7.

<sup>471</sup> Benché al collegio sindacale sia comunque riconosciuta la possibilità di proporre all'assemblea di adottare tali misure. Una parte della dottrina parla a tal proposito di una mera «*funzione referente*» del collegio sindacale. N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, *op. cit.*, 202.

<sup>472</sup> Una parte della dottrina parla di un «*potere pre-impeditivo*». Riteniamo comunque che forse, in questo caso, si dovrebbe più opportunamente parlare di un potere *pre-pre-impeditivo*, data la complessità della concatenazione di prerogative e soggetti titolari. Sul punto: C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, *cit.*, 673; in senso analogo anche L. MANDELLI, *I «sindaci» di S.p.A. tra doveri di sorveglianza e posizioni di garanzia*, *cit.*, 444.

Si veda anche V. TORRE, *La responsabilità penale dell'organo di controllo sulla amministrazione e dell'organo di controllo contabile*, in *Giur. comm.*, 2012, 4, 564, che però distingue tra convocazione *ex art. 2406 c.c.* e convocazione a seguito di denuncia dei soci, *ex art. 2408 c.c.*

<sup>473</sup> F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, *op. cit.*, 275. Anche Nisco, *op. ult. cit.*, 340, fa leva sulla forza di intimidazione sull'azione degli esecutivi che assume la semplice esistenza di un potere del collegio e la possibilità di esercitarlo.

in essere nella situazione data per evitare l'illecito (doveva sollecitare il collegio, doveva minacciare la sollecitazione al collegio?) e quale efficacia tale intervento avrebbe avuto nella catena causale che ha portato al realizzarsi del reato. Giudizi certamente non immediati, che non possono essere sostituiti da meccanismi presuntivi e, anzi, richiedono una evidente dose di accuratezza nella ricostruzione controfattuale.

Un altro rimedio che prevede sempre il coinvolgimento di un'istanza esterna alla società consiste nella denuncia al tribunale di irregolarità gestorie, definito dall'art. 2409, ultimo comma c.c., come modificato dalla riforma societaria, per le società non quotate, e dall'art. 152 T.U.F., per le quotate. La denuncia deve essere presentata dal collegio sindacale, quando, nell'espletamento della funzione di vigilanza, abbia riscontrato o abbia ragionevoli motivi per sospettare che l'organo amministrativo abbia compiuto gravi irregolarità in violazione dei propri doveri, che possono arrecare un danno alla società. Si tratta di un potere/dovere che presenta, invero, uno spazio operativo ristretto. Come peraltro si è già avuto modo di osservare con riferimento alla prerogativa di denuncia esercitabile dagli amministratori non delegati<sup>474</sup>, il rimedio in oggetto può essere azionato soltanto per sospetti gravi e fondati che riguardano, per di più, non ogni comportamento integrante irregolarità amministrativa, ma soltanto quelle condotte che si rivelino idonee a produrre un danno patrimoniale all'ente, con l'esclusione dunque di tutte quelle violazioni che non incidano su tale interesse sociale.

La denuncia, di poi, secondo una concezione generalmente accolta, costituisce strumento di ultima istanza, attivabile quando non si possa adoperare una misura diversa. A causa della sua elevata capacità di incidere sulla stessa continuità aziendale, si dice, infatti, la denuncia al tribunale deve operare come «rimedio estremo»<sup>475</sup>. Il che significa che l'esperibilità della medesima deve essere oggetto di una ponderata valutazione del collegio, che tenga conto di tutte le circostanze del caso concreto; soltanto una volta che si sia esclusa la possibilità di agire diversamente, si potrà procedere ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2409 c.c.<sup>476</sup>.

Ad ogni modo, come si anticipava, il potere in oggetto è un potere di natura collegiale. «Legittimato alla denuncia è il collegio, inteso come organo e non ciascuno dei suoi componenti» e presupposto per l'esercizio del medesimo è la «specifica delibera del collegio sindacale»<sup>477</sup>. Dunque, anche qui si ripropongono i medesimi problemi in tema di ricostruzione del contributo del singolo membro per il fatto di non aver impedito il reato degli esecutivi, visti con riguardo alle attribuzioni precedenti. Sennonché, la giurisprudenza civile, prima della riforma introdotta con d.lgs. 6 del 2003, che ha

---

<sup>474</sup> Si veda quanto detto al paragrafo 1 e, in particolare, 1.2., Sez. I, Cap. II.

<sup>475</sup> Come specificato nelle Norme di comportamento delle società.

<sup>476</sup> G. DOMENICHINI, *Art. 2405 c.c.*, in *Società di capitali*, G. NICOLINI-A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *op. cit.*, 784; S. VANONI, *L'art. 2409 c.c. e il ruolo del collegio sindacale*, *cit.*, 1198.

<sup>477</sup> CNDCEC, *Norme di comportamento del collegio sindacale di società quotate*.

aggiunto il potere del *collegio* di far ricorso al tribunale, aveva sostenuto come dall'ultimo comma dell'art. 2409 c.c. potesse ricavarsi il potere per i singoli sindaci, individualmente, di esortare il Pubblico ministero ad attivare il rimedio previsto dall'art. 2409 c.c.<sup>478</sup>, come era per gli amministratori. Ai singoli componenti dell'organo di controllo, pertanto, veniva riconosciuta la possibilità di rivolgersi al Pm perché denunciasse al tribunale le irregolarità nella gestione.

Secondo alcuni autori, questo stesso potere individuale può essere riconosciuto ancora oggi ai membri del collegio, non essendovi ragioni che, anche a seguito della novella, ostino alla sua conservazione. L'unico limite è chiaramente rappresentato dal fatto che, a seguito delle modifiche apportate nel 2003, il potere del Pubblico ministero di adire il tribunale è oggi circoscritto ai soli casi riguardanti società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio<sup>479</sup>.

Infine, al collegio sindacale delle sole società quotate è riconosciuto il potere di comunicare alla Consob le irregolarità riscontrate nell'attività di vigilanza, trasmettendo i relativi verbali delle riunioni e degli accertamenti svolti, assieme ad ogni altro utile documento, come previsto dal terzo comma dell'art. 149 T.U.F. Ancora una volta, dunque, un potere di natura collegiale. Le comunicazioni sono oggetto di delibera dell'organo sindacale, sono trascritte nel libro delle adunanze e delle deliberazioni e sono trasmesse alla Autorità, dopo la riunione del collegio, nel corso della quale l'organo deve avere accertato, tenuto conto degli esiti delle verifiche effettuate, l'esistenza dell'irregolarità<sup>480</sup>. Al singolo sindaco è riconosciuta esclusivamente la possibilità di richiedere tale deliberazione e, in caso di diniego dell'organo, la possibilità di far mettere a verbale il proprio voto contrario<sup>481</sup>. Una capacità dunque molto limitata, che porta ad escludere che tale prerogativa possa annoverarsi tra le attribuzioni idonee a definire la relativa posizione di garanzia.

---

<sup>478</sup> Si era espressa in questo senso la giurisprudenza, a partire dalla nota sentenza Cass. Civ. Sez. 17 settembre 1997, n. 9252, in *Soc.*, 1998, 1025, con nota di G. DOMENICHINI. Nello stesso senso, sempre con riferimento aart. 2409 c.c., nella formulazione applicabile «*ratione temporis*» anteriormente alla novella ex d.lgs. n. 6 del 2003 si esprime la giurisprudenza più recente: Cass. Civ. Sez. I, 11 dicembre 2019, n. 32397, in *Riv. dott. comm.*, 2020, 1, 87; Cass. Civ. Sez. I, 3 luglio 2017, n. 16314, in *Riv. dott. comm.*, 2017, 4, 579; Cass. Civ. 13 giugno 2014, n. 13517, in *Giust. Civ. Mass.*, 2014. Nella giurisprudenza di merito, *ex multis*: Trib. Rimini, 23 luglio 2002, in *Giur. comm.*, 2003, 2, 187, con nota di G. CESARONI, *La responsabilità dei sindaci per omessa denuncia al p.m. ai sensi dell'art. 2409 c.c.*

<sup>479</sup> F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, op. cit., 287; S. VANONI, *L'art. 2409 c.c. e il ruolo del collegio sindacale*, cit., 1197.

<sup>480</sup> CNDCEC, *Norme di comportamento del collegio sindacale di società quotate*. Chiaro in dottrina: G. CAVALLI, *Osservazioni sui doveri del collegio sindacale di società per azioni non quotate*, cit., 1245.

<sup>481</sup> Secondo autorevole dottrina l'imposizione di una ponderazione collegiale confermerebbe il convincimento per cui le violazioni denunciabili devono consistere in violazioni *rilevanti*, debitamente verificate ed attentamente valutate attraverso il confronto nel collegio. P. MONTALENTI, *Corporate governance, sistema dei controlli interni e ruolo della Consob: da garante della trasparenza a presidio della correttezza della gestione*, cit., 120.

Il potenziamento delle prerogative dei sindaci e l'estensione dell'area di controllo sulla società, che tende ad anticipare il momento di acquisizione di informazioni e di possibile intervento sull'operato degli amministratori ad una fase preliminare all'adozione stessa delle relative decisioni, alimenta l'immagine del collegio quale garante degli interessi sociali, che deve tutelare cercando di paralizzare l'azione illecita degli esecutivi fin dalla sua origine<sup>482</sup>, fin dalle prime fasi della sua emersione, riscontrabile nel corso delle riunioni del C.d.A. e del comitato esecutivo. In questa logica, del resto, si è visto come il legislatore abbia dotato l'organo di controllo di poteri astrattamente efficaci ad esercitare questo blocco. Se è vero, però, che non si incontrano particolari ostacoli nell'individuare potenzialità di impedimento sull'azione degli amministratori in alcune delle prerogative di competenza collegiale<sup>483</sup>, è altrettanto vero che per le attribuzioni del singolo sindaco il discorso si fa molto più delicato. Come si è osservato, infatti, ai sindaci individualmente sono attribuiti soltanto poteri di intervento mediato, che si inseriscono in processi talvolta particolarmente intricati, tanto che si tende a parlare di loro *attitudine impeditiva*, piuttosto che di *efficacia impeditiva* vera e propria.

Nel ricostruire, allora, che cosa il soggetto avrebbe dovuto fare - e non ha fatto - per scongiurare il realizzarsi dell'evento-reato, la giurisprudenza dovrà operare una verifica di particolare sensibilità e precisione; dovrà procedere, in via preliminare, a distinguere tra sindaci di società quotate e non quotate. I membri delle prime, si è visto, risultano dotati, non soltanto, di poteri istruttori e conoscitivi che consentono una vigilanza più ponderata ed estesa rispetto a quella esercitabile dai secondi, ma, soprattutto, essi, soli, annoverano tra le proprie attribuzioni uno strumento di incidenza di notevole rilievo, qual è il potere/dovere di convocare direttamente l'organo esecutivo e far constare il proprio dissenso in merito ad eventuali irregolarità riscontrate, senza il «filtro della collegialità».

Di poi, così individuata la posizione di garanzia del singolo, attraverso tale opportuna distinzione, il giudice dovrà procedere ad una attenta ricostruzione causale. È vero, infatti, che si accoglie una concezione di potere impeditivo anche indiretto<sup>484</sup> per la individuazione della responsabilità mediante omissione, tuttavia, perché il fatto di reato sia correttamente imputabile al soggetto inerte, deve comunque verificarsi nel caso di specie l'esistenza di un legame eziologico chiaramente individuabile e ricostruibile in

---

<sup>482</sup> Montalenti parla di strumento di dialettica cooperativa: «la funzione di controllo si emancipa da una concezione di mera verifica di conformità ex post per divenire strumento di dialettica cooperativa tra controllori (sindaci, amministratori indipendenti, comitati) e gestori». P. MONTALENTI, *Corporate governance, sistema dei controlli interni e ruolo della Consob*, cit., 120.

<sup>483</sup> In senso contrario, però, nella dottrina recente: L. MANDELLI, *I «sindaci» di s.p.a. tra doveri di sorveglianza e posizioni di garanzia*, cit.; F. GIUNTA, *controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, cit., 609; ID., *La responsabilità penale dei sindaci per i reati degli amministratori*, in *Dir. prat. soc.*, 2007, 6; I. CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova, 2005, 618.

<sup>484</sup> Come si è spiegato innanzi, si vedano Premessa e Capitolo I di questa ricerca.

sede processuale oltre ogni ragionevole dubbio tra il mancato azionamento di tale potere e l'altrui realizzazione del fatto di reato. Riscontro tutt'altro che scontato.

### 3. Le peculiari prerogative dei sindaci di istituti bancari.

La posizione dei sindaci all'interno degli istituti bancari si distingue sotto diversi aspetti rispetto a quella tradizionalmente rivestita dagli stessi soggetti nelle società di diritto comune. Il collegio sindacale, quale «organo con funzione di controllo» di cui alla Circolare 285 del 2013, presenta infatti alcune connotazioni precipue, strettamente correlate allo stesso approccio prudenziale adottato in generale nella disciplina bancaria. La regolazione dell'istituto si rivela, infatti, più attenta e dettagliata, in modo coerente con il principio di «sana e prudente gestione», proprio del sistema bancario, e con la relativa necessità di una oculata misurazione e gestione dei rischi, che incide sulla estensione del compito di controllo e sulle modalità della sua esplicazione<sup>485</sup>. Aspetti che, chiaramente, assumono fondamentale rilievo per l'indagine che si sta qui conducendo.

In particolare, come previsto nella Circolare, oltre a vigilare sull'osservanza delle norme legislative, regolamentari e statutarie, sulla corretta amministrazione, sulla adeguatezza degli assetti organizzativi e contabili della banca, come avviene per le società di diritto comune e per le società quotate, si precisa che l'organo di controllo «ha la responsabilità di vigilare sulla funzionalità del complessivo sistema dei controlli interni. Considerata la pluralità di funzioni e strutture aziendali aventi compiti e responsabilità di controllo, tale organo è tenuto ad accertare l'efficacia di tutte le strutture e funzioni

---

<sup>485</sup> Sulla peculiarità del ruolo del collegio sindacale e della relativa disciplina, orientata diversamente rispetto a quella delle società di diritto comune, in modo coerente con i principi di sana e prudente gestione, si è espressa ampia parte della dottrina. C. FRIGENI, *La governance delle società bancarie*, in *Regole e mercato. Convegno conclusivo del progetto PRIN 2010-2011*, cit., 26 e 27; F. CAPRIGLIONE, *La governance bancaria tra interessi d'impresa e regole prudenziali (disciplina europea e specificità della normativa italiana)*, in *La riforma societaria alla prova dei suoi primi dieci anni*, L. DE ANGELIS-G. MARTINA-A. URBANI (a cura di), Cedam, Padova, 2015, 89 ss.

Prima ancora della entrata in vigore delle Circolari 285/2013, si orientavano in questo senso le tesi di autorevoli studiosi, tra cui si ricorda, in primo luogo, R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Il Mulino, Bologna, 2012, 633, che faceva notare un decisivo allontanamento della regolazione delle società bancarie dalle regole di diritto comune. In senso analogo si vedano anche le riflessioni di: M. SANDULLI, *I sindaci delle banche quali ausiliari di vigilanza*, in *Impresa e società. Studi dedicati a Federico Martorano*, A. BASSI-U. BELVISO-E. BOCCHINI-D. BUONOMO-F. DI SABATO-G. LAURINI-M. SANDULLI (a cura di), Ed. Scient. It., Napoli, 2006, 967 e ss.; G. LEMME, *Amministrazione e controllo nella società bancaria*, op. cit., 114; S. SCOTTI CAMUZZI, *Specificità dei compiti di controllo dei sindaci sull'amministrazione delle banche*, in *Riv. dir. priv.*, 1996, I, 32.

Contra P. SFAMENI, *Commento agli artt. 2043 c.c.-149 T.U.F.*, in *Codice delle S.p.A.*, G. B. PORTALE-P. ABBADESSA (diretto da), op. cit., secondo cui sarebbe innegabile un raccordo funzionale fra tale l'organo e le Autorità di vigilanza, senza però che si possa parlare di nuovi e più pregnanti poteri/doveri di controllo interno.

*coinvolte nel sistema dei controlli e l'adeguato coordinamento delle medesime, promuovendo gli interventi correttivi delle carenze e delle irregolarità rilevate»<sup>486</sup>.*

In tema di controlli interni, dunque, viene espressamente riconosciuto un ruolo di primo piano nei confronti del collegio sindacale, considerato direttamente responsabile di una funzione di vigilanza, di verifica circa il buon funzionamento del sistema e, persino, di coordinamento delle funzioni coinvolte, intendendosi per esse, come specifica il documento di Banca d'Italia, le funzioni aziendali di controllo di secondo (controllo dei rischi, funzione di conformità alle norme), terzo livello (*internal audit*) e la funzione anticiclaggio<sup>487</sup>.

Sulla tipologia di vigilanza cui il collegio deve procedere, si precisa ulteriormente che esso «*ha la responsabilità di vigilare sulla completezza, adeguatezza, funzionalità e affidabilità del sistema dei controlli interni e del RAF*»<sup>488</sup>. Tali espressioni sono state poi interpretate in senso ampio dalla dottrina, che ha evidenziato come in tal modo si sia evidentemente attribuito al collegio un obbligo di vigilanza di tipo continuativa, che secondo taluno inizia dal momento in cui l'organo con funzioni strategiche predispone gli stessi assetti di controllo interno<sup>489</sup>.

Per quanto poi riguarda il livello di approfondimento di questo esame, emerge un aspetto di grande interesse. Il collegio è tenuto a verificare, assieme alla completezza e adeguatezza di tale sistema, anche la sua «*funzionalità ed affidabilità*»<sup>490</sup>. Ebbene, tali espressioni sembrano ampliare il tipo di analisi che deve operare nelle società bancarie, rispetto a quanto previsto dal Codice di Autodisciplina delle società quotate, in cui il collegio sindacale è chiamato semplicemente a vigilare in generale sull'*efficacia* del sistema. Il riferimento alla funzionalità ed affidabilità dei processi coinvolti nel controllo interno, si è detto, comporta il dovere di verificare nello specifico l'efficienza stessa dell'assetto predisposto. L'analisi scende dunque a vagliare la correttezza delle procedure «*nel senso di un riscontro delle regole tecniche relative alla più efficiente e funzionale predisposizione del sistema dei controlli e della gestione dei rischi, ex ante in astratto ed ex post nella concreta attuazione*»<sup>491</sup>.

---

<sup>486</sup> Circolare 285 del 2013, Prima Parte, IV, 1.11.

<sup>487</sup> Sulle funzioni aziendali di controllo si rinvia a quanto verrà analizzato alla Sezione III di questo lavoro.

<sup>488</sup> Circolare 285 del 2013, Parte Prima, IV, 3.14, 32° aggiornamento del 21 aprile 2020, in [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it).

<sup>489</sup> Secondo alcuni autori si configura un obbligo di sorveglianza preventivo riferito al momento di predisposizione degli stessi assetti di controllo. Così: E. FREGONARA-M. CAVANNA, *Il collegio sindacale*, cit., 447.

<sup>490</sup> Come specificato con riferimento ai controlli interni dalla Circolare 285 del 2013. Nello stesso senso si era espressa già Circ. 27 dicembre 2006, n. 263, con esteso riguardo agli aspetti aziendali e agli aspetti organizzativi.

<sup>491</sup> P. F. MONDINI, *Il ruolo dell'organo di controllo nelle nuove regole sulla corporate governance e sul sistema dei controlli interni*, in *Banca impresa e società*, 2015, 1, 47.

Per quanto riguarda invece le modalità con cui l'organo di controllo adempie al proprio obbligo di vigilanza sul sistema di controllo interno, la Circolare ha riconosciuto un ruolo di particolare rilievo alla dinamica dei flussi informativi e descrive in maniera minuziosa il tipo di rapporto che deve caratterizzare la relazione con le altre istanze. Si prescrive in specie che questo può avvalersi delle strutture e delle funzioni di controllo interne all'azienda per svolgere e indirizzare le proprie verifiche e gli accertamenti necessari. A tal fine riceve da queste adeguati flussi informativi periodici o relativi a specifiche situazioni o andamenti aziendali. «*In ragione di tale stretto collegamento l'organo con funzione di controllo è specificamente sentito, oltre che in merito alle decisioni riguardanti la nomina e la revoca dei responsabili delle funzioni aziendali di controllo (controllo dei rischi, conformità alle norme, revisione interna), anche sulla definizione degli elementi essenziali dell'architettura complessiva del sistema dei controlli (poteri, responsabilità, risorse, flussi informativi, gestione dei conflitti di interesse)*»<sup>492</sup>. Si delinea, in buona sostanza, una stretta rete di rapporti in cui il sistema di controllo interno è oggetto di una sorveglianza capillare dei sindaci<sup>493</sup> (che si estende sugli aspetti fondamentali, su cui il collegio è chiamato ad esprimersi), e, al contempo, è esso stesso mezzo di acquisizione di dati sul funzionamento e sulla organizzazione dell'impresa.

Si tratta di aspetti di evidente importanza. La funzione di vigilanza dei sindaci delle banche risulta infatti definita puntualmente, apparentemente più estesa e organizzata rispetto a quanto previsto per le altre tipologie di società. È evidente l'importanza che si attribuisce all'organo di controllo, centro diretto di appositi flussi informativi e responsabile del coordinamento delle varie istanze: tutti elementi che incidono sulla definizione della posizione dei suoi membri all'interno della società e che assumono particolare rilievo al momento in cui si va a ricostruire la loro capacità di conoscenza delle dinamiche interne all'impresa.

Il quadro delle funzioni attribuite ai sindaci di società bancarie viene poi incrementato attraverso il riconoscimento di particolari poteri/doveri reattivi, diversi e ulteriori rispetto agli strumenti messi a disposizione del collegio nelle altre società.

Prerogativa essenziale è costituita dal potere/dovere di segnalazione interno previsto dalle Disposizioni di vigilanza, per cui il collegio informa il C.d.A. delle carenze e irregolarità riscontrate nell'espletamento della propria attività di vigilanza, richiede

---

Nello stesso senso anche C. FRIGENI, *La governance delle società bancarie*, cit., 31.

<sup>492</sup> Circolare 285 del 2013, Prima Parte, IV, 1.11.

<sup>493</sup> Si parla di un «*controllo sui sistemi dei controlli*» nel vigore delle Istruzioni di vigilanza per gli enti creditizi di Banca d'Italia. Il documento delineava un assetto all'interno del quale si attribuiva fondamentale importanza al controllo sindacale sul grado di efficienza del sistema dei controlli interni.

Così, nei primi commenti della dottrina: P. MARCHETTI, *Corporate governance e disciplina vigente*, in *Riv. soc.*, 1996, 422; S. SCOTTI CAMUZZI, *Specificità dei compiti*, cit., 32.

l'adozione di idonee misure correttive e ne verifica poi nel tempo l'efficacia<sup>494</sup>. Questo tipo di coinvolgimento dell'organo di controllo, è stato poi autorevolmente osservato, contribuisce ad incrementare la percezione di una vigilanza continuativa del collegio, che tenta di operare anche in un'ottica di collaborazione con l'organo di gestione, tendendo ad individuare e subito a segnalare ai diretti interessati irregolarità e carenze, cercando di sollecitarne la correzione nel momento stesso in cui emergono.

Assume poi spiccato rilievo il potere/dovere di segnalazione di cui al primo comma dell'art. 52 T.U.B., a norma del quale il collegio sindacale informa senza indugio la Banca d'Italia di tutti gli atti o fatti «*che possono costituire una irregolarità nella gestione delle banche o una violazione delle norme disciplinanti l'attività bancaria*». Tale prerogativa, che presenta *ictu oculi* una capacità impeditiva notevole sull'operato degli esecutivi, estende in modo ragguardevole l'ambito di intervento dell'organo di controllo e dei suoi componenti, con la conseguenza di rafforzarne il ruolo rispetto al diritto comune<sup>495</sup>.

Il primo elemento di distinzione discende dal dato testuale, che impone ai sindaci l'obbligo di comunicare atti o fatti che, non già, costituiscano, ma che, semplicemente, possano costituire irregolarità o violazioni di norme. Il riferimento alla mera potenzialità è stato interpretato dalla dottrina maggioritaria come espressione dell'intento legislativo di non limitare l'intervento del collegio ad una censura di irregolarità o violazioni già poste in essere, ma di anticipare tale intervento quando vi sia il fondato sospetto di situazioni che possano evolvere in un impatto sulla sana e prudente gestione della banca<sup>496</sup>. Ne risulta una notevole anticipazione del momento di attivazione dei sindaci rispetto al generale obbligo di reagire di fronte a irregolarità *già* riscontrate, che connota la disciplina di diritto comune. Quanto poi all'oggetto del potere/dovere di comunicazione, il testo dell'art. 52 T.U.B. fa esplicito riferimento alle eventuali «*violazioni normative*». Benché tale previsione richiami l'onere di vigilanza sull'osservanza della legge, di cui agli artt. 2403 c.c. e 149 T.U.F., si deve comunque sottolineare come da esso si discosti, nella misura in cui, nelle società bancarie, tale controllo deve necessariamente riguardare non solo il rispetto delle regole di diritto

---

<sup>494</sup> Circolare 285 del 2013, Parte Prima, IV, 1.13.

<sup>495</sup> Come è stato osservato da autorevole dottrina, l'art. 52 T.U.F. impone all'organo di controllo interno un «*obbligo tipico a contenuto specifico*» di comunicazione alla Banca d'Italia. P. LUCANTONI, *Il collegio sindacale nelle banche: l'attività di controllo e il raccordo funzionale con la Banca d'Italia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2002, 2, 166; ID., *sub art. 52*, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, F. BELLI-G. CONTENTO-A. PATRONI GRIFFI- M. PORZIO-V. SANTORO (a cura di), Zanichelli, Bologna, 2003, 736.

Sulla differenza di prospettiva rispetto a quella generalmente attribuita al collegio nel diritto civile, in particolare: R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, *op. cit.*, 543.

<sup>496</sup> Secondo una parte della dottrina l'informazione dovrebbe essere fornita anche nel caso di fondato sospetto, mentre la norma sembrerebbe persino prescindere da un accertamento definitivo. F. VELLA-M. PRESTIPINO, *Sub art. 52*, in *Testo unico bancario: commentario*, M. PORZIO-F. BELLI-G. LOSAPPIO-M. RISPOLI FARINA-V. SANTORO (a cura di), Giuffrè, Milano, 2010, 462.

comune e delle regole dettate per le società quotate, nel caso in cui si tratti di banca quotata sul mercato regolamentato, ma qui si aggiunge quella fitta rete di norme specifica del settore bancario<sup>497</sup>, aspetto che complica notevolmente il tipo di verificare che deve essere operata.

L'attribuzione in oggetto assume dunque notevole ampiezza, essendo volta a garantire il rispetto della disciplina (comune e di settore), potenzialmente efficiente nel bloccare sul nascere eventuali iniziative che possano assumere carattere illecito. E questo Un potere/dovere, secondo una parte della dottrina commercialistica, deve ritenersi pertinente tanto all'organo nel suo insieme, quanto anche ai singoli sindaci. Benché, infatti, l'orientamento maggioritario si basi sull'interpretazione letterale dell'art. 52 T.U.B., che parla espressamente di «*collegio sindacale*» e ritenga perciò preferibile rimettere ad una valutazione collegiale la decisione in merito alla comunicazione a Banca d'Italia, una più recente tesi, fondata sull'interpretazione sistematica della norma in esame con altre previsioni del testo unico di recente introduzione, considera possibile procedere ad una lettura alternativa.

*«Le nuove previsioni contenute negli artt. 52-bis e 52-ter – peraltro significativamente contigui all'art. 52 – hanno introdotto nel settore bancario, rispettivamente, l'obbligo per le banche di predisporre sistemi interni di segnalazione delle violazioni da parte del personale (art. 52-bis) e la facoltà per Banca d'Italia di ricevere le segnalazioni medesime (art. 52-ter). E tali novità normative paiono poter incidere sul ruolo del singolo sindaco nell'ambito del dovere di denuncia: se, infatti, alle banche è richiesto di adottare procedure interne di segnalazione delle violazioni anche da parte di un singolo dipendente e, in modo speculare, Banca d'Italia potrà ricevere le segnalazioni anche da parte di un singolo dipendente, sembra meno solida la tesi che ritiene sussistere un potere del collegio di opporsi all'invio di una segnalazione relativa a violazioni dell'attività bancaria o a irregolarità nella gestione, contenente l'opinione qualificata ed informata di un sindaco (e che potrebbe, comunque, essere accompagnata dalla discordante opinione della maggioranza del collegio)»<sup>498</sup>.*

Ai sindaci di società bancarie viene dunque attribuito un potere di particolare portata, un canale comunicativo *ad hoc* con l'Autorità pubblica di vigilanza, che consente di far emergere situazioni patologiche, finanche soltanto sospettate, e di evitare che le stesse sfocino nella realizzazione di un illecito. Si tratta, in altre parole, di una prerogativa che assume peculiare rilievo nella ricostruzione della eventuale responsabilità di tali soggetti per omesso impedimento di reato posto in essere dagli esecutivi e che distingue notevolmente i sindaci delle banche da quelli di altre società.

---

<sup>497</sup> Tra i primi ad evidenziare questo dato, in dottrina: S. SCOTTI CAMUZZI, *Specificità dei compiti di controllo dei sindaci sull'amministrazione delle banche*, cit. 10.

<sup>498</sup> C. FRIGENI, *La governance delle società bancarie*, cit., 36.

*Contra*, invece, prima dell'inserimento degli artt. 52 bis e 52 ter, P. LUCANTONI, *Il collegio sindacale nelle banche: l'attività di controllo e il raccordo funzionale con la Banca d'Italia*, cit., 166.

Contestualmente al riconoscimento di tale potere, scompare il riferimento alla possibile sollecitazione al Pubblico ministero, di cui all'art. 2409 del codice civile, stante la sua inapplicabilità sancita dall'art. 70 T.U.B., comma 7<sup>499</sup>. In misura coerente con la previsione di cui al precedente art. 52, e con la individuazione della Autorità competente in Banca d'Italia, si prescrive, infatti, che, se vi è fondato sospetto che i soggetti con funzioni di amministrazione, in violazione dei propri doveri, abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione che possono arrecare danno alla banca o ad una o più società controllate, l'organo con funzioni di controllo od i soci che il codice civile o lo statuto abilitano a presentare denuncia al tribunale, possono denunciare i fatti alla Banca d'Italia, che decide con provvedimento motivato.

#### **4. Il collegio sindacale quale comitato per il controllo interno e la revisione contabile. Considerazioni in tema di estensione della posizione di garanzia.**

##### **4.1. Il comitato nell'art. 19 del d.lgs. 39/2010.**

Quanto si è sopra ricostruito con riferimento all'organo di controllo deve essere integrato con le previsioni contenute nel d.lgs. 27 gennaio del 2010, n. 39, adottato in attuazione della Direttiva 2006/43/CE, in materia di revisione legale dei conti, e modificato con il d.lgs. 17 luglio 2016, n. 135, che attuava, a sua volta, la Direttiva 2014/56/UE<sup>500</sup>.

In specie, la novella, oltre ad aver riformato i principali aspetti della disciplina della revisione legale, ha riscritto l'art. 19 del d.lgs. 39/2010, che regola i compiti del comitato per il controllo interno e la revisione contabile (CCIRC). Tale comitato è individuato per

---

<sup>499</sup> G. LEMME, *Amministrazione e controllo nella società bancaria*, op. cit., 140.; M. CERA, *Società bancarie quotate e pluralità di vigilanze pubbliche. Atti Convegno (Venezia 13-14 novembre 2015)*, in *Regole del mercato e mercato delle regole. Il diritto societario e il ruolo del legislatore*, G. CARCANO-C. MOSCA-M. VENTORUZZO (a cura di), Giuffrè, Milano, 2016, 537 e ss.

<sup>500</sup> Il nuovo decreto è stato adottato in attuazione della Direttiva 2014/56/UE, che ha modificato la precedente Direttiva 2006/43/CE.

La prima dottrina a commentare il provvedimento normativo ha evidenziato come lo stesso abbia apportato significative novità nel settore della revisione legale dei conti. Si è in particolare osservato come l'attuazione della Direttiva abbia di fatto rappresentato l'occasione per il legislatore italiano per operare una complessiva *revisione* della disciplina nazionale ed una delle novità più rilevanti che sono state apportate è legata alla introduzione del Comitato per il controllo interno e la revisione contabile. Per le prime osservazioni sul tema: R- LUGANO-M. NESSI, *La nuova disciplina della revisione legale prevista dal d.lgs. 27 gennaio 2010 n. 39*, in *Riv. dott. comm.*, 2010, 2, 325 e ss.; C. SOTTORIVA, *La riforma del controllo contabile delle società in Italia: una prima lettura coordinata del decreto legislativo n. 39/2010 in tema di svolgimento della revisione legale dei conti*, in *Riv. dott. comm.*, 2010, 3, 565.

la categoria di enti definiti «*di interesse pubblico*»<sup>501</sup>, elencati all'art. 16 dello stesso d.lgs. 39/2010, tra i quali sono ricomprese anche le società quotate e le banche. Esso, come precisa oggi il comma 2 dell'art. 19 riformato, non si presenta come un nuovo organo, ma costituisce, in sostanza, un ampliamento delle funzioni dei tradizionali organi di controllo societario. La norma stabilisce, infatti, che il comitato si identifica con il collegio sindacale per le società che adottano il modello latino, con il comitato per il controllo sulla gestione nel modello monistico e con il consiglio di sorveglianza del modello dualistico, a condizione che a tale organo non siano attribuite funzioni strategiche di cui all'art. 2409 *terdecies*, comma 1, lett. f *bis*), c.c.<sup>502</sup>; in quest'ultimo caso, si prevede infatti che il comitato non sia fatto coincidere con l'intero consiglio di sorveglianza, ma venga costituito al suo interno.

I compiti del comitato sono individuati all'interno del comma 1 della norma. Si precisa che esso deve:

a) informare l'organo di amministrazione dell'ente sottoposto a revisione dell'esito della revisione legale e trasmettere a tale organo la relazione aggiuntiva di cui all'art. 11 del Regolamento UE 537/2014, corredata da eventuali osservazioni;

b) monitorare il processo di informativa finanziaria seguito dai revisori legali e presentare le raccomandazioni o le proposte volte a garantirne l'integrità;

c) controllare l'efficacia dei sistemi di controllo interno della qualità e di gestione del rischio dell'impresa e, se applicabile, della revisione interna, per quanto attiene l'informativa finanziaria dell'ente sottoposto a revisione, senza violarne l'indipendenza;

d) monitorare la revisione legale del bilancio d'esercizio e del bilancio consolidato, anche tenendo conto di eventuali risultati e conclusioni dei controlli di qualità svolti dalla Consob, a norma dell'art. 26, Paragrafo 6, del Regolamento UE 537/2014, ove disponibili;

e) verificare e monitorare l'indipendenza dei revisori legali o delle società di revisione legale a norma degli artt. 10, 10 *bis*, 10 *ter*, 10 *quater* e 17 del d.lgs. 39/2010 e dell'art. 6 del Regolamento 537, in particolare per quanto concerne l'adeguatezza della prestazione di servizi diversi dalla revisione all'ente a sua volta sottoposto a revisione;

---

<sup>501</sup> La categoria si riferisce, in buona sostanza, ad enti giuridici dotati di una «*spiccata rilevanza pubblicistica*», che ne impone un controllo particolarmente stringente su azione economica e informazione al mercato. Rilevanza che si riverbera sul trattamento sanzionatorio, come emerge dalle fattispecie di reato regolate dagli artt. 27 e ss. del d.lgs. 39/2010. «*La maggior attenzione posta al corretto svolgimento dell'attività e dell'informazione al mercato operata dagli enti di interesse pubblico si riscontra anche nell'apparato sanzionatorio: i reati commessi nell'ambito della revisione degli enti di cui all'art. 16 presentano un maggior disvalore penale e sono puniti, conseguentemente, più severamente*». L. TROYER-A. INGRASSIA, *Prime riflessioni sullo statuto penale del revisore legale a seguito del d.lgs. n. 39/2010*, in *Riv. dott. comm.*, 2010, 3, 595.

<sup>502</sup> Si specifica alla lettera b) del comma 2, art. 19, a condizione che a tale organo non siano attribuite funzioni strategiche di cui all'art. 2409 *terdecies*, comma 1, lett. f *bis*, c.c., nel quale caso, dovrà essere costituito un comitato al suo interno.

f) essere responsabile della procedura volta alla selezione dei revisori legali o delle società di revisione legale e raccomandare i revisori legali o le imprese di revisione legale da designare ai sensi dell'art. 16 del Regolamento UE 537/2014.

Queste le prerogative precisamente indicate dal testo del decreto. Ebbene, su tali specifiche attribuzioni, una volta inquadrata, è necessario svolgere una serie di approfondimenti, fondamentali per l'indagine che si sta sviluppando in questa sede, per comprendere se esse apportino eventuali modifiche alla posizione dei membri degli organi di controllo, investiti delle funzioni del comitato.

In buona sostanza, si impone a questo punto un'analisi più approfondita dei compiti che si sono elencati, volta a comprendere se essi eventualmente incidano sulla estensione della posizione di garanzia dei singoli soggetti e sulla conseguente definizione della loro responsabilità penale, in caso di omesso impedimento di reato commesso da altri nell'ambito della procedura di revisione.

I dubbi più rilevanti sul tema emergono rispetto alle prime quattro competenze indicate al comma 1 dell'art. 19, lett. dalla a) alla d), mentre sembrano potersi escludere dallo studio che qui si propone le funzioni di cui alle lett. e) ed f), di selezione dei revisori e di verifica circa la loro indipendenza, trattandosi di compiti che non concernono direttamente lo svolgimento dell'attività di impresa e sull'attività contabile e che paiono *prima facie* inidonei ad incidere sull'eventuale realizzazione di un reato quali poteri impeditivi, rilevanti nello schema della corresponsabilità omissiva.

#### **4.2. Lettera a): i doveri informativi nei confronti dell'organo di amministrazione.**

Si parta, dunque, dall'inquadrare le funzioni di cui alla lett. a). Come si è visto sopra, il legislatore delegato stabilisce che il collegio sindacale, in veste di comitato per il controllo interno e la revisione contabile, è incaricato di trasmettere una serie di informazioni all'organo di amministrazione dell'ente: deve informare quest'ultimo dell'esito della revisione legale e gli deve trasmettere la relazione aggiuntiva redatta dai revisori, corredata di «*eventuali osservazioni*».

Per quanto concerne la comunicazione «*dell'esito della revisione*», i primi commenti hanno ritenuto che il riferimento debba intendersi come una sorta di previsione «di chiusura» rispetto all'atteggiarsi del rapporto tra revisori legali e organo di controllo. Secondo quanto emerge da diverse disposizioni normative - contenute, oltre che nel d.lgs. 39/2010, anche all'interno del codice civile, del Testo Unico della Finanza, e nei principi contabili - questa relazione risulta caratterizzata da uno scambio costante di informazioni e da continui momenti di confronto. L'organo di controllo e il revisore legale sono tenuti infatti a scambiarsi tempestivamente le informazioni individuate come rilevanti, in modo che entrambi possano espletare al meglio i rispettivi compiti (art. 2409 *septies* c.c. e art. 150, comma 3, T.U.F.). È, del resto, principio generalmente accolto quello per cui il comitato, nello svolgimento dei propri compiti, debba instaurare un flusso informativo

continuo con il revisore legale, con riferimento alle tematiche oggetto della relativa vigilanza, concernenti il processo di revisione<sup>503</sup>. Allo scopo, le Norme di comportamento del collegio sindacale prescrivono, per esempio, che si predisponga un calendario di incontri periodici tra collegio/comitato e revisore e che si adottino sistemi anche informali per lo scambio di dati<sup>504</sup>.

In breve, dunque, come ha precisato una parte della dottrina, l'adempimento del dovere di cui all'art. 19, comma 1, lettera a), rappresenta il punto di chiusura di questo iter; «in effetti, il CCIRC viene informato dell'andamento dell'attività di revisione non solo all'esito della medesima, ma soprattutto in corso d'opera mediante gli incontri periodici con il revisore; in parallelo, in tale sede il CCIRC fornisce al revisore informazioni rilevanti ai fini del processo di revisione»<sup>505</sup>.

Si può dunque considerare che, sul punto, il decreto del 2010 non abbia apportato alcuna rilevante modifica in tema di compiti e prerogative dell'organo di controllo.

Una volta conclusa la procedura di revisione, come si diceva innanzi, spetta poi al comitato dare informazione all'organo amministrativo. Riguardo alla portata di tale dovere si era posta una questione, in sede di primo commento. Ci si chiedeva se, con riferimento a tale comunicazione, il legislatore delegato intendesse riferirsi anche alla relazione di revisione, di cui all'art. 14 d.lgs. 39/2010, in cui i revisori legali esprimono il proprio giudizio sul bilancio d'esercizio e sul bilancio consolidato e illustrano i risultati della revisione<sup>506</sup>. Non era insomma chiaro se, assieme all'informazione circa «l'esito della revisione», il CCIRC fosse tenuto a veicolare all'organo amministrativo anche la stessa relazione predisposta dai revisori legali.

Ad oggi il quesito sembra sia stato pacificamente risolto, essendo ormai unanimemente accolta la tesi che tende a negare quest'onere; si evidenzia, segnatamente, che dove si ricompredesse anche la relazione sulla revisione tra i documenti che il comitato è competente a trasmettere, si finirebbe per riconoscere allo stesso la contestuale competenza ad esprimersi sul contenuto della predetta relazione e si giungerebbe, così,

---

<sup>503</sup> Si veda, sul punto, quanto esplicitato dalle *Norme di comportamento del Collegio Sindacale di società quotate*, cit.

<sup>504</sup> ODCEC, *Norme di comportamento del Collegio Sindacale di società quotate* Norma Q.5.3.– Luglio 2012. Si tratta di adempimenti generalmente individuati in quanto necessari. Sul punto anche ODCEC, *Rapporti tra organi di governance e revisione legale dei conti*, Relazione al convegno tenutosi in data 4 ottobre 2013 a Milano, e pubblicato sul sito internet [www.odcecmi.it](http://www.odcecmi.it).

<sup>505</sup> G. M. GAREGNANI-A. PASCALI, *I compiti del comitato per il controllo interno e la revisione contabile definiti dall'art. 19 del d.lgs. n. 39/2010, così come modificato dal d.lgs. n. 135/2016*, in *Riv. dott. comm.*, 2017, 2, 243 e ss.

<sup>506</sup> Sul contenuto della relazione di revisione, si vedano le indicazioni contenute nel documento redatto da Assonime, Circ. 3 maggio 2010, n. 16, *Il testo unico della revisione legale*, e pubblicato al sito internet [www.assonime.it](http://www.assonime.it).

Successivamente, AA. VV., Assonime, Circolare n. 28/2016, anch'essa reperibile al sito [www.assonime.it](http://www.assonime.it) e oggi pubblicata anche in *Riv. soc.*, *Il nuovo quadro comunitario e nazionale in tema di revisione legale circolare assonime n. 28/2016*, 2017, 2-3.

ad attribuire surrettiziamente all'organo di controllo una competenza che il legislatore, all'art. 14 del d.lgs. 39/2010, ha esplicitamente riconosciuto in capo ai soli revisori. Non solo, così facendo si andrebbe altresì a svuotare di significato le disposizioni dell'ordinamento che escludono in capo al collegio sindacale degli enti di interesse pubblico (tra cui, si ricorda, rientrano le società quotate e le banche) attribuzioni dirette in materia contabile.

Si esclude, quindi, che la trasmissione della relazione *ex art. 14* rientri tra i compiti del comitato.

Diversamente, come si diceva innanzi, al comitato per il controllo interno e la revisione contabile spetta invece provvedere alla trasmissione all'organo di amministrazione della relazione aggiuntiva, di cui all'art. 11 del Regolamento UE 537/2014, corredata da «*eventuali osservazioni*».

Per comprendere l'estensione di tale dovere, è necessario a questo punto procedere ad una sintetica ricognizione circa i tratti essenziali del contenuto e della portata del documento in oggetto.

Come prescritto dalla disciplina europea, negli enti di interesse pubblico la relazione aggiuntiva<sup>507</sup> viene redatta dai revisori legali e presentata al CCIRC dell'ente sottoposto a revisione non oltre la data di emissione della relazione di revisione. Essa «*spiega i risultati della revisione legale dei conti effettuata*» e deve contenere una serie di informazioni «di base»<sup>508</sup>, concernenti, sinteticamente, l'identità e i requisiti dei revisori, l'organizzazione e la pianificazione della revisione, le modalità con cui la stessa attività è stata svolta, i metodi di valutazione applicati alle diverse voci di bilancio e i criteri di consolidamento nel caso di gruppi; la relazione deve altresì segnalare eventuali questioni che siano emerse come significative nel corso della revisione.

Tra le suddette tematiche, quelle che assumono maggiore rilievo ai fini della presente indagine concernono le metodologie di svolgimento della revisione e le principali questioni ad essa inerenti.

Per quanto riguarda il primo tema, relativo alla spiegazione della attività di revisione e ai criteri seguiti nel suo svolgimento, c'è un nodo da sciogliere, relativo alla delimitazione del coinvolgimento del comitato. In particolare, il problema riguarda l'interpretazione del combinato disposto degli artt. 11 del Regolamento UE e 19 del d.lgs. 39/2010, nella parte in cui l'art. 19, come si è detto sopra, chiama l'organo ad esprimere «*eventuali osservazioni*» sulla relazione aggiuntiva. Le due norme, lette in correlazione tra loro, potrebbero astrattamente giustificare un allargamento della prerogativa di vigilanza del comitato sino al merito della revisione.

Ebbene, proprio per evitare indebite confusioni di ruoli, la dottrina maggioritaria precisa oggi che il compito del comitato, anche quando esteso alla modalità di redazione

---

<sup>507</sup> AA. VV., Assonime, Circola n. 28/2016, *cit.*

<sup>508</sup> Prescrive il paragrafo 2 dell'art. 11 del Regolamento che la relazione spiega, oltre ai risultati della revisione, «*quantomeno*» una serie di altre informazioni, elencate dalla lettera a) alla lettera p).

ed ai criteri di valutazione applicati nella revisione, deve intendersi sempre e comunque limitato a verifiche di tipo soltanto formale.

«Il CCIRC è chiamato in sostanza a comprendere l'approccio generale alle diverse aree di revisione e non ad una valutazione di dettaglio sulle modalità di applicazione e svolgimento delle singole procedure di revisione»<sup>509</sup>.

In sintesi, il controllo che deve operare il comitato deve concentrarsi sulla regolarità della procedura adottata, senza scendere mai a vagliare l'opportunità dei criteri di valutazione delle singole poste dei bilanci adottati dai revisori ed il merito delle scelte seguite per la redazione delle scritture contabili, giacché tali controlli sono appannaggio dei revisori contabili e di questi soltanto.

Altro aspetto di particolare rilievo concerne le informazioni sulle questioni principali emerse dalla revisione. Secondo quanto disposto dall'art. 11, par. 2, lett. i), j), k) e p), all'interno della relazione aggiuntiva il revisore segnala, tra le altre voci, eventuali carenze significative nel sistema di controllo interno per l'informativa finanziaria e nel sistema contabile dell'ente sottoposto a revisione o, in caso di bilancio consolidato, dell'impresa madre; questioni significative riguardanti casi di non conformità, effettiva o presunta, a leggi e regolamenti o disposizioni statutarie rilevati nel corso della revisione, nella misura in cui tali questioni siano ritenute importanti per consentire al comitato di espletare le proprie funzioni<sup>510</sup>.

Su questi temi, si osserva in genere, il CCIRC, che riceve la comunicazione, deve effettuare i maggiori approfondimenti e deve sviluppare le proprie osservazioni, che trasmette poi all'organo amministrativo. Attraverso lo studio e l'analisi delle informazioni indicate, il comitato/collegio sindacale viene posto in una condizione privilegiata, in cui ha la possibilità di prendere conoscenza di importanti aspetti, che gli

---

<sup>509</sup> G. M. GAREGNANI-A. PASCALI, *I compiti del comitato per il controllo interno e la revisione contabile definiti dall'art. 19 del d.lgs. n. 39/2010, così come modificato dal d.lgs. n. 135/2016*, in *Riv. dott. comm.*, 2017, 2, 243 e ss.

<sup>510</sup> Si considera che le previsioni di cui alle citate lettere del par. 2 dell'art. 11 Regolamento UE ripropongano il contenuto del previgente comma 3 dell'art. 19, oggi abrogato, secondo cui il revisore legale, o la società di revisione legale, doveva presentare al comitato per il controllo interno una apposita *relazione* sulle questioni fondamentali emerse in sede di revisione legale, ed in particolare sulle carenze significative rilevate nel sistema di controllo interno in relazione al processo di informativa finanziaria. Il contenuto di tale comunicazione veniva individuato con riferimento ai principi di revisione PR 260, per quanto attiene l'individuazione dei fatti oggetto delle comunicazioni; ISA 260, per quanto attiene alla definizione delle «questioni fondamentali»; ISA 265, per quanto attiene alla definizione di «carenze significative».

Sulle modalità di redazione e sul contenuto di tale relazione si veda: ODCEC, *Rapporti tra organi di governance e revisione legale dei conti*, cit., 53 e ss.; AA.VV., Pwc, *La riforma della Revisione. Implicazioni per Sindaci e Amministratori*, 2017, pubblicato online su [www.pwc.com](http://www.pwc.com). In dottrina si vedano le note di F. CAPRIGLIONE, *La vigilanza sull'attività dei revisori legali dei conti*, in *Banca, bors, tit. cred.*, 2010, 6, 709 e ss.; C. SOTTORIVA, *La riforma del controllo contabile delle società in Italia: una prima lettura coordinata del decreto legislativo n. 39/2010 in tema di svolgimento della revisione legale dei conti*, in *Riv. dott. comm.*, 2010, 3, 565 ss.

consentono di poter rilevare per tempo eventuali problemi o malfunzionamenti del sistema e di attivarsi per informare il consiglio di amministrazione nel caso di irregolarità.

Per quanto attiene al contenuto delle osservazioni che il comitato trasmette, la soluzione prospettata dagli interpreti tende ad una lettura, per così dire, restrittiva. Per evitare che le osservazioni sulla relazione aggiuntiva, considerata in genere una «*esegesi del giudizio sintetico contenuto nella relazione di revisione*»<sup>511</sup>, si traducano in osservazioni sul contenuto della stessa relazione di revisione e che da ciò derivi una sovrapposizione di funzioni, in cui il comitato finisce per sconfinare nella competenza propria del revisore, anche in questo caso si specifica che le considerazioni che il comitato è chiamato ad esprimere in questa sede non possono e non devono entrare nel merito del documento, di cui all'art. 14 d.lgs. 39/2010.

Anche a fronte delle indicazioni fornite dal legislatore europeo<sup>512</sup>, la dottrina precisa che le osservazioni richieste dal legislatore interno devono intendersi limitate ad evidenziare aspetti che siano *già* emersi dalla revisione legale e che si ritiene necessitino di interventi, finalizzati al miglioramento continuo dell'informazione finanziaria, da parte degli amministratori<sup>513</sup>. Esse devono riguardare la coerenza dell'attività svolta dall'incaricato della revisione legale «*nel suo complesso rispetto alle caratteristiche strutturali e di rischio dell'emittente*»<sup>514</sup> identificate dal comitato.

Ciò chiarito, si possono svolgere alcune considerazioni, strettamente attinenti al tema oggetto di questa ricerca. Orbene, sulla base di quanto si è sin qui ricostruito, le prerogative individuate dall'art. 19 comma 1 lett. a) assumono particolare rilievo in tema di posizione di garanzia dei membri del comitato. Come si è visto, questo sistema di controllo sulla attività di revisione garantisce ai singoli membri dell'organo la possibilità di vigilare in modo costante sull'operato dei revisori, peraltro attraverso anche uno scambio continuo di informazioni. Allo stesso tempo, il predetto assetto apre un canale comunicativo privilegiato per i componenti del comitato con l'organo amministrativo, consentendo ai controllori di dare tempestiva allerta circa eventuali irregolarità che si siano riscontrate nel processo di revisione. È ben vero che, come si è visto innanzi, il controllo che i sindaci sono qui chiamati ad operare è un controllo di tipo formale, che non dovrebbe scendere, come pacificamente riconosciuto, a vagliare il merito delle scelte contabili; tuttavia, è innegabile che l'assetto descritto finisce per attribuire ai membri

---

<sup>511</sup> G. M. GAREGNANI-A. PASCALI, *cit.*, 243 e ss.

<sup>512</sup> La Direttiva 2014/56/UE precisa che il comitato, oltre a informare l'organo di amministrazione dell'ente sottoposto a revisione dell'esito della revisione legale dei conti, è incaricato di spiegare in che modo la revisione legale dei conti ha contribuito all'integrità dell'informativa finanziaria e quale ruolo abbia avuto lo stesso comitato per il controllo interno e la revisione contabile in tale processo. Art. 39, § 6, lett. a) della Direttiva 2014/56/UE.

<sup>513</sup> In questo senso si è espresso anche A. DE NICOLA, *Il diritto dei controlli societari, cit.*, 207.

G. M. GAREGNANI-A. PASCALI, *cit.* 243 e ss.

<sup>514</sup> Così specificato dalle Norme di comportamento del Collegio Sindacale di società quotate, Norma Q.3.6., 2018, 65.

dell'organo di controllo importanti strumenti, non solo per acquisire conoscenza di un eventuale reato *in fieri*, che dovesse emergere dalla procedura di revisione, ma anche per attivarsi a segnalarlo, così interrompendone la realizzazione.

#### 4.3. Lettera b): la vigilanza sul processo di informativa finanziaria.

Un altro importante compito di vigilanza è individuato dalla lettera b) dell'art. 19, comma 1, in cui il comitato viene incaricato «*di monitorarne il processo di informativa finanziaria e presentare le raccomandazioni o le proposte necessarie a garantirne l'integrità*».

Il menzionato «processo di informativa finanziaria» è inteso come processo di identificazione dei principali rischi connessi alla informazione contabile e di definizione dei controlli da operare come presidio ai rischi individuati. In esso, il CCIRC assume dunque un ruolo centrale, sulla cui estensione è necessario svolgere qualche precisazione.

In primo luogo, è significativo il fatto che il legislatore abbia fatto esplicito riferimento al «processo» dell'informativa, e non abbia invece parlato di «contenuto». In misura coerente con il sistema di partizione di competenze e con la divisione dei ruoli tra collegio sindacale/comitato e revisore legale, si è evidentemente inteso sottolineare che l'attività di controllo che pertiene al CCIRC non può riguardare le informazioni contabili in senso stretto<sup>515</sup>. La vigilanza si limita dunque a controlli di forma sulla correttezza delle procedure e il ruolo del comitato è fondamentalmente quello di verificare periodicamente che il procedimento attraverso cui le informazioni sono prodotte e diffuse sia strutturato in modo adeguato ed efficace<sup>516</sup>.

Nello svolgere questo tipo di funzione il comitato deve provvedere ad un periodico scambio di informazioni con gli altri organi e le funzioni aziendali di controllo<sup>517</sup>, tra cui il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari e l'*internal auditor*<sup>518</sup>.

---

<sup>515</sup> In questo senso, prima della riforma si era espressa la dottrina più autorevole. In particolare: P. MONTALENTI, *Amministratori e controllo nella società per azioni tra codice civile e ordinamento bancario*, cit., § 11; ID., *Amministratori e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, cit., 51; ID., *I controlli societari: recenti riforme, antichi problemi*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, 5, § 8; ID., *Corporate governance e «sistema dei controlli»*, in *Corporate governance e «sistema di controlli» nelle S.p.A.*, U. TOMBARI (a cura di), op. cit., 13; N. ABRIANI, *L'organo di controllo*, *Ibidem*, 108.

<sup>516</sup> G. M. GAREGNANI-A. PASCALI, cit.

<sup>517</sup> Come precisato dall'ODCEC, *Norme di comportamento del Collegio Sindacale di società quotate*, Norma Q.3.6., 2018, 64.

<sup>518</sup> ODCEC, *Norme di comportamento del Collegio Sindacale di società quotate*, cit., 64.

Sulla figura del Dirigente Preposto e dell'*internal auditor*, si rinvia a quanto verrà più ampiamente analizzato all'interno della Sezione III di questo Capitolo.

Così intesa, la norma non pare presentare novità rilevanti rispetto alla disciplina dettata dal codice per il collegio sindacale; al contrario, la funzione in parola risulta una mera specificazione della vigilanza sul rispetto della legge, dei principi di corretta amministrazione e dell'adeguatezza degli assetti organizzativi, già ricompresi tra le prerogative di cui all'art. 2403 c.c.

Il *quid pluris* è rappresentato da quanto la norma specifica subito dopo, per cui, a fronte della compiuta attività di *monitoring*, il collegio, in veste di CCIRC, può presentare raccomandazioni o proposte. Il contenuto e, più precisamente, la funzione di tali raccomandazioni è stato poi definito nelle Norme di comportamento del collegio sindacale<sup>519</sup>, secondo cui «*l'organo, in quanto comitato per il controllo interno e la revisione contabile, è tenuto a monitorare il processo di produzione dell'informativa finanziaria e nell'espletamento di tale attività può presentare raccomandazioni o proposte per garantirne l'integrità, vale a dire l'adeguatezza in termini di capacità di produrre informazioni finanziarie nei confronti dei diversi soggetti interessati che siano al tempo stesso corrette, attendibili e complete*».

Ad ogni modo, si è precisato che si tratta di un potere, anch'esso, da intendersi ristretto in una logica di mera collaborazione con i soggetti coinvolti nel processo, che non attribuisce alcun particolare potere deliberativo in capo al collegio. «*Il potere di presentare queste raccomandazioni o proposte sul processo di informativa finanziaria è un potere che si inserisce nella dinamica di natura collaborativa senza poter sconfinare in una forma di compartecipazione alla decisione*»<sup>520</sup>. Si tratta, in specie, di una «mera proposta» da indirizzare all'organo amministrativo, che resta comunque sempre l'unico ad avere il potere di strutturare il processo di informativa finanziaria, essendo lui solo titolare del potere di gestione dell'assetto amministrativo e contabile della società, *ex art. 2392 c.c.*<sup>521</sup>.

Ebbene, ciò compreso, si può osservare che la prerogativa in oggetto di per sé non configura un potere di intervento sull'azione altrui. Essa si presenta come funzione di controllo strutturale sul processo informativo apprestato dalla società e si traduce, al più, nella formulazione di atti di mera *moral suasion*, quali raccomandazioni e proposte da indirizzare all'organo amministrativo. L'incarico di cui all'art. 19 comma 1 lettera b), dunque, di per sé non importa rilevanti novità in tema di posizione di garanzia dei singoli membri del comitato/collegio sindacale. Tuttavia, si deve osservare che, anche in questo caso, la rete di rapporti e di coordinamento con le altre istanze sottesa al corretto espletamento di tale compito incide potenzialmente sulla possibilità del singolo sindaco di acquisire contezza di eventuali irregolarità connesse al sistema contabile e di azionare una catena dei controlli astrattamente passibile di bloccare l'eventuale reato *in itinere*.

---

<sup>519</sup> Norme di comportamento del Collegio Sindacale di società quotate, *cit.*, 63, in cui peraltro si afferma l'opportunità che tali comunicazioni vengano effettuate in forma scritta.

<sup>520</sup> AA. VV., Assonime, Circola n. 28/2016, *cit.*, 51.

<sup>521</sup> Assonime, Circ. 28/2016, *cit.*, 51.

#### 4.4. Lettera c): la vigilanza sui sistemi di controllo interni.

L'art. 19 comma 1 lettera c) prescrive, come riportato innanzi, che il comitato deve «controllare l'efficacia dei sistemi di controllo interno della qualità e di gestione del rischio dell'impresa e, se applicabile, della revisione interna, per quanto attiene l'informativa finanziaria dell'ente sottoposto a revisione, senza violarne l'indipendenza».

Invero, questo incarico, specialmente dove si fa riferimento all'efficacia dei sistemi di controllo interno della qualità e di gestione del rischio, sembra porsi in una ottica di «continuità» con i doveri già previsti dall'ordinamento in capo ai sindaci<sup>522</sup>. Si tratta di doveri di vigilanza che, a ben vedere, possono ritenersi già compresi tra le funzioni di controllo sugli assetti organizzativi, cui fa riferimento l'art. 2403 c.c., di cui controllo interno e gestione del rischio costituiscono, come si è visto nel corso della trattazione, un segmento. Peraltro, un riferimento espresso alla vigilanza del collegio sul sistema di controllo interno è contenuto all'art. 149, comma 1, lett. c), T.U.F., e all'art. 7 del Codice di Autodisciplina, per le società quotate, così come esplicita menzione è rinvenibile nella disciplina delle società bancarie, alle indicazioni contenute nella Circolare di Banca d'Italia n. 285/2013, che si è vista innanzi.

Non pare, quindi, che la norma citata aggiunga alcunché di diverso e di nuovo rispetto alla disciplina prevista per il collegio sindacale dalle altre norme dell'ordinamento.

In senso analogo, a fronte anche delle delucidazioni fornite sul punto dal Consiglio nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili, si è osservato che neppure il riferimento al «controllo della qualità» di cui alla lett. c) apporti rilevanti novità. Si rileva, infatti, che, negli enti in cui è previsto, il predetto controllo deve comunque intendersi parte integrante dello stesso sistema dei controlli interni; la sua menzione tra i compiti di monitoraggio del comitato non aggiunge, quindi, nulla di diverso rispetto alla competenza di vigilanza già propria dell'organo sindacale<sup>523</sup>.

In questo caso, in sintesi, la previsione riportata non si ritiene estenda o modifichi in alcun modo le funzioni del collegio, né con riferimento all'oggetto del controllo, né tantomeno con riferimento ai poteri di azione dei singoli membri, sicché essa non assume particolare rilievo per la ricostruzione delle relative posizioni di garanzia.

---

<sup>522</sup> Il punto pare pacifico. Sul tema, comunque, si vedano le riflessioni di: G. M. GAREGNANI-A. PASCALI, *cit.*

<sup>523</sup> ODCEC, *Norme di comportamento, cit.*, 2018, Norma 3.5. e 3.6.

Si veda poi in dottrina quanto di recente esplicitato da: M. GAREGNANI-A. PASCALI, *op. cit.*, 243 e ss.

#### **4.5. Lettera d): la vigilanza sulla revisione legale dei conti.**

L'ultimo aspetto da sondare per l'indagine che si sta conducendo, come anticipato, riguarda la previsione di cui alla lett. d). Si prescrive che il CCIRC degli enti di interesse pubblico è incaricato di monitorare la revisione legale del bilancio d'esercizio e del bilancio consolidato, anche tenendo conto di eventuali risultati e conclusioni dei controlli di qualità svolti dalla Consob, a norma dell'art. 26, Paragrafo 6, del Regolamento UE 537/2014, ove disponibili.

Questa previsione normativa, già prima dell'intervento della riforma del 2016, aveva sollevato alcune perplessità. Similmente a quanto avviene oggi, la norma, nella sua formulazione originaria, prescriveva infatti che il comitato vigilasse sulla «*revisione legale dei conti annuali e dei conti consolidati*».

Ebbene, si osservava da più parti come tale dicitura rappresentasse uno degli aspetti più problematici della disciplina dettata dal d.lgs. 39/2010, giacché, dove la si fosse interpretata in senso ampio, avrebbe consentito di argomentare una responsabilità del CCIRC per il controllo sullo stesso merito delle operazioni di revisioni contabile. Soluzione che, secondo la dottrina maggioritaria, non poteva essere accolta<sup>524</sup>. Proprio per evitare di riconoscere al comitato una competenza che sarebbe sconfinata in un controllo di merito sulla contabilità, diversi autori precisavano che questo tipo di vigilanza doveva intendersi come semplice «*supervisione sintetica e meramente procedurale sulle conduzioni dell'attività del revisore*»<sup>525</sup>, e non poteva essere intesa come una valutazione sulla corretta applicazione dei singoli principi di revisione da parte della società di revisione.

La stessa tesi viene ribadita oggi con maggior forza. Il riferimento esplicito alle risultanze del controllo sulla qualità del revisore compiute da Consob, contenuto nel dettato della norma riformata con il d.lgs. 135/2016, sembra infatti suffragare ulteriormente questa lettura. I controlli di qualità richiamati hanno ad oggetto, per l'appunto, l'aspetto procedurale della revisione. Più precisamente, secondo quanto previsto dall'art. 26, paragrafo 6 del Regolamento UE 537/2014, devono comprendere: a) una valutazione della struttura del sistema interno di controllo della qualità del revisore legale o dell'impresa di revisione contabile; b) una verifica adeguata della conformità delle procedure e un riesame dei file di revisione degli enti di interesse pubblico, per

---

<sup>524</sup> L'art. 19, nella sua originaria formulazione prescriveva:

«*il comitato per il controllo interno e la revisione contabile vigila su: c) la revisione legale dei conti annuali e dei conti consolidati*».

<sup>525</sup> Nel vigore della precedente disciplina: P. MONTALENTI, *Amministratori e controllo nella società per azioni tra codice civile e ordinamento bancario*, cit., § 11; ID, *I controlli societari: recenti riforme, antichi problemi*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, 5, § 8; C. SOTTORIVA, *La riforma del controllo contabile delle società in Italia: una prima lettura coordinata del decreto legislativo n. 39/2010 in tema di svolgimento della revisione legale dei conti*, cit., 565 ss.; A. BERTOLOTTI, *La revisione legale dei conti*, in *Le nuove S.p.a.*, O. CAGNASSO-L. PANZANI (diretto da), Zanichelli, Bologna, 2012, 360.

verificare l'efficacia del sistema interno di controllo della qualità; c) una valutazione del contenuto dell'ultima relazione di trasparenza annuale pubblicata da un revisore legale o da un'impresa di revisione contabile, a norma dell'articolo 13 del Regolamento<sup>526</sup>.

Ebbene, come si diceva, il fatto che, nella sua attività di vigilanza, il comitato debba tener conto anche di queste risultanze, dove disponibili, pare confermare ulteriormente che si tratta di un controllo a carattere metodologico, che riguarda per lo più la strutturazione della attività del revisore<sup>527</sup>. Non vi sono quindi novità di rilievo, sul punto, che debbano possano incidere sulla particolare posizione rivestita dai membri del comitato.

#### **4.6. L'estensione della posizione di garanzia dell'organo di controllo.**

Si possono, a questo punto, svolgere alcune osservazioni di sintesi.

Sulla base di quanto si è ricostruito, sembra ragionevole osservare una generale estensione della posizione di garanzia per i membri del collegio sindacale degli enti di interesse pubblico, a fronte delle peculiari prerogative loro attribuite dall'art. 19 del d.lgs. 39/2010.

Più precisamente. A ben ragionare, il controllo che l'organo è chiamato ad operare sul sistema amministrativo-contabile della società non varia rispetto a quanto indicato dalla disciplina contenuta in altre parti dell'ordinamento. Per le società quotate e le banche, enti di interesse pubblico, vale dunque sempre la partizione delle competenze definita nella rispettiva disciplina, che attribuisce ai soli revisori il controllo di merito sulla contabilità, e che limita la vigilanza che il collegio sindacale è chiamato ad operare ad un semplice vaglio sintetico sull'efficienza e la funzionalità del sistema di revisione. Il tipo di controllo che l'organo è chiamato ad operare, anche in veste di comitato *ex art.* 19 d.lgs. 39/2010, rimane pertanto fortemente circoscritto in materia contabile. Tuttavia, con il decreto del 2010 si inseriscono importanti canali di comunicazione e confronto, flussi informativi e mezzi di collaborazione, che connettono direttamente il collegio

---

<sup>526</sup> Per un approfondimento dei controlli di qualità, si vedano le indicazioni fornite dalla Associazione Italiana dottori commercialisti ed esperti contabili (AIDC), *La revisione legale dei conti. I controlli di qualità*, in 8 novembre 2018, pubblicata sul sito [www.aidc.it](http://www.aidc.it); ODCEC, *Il controllo della qualità: le fonti di riferimento*, 7 aprile 2011, in [www.odcec.it](http://www.odcec.it).

<sup>527</sup> Con riferimento al coordinamento di organi nella vigilanza sulla revisione e in particolare sul coordinamento con la Consob nella vigilanza sui revisori negli enti di interesse pubblico: F. CAPRIGLIONE, *La vigilanza sull'attività dei revisori legali dei conti*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, 6, 709 e ss.

Sulla necessità di ampliare le competenze in tema di controllo sull'indipendenza del revisore e in tema di comunicazione con esso, si veda: G. STRAMPELLI, *La revisione contabile nell'Unione europea: i risultati della consultazione della Commissione sul Libro verde del 2010*, in *Riv. soc.*, 2011, 2-3, 432.

sindacale (in quanto comitato) con gli altri esponenti aziendali e con i revisori, e che coinvolgono poi direttamente anche la stessa Consob<sup>528</sup>.

In breve, ci sembra di poter concludere che, benché le disposizioni contenute nel d.lgs. 39/2010 non attribuiscano in capo ai sindaci (o comunque in capo ai membri degli organi di controllo) poteri di azione diretta sull'eventuale illecito che altri stia commettendo e che coinvolga la tenuta della contabilità d'impresa e la sua revisione, ad essi la normativa riconosce una serie di mezzi di raccolta e scambio di informazioni privilegiati, idonei ad incidere, quantomeno sul piano *astratto*, sull'eventuale azione illecita altrui nell'ambito della procedura di revisione contabile<sup>529</sup>.

## **5. La responsabilità omissiva dei sindaci nella giurisprudenza più recente. Una pregevole pronuncia di merito.**

Sulla base di tutto quanto si è ricostruito sin d'ora, possiamo osservare che le peculiarità che connotano la posizione dei sindaci all'interno dell'organigramma societario impongono che, nell'accertamento di una loro responsabilità penale per omesso impedimento del reato altrui, la Autorità giudiziaria proceda ad un attento vaglio, che tenga nella opportuna considerazione molteplici aspetti, *in primis* le caratteristiche della società stessa in cui il reato è stato commesso. Come si è visto innanzi, la tipologia di ente in cui il soggetto risulta inserito (che si tratti di società chiusa o aperta, ovvero di istituto che opera in un settore sottoposto a vigilanza speciale, come le banche) incide in maniera talvolta notevole sui poteri *individualmente azionabili* dal singolo sindaco, per impedire l'azione illecita altrui.

A questa prima ricognizione astratta deve poi seguire una attenta ricostruzione fattuale, che tenga conto della particolare struttura adottata dalla società nel caso di specie, della collocazione degli organi all'interno dell'organigramma e di come le attività

---

<sup>528</sup> Come prescritto alla lett. d), indipendentemente dalla categoria di appartenenza dell'ente di interesse pubblico.

Alcuni autori, con riferimento alla disciplina del d.lgs. 39/10 hanno osservato una particolare estensione, del resto, delle funzioni di Consob, che esulano dalla disciplina delle società quotate e dei mercati finanziari, che diviene, così, un'autorità «a competenze trasversali», che riguardano i diversi settori finanziario, bancario e assicurativo. Così E. FREGONARA-M. CAVANNA, *La revisione contabile*, in *Diritto del governo delle imprese*, M. IRRERA (diretto da), Giappichelli, Torino, 2016, *cit.*, 466, che citano a loro volta le considerazioni di P. GIUDICI, *La revisione legale*, in U. TOMBARI (a cura di), *op. cit.*, 133.

<sup>529</sup> Prima della riforma osservava Sottoriva che la disciplina del d.lgs. 39/2010 non riconosceva in assoluto nuovi poteri e doveri ai componenti del comitato, che dovevano fare riferimento a quelli loro già attribuiti dalla legge: C. SOTTORIVA, *Il comitato di controllo interno e per la revisione contabile introdotto dall'art. 19 del d.lgs. 39/2010: riflessioni in sede di prima istituzione alla luce delle indicazioni dell'Unione europea*, in *Riv. dott. comm.*, 2011, 1, 129 e ss., in particolare § 5. Ad oggi, si è visto come la riforma abbia aggiunto nuovi adempimenti, tuttavia, a questi non si può riconoscere la qualifica di poteri/doveri reattivi con efficacia impeditiva dell'eventuale illecito altrui.

di vigilanza ed azione siano eventualmente frazionate tra più soggetti in essa operanti, per verificare come l'imputato avrebbe potuto intervenire sull'azione altrui. In questo processo di sussunzione del caso concreto nel paradigma astratto del concorso mediante omissione si colloca uno degli elementi certamente più problematici e delicati dell'indagine, relativo alla ricostruzione del rapporto eziologico eventualmente esistente tra il potere non azionato nel caso concreto dal soggetto ed il verificarsi del fatto di reato. Si è visto che l'unica tipologia di potere di intervento che i singoli sindaci hanno a disposizione è quella del potere mediato. Ebbene, perché il mancato azionamento dello stesso possa rilevare ai sensi e per gli effetti dell'art. 40 cpv. c.p.<sup>530</sup>, è imprescindibile che il giudice proceda ad una corretta ricostruzione controfattuale. Sulla base delle risultanze probatorie, dovrà attentamente valutare se esso, nel concreto, si ponesse quale condizione necessaria, benché non sufficiente, ad impedire l'illecito per cui si procede. Solo così la sua omissione potrà rilevare penalmente, garantendo che la responsabilità del sindaco per il fatto altrui sia *personale* e non si ponga, invece, come una responsabilità da mera posizione.

Ciò posto in tema di ricostruzione della tipicità oggettiva, deve poi seguire una accorta individuazione dell'elemento soggettivo della fattispecie contestata; in particolare, in ipotesi di concorso in reato doloso, vale a dire nella grande maggioranza dei casi, la necessaria verifica circa l'eventuale sussistenza del dolo dell'omittente, quantomeno nella sua forma eventuale, richiederà che vengano adottate diverse cautele. Anche nell'effettuare tale esame il giudice non potrà astenersi da un preliminare vaglio della struttura societaria in cui il soggetto ha operato.

È fondamentale analizzare, previamente, quale sia l'estensione del dovere di vigilanza dei sindaci nel caso concreto, diversamente declinato a seconda della suddivisione di compiti decisa dall'ente, potendo le competenze di controllo risultare ripartite tra più organi, interni ed esterni; ciò ricostruito, si deve poi esaminare nella situazione data se i membri del collegio, a fronte di tali ripartizioni, avessero effettivamente la possibilità di acquisire contezza dei fatti di gestione ritenuti inficiati da irregolarità, in base alla dinamica dei flussi informativi e al corretto funzionamento dei medesimi<sup>531</sup>. Si deve quindi verificare che il singolo, in base alle proprie capacità di

---

<sup>530</sup> L'interpretazione, come già ribadito, è conforme alle tesi sostenute dall'orientamento oggi maggioritario della dottrina, che si richiama alle riflessioni espresse dei primi Maestri: C. PEDRAZZI, *Società commerciali (nuova disciplina penale)*, cit., 597 e ss.; e, con specifico riferimento alla figura dei sindaci, F. STELLA-D. PULITANÒ, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, cit., 563; M. COLIVA, *Illegale ripartizione di utili e responsabilità dei sindaci. Le altre omissioni e inosservanze del collegio sindacale*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, N. MAZZACUVA (a cura di), Vol. II, cit., 203.

<sup>531</sup> Diversi Autori evidenziano, del resto, l'esistenza di una decisa *asimmetria informativa* tra amministratori e sindaci. Questi ultimi, infatti, nonostante le innovazioni introdotte in tema di autonomi poteri ispettivi, per la conoscenza di alcune informazioni o dati relativi a particolari passaggi gestionali, dipendono dalle stesse comunicazioni che sono loro fornite dagli amministratori, non avendo la gestione

conoscenza, ricostruite attraverso il riferimento alle relative prerogative di vigilanza, avesse avuto *reale contezza* dell'illecito *in itinere* e avesse scelto di non intervenire e di non azionare quel potere/dovere che, nel caso concreto, ne avrebbe impedito la commissione oltre ogni ragionevole dubbio, ovvero che avesse quantomeno percepito l'esistenza di segnali di allarme, da cui si fosse poi effettivamente rappresentato la realizzazione di *quel* reato che si stava compiendo e avesse ugualmente deciso di non agire. Giudizio, quello così brevemente schematizzato, di non certo immediata praticabilità.

Ebbene, nella giurisprudenza recente, è dato riscontrare un esempio davvero notevole di applicazione puntuale di questi molteplici passaggi. Si tratta della sentenza n. 355/16 R. Sent. del Tribunale di Rimini, pronunciata in data 12 luglio 2016<sup>532</sup>, con cui il Giudice dell'Udienza preliminare ha prosciolto *ex art.* 425 c.p.p., tutti i membri del collegio sindacale di Banca Carim, imputati per concorso mediante omissione negli illeciti posti in essere dagli esecutivi.

Seguendo una prassi oramai consolidata della magistratura penale<sup>533</sup>, il Pubblico ministero, contestando agli amministratori dell'istituto bancario reati di falso in bilancio, consistenti nella iscrizione di crediti deteriorabili, come disciplinati dall'art. 2622 c.c. nel testo *ante* riforma del 2015, vigente al momento dei fatti, aveva automaticamente coinvolto nelle indagini anche i sindaci della società, che riteneva concorrenti nel reato. L'imputazione veniva formalizzata con richiesta di rinvio a giudizio e cristallizzata nel fatto di non aver vigilato correttamente, «*omettendo il dovuto controllo ed ogni attività di riscontro tra la realtà finanziaria e patrimoniale della società e la sua falsa rappresentazione nel bilancio*».

A fronte delle risultanze emerse nel corso delle indagini, la pubblica accusa aveva verificato che le poste contabili iscritte a bilancio, legate a crediti deteriorabili oggetto della contestata *falsità*, erano state esaminate durante le riunioni del C.d.A. di Banca Carim: riunioni in cui gli stessi membri del collegio sindacale avevano *presenziato* costantemente, come risultava dai relativi verbali. Questa presenza acclarata, stando all'ipotesi del Pm, avrebbe consentito ai sindaci di apprendere del reato che si stava

---

diretta dell'impresa; di tal ché, può ben accadere che, dove le informazioni fornite dal C.d.A. siano falsate, artatamente occultate, i membri del collegio rimangano all'oscuro di alcune delle vicende societarie. G. TRAVAGLINI, *Brevi note in tema di responsabilità concorrente dei sindaci in caso di mancato esercizio dei loro poteri reattivi. Il requisito necessario del nesso causale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 5, 1618.

<sup>532</sup> Sentenza n. 355/16 R. Sent. del Tribunale di Rimini, pronunciata in data 12 luglio 2016 e depositata in data 8 novembre 2017, *inedita*, relativa alla vicenda che ha coinvolto la *governance* di Banca Carim.

<sup>533</sup> Si tratta di quella stessa prassi da tempo stigmatizzata dalla dottrina, per cui, al momento del riscontro della commissione di un fatto di reato nella gestione dell'impresa, la Procura tende ad indicare a registro indagati tutti i soggetti che risultino in qualche modo coinvolti nella gestione societaria. La stessa prassi che abbiamo visto criticata dal Dott. Pignatone, con la celebre circolare n. 3225/2017 (di cui alla Premessa al Capitolo II di questo lavoro).

compiendo e di intervenire nel momento stesso in cui le iscrizioni contabili venivano discusse. Gli imputati avrebbero quindi potuto - e dovuto - imporre in tale sede le necessarie rettifiche, o comunque non approvare il bilancio, in modo tale da impedire che la condotta di falsificazione si traducesse in un danno alla società<sup>534</sup>.

Nel valutare l'eventuale fondatezza di quanto prospettato dall'accusa, il G.u.p. ha proceduto ad una preliminare ricostruzione giuridica della posizione dei sindaci e delle relative prerogative di controllo, soffermandosi in particolare sulla estensione dell'attività di vigilanza riservata al collegio sul sistema *amministrativo contabile* della società, che ha considerato profondamente incisa dalla riforma del 2003. In specie, il giudice ha messo in evidenza come la novella sul diritto societario abbia modificato in misura invero rilevante l'intera disciplina dell'organo sindacale: sono state «*stravolte*» le funzioni di controllo dei conti, le quali, come previsto a norma dell'art. 2409 *bis* c.c., sono oggi trasposte nella competenza dei revisori esterni, salvo che per i casi eccezionali di cui al secondo comma dello stesso articolo. Si è così ridotta, ha osservato il giudice di prime cure, «*l'area di azione dei sindaci*», ristretta al controllo sull'amministrazione e alla vigilanza sull'osservanza della legge e dell'atto costitutivo, mentre è stato eliminato ogni riferimento alla verifica della regolare tenuta delle scritture contabili e della correttezza sostanziale del bilancio.

Nell'ambito del controllo sull'amministrazione, ha osservato poi il G.u.p. - esattamente come abbiamo visto innanzi anche nella nostra ricostruzione - sopravvive un riferimento al sistema contabile (che emerge dalla previsione di cui all'art. 2403 c.c. sul dovere di vigilare sull'adeguatezza della struttura organizzativa, amministrativa e contabile adottata dalla società e sul suo corretto funzionamento) ma il controllo che il collegio è ora chiamato ad operare è ben diverso rispetto a quello prefigurato dalla disciplina precedente. Come risulta dal combinato disposto delle norme codicistiche e dalle previsioni del d.lgs. 39/2010, infatti, la valutazione di *adeguatezza* che deve approntare consiste in un semplice giudizio professionale emesso sulla base di un'analisi delle caratteristiche del sistema, «*desumibili dai flussi informativi*» acquisiti dagli altri organi.

*«L'attività di vigilanza del collegio sindacale è volta dunque ad assumere adeguate informazioni sull'esistenza di un sistema idoneo ad assicurare la completezza e correttezza dei dati economico-finanziari. Il giudizio del collegio sindacale sul sistema amministrativo-contabile deriva dall'esito del confronto e dello scambio di informazioni con i diversi organi deputati ai controlli interni ed esterni; non si tratta di merito sui risultati dell'attività amministrativo-contabile, bensì di un giudizio sintetico*

---

<sup>534</sup> Il reato contestato, come anticipato, era infatti il falso in comunicazioni sociali, in danno della società, dei soci o dei creditori, come regolato dall'art. 2622 c.c. *ante* riforma del 2015, che si configurava quale reato di *danno*. Per tutti: N. MAZZACUVA-E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, Cedam, Trento, 2016, 63 e ss.

sull'efficienza e la funzionalità del sistema, svolto alla luce dei rischi rilevanti emersi in tali aree operative»<sup>535</sup>.

Alla stessa stregua, di controllo soltanto sintetico si deve trattare con riferimento anche alla vigilanza specifica sul *bilancio di esercizio*. In merito ad esso, ha precisato il Tribunale di Rimini, al collegio spetta un mero controllo sull'osservanza da parte degli amministratori delle norme procedurali inerenti alla sua formazione, deposito e pubblicazione. Si deve trattare di vigilanza di corretta redazione formale, «senza giungere alla verifica della rispondenza ai dati della contabilità, ad accertare la verità-correttezza e la chiarezza del bilancio ed in particolare la corretta iscrizione in bilancio delle attività, delle passività e dei componenti reddituali, essendo venuti meno i compiti specifici nel settore della contabilità e del bilancio come previsti dal vecchio art. 2403 c.c.»<sup>536</sup>.

Anche in tal caso, peraltro, la vigilanza, di regola, viene effettuata attraverso l'acquisizione di informazioni dagli organi adibiti specificamente a tali analisi, il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili ed il revisore legale, confrontate con i dati di cui il collegio entra a conoscenza a seguito della partecipazione alle riunioni del C.d.A. e degli organi sociali. Ciò non significa, osserva l'autorità giudicante, che i sindaci siano autorizzati a far cieco affidamento sul giudizio di tali organi, tuttavia, l'eventuale attivazione di verifiche suppletive, attraverso l'esercizio dei poteri ispettivi loro attribuiti dalla legge, sono da intendersi come verifiche «indotte», in presenza di atti od informazioni che presentino caratteri di sospetto e potenziale pericolosità, c.d. «indici di patologia societaria».

Ebbene, è all'interno di questo circoscritto ambito di controlli, che deve essere vagliata l'eventuale responsabilità omissiva dei sindaci nel reato commesso sul bilancio dagli amministratori. Solamente qualora si sia dimostrato che, questi, pur a fronte di tali limitate competenze cognitive, avessero appreso l'esistenza di una condotta illecita nella redazione del bilancio e avessero avuto consapevolezza del reato *in itinere*, si può imputare loro la mancata attivazione per impedirlo. Sennonché, questo tipo di

---

<sup>535</sup> Sent. 355/16, pagina 12 e 13.

Il giudice dell'udienza preliminare mostra così di accedere alla tesi interpretativa formulata da parte della dottrina commercialistica più autorevole, quale accolta in questo lavoro (si veda quanto osservato nelle pagine precedenti sul ruolo dei sindaci, § 1, Sez. II).

La vigilanza sindacale sulla affidabilità e attendibilità del sistema di rilevazione contabile è elemento indispensabile dell'intero assetto di controllo, come emerge dallo stesso testo dell'art. 2403 c.c. e dalle norme contenute nel codice che ravvisano ulteriori doveri in materia di contabilità per i sindaci, sia in via ordinaria, che in relazione ad operazioni straordinarie. Tuttavia, tale controllo si dovrà circoscrivere ad un vaglio sintetico, svolto per lo più sulla base delle informazioni fornite dagli organi direttamente competenti alla valutazione delle poste. Si vedano, oltre alla dottrina già citata in questo lavoro, le considerazioni di: G. CAVALLI, *Commento all'art. 149*, in *Testo unico della finanza*, G. F. CAMPOBASSO, Vol. II, Utet, Torino, 2002, 1208 e ss.; N. FACCHIN, *Il controllo nella società per azioni: concorrenza tra modelli*, in *Cont. e imp.*, 1, 2004, 357; F. MANCINELLI, *Novità nei controlli del collegio sindacale: il modello latino*, in *Soc.*, 10, 2003, 1314 - espressamente richiamate in sentenza dal Tribunale.

<sup>536</sup> Pagina 14 della sentenza.

consapevolezza non poteva sussistere nel caso di specie. Il sistema dei controlli esistente nell'istituto bancario e la struttura dei flussi informativi destinati ai membri del collegio non avrebbero infatti consentito a tali soggetti, nella concezione esposta in sentenza, di avvedersi dell'illiceità della condotta perpetrata dagli amministratori. Ad essi non sarebbe infatti stato possibile neppure percepire e correttamente interpretare i segnali di allarme sulla deteriorabilità dei crediti esposti in bilancio.

Osservava a tal proposito il G.u.p. come le criticità del sistema organizzativo e gestionale, alla base di questa lacuna informativa, risultavano ben evidenziate da diverse emergenze processuali. La relazione degli Ispettori di Bankitalia, acquisita agli atti, aveva sottolineato le molteplici problematiche sottese alla adeguatezza tecnica del processo creditizio adottato dalla società, cui si inserivano le poste fittizie, e i mal funzionamenti dei flussi informativi all'interno dell'ente. I sindaci avevano effettivamente esposto alcune loro perplessità sul processo di iscrizione, ma le stesse erano state fatte cessare dagli amministratori, attraverso rassicurazioni *infedeli*, che erano state possibili proprio sfruttando questi difetti.

Ad ogni modo, spiegava il giudice, il fatto che i sindaci fossero totalmente all'oscuro dell'illecito *in fieri* era da riconnettersi alla geometria dello stesso sistema di controlli contabili adottato da Banca Carim. Questo, allineato con le previsioni codicistiche *post* riforma del 2003, assegnava infatti la competenza del controllo sul bilancio d'esercizio al revisore esterno, mentre, in perfetta coerenza con la normativa in tema di poteri e obblighi di vigilanza dei sindaci, attribuiva a questi ultimi soltanto il dovere di compiere un esame *sintetico complessivo*, volto ad accertare semplicemente che il bilancio fosse stato redatto in modo regolare. In buona sostanza, il controllo *analitico* dei dati, che riguardava, tra l'altro, *anche* la valutazione dell'adeguatezza, della correttezza dei criteri utilizzati e della ragionevolezza delle stime proposte dagli amministratori, perteneva al revisore e a lui soltanto, con la conseguenza che tali valutazioni non potevano essere richieste ai sindaci. Costoro, sotto il profilo squisitamente tecnico-contabile, facevano semplicemente affidamento sui dati che venivano loro comunicati dalla società di revisione; dati che, peraltro, nel caso di specie, erano stati accompagnati da una relazione «*assolutamente tranquillizzante*» circa la regolarità del bilancio.

Tutto ciò escludeva in radice che i sindaci potessero entrare a conoscenza della natura illecita delle pratiche che venivano poste in essere dagli amministratori. E, a causa delle false rassicurazioni date da questi ultimi, i membri del collegio non potevano neppure percepire e correttamente valutare i segnali di allarme che pure erano presenti. Al contrario, la loro conoscenza era circoscritta ad una realtà dei fatti «alterata» dagli stessi esecutivi<sup>537</sup>.

---

<sup>537</sup> Pagina 30 della sentenza.

A fronte della attenta ricostruzione dell'intera vicenda, il giudice proscioglieva gli imputati dalle accuse per non aver commesso il fatto, formula che riteneva essere la più corretta, proprio in base al riparto di competenze sul controllo tecnico-contabile tra gli organi della società bancaria (ed assorbente della mancanza del dolo del reato).

Come si può osservare, la pronuncia brevemente richiamata presenta elementi di particolare pregio. La ricostruzione assolutamente precisa proposta dal giudice di prime cure, sensibile alle peculiarità che connotano il delicato ruolo del sindaco, e l'attenzione posta al modo attraverso cui le prerogative di tale soggetto si declinano a seconda del tipo di società in cui opera e a seconda del sistema organizzativo adottato in concreto dall'ente, costituiscono aspetti particolarmente apprezzabili. Benché, invero, l'orientamento maggioritario della giurisprudenza riproponga ancora oggi retaggi del passato e proceda a ricostruire la responsabilità dei sindaci attraverso l'uso di molteplici meccanismi presuntivi, sia in tema di imputazione oggettiva<sup>538</sup> che soggettiva del concorso mediante omissione<sup>539</sup>, la sentenza riportata rappresenta un importante segnale di apertura ad orientamenti maggiormente garantisti.

## **6. I consiglieri di sorveglianza del modello dualistico.**

### **6.1. L'oggetto del controllo del consiglio di sorveglianza.**

Con l'espressione «*organo di controllo*» l'ordinamento designa<sup>540</sup>, accanto al collegio sindacale, proprio del modello di società tradizionale o c.d. latino, il consiglio di

---

<sup>538</sup> La configurazione della tipicità oggettiva dell'illecito viene tuttora ancorata a valutazioni generiche. Talvolta le sentenze argomentano la responsabilità dei sindaci sovrapponendo confusamente concorso morale e concorso materiale, ovvero fanno riferimento a poteri impeditivi di tipo *collegiale* non azionati nel caso concreto dall'individuo, senza spiegare come lo stesso avrebbe potuto impedire il reato altrui.

Un chiaro esempio di quanto si sostiene può essere riscontrato nella recente sentenza di Corte di Cassazione, Sez. V, 18 febbraio 2019, n. 12186, in *Ilfallimentarista.it*, 24 giugno 2019, con nota di C. SANTORIELLO, *Omesso esercizio dei poteri/doveri di controllo sul contenuto della gestione sociale*. Si vedano sul tema le osservazioni di 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*, in *Cass. pen.*, 2020, 2, 550.

<sup>539</sup> Sulla valutazione dell'elemento soggettivo e sull'aggiramento dei principi espressi in Bipop-Carire, si rinvia a quanto osservato *infra*, paragrafi 5 e 6 del Capitolo I.

<sup>540</sup> Per citare solo alcune norme, che fanno riferimento all'«organo di controllo», si vedano, nel codice civile, l'art. 2391 *bis*, comma 2, *Operazioni con parti correlate*; art. 2477, *Sindaco e revisore legale dei conti*; art. 2543, commi 2 e 3, *Organi di controllo*. Di organo di controllo parla, poi genericamente anche il nuovo Codice della Crisi di impresa, così come l'Autodisciplina delle società quotate.

sorveglianza, caratteristico del sistema dualistico, ed il comitato per il controllo sulla gestione, del sistema monistico; organi che presentano una serie di peculiarità di fondamentale rilievo nella ricostruzione della posizione di garanzia dei rispettivi membri.

Con la riforma del 2003, come ben noto, il legislatore ha concesso alle società la possibilità di scegliere se adottare uno dei menzionati modelli organizzativi, disciplinati nei paragrafi 5 e 6 del titolo V, libro V del codice, *alternativamente* a quello tradizionale.

Ebbene, il sistema dualistico, di derivazione germanica, è regolato dagli artt. 2409 *octies* e seguenti, che prevedono che, laddove l'ente disponesse all'interno del proprio statuto di adottare tale opzione organizzativa, le funzioni di amministrazione e controllo sono esercitate da un consiglio di gestione e da un consiglio di sorveglianza.

Per quanto riguarda il consiglio di gestione, cui compete l'amministrazione dell'impresa *ex art. 2409 novies*, comma 1, c.c., è pacifica in dottrina l'affermazione per cui si tratterebbe di un organo in massima parte simile al C.d.A. del modello tradizionale, sia sul piano delle competenze e dei poteri attribuiti ai suoi membri, sia per quanto attiene alla sua struttura<sup>541</sup>.

Il consiglio di sorveglianza (o c.d.s.), sul quale si concentrerà la presente indagine, al contrario, mostra una serie di caratteristiche peculiari e piuttosto complesse da ricostruire. Lo stesso si configura, infatti, come un organo «ibrido»<sup>542</sup>, un «misto di gestione e di controllo», come definito dalla Relazione di accompagnamento al decreto legislativo n. 6/2003. Oltre a svolgere le funzioni di controllo spettanti ai sindaci nel sistema tradizionale, quali richiamate dall'art. 2409 *terdecies*, comma 1, lett. c), e) ed f),

---

Per quanto riguarda l'organo di controllo cui si riferisce la normativa bancaria, vi sono comunque alcune precisazioni da fare, come si vedrà al paragrafo seguente.

<sup>541</sup> Allo stesso si applicano anche le previsioni introdotte per gli imprenditori con il Codice della Crisi di impresa, stante l'esplicito richiamo all'art. 2086 c.c., contenuto nell'art. 2409 *novies*, come riformato da ultimo con d.lgs. 147/2020.

Per la ricostruzione della posizione dei componenti il consiglio di gestione, dunque, si rinvia integralmente a quanto già osservato con riferimento al controllo degli amministratori non esecutivi e indipendenti nella precedente Sezione I, Cap. I.

Sulla assimilazione tra i due organi, in dottrina si vedano, tra gli altri: F. BONELLI, *Glia amministratori di s.p.a. a dieci anni dalla riforma*, op. cit., 236 e ss.; F. GHEZZI, *Art. 2409 novies*, in *Commentario alla riforma delle società. Sistemi alternativi di amministrazione e controllo*, P. MARCHETTI-L.A. BIANCHI-F. GHEZZI-M. NOTARI (diretto da), Egea, Milano, 2005, 52 e ss. Nella manualistica, per tutti: G. F. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, Vol. 2, cit., 416.

<sup>542</sup> Tra i primi ad esprimersi in questi termini: S. FORTUNATO, *I «controlli» nella riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2003, 4, 863, intervento al Convegno organizzato dal Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale tenutosi a Courmayeur, settembre 2002 e, in senso analogo, successivamente, ID., *I controlli nella riforma delle società*, in *Soc.*, 2003, 2 bis. Secondo l'Autore il consiglio di sorveglianza si configurerebbe come una sorta di «*ircocervo a mezzo fra le regole dell'organo di controllo e dell'organo gestorio*».

Critico su tale commistione legata al riconoscimento al consiglio di sorveglianza, oltre che di poteri di alta amministrazione, di poteri e doveri propri del collegio sindacale: P. MONTALENTI, *L'amministrazione sociale dal testo unico alla riforma del diritto societario*, cit., 446.

lo stesso adempie infatti anche funzioni tradizionalmente proprie della assemblea dei soci; tra queste si annoverano, in specie, la nomina e la revoca dei consiglieri di gestione, *ex art. 2409 terdecies*, comma 1, lett. a), c.c., l'esercizio dell'azione di responsabilità nei loro confronti, nonché l'approvazione del bilancio. Secondo quanto dispone l'art. 2409 *terdecies*, comma 1, c.c., alla lett. f bis), a tali prerogative, inderogabili per l'organo di sorveglianza, lo statuto può poi aggiungere funzioni di alta amministrazione, stabilendo che esso «*deliberi in ordine alle operazioni strategiche e ai piani industriali e finanziari predisposti dal consiglio di gestione*» - salva in ogni caso la responsabilità di quest'ultimo per gli atti compiuti.

In breve, «*il consiglio di sorveglianza può quindi allo stesso tempo assumere le vesti di organo di controllo, supervisione e indirizzo strategico*»<sup>543</sup>. E la portata di tale commistione di competenze dipende in ampia parte dalla autonomia statutaria, diversa, ovviamente, da società a società<sup>544</sup>. Come si è visto, infatti, il legislatore lascia al singolo ente la facoltà di decidere se attribuire o meno al consiglio di sorveglianza, e in quale estensione, questo potere di gestione strategica e persino la possibilità di decidere sulle modalità del suo esercizio<sup>545</sup>. Invero, secondo una parte della dottrina, l'art. 2409 *terdecies*, comma 1, lett. f bis), c.c. (per cui il c.d.s. «*delibera*» sulle operazioni strategiche e sui piani industriali e finanziari del c.d.g.) deve interpretarsi in chiave restrittiva, nel senso di riconoscere all'organo la facoltà soltanto di autorizzare e di approvare quanto predisposto dal consiglio di gestione, non invece nel senso di attribuirgli un vero e proprio potere decisorio.

In altre parole, si esclude che il c.d.s. possa essere investito della facoltà di decidere l'operazione, con l'effetto di vincolare il c.d.g. a dare esecuzione a quanto dallo stesso statuto, giacché, così facendo, si opina, si finirebbe con l'attribuire all'organo di

---

<sup>543</sup> A. POMELLI, *Sull'indipendenza dei consiglieri di sorveglianza di società*, in *Giur. comm.*, 2009, 5, 970.

<sup>544</sup> Una parte della dottrina ha parlato in proposito di modello dualistico a «*geometria variabile*». G. RIOLFO, *Assetti e modelli organizzativi delle società per azioni: il ruolo degli organi societari nei sistemi alternativi di amministrazione e controllo*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, op. cit., 478.

<sup>545</sup> Questa possibilità di modulare diversamente il modello dualistico è stata fortemente criticata da autorevole dottrina, che ha evidenziato come la stessa permetta di spaziare, nella pratica, da una mera variante dell'assetto tipico della società tradizionale, per i modelli c.d. «deboli» di sistema dualistico, in cui ci si limita ad attribuire al consiglio di sorveglianza la funzione di controllo, a modelli c.d. «forti», profondamente diversi dai precedenti, in cui viene valorizzata la funzione di indirizzo strategico e alta direzione del consiglio, fino a riconoscergli un vero e proprio potere decisorio.

P. MONTALENTI, *Il sistema dualistico: il consiglio di sorveglianza tra funzioni di controllo e funzioni di alta amministrazione*, in *Banche e sistema dualistico. Forme, funzioni e finzioni*, M. CERA-G. PRESTI (a cura di), Vol. II, Il Mulino, Bologna, 2007, 280; ID., *Conflitto di interessi e funzioni di controllo: collegio sindacale, consiglio di sorveglianza, revisori*, in *Giur. comm.*, 2007, 5, 555 e ss., in particolare §§ 4-6; ID., *Il modello dualistico: alta amministrazione e funzioni di controllo tra autonomia privata e regole imperative*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, 6, 689.

sorveglianza funzioni che rientrano invero nelle competenze del comitato di gestione, con la conseguenza di sovrapporre confusamente i compiti dei due organi<sup>546</sup>.

Senonché, le prime applicazioni del modello dualistico che si sono registrate nella pratica hanno in sostanza dimostrato di aggirare questo limite: la prassi statutaria sembra aver adottato un'interpretazione più ampia rispetto a quella suggerita dalla citata dottrina.

«In alcuni tra i principali statuti, ove appare il sistema dualistico il consiglio di sorveglianza è investito, pur nella diversità delle formule e delle clausole di volta in volta utilizzate, non solo di un potere di “autorizzazione” e/o di “approvazione” in merito alle operazioni strategiche e ai piani industriali e finanziari, come variamente descritti e configurati, ma altresì di un autonomo “potere deliberativo”, in genere su “proposta del consiglio di gestione”»<sup>547</sup>. È questo quanto prevedeva, per esempio, lo statuto di Intesa Sanpaolo (fino a quando, alcuni anni fa, è passata al sistema monistico)<sup>548</sup>, più volte studiato e citato da diversi autori e considerato, per la sua chiarezza, un punto di riferimento nell'analisi dell'assetto dualistico<sup>549</sup>.

Ad ogni modo, anche dove si escluda la possibilità di attribuire un vero e proprio potere di deliberare - da intendersi comunque sempre nel senso di *compartecipazione* del c.d.s. alle decisioni finali sulla gestione strategica (non già nel senso di autonoma gestione, competenza esclusiva del c.d.g.)<sup>550</sup> - ciò che preme sottolineare in questa sede è il fatto che, esercitando l'opzione di cui alla lettera *f bis*), al consiglio di sorveglianza si riconosce comunque una ragguardevole capacità di incidere sulla amministrazione dell'impresa societaria<sup>551</sup>. Anche la sola prerogativa di indirizzo strategico ha infatti una marcata capacità di influenzare il consiglio di gestione nelle sue scelte finali. In specie, in una prima fase, «*a monte*», il c.d.s. ha il potere di definire le linee generali programmatiche e strategiche e dare indicazioni funzionali alla predisposizione da parte del consiglio di gestione delle operazioni da sottoporre alla delibera dello stesso consiglio

---

<sup>546</sup> F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, op. cit., 238, 257 e ss.; L. SCHIUMA, *Il sistema dualistico. I poteri del consiglio di sorveglianza e del consiglio di gestione*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber Amicorum G. F. Campobasso, Vol. II, op. cit., 687 e ss.; S. FORTUNATO, *I «controlli» nella riforma del diritto societario*, cit., 879; M. LIBERTINI, *La funzione di controllo nell'organizzazione della società per azioni*, in *Dialogo sul sistema dei controlli nelle società*, P. ABBADESSA (a cura di), op. cit., 33.

Nel senso di un potere propositivo, ma non vincolante anche: G. M. ZAMPERETTI, *Prime significative applicazioni del sistema dualistico*, in *Soc.*, 2006, 10, 1194.

<sup>547</sup> U. TOMBARI, *Sistema dualistico e potere di «alta amministrazione» del consiglio di sorveglianza*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2008, 6, 709.

<sup>548</sup> Si veda quanto si dirà *infra*, al § 7.

<sup>549</sup> Tra i primi Autori ad evidenziare il rilievo di un approccio pratico, che attribuisca rilievo al differente atteggiarsi dei modelli dualistici nella applicazione statutaria: P. MONTALENTI, *Il sistema dualistico: il consiglio di sorveglianza tra funzioni di controllo e funzioni di alta amministrazione*, cit., 280.

<sup>550</sup> Stante il limite di cui al richiamato art. 2409 *novies c.c.*

<sup>551</sup> P. MONTALENTI, op. ult. cit., 689. In senso analogo: V. CARIELLO, *Sistema dualistico e S.p.A. cc.dd. chiuse «a controllo familiare»*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 5, 10543.

di sorveglianza; in una seconda fase, «*a valle*», il c.d.s. stesso decide se approvare i piani e autorizzare le operazioni presentate dal c.d.g.<sup>552</sup>. Ebbene, da questi poteri poi discendono importanti conseguenze sul piano della responsabilità dei consiglieri di sorveglianza, come si vedrà in seguito.

Con riferimento alla funzione di controllo *stricto sensu* intesa, invece, il consiglio di sorveglianza è chiamato ad adempiere a doveri di vigilanza sull'amministrazione che si incardinano nel medesimo ambito individuato per il collegio sindacale. Il c.d.s. deve infatti vigilare sulla osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione e sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento, come stabilito, per le società di diritto comune, dall'art. 2409 *terdieces*, comma 1, lett. c), c.c., che rinvia integralmente all'art. 2403, comma 1, c.c., e, per le società quotate, dall'art. 149, comma 4 *bis*, T.U.F., che rimanda ai commi 1, 3 e 4 dello stesso articolo<sup>553</sup>.

Al di là dell'esplicito richiamo alle norme sul collegio sindacale, tuttavia, si ritiene che il tipo di controllo che il consiglio è chiamato ad espletare sia qualitativamente diverso<sup>554</sup> rispetto a quello operato dall'organo del modello tradizionale. Esso consiste, di fatti, non solo, in un controllo di legittimità, ma anche in un controllo di merito sulla gestione. In particolare, la dottrina maggioritaria sostiene che, a ben osservare, il fatto che il legislatore abbia dotato i consiglieri di sorveglianza di poteri di ingerenza, quali il potere di nomina e di revoca, anche senza giusta causa, dei gestori, sia la manifestazione dell'intento «*di investire il consiglio di sorveglianza di un potere di intervento nell'amministrazione che non si limita ad una valutazione di legittimità e di correttezza, ma investe complessivamente il merito della gestione, la sua efficienza e capacità di conseguire risultati, e nel cui esercizio l'organo di controllo gode di un elevato grado di discrezionalità che, sotto questo profilo, non consente una comparazione con le più limitate funzioni assegnate al collegio sindacale*»<sup>555</sup>. Un controllo, dunque, ben più penetrante rispetto a quello proprio dello schema tradizionale.

---

<sup>552</sup> V. CARIELLO, *Sulla responsabilità del consiglio di sorveglianza*, in *Riv. dir. soc. int., inter., com. e comp.*, 2011, 1, 69-70.

<sup>553</sup> Come ha osservato puntualmente già F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, *op. cit.*, 346.

<sup>554</sup> G. RIOLFO, *Assetti e modelli organizzativi delle società per azioni: il ruolo degli organi societari nei sistemi alternativi di amministrazione e controllo*, *cit.*, 477.

<sup>555</sup> V. CALANDRA BUONAURA, *I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, 5, 547. In senso analogo, tra i più autorevoli studi: V. CARIELLO, *Il sistema dualistico*, Giappichelli, Torino, 2012, 360 e ss.; F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico*, F. GALGANO (diretto da), Vol. XXIX, Padova, Cedam, 2003, 296.

*Contra*, invece, M. LIBERTINI, *La funzione di controllo nell'organizzazione delle società per azioni, con particolare riguardo ai sistemi alternativi*, *cit.*, 1095-1096, secondo cui l'organo di controllo non ha il potere/dovere di sindacare gli scopi della gestione e le scelte strategiche, a meno che lo statuto non abbia attribuito queste materie direttamente alla sua competenza.

Nell'ipotesi, di poi, in cui lo statuto della singola società attribuisca al consiglio di sorveglianza i poteri di cui all'art. 2409 *terdecies*, comma 1, lett. f *bis*), c.c., la vigilanza che lo stesso è chiamato ad esercitare sulla gestione viene sensibilmente rafforzata, dovendo esso procedere, in questo caso, non solo, ad un vaglio compiuto *ex post* sulla attività di amministrazione, ma anche ad un'analisi *ex ante* sugli atti e sulle operazioni strategiche<sup>556</sup>.

Un discorso diverso vale invece per il controllo contabile. Secondo quanto disposto dall'art. 2409 *quinquiesdecies* c.c., che rinvia all'art. 2409 *bis*, la revisione legale è esercitata da un revisore esterno; dunque, non può essere attribuita all'organo di controllo, a differenza di quanto avviene per il collegio sindacale delle società di diritto comune. Tuttavia, l'assegnazione principale ad un organo esterno non vale ad escludere *tout court* per i sorveglianti qualsivoglia onere di vigilanza sull'ambito contabile<sup>557</sup>. Al contrario, a tale organo, come si è visto innanzi, il legislatore ha devoluto esplicitamente, a norma dell'art. 2409 *terdecies* c.c., il compito di approvare il bilancio d'esercizio e il bilancio consolidato. Nello stesso articolo, di poi, ha specificato che il c.d.s. esercita le funzioni di cui all'art. 2403, comma 1, c.c., di tal ch , proprio come avviene per il collegio sindacale, anche il consiglio di sorveglianza deve vigilare sull'adeguatezza e sul concreto funzionamento dell'assetto contabile adottato dalla societ  e sul suo concreto funzionamento.

Agli oneri che si sono ricostruiti, si deve poi aggiungere la vigilanza sul sistema di controllo interno e rischi<sup>558</sup>, dove adottato dalla societ <sup>559</sup>. Tale funzione si ritiene in

---

<sup>556</sup> Cos , tra gli altri: P. FERRO-LUZZI, *L'esercizio d'impresa tra amministrazione e controllo*, in *An. giur. Ec.*, 2007, 2, 247; U. TOMBARI, *op. ult. cit.*, 718.

Alcuni autori sottolineano come, in passato, questa peculiarit  della funzione del c.d.s. segnasse una netta distinzione con il controllo di competenza del collegio sindacale del modello tradizionale, concepito come mero esame di natura censoria, dunque operante esclusivamente *a posteriori* sulle scelte amministrative. Oggi, tuttavia, come si   avuto modo di evidenziare nel corso di questo lavoro, a fronte delle pi  recenti riforme normative, la vigilanza del collegio tende sempre pi  a qualificarsi in chiave preventiva sull'amministrazione sociale, di talch  la portata distintiva di tale tipo di prerogativa rispetto a quella dell'organo sindacale risulta ora in gran parte ridotta.

G. B. PORTALE, *La corporate governance delle societ  bancarie*, in *Riv. soc.*, 2016, 1, 54.

<sup>557</sup> Come avviene per il collegio sindacale nei casi in cui non si sia optato per assegnare tale funzione all'organo di controllo. Si veda *supra*,   1 della Sezione II, Cap. I.

<sup>558</sup> Del quale   considerato referente organico primario. Sul punto si vedano le osservazioni di N. ABRIANI, *L'organo di controllo (collegio sindacale, consiglio di sorveglianza, comitato per il controllo della gestione)*, in *Corporate governance e sistema dei controlli nella S.p.A.*, U. TOMBARI (a cura di), *op. cit.*, 102 e ss.; M. STELLA RICHTER Jr., *Il controllo all'interno dell'organo amministrativo*, *ibidem*, 29 e ss. Sottolinea l'importanza del ruolo del c.d.s. in particolare V. CARIELLO, *Sulla responsabilit  del consiglio di sorveglianza*, *cit.*, 66.

<sup>559</sup> Come si ricorder , l'adozione dello stesso   infatti prevista esplicitamente dall'ordinamento come obbligatoria per le societ  quotate e per le banche, mentre le societ  non quotate sono libere di decidere sull'opportunit  della sua applicazione, la cui valutazione viene legata al principio di adeguatezza della relativa struttura organizzativa.

genere rientri tra le competenze proprie del consiglio di sorveglianza, pur non essendovi alcuna esplicita previsione di legge in tal senso.

Queste considerazioni sulla sfera di controllo del c.d.s. devono poi essere integrate con quanto stabilisce oggi l'art. 19 del d.lgs. 39/2010. Secondo la norma citata, come si ricorderà, il consiglio di sorveglianza degli enti di interesse pubblico si identifica con il comitato per il controllo interno e la revisione contabile. Fa eccezione l'ipotesi in cui ad esso siano attribuite le funzioni strategiche, di cui all'art. 2409 *terdecies*, comma 1, lett. f *bis*), c.c.; in questo caso il comitato non coincide con l'organo di sorveglianza, ma deve essere costituito al suo interno. Ebbene, ciò posto, le competenze di valutazione e controllo dei membri del c.d.s. e i relativi poteri devono considerati ampliati di conseguenza, per cui si estendono all'ambito individuato della revisione contabile, secondo quanto si è ricostruito al paragrafo 4 di questo lavoro, cui si rinvia<sup>560</sup>.

Sulla estesa e penetrante funzione di controllo del consiglio, che si è ora ricostruita, si incardina la posizione di garanzia dei rispettivi membri.

Il terzo comma dell'art. 2407 *terdecies* c.c., che ricalca, in parte, quanto previsto per i sindaci dall'art. 2407 c.c., stabilisce che essi sono solidalmente responsabili con i componenti del consiglio di gestione per i fatti e le omissioni di questi, «*quando il danno non si sarebbe prodotto se avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica*»<sup>561</sup>. Posta, pertanto, l'esistenza di un obbligo giuridico per i componenti del c.d.s. di impedire fatti illeciti, pregiudizievoli degli interessi coinvolti nell'attività di impresa, è a questo punto necessario calare l'analisi sulla tipologia di poteri di intervento che tali soggetti possano azionare. Prima di procedere a questa analisi, è necessario però fare un breve appunto, a fronte delle peculiarità del consiglio di sorveglianza.

Nel verificare le attribuzioni rilevanti alla ricostruzione della posizione di garanzia dei suoi membri, è fondamentale tenere distinte le ipotesi in cui questi si vedano assegnata una mera funzione di vigilanza sulla gestione - che si tratti di semplice controllo inteso in senso stretto, ovvero dell'esercizio di un potere di indirizzo strategico - dalle ipotesi in cui, in forza della opzione di cui all'art. 2409 *terdecies* lett. f *bis*), gli stessi soggetti condividano con il c.d.g. la funzione di gestione e siano cotitolari di poteri decisori<sup>562</sup>: in questo caso si dovrà verificare se essi abbiano partecipato *attivamente* alla adozione della delibera illecita produttiva di effetti dannosi, con la conseguenza che il relativo reato potrà

---

<sup>560</sup> Si veda quanto si è ricostruito al § 4 di questa Sezione II. Sul tema P. MONTALENTI, *I controlli societari: recenti riforme, antichi problemi*, cit., 535.

<sup>561</sup> Sull'atteggiarsi della responsabilità civile dei consiglieri, a seconda della tipologia di funzioni ad essi attribuite - suddivise tra vigilanza debole, vigilanza forte (sulle materie di cui all'art. 2409 *terdecies*, comma 1, lett. f *bis*) c.c.) si veda, ampiamente, lo studio di V. CARIELLO, *Sulla responsabilità del consiglio di sorveglianza*, cit., 55 e ss.

<sup>562</sup> Per questa distinzione tra funzioni di vigilanza e funzione di gestione e le relative conseguenze in termini di responsabilità civile, si richiama V. CARIELLO, *Il sistema dualistico*, op. cit., 521; A. NEGRI-CLEMENTI, *Il sistema delle deleghe nei modelli di amministrazione e controllo diversi da quello tradizionale*, in *Il sistema delle deleghe di funzioni*, Egea, Milano, 2013, 271.

essere ascritto automaticamente alla loro azione decisoria - e non già al fatto di aver ommesso di attivarsi per impedirne la realizzazione. Dunque, potranno qui essere chiamati a rispondere di concorso attivo nel reato, ovvero di concorso morale.

## **6.2. Le prerogative dei consiglieri di sorveglianza delle società di diritto comune rilevanti nel paradigma omissivo.**

Si parta dal considerare, in via preliminare, che, se da un lato l'ordinamento ha riconosciuto in capo ai consiglieri di sorveglianza obblighi di vigilanza particolarmente estesi e penetranti, dall'altro lato, inspiegabilmente, non ha dotato gli stessi soggetti dei poteri informativi necessari e adeguati al loro regolare adempimento.

Tale incoerenza si avverte specialmente con riferimento ai consiglieri delle società non quotate. L'art. 2409 *quaterdecies* c.c., nell'indicare le norme applicabili al consiglio di sorveglianza, infatti, si limita a richiamare soltanto il secondo e terzo comma dell'art. 2403 *bis* c.c., così riconoscendo all'organo nel suo complesso - e non dunque al singolo componente - la possibilità di chiedere ai gestori notizie sull'andamento delle operazioni sociali e su determinati affari, mentre non fa alcun riferimento al disposto di cui al primo comma dello stesso articolo previsto per la disciplina sindacale. Mancando tale rinvio, finisce dunque per risultare escluso, in capo ai consiglieri, il potere di procedere ad atti di ispezione e controllo, che invece i sindaci possono compiere anche individualmente e in qualunque momento. Si tratta, a ben vedere, di un'omissione che grava pesantemente sui membri del c.d.s., «*disarmati*» di un'importante prerogativa sul piano conoscitivo<sup>563</sup>, e costretti a cercare di sopperire alla predetta carenza attivandosi come possibile e cercando di mantenere una presenza quanto più assidua nella vita sociale, per cogliere informazioni utili<sup>564</sup>.

Risulta poi allentato il rapporto dei membri del c.d.s. con l'organo di gestione, rispetto a quanto avviene nel sistema tradizionale. Il consiglio di sorveglianza è infatti escluso dal flusso informativo previsto e regolato dall'art. 2381, comma 5, c.c., che non viene richiamato dal legislatore e dunque non risulta applicabile *per relationem* al sistema dualistico. Non solo. Anche l'importanza circa la presenza dei membri dell'organo di controllo alle riunioni del c.d.g. viene fortemente attenuata. L'art. 2409 *terdecies*, ultimo comma, prescrive infatti che i consiglieri di sorveglianza «*possono*» e non «*devono*»

---

<sup>563</sup> Sul punto S. FORTUNATO, *I «controlli» nella riforma del diritto societario*, cit., 876-877, secondo il quale, però, a tale lacuna normativa è possibile porre rimedio attraverso il principio di cui all'art. 223 *septies* disp. att. c.c., per cui, se non diversamente disposto, le norme del codice civile che fanno riferimento agli amministratori e ai sindaci trovano applicazione, in quanto compatibili, anche rispetto ai componenti del consiglio di gestione e del consiglio di sorveglianza, per le società che abbiano adottato il sistema dualistico.

<sup>564</sup> M. CERA, *I controlli nella società di capitali «chiuse» fra modelli legali ed evoluzione della realtà*, in *Giur. comm.*, 2006, 3, 354.

assistere a tali sedute: la suddetta prerogativa costituisce quindi una mera facoltà, non già un obbligo per i singoli, e in caso di sua inottemperanza non è peraltro prevista testualmente alcuna sanzione di decadenza nei confronti dei consiglieri, come avviene invece per i sindaci<sup>565</sup>.

Orbene, dal riportato assetto risulta evidente una complessiva attenuazione delle attribuzioni informative per i componenti del consiglio di sorveglianza<sup>566</sup>, che non potrà che incidere sulla loro capacità di acquisire piena contezza circa l'andamento dell'amministrazione societaria, «con il prevedibile effetto, sul piano penale, di rendere ancora più difficoltosa l'imputazione a titolo di dolo eventuale degli illeciti commessi dai consiglieri di gestione»<sup>567</sup>. Se da questo lato si riscontra un evidente affievolimento dei poteri di vigilanza dei singoli consiglieri rispetto a quelli riconosciuti dall'ordinamento ai membri del collegio sindacale, in senso diametralmente opposto, si assiste invece ad un decisivo incremento dei poteri di reazione.

Assume rilievo, *in primis*, la già cennata prerogativa di cui all'art. 2409 *terdecies*, comma 4: alla stessa stregua di quanto già osservato con riferimento ai membri del collegio sindacale, infatti, «la partecipazione dei controllori alle riunioni dell'organo di gestione oltre a costituire un momento conoscitivo fondamentale in cui possono essere raccolte informazioni, dati e notizie essenziali per lo svolgimento della funzione di controllo, rappresenta pure il contesto in cui si rende possibile la reazione di fronte a eventuali atti illeciti commessi dagli amministratori»<sup>568</sup>. Del resto, come si è ricostruito sopra, in questa occasione i consiglieri di sorveglianza possono procedere ad espletare quel controllo pervasivo che rientra nelle loro funzioni, discutendo con i consiglieri di gestione il merito stesso delle scelte operative, tentando di influenzare le relative decisioni. In tali contesti potrebbe, per esempio, rivelarsi particolarmente efficace a

---

<sup>565</sup> Secondo Cariello, la disciplina sul punto, prevista dall'art. 2405 c.c. per i sindaci, potrebbe essere recuperata attraverso l'art. 223 *seties* dis. att. c.c., benché si possano nutrire riserve in merito. V. CARIELLO, *I poteri del consiglio di sorveglianza e dei suoi componenti: profili teorici e applicativi*, in *Società, banche e crisi d'impresa*. Liber amicorum Pietro Abbadessa, *op. cit.*, 963.

<sup>566</sup> V. CARIELLO, *La disciplina «per derivazione» del sistema di amministrazione e controllo dualistico (disposizioni di richiamo e di rinvio nel nuovo diritto delle società per azioni non quotate)*, in *Riv. soc.*, 2005, 36 e ss.; M. LIBERTINI, *La funzione di controllo nell'organizzazione della società per azioni con particolare riguardo ai c.d. sistemi alternativi*, in *Dialogo sul sistema dei controlli nelle società*, P. ABBADESSA (a cura di), *op. cit.*, 33; M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati*, *op. cit.*, 299; P. ABBADESSA, *Il sistema dualistico in Italia: l'evoluzione del modello*, in *Sistema dualistico e governance bancaria*, P. ABBADESSA-F. CESARINI (a cura di), Giappichelli, Torino, 2009, 5 e ss., in cui l'A. parla esplicitamente di depotenziamento della funzione di controllo in capo ai consiglieri di sorveglianza.

<sup>567</sup> A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale*, *op. cit.*, 349, che si richiama a sua volta alle considerazioni di N. PISANI, *Controlli sindacali*, *op. cit.*, 246.

<sup>568</sup> F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, *op. cit.*, 368, che cita sul punto le autorevoli considerazioni di M. C. BREIDA, *Art. 2409 terdecies*, in *Il nuovo diritto societario. Commentario*, G. COTTINO-G. BONFANTE-O. CAGNASSO-P. MONTALENTI (diretto da), Zanichelli, Bologna, 2004, 1185.

paralizzare l'azione illecita dei «controllati» la formulazione di raccomandazioni nel corso della seduta, accompagnate dalla minaccia di revocare i gestori inosservanti dal proprio incarico, qualora le stesse non fossero assecondate; o ancora, i consiglieri di sorveglianza potrebbero financo rifiutarsi di approvare l'operazione strategica proposta dal c.d.g., nei casi di cui all'art. 2409 *terdecies*, comma 1, lett. f *bis*), c.c.

L'attribuzione di funzioni di indirizzo gestorio e di alta amministrazione ai consiglieri di sorveglianza (cui si connette la c.d. vigilanza forte)<sup>569</sup> incide poi sotto diversi aspetti sulla capacità del singolo di far constare la propria opinione in merito all'esercizio della gestione e sul suo potere di intervento.

Il sorvegliante, individualmente, può esprimere in consiglio il proprio parere dissenziente rispetto all'approvazione del bilancio di esercizio, o del bilancio consolidato, dove redatto<sup>570</sup>. In altri termini, questi ha la possibilità di far valere le proprie riserve dinnanzi al consiglio, vale a dire all'organo competente a decidere, di cui egli stesso è membro, a differenza di quanto avviene per i sindaci nel sistema tradizionale, in cui tale funzione è attribuita all'assemblea dei soci. Si comprende dunque quale efficacia impeditiva di un illecito ancora *in itinere* questa possa astrattamente assumere facoltà - questo «canale preferenziale» che connette direttamente il singolo all'organo responsabile della decisione.

È fatta salva, chiaramente, l'ipotesi di cui al secondo comma dell'art. 2409 *terdecies* c.c., a norma del quale lo statuto può prevedere che, in caso di mancata approvazione del bilancio, o qualora lo richieda almeno un terzo dei componenti del c.d.g. o del c.d.s., la competenza in oggetto sia attribuita all'organo assembleare; in tal caso la portata impeditiva riconoscibile al parere del singolo verrebbe a scemare, giacché il diniego dell'organo di sorveglianza può essere aggirato attraverso l'esercizio di tale opzione. Tuttavia, si deve comunque osservare che, sul piano pratico, l'omessa approvazione del bilancio da parte dei sorveglianti costituisce atto dotato di particolare gravità e come tale risulta invero difficile da ignorare per l'assemblea.

La natura ibrida del consiglio di sorveglianza comporta poi un'ulteriore conseguenza di fondamentale rilievo per il tema che si sta qui indagando, aggiungendo alle prerogative tradizionalmente riconosciute ai componenti l'organo di controllo il potere di impugnazione delle delibere. Tra le norme applicabili al consiglio di sorveglianza e ai suoi membri, la legge richiama infatti esplicitamente l'art. 2388 c.c., con l'effetto di estendere ai predetti soggetti la medesima attribuzione riconosciuta agli amministratori nel sistema tradizionale; di tal ché, al consigliere assente o dissenziente è consentito impugnare le delibere dello stesso consiglio di sorveglianza, che ritenga non conformi alla legge o allo statuto. A questo, secondo parte della dottrina giuscommerzialista, si aggiunge il potere di impugnativa in caso di violazione delle

---

<sup>569</sup> V. CARIELLO, *Sulla responsabilità del consiglio di sorveglianza*, cit., 69.

<sup>570</sup> Come si ricorderà, a norma dell'art. 2409 *terdecies*, comma 1, lett. b) l'approvazione del bilancio redatto dal comitato di gestione rientra infatti nella competenza dello stesso c.d.s.

norme sul conflitto di interessi, di cui all'art. 2391 c.c., per le operazioni strategiche di competenza del c.d.s. Benché la norma da ultimo citata non sia richiamata dalla disciplina del consiglio di sorveglianza, alcuni autori ritengono che essa possa trovare applicazione in via analogica<sup>571</sup>, nel caso sussista un conflitto di interessi dei consiglieri, in relazione ad un'operazione strategica, riservata dallo statuto alla competenza dello stesso organo di sorveglianza, *ex art. 2409 terdecies lett. f bis*).

### **6.3. I consiglieri di sorveglianza nelle società quotate.**

Le prerogative riconosciute in capo ai consiglieri di sorveglianza all'interno delle società quotate presentano una serie di connotazioni di fondamentale rilievo, che incidono evidentemente sulla ricostruzione della relativa posizione di garanzia e la differenziano in parte rispetto a quella che si ritiene configurabile per gli stessi consiglieri delle società di diritto comune<sup>572</sup>.

Il primo elemento di distinzione è rappresentato dal fatto che in capo ai singoli è riconosciuta la possibilità di assumere iniziative di ispezione e di raccolta di informazioni. All'opposto rispetto a quanto si è visto per i sorveglianti delle società non quotate, qui, secondo quanto specificamente disposto al comma 1 dell'art. 151 *bis* T.U.F., i consiglieri di sorveglianza possono, «*anche individualmente*», chiedere notizie ai consiglieri di gestione su operazioni e affari sociali, così come, secondo quanto esplicitato al successivo comma 4, possono procedere collegialmente, ovvero per tramite di un proprio membro appositamente delegato, a compiere atti di ispezione e a scambiare informazioni con i corrispondenti organi delle società controllate in merito ai sistemi di gestione e controllo e all'andamento dell'attività d'impresa. Non solo.

---

<sup>571</sup> P. MONTALENTI, *Conflitto di interessi e funzioni di controllo: collegio sindacale, consiglio di sorveglianza, revisori*, in *Giur. comm.*, 2007, 5, 562, che riporta il contenuto della relazione tenuta al Convegno su *Conflitto di interessi nei rapporti di gestione e di rappresentanza*, organizzato dall'Università degli Studi di Pavia, tenutosi a Pavia, il 13 e 14 ottobre 2006. Nello stesso senso, si veda anche U. TOMBARI, *Sistema dualistico e potere di «alta amministrazione» del consiglio di sorveglianza*, *cit.*, 709, e, in particolare, n. 66.

Sulla capacità impeditiva di tali prerogative e sui relativi limiti si rinvia a quanto si è osservato in relazione alla disciplina dei poteri/doveri degli amministratori non esecutivi, Sezione I, § 1.1. del presente lavoro.

<sup>572</sup> Ampiamente sulla suddivisione dei poteri tra consiglio di sorveglianza e singoli componenti: V. CARIELLO, *I poteri del consiglio di sorveglianza e dei suoi componenti*, *cit.*, 982 e ss.

Sulla disciplina di cui all'art. 151 *bis* t.u.f. nel dettaglio, tra i più rilevanti contributi: V. CARIELLO, *Il sistema dualistico. Vincoli tipologici e autonomia statutaria*, *Quaderni di Banca, borsa e tit. cred.*, Giuffrè, Milano 2007, 32 e ss.; ID., *Commento all'art. 151-bis*, in *Il testo Unico della Finanza*, M. FRATINI-G. GASPARRI (a cura di), Vol. 2, Utet, Torino, 2012, 2038; L. BENATTI, *Commento all'art. 151-bis*, in *Commentario T.U.F. Decreto Legislativo 24 febbraio 1998 n. 58 e successive modificazioni* F. VELLA (a cura di), Vol. 2, Giappichelli, Torino, 2012, 1631 e ss.

A differenza di quanto (non) previsto dalla disciplina codicistica, il Testo unico prescrive di poi che almeno un consigliere di sorveglianza assista alle riunioni del consiglio di gestione, così garantendo la presenza di almeno un rappresentante dell'organo di controllo, a monitorare le scelte di gestione al momento stesso in cui vengono discusse<sup>573</sup>.

È comunque sul piano dei poteri di reazione che si registrano le maggiori discrasie rispetto alla disciplina delle società non quotate. Il novero di tali prerogative viene di fatti notevolmente esteso, dove si stabilisce che ciascun componente del c.d.s. può anche *individualmente* chiedere al presidente la convocazione dello stesso organo di sorveglianza. Proprio come avviene con riferimento ai sindaci di società quotate, ancora, ai singoli consiglieri di sorveglianza è riconosciuto il potere di convocare direttamente il consiglio di gestione, previa comunicazione al presidente dello stesso; mentre per la convocazione dell'assemblea dei soci è necessaria l'attivazione di almeno due membri dell'organo di controllo. Secondo quanto si è osservato in apposita sede per i sindaci, si tratta di una facoltà di intervento che assume grande rilievo per la sua intrinseca capacità di impedire reati che si stiano commettendo nella gestione dell'impresa, giacché tramite essa i singoli possono - e dunque devono - far valere, dinanzi agli stessi soggetti agenti, le proprie riserve in merito ad azioni che ritengano illecite, cercando così di bloccarne la perpetrazione<sup>574</sup>.

Come per i sindaci, poi, i consiglieri di sorveglianza di società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio possono rivolgersi al Pubblico ministero per segnalare le gravi irregolarità riscontrate nella gestione e richiedere che questi attivi la procedura di cui all'art. 2409 c.c.; possono altresì comunicare alla Consob eventuali fatti censurabili<sup>575</sup>.

Questo per quanto attiene alle prerogative individuali dei consiglieri di sorveglianza. Oltre ad esse, i singoli possono far valere la propria posizione all'interno dell'organo di appartenenza e sollecitare l'attivazione dei poteri che l'ordinamento gli riconosce come poteri *collegiali*. Sul punto basti accennare al fatto che, per esplicito richiamo, trovano qui applicazione, in quanto compatibili, le disposizioni dettate per i sindaci del modello latino dagli artt. 2406 e 2408 c.c. - da cui il riconoscimento ai consiglieri di sorveglianza del potere di convocazione dell'assemblea dei soci. Il consiglio può poi esercitare il potere di denuncia al tribunale e, nelle società quotate, può comunicare alla Consob eventuali irregolarità riscontrate nella attività di vigilanza e trasmettere la relativa documentazione, di cui all'art. 149, comma 3, T.U.F.<sup>576</sup>.

Quando si indaga il tema delle prerogative di intervento collegiali, comunque, l'aspetto più rilevante concerne il potere di revoca dei consiglieri di gestione: attribuzione

---

<sup>573</sup> Art. 149, comma 4 *bis*, TUF.

<sup>574</sup> Si rinvia sul punto a quanto si è osservato con riferimento al relativo potere dei sindaci di società quotate, Sez. II, § 1.1.

<sup>575</sup> Così F. CENTONZE, *op. ult. cit.*, 370.

<sup>576</sup> Per la portata dei menzionati poteri si rinvia a quanto si è detto *supra* con riferimento ai sindaci.

caratteristica dell'organo di sorveglianza, che, come è stato osservato, «*rappresenta l'azione più immediata ed efficace al fine di impedire il compimento di fatti censurabili*»<sup>577</sup>. In tal caso, l'eventuale segnalazione del singolo investe direttamente l'organo di cui fa parte, che può procedere alla revoca, anche senza giusta causa, degli incarichi dei componenti del consiglio di gestione, al contrario di quanto avviene nel modello societario tradizionale, dove il sindaco può operare soltanto in via mediata, chiedendo al collegio di attivarsi per richiedere a sua volta ad altro organo, l'assemblea dei soci, di disporre il provvedimento di revoca. La possibilità di intervenire tramite l'azionamento *immediato* dell'organo collegiale di appartenenza<sup>578</sup> rivela una chiara potenzialità di condizionamento del consiglio di gestione e, conseguentemente, l'evidente possibilità di impedire, con esso, illeciti ancora *in fieri*<sup>579</sup>.

Quanto si è così ricostruito deve poi essere integrato con le prerogative previste per l'organo di controllo degli enti di interesse pubblico, tra cui rientrano le società quotate, in veste di comitato per il controllo interno e la revisione contabile, di cui all'art. 19 del d.lgs. 39/2010, per la cui analisi si rinvia a quanto detto innanzi<sup>580</sup>. In questo caso, comunque, è necessario tener conto di una particolarità che connota proprio l'organo del sistema dualistico. Come si è visto sopra, ai sensi del comma 2 dell'art. 19, il comitato coincide con l'intero c.d.s., ad eccezione dei casi in cui ad esso siano attribuite le funzioni di cui all'articolo 2409 *terdecies*, primo comma, lettera f *bis*), c.c. In tale seconda ipotesi viene costituito un comitato all'interno dello stesso c.d.s., di tal ché, nel ricostruire la posizione dei singoli sorveglianti e la relativa responsabilità, si dovrà distinguere tra coloro che facciano a parte dello stesso comitato e coloro che invece ne sono esclusi.

---

<sup>577</sup> A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale*, op. cit., 350, secondo cui il potere in oggetto finisce per adombrare le altre prerogative del collegio, tanto da portare gli studiosi a chiedersi se gli altri poteri siano davvero utili ed abbiano autonomo spazio di sopravvivenza.

<sup>578</sup> Sulle dinamiche tra singolo e organo di appartenenza, in particolare in riferimento alla subordinazione dell'azione del componente a quella del consiglio: V. CARIELLO, *Il potere del consiglio di sorveglianza e dei suoi componenti*, op. cit., 1003-1005.

Con riferimento alla portata del potere di revoca, nei rapporti tra i due organi, si vedano, nella dottrina commercialistica, le osservazioni di: V. CALANDRA BUONAURA, *I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario*, op. cit., 555.

Si veda poi l'opinione di S. FORTUNATO, *I «controlli» nella riforma del diritto societario*, cit., 880, che ritiene invece inopportuno ed inefficace il rapporto tra consiglio di sorveglianza e consiglio di gestione che si instaura a fronte del riconosciuto potere del primo organo di nominare e revocare i componenti del secondo.

<sup>579</sup> Argomentano l'esistenza di una posizione di garanzia in capo ai membri del c.d.s. proprio a fronte dell'esistenza di questo potere: C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, cit., 673; L. MANDELLI, *I «sindaci» di S.p.A. tra doveri di sorveglianza e posizioni di garanzia*, cit., 444; V. TORRE, *La responsabilità penale dell'organo di controllo sulla amministrazione e dell'organo di controllo contabile*, cit., 576.

Nella dottrina precedente: F. GIUNTA, *Controlli e controllori*, cit., 610.

<sup>580</sup> Si veda quanto analizzato al paragrafo 4.

#### 6.4. Profili di specialità all'interno della *governance* bancaria.

Il quadro che si è ricostruito con riferimento ai poteri dei consiglieri di sorveglianza subisce poi una serie di importanti modifiche quando viene calato nella realtà degli istituti di credito<sup>581</sup>. Come è stato da più parti riconosciuto, la normativa di *governance* bancaria illustra non «*secondari profili di specialità*» degli assetti di amministrazione e controllo sia dualistico che monistico<sup>582</sup>, che si riverberano sulle attribuzioni dei soggetti che ne fanno parte. È opportuno evidenziare, come prima cosa, la fondamentale importanza che viene qui ad assumere il fatto che la singola società eserciti l'opzione di cui all'art. 2409 *terdecies*, comma 1, lett. f *bis*), c.c. L'attribuire o meno al consiglio di sorveglianza il potere di deliberare in ordine alle operazioni strategiche e ai piani industriali o finanziari determina, infatti, conseguenze di tutto rilievo nella distribuzione, tra gli organi di gestione e sorveglianza, dei poteri di supervisione e controllo, quali previsti e regolati dalla normativa di settore, con conseguenze sulla individuazione delle rispettive responsabilità.

In specie, la Circolare n. 285/2013 prevede che, nel caso in cui *non* si faccia ricorso a tale opzione, il consiglio di sorveglianza riveste esclusivamente il ruolo di organo con funzione di controllo, con tutte le prerogative ad esso associate dalla normativa, analoghe a quelle già viste per il collegio sindacale del modello tradizionale. Nel dettaglio, la Banca d'Italia<sup>583</sup>, interpretando l'art. 52 T.U.B.<sup>584</sup>, ha precisato che lo statuto delle società bancarie ad assetto dualistico deve contenere una serie di previsioni precise in relazione ai poteri cognitivi del suo organo di sorveglianza. In primo luogo, deve consentire al consiglio di procedere in qualsiasi momento ad atti di ispezione o controllo e, nell'ipotesi in cui lo stesso sia composto da più di sei membri, tali poteri ispettivi sono esercitati da un comitato costituito al suo interno - fermo restando, specifica la Circolare, che la responsabilità per il controllo resta comunque attribuita al consiglio nel suo complesso<sup>585</sup>. Lo statuto deve poi riconoscere ai consiglieri la possibilità di richiedere ai membri del c.d.g. notizie sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari e prevedere che *almeno un* componente del c.d.s. partecipi alle riunioni del consiglio di gestione<sup>586</sup>.

---

<sup>581</sup> Come specificato dalla Circolare n. 285/2013, Parte Prima.IV.1.6, la banca può adottare liberamente uno dei sistemi di amministrazione e controllo previsti dall'ordinamento, scegliendo il modello che ritenga più idoneo ad assicurare l'efficienza della gestione e l'efficacia dei controlli.

Si veda, però, in senso critico sui limiti all'autonomia statutaria, per tutti: R. COSTI, *Governo delle banche e potere normativo della Banca d'Italia*, in *Giur. comm.*, 2008, 1, 1270.

<sup>582</sup> C. FRIGENI, *La governance delle società bancarie*, cit., 41.

<sup>583</sup> Circ. 285/2013, *Linee applicative*, Parte Prima.IV.1.13 e Parte Prima.IV.1.13.

<sup>584</sup> In particolare, comma 1 dell'art. 52 T.U.B., il quale prevede che «*lo statuto della banca, indipendentemente dal sistema di amministrazione e controllo adottato, assegna all'organo che svolge la funzione di controllo i relativi compiti e poteri*».

<sup>585</sup> Circ. 285/2013, Parte Prima.IV.1.13, nota 10.

<sup>586</sup> Si tratta di previsioni che la Circolare del 2013 ha ripreso dalle antecedenti Disposizioni di vigilanza del 2008.

Si configura, a tal stregua, una regolazione che sembra modulare le prerogative cognitive dei consiglieri sul modello delle società quotate, piuttosto che su quello delle società chiuse.

Sul piano dei poteri reattivi, al novero delle attribuzioni riconosciute dal codice per le società non quotate e a quelle del Testo unico sulla finanza per le quotate, si aggiunge il potere/dovere di informare «*senza indugio*» la Banca d'Italia di tutti gli atti o fatti che possano costituire una irregolarità nella gestione, ovvero una violazione delle norme sulla disciplina dell'attività bancaria, mentre viene esclusa l'applicazione dell'art. 2409 c.c. - proprio come si è visto accadere per i sindaci nelle banche.

Ben diversa è invece la situazione che si presenta dove la società adotti la soluzione di cui all'art. 2409 *terdecies*, comma 1, lett. f *bis*) c.c. L'attribuzione al consiglio di sorveglianza di competenze di alta amministrazione comporta, infatti, l'assegnazione ad esso della qualità di organo con «funzione di supervisione strategica», in aggiunta alla qualifica di organo di controllo. Ciò determina, chiaramente, conseguenze di enorme rilievo sul piano pratico.

Questa «promozione» ad organo di supervisione strategica si traduce nell'attribuzione al c.d.s. di competenze specifiche, che, nel corso del nostro lavoro di ricerca, abbiamo già osservato con riferimento al consiglio di amministrazione del sistema tradizionale. Il consiglio di sorveglianza diviene responsabile per la determinazione delle strategie e del modello di *business* societario, essendo titolare delle competenze in materia di *risk appetite* e di *risk accountability*.

Ancora, l'organo è chiamato a provvedere, senza possibilità di delega, all'assunzione e alla cessione di partecipazioni strategiche, come pure deve procedere alla nomina e alla revoca dei responsabili delle funzioni di revisione interna, di conformità e di controllo dei rischi. Come è stato autorevolmente osservato, «*in siffatta cornice spicca, dunque, il notevole e composito carico di competenze e prerogative stratificato in capo al c.d.s. Ed emerge, correlativamente, un forte alleggerimento – e con esso, un certo tasso di “marginalizzazione” – del c.d.g.*»<sup>587</sup>.

---

Sulla estensione di tali prerogative si veda più ampiamente: G. A. RESCIO, *L'adeguamento degli statuti delle banche alle disposizioni di vigilanza 4 marzo 2008 in materia di organizzazione e governo societario (con particolare riferimento alle banche a sistema dualistico)*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2008, 6, 730 e ss; P. MONTALENTI, *Il modello dualistico: alta amministrazione e funzioni di controllo tra autonomia privata e regole imperative*, cit., § 12.

<sup>587</sup> C. FRIGENI, *La governance delle società bancarie*, cit., 44; ID., *Prime considerazioni sulla normativa bancaria in materia di «organo con funzione di supervisione strategica»*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, 1, 485 ss.

Evidenza con particolare enfasi la compressione delle competenze del consiglio di gestione: G. B. PORTALE, *La corporate governance delle società bancarie*, in *Riv. Soc.*, 2016, 1, 48 ss., cit. Secondo le considerazioni espresse dall'Autore, «*mentre la disciplina codicistica muove dall'assunto della centralità del consiglio di gestione (anche) nell'area dell'“alta amministrazione” e permette, per via statutaria, solo di realizzare un certo grado di ingerenza del consiglio di sorveglianza nell'esercizio di compiti che*

Il novero delle competenze del consiglio di sorveglianza viene dunque esteso, oltrepassando di gran lunga le delimitate funzioni di alta amministrazione previste dalla disciplina codicistica, all'art. 2409 *terdecies*, comma 1, lett. f *bis*), per le società chiuse. Il consiglio di sorveglianza diviene competente per una ben più ampia serie di prerogative di *gestione*, con la conseguente possibile apertura di nuove ipotesi di responsabilità per i suoi componenti. Nel caso in cui si dovesse verificare che, attraverso l'esercizio dei menzionati poteri amministrativi, è stato commesso un reato, i membri del c.d.s. potranno infatti essere chiamati a rispondere per aver concorso *attivamente* ad approvare i provvedimenti illeciti, sussistendone i presupposti, ovvero potranno vedersi ascritta una responsabilità a titolo *omissivo*, per non aver impedito che l'organo di appartenenza li approvasse e, in quest'ultima ipotesi, assumeranno rilievo i poteri impeditivi visti nella definizione della posizione di garanzia degli *amministratori*.

Con riferimento alla funzione di controllo *sticto sensu*, la Circolare di Banca d'Italia prevede che, nel caso in cui la supervisione strategica sia assegnata al consiglio di sorveglianza, deve essere costituito all'interno dello stesso organo un apposito comitato, a supporto dell'esercizio delle relative prerogative. È questo che funge da punto di riferimento per le funzioni e le strutture aziendali di controllo interno ed è chiamato ad esercitare i poteri ispettivi attribuiti dall'ordinamento al consiglio - che continua comunque a mantenere la responsabilità del corretto espletamento della funzione.

## 7. Il comitato per il controllo sulla gestione del modello monistico.

### 7.1. La funzione di vigilanza.

La funzione di controllo all'interno dell'assetto monistico è attribuzione del comitato per il controllo sulla gestione (o c.c.g.); a differenza di quanto avviene nei sistemi tradizionale e dualistico, in cui collegio sindacale e consiglio di sorveglianza sono «estranei», *rectius* esterni, all'organo amministrativo<sup>588</sup>, il comitato è costituito all'interno dello stesso C.d.A. e risulta composto da amministratori non esecutivi ed indipendenti<sup>589</sup>, da questo nominati.

---

*rimangono pur sempre nella responsabilità del primo, la normativa di fonte bancaria finisce per realizzare una completa inversione dei ruoli».*

<sup>588</sup> Autorevole dottrina ha da subito evidenziato come i due sistemi *alternativi* introdotti dalla riforma del 2003 si rivelino invero incomparabili tra loro, mostrando quale unico tratto comune una «*commistione di competenze*» in capo agli organi di controllo, tali, in entrambi i casi, da far assumere agli stessi funzioni ibride. M. CERA, *I controlli nelle società di capitali «chiuse» fra modelli legali ed evoluzione della realtà*, cit., 354.

<sup>589</sup> A differenza di quanto richiesto per gli amministratori dei sistemi tradizionale e dualistico, l'art. 2409 *septiesdecies* c.c. qualifica quale requisito di indipendenza per i componenti del comitato quanto previsto per le incompatibilità dei sindaci dall'art. 2399, comma 1, c.c. E lo stesso riferimento è mantenuto

Il modello monistico, mutuato dall'esperienza anglosassone e regolato nel nostro ordinamento dagli artt. 2409 *sexiesdecies* c.c. e seguenti, si connota, insomma, per questa particolare struttura «unidimensionale», che accorpa controllati e controllori, e che, nel tempo, ha ingenerato numerose incertezze. I molti dubbi sulla sua corretta configurazione, alimentati da un disposto normativo spesso lacunoso, hanno del resto inciso sulla fortuna stessa di questa struttura organizzativa, adottata, fino a qualche anno fa, da un numero estremamente ristretto di società<sup>590</sup>. Come è intuibile, un'applicazione così selettiva nella pratica ha comportato, quale ulteriore conseguenza, che nel panorama giuridico vi siano a oggi solo poche pronunce aventi ad oggetto l'assetto monistico e la sua corretta applicazione, mentre sono addirittura totalmente assenti sentenze di carattere penale sulla responsabilità delle figure di controllo per omesso impedimento del reato posto materialmente in essere dagli esecutivi. La nostra trattazione sul punto non potrà, dunque, che arrestarsi ad una mera ricostruzione teorica delle relative posizioni di garanzia, senza la possibilità di procedere ad un confronto con la sua applicazione giurisprudenziale.

La prima problematica che emerge dallo studio del modello concerne l'estensione della funzione di vigilanza propria del comitato di controllo, quale individuata dall'art. 2409 *octiesdecies*, comma 5, c.c. Stando al testo della norma, l'obbligo di vigilanza dei suoi membri parrebbe esaurirsi nell'esame sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società, del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo e contabile, e sulla sua idoneità a rappresentare correttamente i fatti di gestione; manca un preciso riferimento al dovere di controllo sull'osservanza della legge e dello statuto, così come non si riscontra alcuna indicazione in relazione al controllo sul rispetto dei principi di

---

dalla disciplina delle società quotate, a fronte dell'esplicito richiamo di cui all'art. 147 *ter*, comma 4, T.U.F. Sul tema, estesamente: S. PROVIDENTI, *Il sistema monistico di amministrazione e controllo*, in *Le società commerciali: organizzazione, responsabilità e controlli*, op. cit., 423 e ss.; F. GHEZZI-M. RIGOTTI, *Art. 2409 octiesdecies*, in *Sistemi alternativi di amministrazione e controllo*, P. MARCHETTI-L.A. BIANCHI-F. GHEZZI-M. NOTARI (diretto da), op. cit., 248 e ss.

<sup>590</sup> Sul punto, lucide le recenti osservazioni di N. ABRIANI, *Corporate governance e sistema monistico: linee evolutive*, in *Riv. soc.*, 2019, 2, 527 e ss. L'Autore evidenzia un lungo trend di «ricorso selettivo» al modello monistico, che sembra, però, essere mutato negli ultimi tre anni, nel corso dei quali si è assistito ad una vera e propria riscoperta dello stesso. Questa nuova affermazione si legherebbe alla adozione del sistema monistico da parte di grandi banche, tra cui Intesa Sanpaolo e, più di recente, di UBI Banca, nel 2016 e nel 2018. Analoga evoluzione, proseguiva Abriani, potrebbe peraltro riguardare Mediobanca nel prossimo futuro, alla luce della recente Relazione emessa dall'ente nell'anno 2018, sulla composizione quali-quantitativa del consiglio di amministrazione, ove si sono invitati i soci a riconsiderare l'attuale sistema di *governance* alla luce delle *best practice* internazionali. In particolare, l'assemblea è stata invitata a esaminare la possibilità di adottare il sistema di *governance* monistico, che, secondo quanto precisato nella Relazione, «sembra meglio aderire alla normativa europea» (ad oggi, comunque, la Banca risulta ancora organizzata secondo il sistema tradizionale, come emerge dall'ultima Relazione sul governo societario, consultabile al sito *mediobanca.com*, 2019). Sempre nel 2018 si è registrato il primo passaggio al modello monistico nel settore assicurativo, ad opera di Cattolica Assicurazioni.

corretta amministrazione. L'interpretazione testuale della norma porterebbe ad eliminare dall'oggetto della vigilanza del comitato, in buona sostanza, quello che è generalmente considerato l'asse portante del dovere di monitoraggio sulla gestione. Ed invero, facendo leva su questo evidente limite, parte della dottrina commercialistica, in sede di primo commento, ha sostenuto che il comitato di controllo non può considerarsi un vero e proprio organo, autonomo rispetto al consiglio di amministrazione. Al contrario, si configurerebbe come una mera articolazione, un'appendice dello stesso, preposta, semplicemente, a valutare l'organizzazione dell'impresa, al fine di esercitare una funzione servente rispetto all'organo amministrativo, cui dovrebbe limitarsi a riferire i dati raccolti, esprimendo, al più, una semplice valutazione su di essi, comunque non vincolante<sup>591</sup>.

L'orientamento oggi maggioritario, tuttavia, ritiene che questa «recisione» dall'oggetto del controllo della vigilanza sulla gestione costituisca, in realtà, una esclusione soltanto apparente. Il comitato, come si è visto, è composto infatti da amministratori non esecutivi, i quali, come tali, risultano titolari delle medesime prerogative indicate dal codice civile per la carica. La loro funzione ripete dimensione e limiti della vigilanza operata dai membri del consiglio di amministrazione privi di deleghe. In altre parole, è attraverso il combinato disposto degli artt. 2381, comma 3, e 2392 c.c., applicabili ai componenti del comitato in quanto amministratori, appunto, che si recupera questo mancato riferimento alla vigilanza sul rispetto della legge, dello statuto e dei principi di corretta gestione, nell'art. 2409 *octiesdecies* c.c.<sup>592</sup>.

Tornata così a riespandersi l'area del controllo del comitato, si è oramai soliti affermare che lo stesso, pur strutturalmente interno al consiglio di amministrazione, è comunque al contempo dotato di una propria identità ed autonomia sul piano funzionale e di proprie funzioni cognitive<sup>593</sup>, le quali ultime presentano caratteristiche nuove rispetto

---

<sup>591</sup> In questo senso: F. GHEZZI-M. RIGOTTI, *Art. 2409 octiesdecies*, in *Commentario alla riforma della società. Sistemi alternativi di amministrazione e controllo*, op. cit., 252; V. CALANDRA BUONAURA, *I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario*, cit., 547; M. CERA, *I controlli nelle società di capitali «chiuse» fra modelli legali ed evoluzione della realtà*, cit., 372, che definisce il ruolo del comitato «timido e scarsamente indipendente»; S. FORTUNATO, *I controlli della riforma del diritto societario*, cit., 889, il quale evidenzia come, con la disposizione in oggetto, il legislatore delegato si sia discostato dalle iniziali indicazioni della legge delega, la quale individuava il ruolo del comitato come preposto al controllo interno sulla gestione, rendendo invece lo stesso più un organismo istruttorio del consiglio di amministrazione sui profili relativi al controllo della struttura societaria, che non un organo di controllo sull'amministrazione.

<sup>592</sup> In questa chiave di lettura, invero, si è autorevolmente osservato, l'eventuale esplicitazione di doveri di vigilanza, proprio perché già rientrano nelle attribuzioni di tali soggetti, essendo immanenti alla loro qualità, avrebbe costituito una superfetazione non necessaria, dunque ben avrebbe fatto il legislatore ad evitarla.

<sup>593</sup> S. PROVIDENTI, *Il sistema monistico di amministrazione e controllo*, cit., 447, lo definisce «un ente dotato di autonomia significativamente maggiore di quella tipica di un semplice comitato strumentale del consiglio».

a quelle viste per gli organi di controllo degli altri modelli societari. Proprio questa contiguità con il C.d.A. plasma, infatti, in maniera del tutto peculiare, la tipologia di vigilanza che il comitato è tenuto a porre in essere. Il fatto che i suoi componenti siano anche membri del consiglio comporta che essi, oltre a poter procedere ad un vaglio costante delle scelte di gestione - che può dunque operare *ex ante*, fin dal momento in cui tali scelte sono compiute - sono posti nella posizione di interloquire in modo continuativo con tutti gli altri amministratori e, quali componenti del *plenum* consiliare, possono financo esprimere la propria posizione sul merito delle decisioni del consiglio e sulla loro opportunità<sup>594</sup>.

Oltre ai doveri di vigilare sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società, del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo e contabile, posti specificamente in capo ai componenti del comitato *ex art. 2409 octiesdecies*, comma 5, lett. b) c.c., e a quelli loro attribuiti in quanto amministratori, si aggiungono gli ulteriori compiti affidati al comitato dal consiglio di amministrazione con particolare riguardo ai rapporti con il soggetto incaricato di effettuare la revisione dei conti, come stabilisce testualmente lo stesso art. 2409 *octiesdecies*, comma 5, lettera c). Questo tipo di attribuzioni consiste specialmente nel verificare l'indipendenza del revisore e nel monitorare il lavoro svolto da questo<sup>595</sup>: compiti che, come si può agevolmente intuire, vengono oggi integrati dalle previsioni del d.lgs. 39 del 2010 e, in particolare, dall'art. 19. Come si è già osservato innanzi, infatti, l'organo di controllo del sistema monistico - alla medesima stregua del collegio sindacale dell'assetto tradizionale e del consiglio di sorveglianza di quello dualistico, quando non svolga funzioni *ex art. 2409 terdecies*, comma 1, lett. f *bis*) - viene identificato dal legislatore con il comitato per il controllo interno e la revisione contabile per gli enti di interesse pubblico, da cui l'estensione dei relativi oneri di controllo<sup>596</sup>.

Tutti questi aspetti concorrono dunque a definire l'oggetto della vigilanza del comitato. Sul tema deve essere poi svolta un'ultima considerazione. Si è detto che, al contrario di quanto avviene per gli altri organi e soggetti dotati di funzioni di controllo visti sinora, per l'organismo del modello monistico il codice civile fa esplicitamente riferimento al dovere di sorveglianza sul sistema di controllo interno. Da tale esplicita previsione emerge l'importanza che, in questa sede, il legislatore ha inteso attribuire al

---

<sup>594</sup> M. LIBERTINI, *La funzione di controllo nell'organizzazione della società per azioni, con particolare riguardo ai sistemi c.d. alternativi*, cit., 1102. L'Autore sottolinea come la possibilità di interloquire sul merito delle scelte di gestione deve intendersi non già come competenze del comitato di controllo in quanto tale, bensì come specifica competenza del *plenum* consiliare - ed operare entro i relativi limiti.

In senso contrario, invece: N. ABRIANI, *Il sistema monistico*, cit., 880.

<sup>595</sup> G. FERRARINI, *Controlli interni, governo societario e responsabilità. Esperienze statunitensi ed italiana a confronto*, in *Mercati finanziari e sistemi dei controlli*, op. cit., 111.

<sup>596</sup> È stato osservato che molte delle funzioni del comitato, previste *ex art. 19*, d.lgs. 39/2010, si sovrappongono alle funzioni individuate dall'ordinamento per il comitato per il controllo sulla gestione.

medesimo. Al comitato, del resto, come specificato anche nel Codice di Autodisciplina delle società quotate, al criterio applicativo 10.C.2, lett. a), si ritengono applicabili le raccomandazioni sul controllo interno che fanno riferimento ai sindaci.

Sempre con riferimento alle previsioni contenute nell'Autodisciplina, il quadro di funzioni e compiti così delineato viene poi arricchito per il fatto che, al comitato dell'assetto monistico, sono riconosciute anche le funzioni assegnate dal Codice al comitato controllo e rischi<sup>597</sup>. Dunque, non viene istituito un organismo *ad hoc* all'interno del C.d.A., ma si concentrano le relative attribuzioni, assieme a quelle proprie dei sindaci, nel solo c.c.g.; per evitare, poi, che tale scelta possa prestarsi ad applicazioni scorrette, lo stesso Codice di Autodisciplina prescrive che la singola società che decide di adottare il modello monistico deve provvedere a regolare in maniera attenta e precisa le modalità di esercizio delle prerogative di controllo interno e rischi, adottando ed implementando i presidi necessari a garantire che il comitato di controllo sulla gestione possa operare in modo efficace ed indipendente dalle altre istanze societarie<sup>598</sup>.

Orbene, questa «doppia anima» del comitato del sistema monistico - organo di controllo, al contempo interno al C.d.A. - comporta conseguenze di fondamentale rilievo in tema di capacità dei suoi componenti di vigilare ed intervenire sulla gestione. Del resto, la stessa posizione dei membri del comitato, come è stato autorevolmente osservato, consente loro di acquisire informazioni sull'amministrazione in maniera privilegiata, potendo accedere ad un canale conoscitivo immediato. Il flusso informativo tra organi delegati, consiglio di amministrazione e comitato di controllo si presenta, quantomeno nelle intenzioni del legislatore, semplice e diretto. La verifica circa la legalità ed efficienza delle scelte operative è contemporanea all'adozione delle deliberazioni consiliari e dovrebbe permettere, come tale, di *prevenire* eventuali inefficienze ed azioni illecite<sup>599</sup>.

Proprio su tale capacità dei membri del comitato di «prevenire» o comunque di bloccare le condotte illegali degli esecutivi, si è ovviamente concentrato il dibattito della dottrina penalistica. Le posizioni della letteratura risultano oggi divise tra coloro che ritengono sussista una vera e propria posizione di garanzia in capo a tali soggetti,

---

<sup>597</sup> Di cui alla Sez. I, § 6 del presente Capitolo.

<sup>598</sup> Codice di Autodisciplina, Commento al criterio applicativo 10.C.2.

<sup>599</sup> Così: F. GALGANO-R. GENGHINI, *Il nuovo diritto societario. Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2006, 521 e ss.

Sottolinea come, in tale assetto, si «accorcino le distanze» tra controllati e controllanti e lo svolgimento delle rispettive attività sia agevolato dal continuo e costante dialogo tra gli stessi, M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati*, *op. cit.*, 302 e ss.

Alcuna parte della dottrina pone l'attenzione, invece, sulla commistione tra funzioni di gestione e controllo che tale assetto sottende. Si osserva sul punto che le esigenze e i momenti del controllo assumono in questo sistema una portata più circoscritta delle competenze gestionali, giacché subordinati a queste ultime. M. CERA, *I controlli nelle società di capitali «chiuse» fra modelli legali ed evoluzione della realtà*, *cit.*, § 6.

incardinata sul disposto di cui all'art. 2392 c.c.<sup>600</sup>, direttamente applicabile alle rispettive figure, giacché, come già sottolineato, si tratta sempre di amministratori<sup>601</sup>, ed una corrente minoritaria che nega questa possibilità, asserendo che l'intervento eventualmente esperibile dai membri del comitato sull'operato dei delegati sarebbe sempre e solo *successivo* alla loro azione e dunque privo di rilievo nel paradigma del concorso omissivo<sup>602</sup>.

Anticipando sin d'ora la nostra adesione alla prima tesi, nel prosieguo della trattazione procederemo a prendere in considerazione i poteri *uti singuli* riconosciuti dall'ordinamento ai componenti del comitato, per verificare se questi, secondo il percorso seguito nel presente lavoro di ricerca, mostrino efficacia potenzialmente impeditiva sulla condotta degli amministratori esecutivi.

## **7.2. Poteri ispettivi e reattivi dei membri del c.c.g. nelle società di diritto comune.**

Quando si tratta il tema dei poteri individualmente azionabili dai soggetti che svolgono funzione di controllo entro il modello monistico, è necessario focalizzare l'attenzione, sin da subito, sulle evidenti difformità che esistono tra i diversi tipi societari. Dal confronto tra le discipline affiora infatti nitidamente la differenza tra attribuzioni riconosciute dal codice civile in capo ai componenti del comitato delle società non quotate e prerogative disciplinate dal Testo unico sulla finanza per i medesimi soggetti operanti all'interno di società quotate.

Questa discrasia si registra, a ben osservare, già con riferimento ai poteri cognitivi. All'opposto rispetto a quanto previsto per le società quotate, i membri del comitato per il controllo sulla gestione delle S.p.A. non quotate sono privi di poteri ispettivi, mancando nel tessuto codicistico ogni riferimento sul punto. Tali soggetti, non potendo procedere ad atti di ispezione e di controllo, vedono pertanto limitata la propria facoltà di acquisizione di informazioni relative alla gestione societaria al solo potere/dovere di assistere alle riunioni del consiglio d'amministrazione e degli eventuali comitati esecutivi, quale previsto dall'art. 2409 *noviesdecies*, che richiama esplicitamente, per il sistema monistico, le previsioni di cui agli articoli 2381 e 2405 c.c. Come è stato fatto notare da illustre dottrina, tuttavia, tale presenza, idonea a garantire ai soggetti controllori

---

<sup>600</sup> Sull'applicazione del medesimo regime di responsabilità, nella dottrina commercialista si veda per tutti: A. MIRONE, *I sistemi alternativi di amministrazione e controllo: il sistema dualistico e il sistema monistico*, in *Diritto commerciale*, M. CIAN (a cura di), Giappichelli, Torino, 2014, Vol. 2, 530-531.

<sup>601</sup> Sostengono questa tesi, tra gli studiosi più autorevoli, Francesco Centonze e Attilio Nisco.

Immediatamente dopo l'introduzione del modello monistico e l'entrata in vigore della riforma del 2003, osservava la possibilità di riconoscere tale posizione di garanzia: A. ROSSI, *I criteri per l'individuazione dei soggetti responsabili nell'ambito delle società*, in *Reati societari*, A. ROSSI (a cura di), *op. cit.*, 142.

<sup>602</sup> Così L. MANDELLI, *I «sindaci» di S.p.A. tra doveri di sorveglianza e posizioni di garanzia*, *cit.*, § 5.5.

un bacino di conoscenza diretta sulla gestione, benché prevista dal codice come obbligatoria, non è però poi assistita dalla sanzione della decadenza dall'ufficio in caso di suo inadempimento, con la conseguenza per cui la portata di tale dovere risulta di fatto «attenuata»<sup>603</sup>.

Con riguardo ai poteri reattivi, si devono svolgere alcune considerazioni. Le disposizioni del codice civile non prevedono, a ben osservare, alcun potere individualmente azionabile dai componenti del comitato, ma soltanto poteri collegiali. Stando al testo della legge, i membri dell'organo di controllo possono dunque soltanto sollecitare l'organo di appartenenza a convocare l'assemblea dei soci, ovvero a denunciare al tribunale le gravi irregolarità riscontrate nella gestione dell'attività di impresa.

Con riferimento alla prima opzione si deve fare un appunto. La normativa sul comitato per il controllo sulla gestione si limita a richiamare la previsione di cui all'art. 2408 c.c., che riconosce ai controllori il potere/dovere di indagare senza ritardo e procedere a convocare l'assemblea, a fronte della denuncia di fatti censurabili presentata da parte di uno o più soci. Non c'è, invece, un richiamo diretto all'art. 2406 c.c. Parrebbe, dunque, in prima lettura, doversi escludere un immediato potere di convocazione, da parte del comitato, a fronte di riscontrate irregolarità, dove non vi sia stata alcuna denuncia dei soci. Tuttavia, a ben ragionare, il predetto limite si rivela più apparente che reale, considerando che l'articolo 2406 è richiamato esplicitamente dallo stesso art. 2408, a sua volta indicato come norma applicabile *per relationem*<sup>604</sup> al sistema monistico dall'art. 2409 *noviesdecies* c.c.

L'articolo 2409, all'ultimo comma, riconosce invece direttamente al comitato per il controllo sulla gestione il potere di denunciare al tribunale gravi irregolarità nella gestione, idonee ad arrecare un danno alla società o ad una o più sue controllate, così come avviene per il collegio sindacale ed il consiglio di sorveglianza. Rispetto alle possibilità di reazione di questi due organi di controllo, però, il comitato dell'assetto

---

<sup>603</sup> Tuttavia, proprio al fine di evitare questo allentamento, alcuna parte della dottrina ritiene che la mancata partecipazione alle adunanze potrebbe assumere rilievo sul piano risarcitorio.

F. MANCUSO, *Il comitato per il controllo sulla gestione nel modello monistico: problemi in tema di responsabilità dei componenti e di invalidità delle decisioni*, in *Riv. Soc.*, 2017, 4, 778, che, nel testo, richiama a sua volta le osservazioni precedentemente espresse da M. LIBERTINI, *La funzione di controllo nell'organizzazione della società per azioni con particolare riguardo ai c.d. sistemi alternativi*, in *Dialogo sul sistema dei controlli nelle società*, P. Abbadessa (a cura di), *op. cit.*, 43.

<sup>604</sup> Sulla estensione di tale potere, per tutti: M. IRRERA, *Assetti adeguati*, *cit.*, 304; ID., *Assetti organizzativi e sistema monistico*, *cit.*, 526, in particolare nota 18; S. PROVIDENTI, *Il sistema monistico di amministrazione e controllo*, *cit.*, 451 e 452; N. ABRIANI, *Corporate governance e sistema monistico: linee evolutive*, in *Riv. soc.*, 2019, 2, 538.

Esclude invece la possibilità di riconoscere questo potere diretto in capo ai membri del comitato: V. CALANDRA BUONAURA, *I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario*, *cit.*, § 3.3.

monistico, proprio per le sue particolari caratteristiche, può intervenire in modo anticipato. Il fatto che sia composto da amministratori, che, come tali, fanno parte del C.d.A., comporta, quale immediata conseguenza, che essi possano acquisire le informazioni necessarie ad agire ai sensi dell'art. 2409 c.c. fin dalle prime avvisaglie di gravi irregolarità. E del resto, tale circostanza incide sullo stesso giudizio di tempestività della comunicazione all'Autorità giudiziaria.

*«Per capire se la comunicazione del comitato per il controllo sulla gestione è stata tempestiva - si è detto infatti - occorre comprendere quando il comitato per il controllo sulla gestione è stato messo — o comunque si è oggettivamente trovato (o si sarebbe dovuto trovare, esercitando i propri poteri/doveri di informazione) — nella condizione di prendere coscienza del rischio, della irregolarità, della violazione, etc. oggetto di denuncia, segnalazione, informazione, etc.; tanto più che oggetto di denuncia può anche essere un fatto solo rischioso e non (ancora) dannoso; e cioè un fatto o segnale di pericolo in termini qualificati ovvero un fatto che ingenera un fondato sospetto»<sup>605</sup>.*

Ebbene, nel ricostruire i tratti caratteristici della posizione di garanzia propria del membro del comitato, e, dunque, nel tentativo di comprendere come lo stesso possa essere chiamato a rispondere per concorso nel reato degli esecutivi che non abbia impedito, si deve osservare che le prerogative che abbiamo sin qui enucleato, benché dotate di notevole rilevanza astratta, giacché potenzialmente idonee a bloccare l'iter criminoso, in concreto hanno portata molto circoscritta. Come si è visto, si tratta, infatti, di poteri di tipo collegiale, di cui dunque il singolo può solo limitarsi a richiedere l'attivazione al comitato, con la conseguenza che diviene piuttosto complicato ricostruire nel caso concreto l'efficacia eziologica della inerzia dell'individuo rispetto al reato eventualmente posto in essere.

Alle osservate attribuzioni si aggiunge di poi la già cennata partecipazione dei membri del comitato di controllo alle riunioni non solo del C.d.A.<sup>606</sup>, ma anche, e soprattutto, del comitato esecutivo. In questa sede da ultimo indicata, in particolare, il componente del comitato per il controllo sulla gestione, fermo restando che non ha diritto

---

<sup>605</sup> N. ABRIANI, *Corporate governance e sistema monistico: linee evolutive*, cit., 552.

<sup>606</sup> Sul punto, M. IRRERA, *Assetti adeguati e sistema monistico*, cit., § 6, che sottolinea come «il potere di controllo possa potrà influire (...) sul merito delle decisioni consiliari, al fine di conformarlo agli obblighi di corretta amministrazione».

L'Autore, in questo senso, rileva quale portata l'applicazione del modello monistico possa assumere nel tentativo di risolvere il problema della moltiplicazione degli organi di controllo all'interno delle società e condivide, sul punto, le osservazioni espresse dal Presidente della Consob. Questi, nel corso dell'*Incontro annuale con il mercato finanziario* del 5 maggio 2014, ha per l'appunto auspicato che le società possano ricorrere in futuro al sistema di amministrazione e controllo c.d. "monistico" in misura maggiore di quanto non avvenga ad oggi, al fine di semplificare il sistema di controlli al loro interno (si veda nota n. 8 dell'articolo).

di voto<sup>607</sup>, ha il potere/dovere di interloquire in senso preventivo, «*dissentendo di fronte ad operazioni che presentino profili di illiceità e reagendo al cospetto di atti illegali*»<sup>608</sup>.

I poteri rilevanti sul piano impeditivo, comunque, non si esauriscono a quanto individuato dal legislatore per i componenti del comitato per il controllo nell'apposita *sedes materiae*. Il novero che si è illustrato, a fronte di quanto detto sopra, deve infatti essere integrato con le attribuzioni reattive proprie di ciascun amministratore. Tra queste, come si ricorderà, uno degli aspetti più importanti concerne la possibilità di impugnare le delibere del C.d.A., riconosciute in capo ai membri del consiglio dal combinato disposto degli artt. 2388, comma 3, e 2409 *noviesdecies*, comma 1, c.c. Secondo parte della dottrina, questo potere/dovere può essere esercitato in misura piuttosto ampia: non solo per le delibere del *plenum* consiliare, ma anche rispetto alle decisioni dello stesso comitato di controllo, quando si tratti di atti «*aventi natura lato sensu provvedimento o "decisoria", positiva o negativa*». «*Rientrano in tale categoria, ad es., il deliberato sulla proposizione del ricorso ex art. 2409 c.c., gli atti gestori compiuti in via suppletiva, la delibera di convocazione di organi sociali (v. artt. 2406 e 2446 c.c.)*»<sup>609</sup>.

### 7.3. I poteri dei membri del comitato nelle società quotate.

Come si diceva innanzi, le attribuzioni riconosciute in capo ai membri del comitato di controllo sulla gestione nelle società quotate si presentano sotto vari aspetti diverse rispetto a quelle individuate dal codice civile e tale distinzione si riscontra a partire dalla capacità per i singoli di acquisire informazioni.

Similmente a quanto si è visto per il modello dualistico, la disciplina dei poteri e dei diritti di informazione dei membri del comitato risulta definita e regolata in modo molto più analitico e completo nelle società quotate, dove, per effetto del combinato disposto degli artt. 150 e 151 *ter* T.U.F., all'organo dell'assetto monistico sono riconosciute le stesse prerogative attribuite dal Testo unico ai membri del collegio sindacale e del c.d.s., oltre al potere di procedere in qualsiasi momento, anche per tramite di un componente delegato, ad atti di ispezione e controllo sugli assetti adottati dalla società e sull'andamento generale dell'attività sociale (art. 151 *ter*, comma 4).

---

<sup>607</sup> Si dibatte in merito al loro apporto, invece, all'interno del consiglio di amministrazione. Evidenzia l'importanza che assume la possibilità dei membri del comitato di esprimere diritto di voto nel corso delle riunioni del C.d.A.: V. SFAMENI, *Il sistema monistico nell'amministrazione e controllo della s.p.a.*, in *Soc.*, 2006, 12, 1465. In tale sede, osserva l'Autore, il contributo dei membri del comitato di controllo si articola nella partecipazione alle decisioni e, al contempo, nella loro valutazione di conformità ai principi di corretta amministrazione.

<sup>608</sup> Così F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penali*, *op. cit.*, 392.

<sup>609</sup> F. MANCUSO, *Il comitato per il controllo sulla gestione nel modello monistico: problemi in tema di responsabilità dei componenti e di invalidità delle decisioni*, *cit.*, § 4; ID., *Commento art. 2409-octiesdecies c.c.*, in *Le Società per Azioni. Codice civile e norme complementari*, P. ABBADESSA-G.B. PORTALE (diretto da), 2016, *op. cit.*, Vol. 1, 1987-1988.

La citata distinzione tra i diversi tipi di S.p.A. è comunque ancora più evidente rispetto ai poteri *reattivi* dei singoli.

Alle capacità di intervento previste per i membri del c.c.g. dal codice civile, il Testo unico della finanza aggiunge una serie di ulteriori poteri, che assumono fondamentale rilievo nella ricostruzione delle rispettive posizioni di garanzia<sup>610</sup>. Tra queste emerge, per la sua incisività, accanto alla possibilità di richiedere al presidente la convocazione del comitato stesso, il potere di convocare il consiglio di amministrazione ed il comitato esecutivo, di cui all'art. 151 *ter*, comma 3, T.U.F., che può essere esercitato tanto dal c.c.g. nel suo complesso, quanto dai singoli componenti. Stando al dato normativo, tale potere può essere infatti azionato dal consigliere individualmente, senza alcun tipo di vincolo, vale a dire senza che sia necessario richiedere prima la deliberazione del comitato e provvedere autonomamente in caso di inerzia; per cui, il soggetto può liberamente decidere se attivarsi in autonomia, ovvero se richiedere all'organo di cui fa parte di disporre la convocazione degli amministratori.

Una parte della dottrina considera risponda al principio di ragionevolezza ritenere che il singolo controllore sia comunque tenuto ad un dovere di collaborazione con il consiglio di amministrazione, così da esercitare l'iniziativa individuale entro specifici limiti, per evitare di interferire sul regolare operato di questo; stando a tali considerazioni, in buona sostanza, il potere *de quo* potrebbe essere allora azionato «*solamente (i) nel caso in cui sussistano motivi di urgenza ovvero (ii) qualora il presidente o la maggioranza frappongano ostacoli alla legittima richiesta proveniente da un membro*»<sup>611</sup>. Si tratta, comunque, di una interpretazione che non condividiamo. Attraverso una lettura fondata sulla semplice logica della collaborazione che, si dice, dovrebbe connotare i rapporti tra i due organi, si finisce per introdurre importanti limitazioni ad un potere di particolare rilievo, riconosciuto dal testo di legge.

A questi poteri di reazione «interni» si aggiungono poi precipue prerogative, che consentono al singolo di rivolgersi ad autorità di controllo esterne. Segnatamente, oltre a poter comunicare alla Consob eventuali irregolarità riscontrate nella gestione, i componenti del comitato, in quanto amministratori, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, possono sollecitare singolarmente il Pubblico ministero, perché attivi il procedimento di cui all'art. 2409 c.c.

Alle attribuzioni menzionate si aggiungono le ulteriori capacità di conoscenza ed intervento viste con riferimento al comitato per il controllo interno e la revisione contabile, di cui all'art. 19, d.lgs. 39/2010, con la conseguente estensione delle relative funzioni.

---

<sup>610</sup> Poteri disciplinati dagli artt. 150 e 151 *ter* T.U.F., ampliati in particolare con la riforma sul risparmio del 2005. Sul punto, si rinvia all'estesa analisi di S. PROVIDENTI, *Il sistema monistico di amministrazione e controllo*, cit. 454-455.

<sup>611</sup> F. MANCUSO, *Il comitato per il controllo sulla gestione nel modello monistico: problemi in tema di responsabilità dei componenti e di invalidità delle decisioni*, cit., 778.

#### 7.4. Le peculiarità nelle banche.

Esattamente come previsto per il sistema dualistico, la Circolare n. 285/2013 riconosce alle banche la possibilità di scegliere se adottare un assetto di carattere monistico; opzione che, peraltro, in tempi relativamente recenti, è stata esercitata da istituti di grandi dimensioni e notevole rilievo nel panorama nazionale, tra cui Intesa Sanpaolo e UBI Banca<sup>612</sup>. La disciplina specifica che, mentre la qualifica di organo con funzione di supervisione strategica viene assegnata al consiglio di amministrazione, il ruolo di organo con funzioni di controllo spetta al comitato, al quale attribuisce in maniera precisa ed analitica una serie di importanti prerogative.

La Circolare, *in primis*, attribuisce espressamente all'organo i medesimi doveri incombenti sul collegio sindacale e sul consiglio di sorveglianza, così recidendo in radice i problemi relativi alla possibilità di ritenere estesi al comitato di controllo sulla gestione i doveri riconosciuti al collegio sindacale in tema di vigilanza sull'osservanza della legge e dello statuto e sul rispetto dei principi di corretta amministrazione, che si sono visti sorgere invece nelle società non quotate<sup>613</sup>. La pertinenza di detto compito di controllo al comitato, aggiungono poi le stesse disposizioni di vigilanza, deve essere esplicitamente individuata dalla banca all'interno del proprio statuto.

Come per gli altri due modelli societari, di poi, si dispone che il comitato dell'assetto monistico provvede a vigilare sul sistema di controllo interno e governo dei rischi.

Coerentemente con l'organizzazione proposta dalla Circolare e la precipua divisione di compiti e competenze tra i diversi soggetti, viene specificamente precluso ai membri del c.c.g. l'esercizio di qualsivoglia attività di supporto al consiglio di amministrazione in tema di *risk accountability*, che resta riservata al comitato controllo

---

<sup>612</sup> Scelte che hanno dato nuovo lustro ad un modello che sembrava fino a quel momento destinato ad un'applicazione solo marginale. Il nuovo modello venne adottato con approvazione assembleare, rispettivamente, in data 26 febbraio 2016 e 19 ottobre 2018. Sullo specifico tema: P. MARCHETTI, *Tanto tuonò che piovve. Intesa Sanpaolo e il monistico*, in *S.P.A. e sistema monistico: tu vuoi fa' l'americano*, M. Cera - G. Presti (a cura di), A.G.E., 1/2016, 9.

<sup>613</sup> Circolare n. 285/2013, Parte Prima.IV.1.11.

Un tale «appiattimento» è stato peraltro oggetto di riserve critiche di parte della dottrina, che ha sottolineato come la scelta di omologazione delle funzioni di controllo tra i diversi assetti societari finisce per adombrare le peculiarità stesse del modello monistico. L'obiettivo principale è quello di assicurare in modo *tranchant* e in maniera «simmetrica», la piena ed effettiva sovrapposibilità del sistema monistico rispetto al sistema tradizionale sotto il profilo del perimetro e dell'efficacia dei meccanismi di controllo. Ciò, in coerenza con l'obiettivo, esplicito e particolarmente rimarcato con riguardo ai modelli di amministrazione e controllo alternativi a quello tradizionale di «assicurare l'efficacia e l'effettività delle funzioni svolte dall'organo con funzione di controllo» (Circ. 285/2013, Parte Prima.IV.1.12).

C. FRIGENI, *La governance delle società bancarie*, in *Regole e mercato. Convegno conclusivo del progetto PRIN 2010-2011*, cit., 51; M. SPIOTTA-M. CAVANNA, *I sistemi dualistico e monistico*, in *Diritto del governo delle imprese*, op. cit., 574-575.

interno e rischi, costituito in seno al *plenum* consiliare - all'opposto rispetto a quanto prevede il Codice di Autodisciplina per le società quotate, dove, come si è osservato, le competenze tra i comitati interni al C.d.A. - comitato controllo rischi e c.c.g. - vengono sovrapposte.

Infine, per garantire il corretto esercizio di tali funzioni, la Circolare impone alla società che abbia adottato il modello monistico di prevedere che il comitato per il controllo sulla gestione possa procedere, in qualsiasi momento, ad atti di ispezione e controllo, a differenza di quanto previsto per le società disciplinate dal codice civile, in cui tale potere non viene in alcun modo menzionato - né in via diretta, né *per relationem* - dalla relativa disciplina. Allo stesso organo è poi attribuito il potere/dovere di avvalersi delle strutture e delle funzioni di controllo interne all'azienda, per svolgere e indirizzare le proprie verifiche e gli accertamenti necessari.

Anche qui, come avviene per le società quotate, si aggiungono poi le prerogative previste dall'art. 19, d.lgs. 39/2010.

Sul piano delle capacità reattive, è fondamentale notare come al comitato sia esplicitamente riconosciuto il potere di attivare la Autorità di vigilanza, di cui all'art. 52 T.U.B. Per la verità, secondo quanto emerge dal combinato disposto della norma del Testo unico e le previsioni della Circolare di Banca d'Italia, Parte Prima.IV.1.11 e IV.1.12., il comitato è addirittura considerato il riferimento principale di tale meccanismo di segnalazione e, come tale, opera quale referente privilegiato di Banca d'Italia<sup>614</sup>.

Ricapitolando, si registra, per i membri del comitato delle società bancarie, la precisa individuazione del raggio di controllo e la correlata attribuzione di un potere reattivo, a carattere potenzialmente impeditivo dell'illecito degli esecutivi, quale, per l'appunto, la denuncia di irregolarità alla Banca d'Italia.

## **8. I membri dell'organo di controllo nel nuovo codice della crisi di impresa. Aspetti problematici.**

La posizione di garanzia dei membri degli organi di controllo societari ha subito di recente alcuni mutamenti, a fronte delle novità introdotte con la riforma della disciplina sulla crisi di impresa e dell'insolvenza.

L'art. 14 del d.lgs. 12 gennaio 2019 configura a carico degli organi di controllo<sup>615</sup> uno specifico obbligo di vigilanza e pone in capo agli stessi peculiari poteri/doveri di segnalazione. Stabilisce, precisamente, che tali soggetti devono verificare che l'organo

---

<sup>614</sup> Sul punto, C. FRIGENI, *Ibidem*, 52; ID., *Prime considerazioni sulla normativa bancaria in materia di «organo con funzioni di supervisione strategica»*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, 1, 485 e ss.; A. DE PERA, *Il nuovo governo societario delle banche*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 525 e ss.

<sup>615</sup> Così come il revisore contabile e la società di revisione, ciascuno nell'ambito delle proprie funzioni.

amministrativo valuti costantemente, assumendo le conseguenti idonee iniziative, se l'assetto organizzativo dell'impresa è adeguato, se sussiste l'equilibrio economico finanziario e quale è il prevedibile andamento della gestione. Introduce poi l'obbligo di segnalare immediatamente allo stesso organo amministrativo l'esistenza di fondati indizi della crisi. Con la segnalazione deve essere fissato un congruo termine - non superiore a trenta giorni - entro cui l'organo amministrativo è tenuto a riferire in merito alle soluzioni individuate e alle iniziative intraprese<sup>616</sup>. In caso, poi, di omessa o inadeguata risposta da parte degli amministratori, ovvero di mancata adozione delle misure ritenute necessarie a superare lo stato di crisi nei successivi sessanta giorni, i membri dell'organo di controllo devono informare senza indugio l'OCRI, l'organismo per la composizione della crisi esterno alla società, quale introdotto nel nostro ordinamento dall'art. 16 del codice.

La riforma, come si può intuire, ha dunque riconosciuto ai sindaci ed agli altri membri degli organi di controllo un ruolo principe nel monitoraggio sullo «*stato di salute della società*»<sup>617</sup>. A ben osservare, però, il compito in oggetto non è nuovo; lo stesso parrebbe già rientrare tra le funzioni di vigilanza già proprie di tali organi e soggetti, ma, attraverso l'esplicita previsione normativa viene evidenziata la sua importanza<sup>618</sup>. Così facendo, infatti, il legislatore ha inteso confermare anche in questo settore la necessità che si instauri, e si protragga nel corso di tutta l'attività sociale, un dialogo costante tra funzione di gestione e funzione di vigilanza, tale da consentire un intervento immediato, alla individuazione dei primi segnali di crisi aziendale, per evitare che possa essere compromessa la continuità aziendale. Gli organi di controllo devono svolgere «*in tempo reale*»<sup>619</sup> un'attività prognostica, per l'individuazione degli indizi di crisi, e di indirizzo

---

<sup>616</sup> E tale segnalazione, specifica peraltro il codice, deve presentare peculiari requisiti di forma e contenuto. Secondo quanto dispone il comma 2, deve essere motivata, fatta per iscritto, a mezzo posta elettronica certificata o comunque con mezzi che assicurino la prova dell'avvenuta ricezione, e deve contenere la fissazione di un congruo termine, non superiore a trenta giorni, entro il quale l'organo amministrativo deve riferire in ordine alle soluzioni individuate e alle iniziative intraprese.

<sup>617</sup> O. CAGNASSO, *Il diritto della crisi tra passato e futuro*, in *Giur. comm.*, 2017, 1, 33 e ss.

<sup>618</sup> Prima della emanazione del decreto legislativo n. 14/2019, quando ancora il dibattito si concentrava sul disegno della legge delega, C 3671 e C 3671 *bis*, diversi autori avevano sostenuto l'opportunità di estendere questa funzione di monitoraggio a tutti i componenti degli organi di controllo societario, dunque non soltanto ai sindaci, ma anche ai membri del consiglio di sorveglianza nelle società che adottano un modello dualistico e ai membri del comitato per il controllo sulla gestione nel modello monistico: G. A. POLICARO, *La crisi d'impresa e gli strumenti di monitoraggio nel disegno di legge di riforma fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2017, 6, 1038 e ss., in particolare, § 6.

<sup>619</sup> Così: M. BRUNO, *Giurisprudenza e attualità in materia concorsuale. Il coinvolgimento degli organi di controllo nella crisi d'impresa alla luce del decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14*, in *Riv. dott. comm.*, 2019, 2, 277.

In senso analogo P. BENAZZO, *Codice della crisi di impresa e l'organizzazione dell'imprenditore ai dell'allerta: diritto societario della crisi o crisi del diritto societario?*, in *Riv. Soc.*, 2019, 2, 274. L'Autore considera vi sia stato un chiaro passaggio da un'ottica prettamente reattiva ad una preventiva-prospettica.

alla pianificazione delle operazioni strumentali al suo superamento, monitorando continuamente l'andamento della gestione. La previsione di cui al nuovo art. 14 si inserisce dunque nell'ordinamento in piena coerenza con la nuova visione del controllo societario come controllo preventivo e concomitante rispetto all'attività di organizzazione e gestione dell'impresa. La disciplina contenuta nel nuovo codice si colloca, insomma, in quel processo di progressivo mutamento, che si è osservata specialmente con riferimento al ruolo dei sindaci<sup>620</sup>, non più chiamati ad esercitare un semplice controllo *ex post*, come avveniva in passato, ma anzi sempre più coinvolti in una prospettiva di costante confronto con il potere amministrativo<sup>621</sup>.

Se da un lato, così disponendo, la novella conferma un dovere di vigilanza ritenuto già compreso nelle competenze degli organi di controllo, e si limita ad evidenziarne la portata nel sistema della crisi, dall'altro lato, però, aggiunge in capo ai rispettivi membri peculiari poteri/doveri di reazione, vale a dire i poteri/doveri di segnalazione<sup>622</sup>, attraverso cui viene avviata la procedura di allerta. L'intento è evidentemente quello di dotare i controllori di prerogative rafforzate, volte a prevenire e gestire la crisi d'impresa, per cui essi possono, e dunque devono, attivarsi già dalla percezione dei primi segnali, quali individuati dall'art. 13 del codice. Tali soggetti divengono in questo sistema una sorta di «*sentinella avanzata*»<sup>623</sup>, che per prima deve dare l'allarme di fronte a sintomi della crisi e consentire la tempestiva adozione delle misure ritenute idonee.

Come è stato autorevolmente sottolineato, con la riforma si assiste ad un «*arretramento dell'attenzione, rispetto alla vita e all'attività di impresa, a un momento antecedente al fenomeno dell'insolvenza*»<sup>624</sup>. Arretramento fino al tempo in cui sussiste ancora una possibilità di recuperare valori residui dell'impresa. Tale momento è

---

<sup>620</sup> V. *supra*, § 1.

<sup>621</sup> Si tratta, peraltro, di un principio già accolto in giurisprudenza. Interessante sul punto una recente pronuncia del Tribunale di Rimini, Ord. 8351/2019 del 23 luglio 2019, in *ilcaso.it/archiviogiurisprudenza*, in cui il giudice, con riferimento alla disciplina vigente, ha specificato la necessità di un controllo continuo dei sindaci, che si estende, senza soluzioni di continuità, anche durante l'intero periodo di crisi, in cui l'organo è chiamato ad un monitoraggio costante e ad adottare le misure di intervento ritenute necessarie.

«*In tutto il periodo di tempo della crisi il Collegio Sindacale - si è esplicitato nel caso concreto - avrebbe dovuto attivarsi per accertare l'effettiva possibilità di uscire dalla crisi in tempi ragionevoli, verificando tempo per tempo il permanere del necessario requisito della continuità aziendale*».

<sup>622</sup> Una parte della dottrina sottolinea che il potere/dovere di comunicazione all'organo amministrativo discendeva, nel sistema *ante* riforma, dalle norme di comportamento dell'organo di controllo. R. RUSSO, *Collegio sindacale e prevenzione della crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, 2018, 1, 119.

<sup>623</sup> Sul punto lo stesso R. RORDORF, *Doveri e responsabilità degli organi di società alla luce del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. Soc.*, 2019, 5, 929.

<sup>624</sup> A. ALESSANDRI, *Novità penalistiche nel codice della crisi d'impresa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, 4, 1815.

individuabile nell'insorgere<sup>625</sup> o comunque nell'apertura della crisi, situazioni logicamente e temporalmente anteriori allo stato di insolvenza, come definito all'art. 2, lett. a) del codice<sup>626</sup>. Nel sistema delineato dal codice, questa anticipazione si riflette, per l'appunto, sulle prerogative di intervento dei sindaci e degli altri membri degli organi di controllo, sempre più coinvolti in una azione preventiva, e non già - o non più - nella inerme constatazione di possibili danni alla società e ai terzi creditori<sup>627</sup>. Come si è visto, questo obbligo di azione, nello schema individuato, si traduce in una segnalazione interna, rivolta allo stesso organo amministrativo. Segnalazione a cui, in ipotesi di omessa od inadeguata risposta, deve seguire una seconda informativa, questa volta rivolta all'esterno dell'organigramma societario, e più precisamente all'Organismo per la composizione della segnalata crisi di impresa.

Se, tuttavia, i presupposti per l'attivazione dei soggetti adibiti al controllo non presentano peculiari problemi di individuazione nel caso di assenza di risposta da parte degli amministratori, il discorso cambia in caso di risposta inadeguata. Il tema diviene comprensibilmente complesso, giacché in questa ipotesi, come si è già accennato nel corso della trattazione, il vaglio di adeguatezza sull'intervento dell'organo gestionale incontra una serie di limiti, consistenti legati alla circoscritta intensità del controllo dei sindaci sulle operazioni di gestione, che, come si è visto, secondo la dottrina maggioritaria, non può spingersi fino ad esaminare il merito delle scelte amministrative<sup>628</sup>. Di tal ché, non è chiaro fino a che punto i membri dell'organo di controllo, specie dove si tratta di organo sindacale, possano spingersi a sindacare la risposta apprestata dagli amministratori, per poterla giudicare in quanto non adeguata e attivarsi di conseguenza.

Dalla nuova disciplina discende poi una serie di conseguenze sul piano della responsabilità penale degli individui. La attribuzione delle menzionate prerogative di

---

<sup>625</sup> Sul tema si è espresso il Tribunale di Benevento, con una delle prime pronunzie che statuito con riferimento alla disciplina riformata. Il giudice in tale sede ha distinto i due momenti della insolvenza prospettica, in cui ancora la crisi non si manifesta con inadempimenti e altri fattori esteriori, e della irreversibilità della crisi. Ha precisato che anche l'insolvenza prospettica rileva quale situazione di pericolo che deve giustificare la segnalazione interna di cui agli artt. 13 e 14 del codice della crisi. Trib. Benevento, 18 dicembre 2019, in banca dati *DeJure*.

<sup>626</sup> In cui parla di crisi come dello «*stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate*».

<sup>627</sup> Sottolinea la funzione di prevenzione in questi termini anche G. A. POLICARO, *La crisi d'impresa e gli strumenti di monitoraggio nel disegno di legge di riforma fallimentare*, cit., 1038.

In senso analogo: S. FORTUNATO, *Codice della crisi e Codice civile: impresa, assetti organizzativi e responsabilità*, in *Riv. Soc.*, 2019, 5, 952. L'Autore osserva come la crisi divenga ormai un momento fisiologico della vita dell'impresa e come tale, si configura quale «*rischio da prevenire e gestire*».

<sup>628</sup> Sul tema, ampiamente: P. VALENSISE, *Organi di controllo nelle procedure di allerta*, in *Giur. comm.*, 2019, 4, 583 e ss., in particolare § 6.

segnalazione in capo ai membri degli organi di controllo, secondo parte della dottrina<sup>629</sup>, ha avuto quale effetto quello di un potenziale «*rafforzamento delle relative posizioni di garanzia*», con la conseguente possibilità che costoro si vedano contestata una responsabilità per concorso mediante omissione nei reati di bancarotta posti in essere dagli esecutivi, laddove, per l'appunto, non siano stati azionati i predetti poteri di segnalazione. Tuttavia, si tratta di contestazioni che devono necessariamente tener conto di alcune precisazioni.

In primo luogo, si deve sottolineare come, dal dato testuale di cui all'art. 14, che fa riferimento esplicito all'«*organo di controllo societario*», sembrerebbe potersi trarre la considerazione per cui i poteri/doveri individuati dalla norma sono poteri/doveri di natura *collegiale*. Dunque, anche in questo caso, come avviene per la maggior parte delle attribuzioni di competenza sindacale, il singolo, una volta individuati gli indici della crisi, non potrà intervenire direttamente, ma si limiterà a sollecitare l'organo di appartenenza, perché provveda alla segnalazione interna, e perché, in caso di omessa o inadeguata risposta degli amministratori, informi l'OCRI. La ricostruzione del collegamento eziologico tra l'eventuale inerzia del singolo e la realizzazione del reato di bancarotta da parte degli amministratori si rivela a tal stregua piuttosto complessa e necessita di una ricostruzione controfattuale particolarmente accorta da parte del giudice nel caso concreto.

Il problema più critico che sembra potersi ravvisare nel nuovo assetto delineato dalla riforma è comunque legato al fatto che il dato testuale pare prestarsi ad interpretazioni a giustificazione di automatismi, che potrebbero virtualmente riconnettere al fallimento della prevenzione della crisi di impresa, l'imputazione del reato di bancarotta ad essa sotteso. Il rischio che sembra emergere dal sistema è quello che il dettato normativo, così netto nell'individuare specifici doveri di intervento in capo agli organi di controllo, venga strumentalizzato per l'applicazione di schemi di presunzione, attraverso cui i controllori possono essere chiamati a rispondere penalmente per il semplice fatto di non essersi attivati di fronte ad una pur constatata situazione di crisi.

Si consideri l'ipotesi di un sindaco che, benché avesse ravvisato taluno degli indici di cui all'art. 13 del codice, non si sia attivato, così non scongiurando l'insorgere dello stato di insolvenza per la società e la sua successiva liquidazione. Si rileva *a posteriori* che, nella data condizione di crisi, è stato realizzato un reato di bancarotta da parte degli amministratori esecutivi. Ebbene, in un caso simile, è facile immaginare come il sistema

---

<sup>629</sup> In questo senso si sono espressi taluni dei primi commenti al Codice della Crisi sotto l'aspetto penalmente rilevante. Il riferimento è in particolare a: M. GAMBARDELLA, *Il nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: un primo sguardo ai riflessi in ambito penale*, in *Dir. pen. cont.*, pubblicato online [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it); ID. *Il codice della crisi di impresa: nei delitti di bancarotta la liquidazione giudiziale prende il posto del fallimento*, in *Cass. pen.*, 2019, p. 488 ss.; R. BRICCHETTI, *Codice della crisi d'impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della legge fallimentare*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 7-8, 102.

di cui all'art. 14 si possa prestare ad indebite scorciatoie probatorie. Per scongiurare il concretizzarsi di questo pericoloso automatismo ed evitare di trasformare la posizione di garanzia dei membri degli organi di controllo in una responsabilità da posizione<sup>630</sup>, è dunque fondamentale che la Autorità giudiziaria proceda alle opportune distinzioni. Un conto è non aver impedito l'insolvenza della società e la sua conseguente messa in liquidazione giudiziale, un altro e ben diverso discorso è non aver impedito la realizzazione di un illecito penale. Sarà dunque fondamentale, in primo luogo, verificare che effettivamente l'inerzia sia avvinata da un concreto rapporto causa/effetto rispetto ai comportamenti degli amministratori, che abbiano realizzato nella specie il reato di bancarotta. *Id est*, tramite ragionamento controfattuale, si dovrà verificare che, se vi fosse stata la segnalazione, gli amministratori avrebbero evitato di perpetrare la condotta illecita. Di poi, per il caso di bancarotta fraudolenta, si dovrà procedere ad una corretta e opportuna ricostruzione dell'elemento doloso, nel caso in cui venga contestato l'omesso impedimento di bancarotta fraudolenta. Una cosa, infatti, è prendere coscienza di uno stato di crisi e non agire, altra e ben diversa è avere consapevolezza che, nello stato di crisi dell'impresa, l'amministratore stia ponendo in essere un fatto delittuoso e decidere, comunque, di non intervenire. Pare comunque prevedibile che, per aggirare quello che potrebbe rivelarsi un aspetto particolarmente ostico in sede di prova, la contestazione possa più probabilmente essere costruita nella forma della bancarotta semplice, per cui è sufficiente la semplice colpa.

Un'ultima osservazione. Come accennato sopra, l'art. 14 al comma 3 prevede, in caso di tempestiva segnalazione all'organo amministrativo dei segnali di crisi, l'esonero da responsabilità solidale dei soggetti di cui al comma 1, per le conseguenze pregiudizievoli delle omissioni o azioni successivamente poste in essere dal predetto organo, purché sia stata effettuata, se dovuta, altrettanto tempestiva segnalazione all'OCRI. La norma, quindi, sottrae dalla sfera di rilevanza della responsabilità civile qualsiasi comportamento omissivo del membro dell'organo di controllo che abbia proceduto alla segnalazione, purché il danno sia conseguenza di decisioni assunte dopo tale segnalazione.

Secondo una parte della dottrina, tale causa di esclusione della responsabilità civile potrebbe avere una «ricaduta di natura penale» ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p., nel senso che potrebbe «*circoscrivere la posizione di garanzia di tali soggetti*»<sup>631</sup>.

---

<sup>630</sup> Così anche: A. ALESSANDRI, *Novità penalistiche nel codice della crisi d'impresa*, cit., 1815. L'Autore, peraltro, si esprime in maniera particolarmente critica nei confronti della scelta del legislatore di enfatizzare tali posizioni di garanzia nel caso di crisi di impresa, evidenziando che questa decisione potrebbe determinare, sul piano concreto, uno scivolamento verso modelli di imputazione puramente oggettiva.

<sup>631</sup> In questi termini: M. GAMBARDELLA, *Il nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: un primo sguardo ai riflessi in ambito penale*, cit., 8; D. ZINGALES, *Bancarotta commessa dall'amministratore e poteri impeditivi del collegio sindacale*, cit., 550.

Si tratta di un'interpretazione che non riteniamo di condividere. Questa lettura, a ben osservare, andrebbe a privare di significato il concetto stesso di posizione di garanzia, laddove, stando alla tesi prospettata, la mera attivazione del potere/dovere di segnalazione attribuito ai sindaci e agli altri componenti degli organi di controllo fosse considerata di per sé stessa idonea ad escludere ogni corresponsabilità nel fatto di reato commesso dagli amministratori. È vero infatti che, come sostenuto da altro orientamento dottrinale, i soggetti garanti non sono necessariamente vincolati all'esercizio del solo potere di segnalazione in caso di crisi d'impresa, ma al contrario, gli stessi, per andare esenti da responsabilità, devono valutare quale intervento risulti il più opportuno nel caso concreto e adottare ogni mezzo impeditivo a loro disposizione per scongiurare la realizzazione dell'illecito<sup>632</sup>. Più che una «limitazione della posizione di garanzia», ci sembra che il disposto di cui al terzo comma dell'art. 14 introduca una esclusione della responsabilità *penale*: esclusione che si riconnette alla categoria giuridica delle scriminanti<sup>633</sup>, a meno di non considerare la semplice segnalazione di indizi della crisi come potere impeditivo *ex art. 40 cpv. c.p. del reato ad essa sotteso*, cosa che non è affatto scontata.

Tale scriminante si giustificerebbe in una logica di coerenza dell'ordinamento. *«Similmente a quanto avviene, ad esempio, in materia di prassi ammesse in relazione al delitto di manipolazione del mercato, non è tollerabile che l'ordinamento stabilisca espressamente l'irresponsabilità civile per un determinato comportamento e, contestualmente, lo stesso fatto possa essere fonte di responsabilità penale»*<sup>634</sup>.

---

<sup>632</sup> R. RUSSO, *Collegio sindacale e prevenzione della crisi d'impresa*, cit., § 8.

<sup>633</sup> P. CHIARAVIGLIO, *op. ult. cit.*, 100-101.

<sup>634</sup> P. CHIARAVIGLIO, *Osservazioni penalistiche «a prima lettura» sul progetto di codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 5, 100.

### **Sezione III**

#### **Le altre figure di controllo interno**

SOMMARIO. Sezione III. *Le altre figure di controllo interno*. 1. L'Organismo di Vigilanza nel d.lgs. 231/2001 e la ritenuta inesistenza di una posizione di garanzia; 1.1. L'O.d.V. nel sistema definito dal decreto 231/2001; 1.2. L'esatta individuazione dei poteri e dei doveri dell'organismo di vigilanza; 1.3. La posizione dell'organismo negli orientamenti di dottrina e giurisprudenza; 2. Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili delle società quotate nel panorama della responsabilità penale per omissione; 2.1. Il dirigente contabile. Un primo inquadramento; 2.2. Funzione e poteri del dirigente contabile; 2.3. La posizione di garanzia del dirigente contabile: criticità.; 3. Le principali «funzioni aziendali di controllo» e la responsabilità per omesso impedimento di reato; 3.1. La struttura dei controlli aziendali; 3.2. La revisione interna (o *internal audit*); 3.3. La funzione di conformità; 3.4. Il *risk management*; 3.5. La funzione antiriciclaggio e il responsabile SOS.

#### **1. L'Organismo di Vigilanza nel d.lgs. 231/2001 e la ritenuta inesistenza di una posizione di garanzia.**

##### **1.1. L'O.d.V. nel sistema definito dal decreto 231/2001.**

Accanto alle «tradizionali» figure di controllo endosocietario di amministratori non esecutivi e sindaci - ovvero dei soggetti a questi equiparati nei modelli alternativi - è stata inserita una nutrita serie di nuovi attori, dal legislatore, attraverso reiterati interventi di riforma, dalle Autorità di vigilanza, con l'emanazione di regolamenti e codici di *best practice*, cui sono state attribuite funzioni di vigilanza, di monitoraggio e supervisione sull'attività degli altri esponenti aziendali. Si tratta, come si può agevolmente intuire, di soggetti per i quali, tutti, si ripropone il tema relativo alla possibile ascrizione di responsabilità penale per l'omesso impedimento di un reato commesso dalle altre istanze nell'esercizio dell'attività di impresa. Ci troviamo, in ognuno di questi casi, *id est* per ognuna di queste nuove figure, di fronte a nuove posizioni di garanzia?

La questione assume connotati di particolare complessità con speciale riferimento ai componenti dell'organismo di vigilanza (OdV), quale introdotto nell'ordinamento italiano dal d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

Nel disciplinare la responsabilità delle persone giuridiche per l'illecito amministrativo dipendente da reato (c.d. reato presupposto), che risulti commesso dal personale in posizione apicale o dai dipendenti dell'ente nell'interesse o a vantaggio di

questo, il decreto attribuisce un ruolo centrale all'OdV<sup>635</sup>. All'art. 6, precisamente, si prevede che, nell'ipotesi in cui il reato sia stato commesso da soggetti in posizioni apicali, l'ente non risponde, qualora provi di aver adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione (MOG) idonei a prevenire illeciti penali della specie di quello verificatosi; deve, inoltre provare di avere affidato il compito di vigilare sul funzionamento e sull'osservanza di tali modelli, nonché di curare il loro aggiornamento, ad un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo. In ultimo, è poi necessario dimostri che la commissione del reato non è stata resa possibile dall'omessa o insufficiente vigilanza del predetto organismo, ma è dipesa esclusivamente dalla condotta del reo che ha «*eluso fraudolentemente*» i predetti modelli di organizzazione e gestione<sup>636</sup>.

---

<sup>635</sup> B. ASSUMMA-M. LEI, *Soggetti in posizione apicale e modelli di organizzazione dell'ente*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, M. LEVIS-A. PERINI (a cura di), Zanichelli, Bologna, 2014, 166 e ss.

<sup>636</sup> Alla norma citata, che si riferisce all'ipotesi in cui il reato presupposto sia stato commesso da soggetto in posizione apicale, si correla la previsione di cui all'art. 7 del decreto, che dispone che l'ente è responsabile quando la commissione del reato da parte di sottoposti sia stata resa possibile dalla inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza. Entrambe le disposizioni citate individuano quella che è stata definita dalla più autorevole dottrina come la c.d. «colpa di organizzazione», che costituisce il *criterio soggettivo* di iscrizione di responsabilità all'ente. In buona sostanza, così facendo, si ancora il rimprovero nei confronti della persona giuridica ad un *deficit* di organizzazione, rispetto al modello di diligenza designato dai citati artt. 6 e 7.

Sul tema si rinvia agli studi di autorevole dottrina. Tra i più approfonditi contributi: C. E. PALIERO-C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, 167 e ss.; C.E. PALIERO, *La società punita: del come, del perché, e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 4, 1516 e ss.; ID., *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione*, in A. ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Ipsoa, Milano, 2002; A. F. TRIPODI, *Situazione organizzativa e colpa di organizzazione: alcune riflessioni sulle nuove specificità del diritto penale dell'economia*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, 1-2, 483 e ss.; F. SGUBBI-A. ASTROLOGO, *Responsabilità dell'ente*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, M. LEVIS-A. PERINI (a cura di), Zanichelli, Bologna, 2014, 154 e ss.; B. ASSUMMA-M. LEI, *Soggetti in posizione apicale e modelli di organizzazione dell'ente*, *ivi*, 166 e ss.

Nella manualistica, tra gli altri: N. MAZZACUVA-E. AMATI, *Diritto penale dell'economia. Problemi e casi*, Cedam, Trento, 2013, 40 e ss.; G. CANZIO-L. D. CERQUA-L. LUPARIA, *Diritto penale delle società, Tomo I*, Cedam, Trento, 2014, 909 e ss.

Sui riflessi di questo sistema sulle posizioni della Corporate Governance, si rinvia a F. SGUBBI-D. FONDAROLI (a cura di), *Strumenti di corporate governance e responsabilità degli enti ai sensi del D.lgs. n. 231/2001*, Bononia University Press, Bologna, 2010.

La giurisprudenza ha evidenziato, a più riprese, come tale criterio soggettivo di ascrizione della responsabilità all'ente nulla abbia a che fare con il titolo con cui viene chiamato a rispondere il soggetto persona fisica. *Ex multis*, Cass. Pen. Sez. VI, 9 luglio 2009, 36083, nel merito, tra le altre: G.u.p. Trib. Milano (ord.), 8 marzo 2012, in *Giur. merito*, 2012, 1899, con nota di M. ASCIONE; Cass. Sez. VI, 9 luglio 2009, 36083.

È immediato cogliere quale importanza il sistema abbia inteso attribuire all'OdV, che, come è stato autorevolmente osservato, riveste un ruolo di assoluta centralità nell'architettura dell'esimente<sup>637</sup>, essendo il principale referente nel controllo sul modello. Sennonché, all'evidente rilievo riconosciuto a tale organismo, non è poi corrisposta una altrettanto estesa attenzione nella predisposizione della sua disciplina. Al contrario, il legislatore delegato si è limitato a fare soltanto un rapido riferimento all'OdV, quale riportato all'interno del citato art. 6 - che rappresenta in effetti l'unica disposizione del decreto in cui l'organismo compare esplicitamente<sup>638</sup>.

Con riferimento alla sua struttura, il testo del decreto, ai commi 4 e 4 *bis* dell'art. 6, si limita a prevedere esclusivamente che, negli enti di piccole dimensioni, i compiti dell'OdV possono essere svolti direttamente dall'organo dirigente mentre nelle società di capitali possono essere esercitati dall'organo di controllo<sup>639</sup>. Per quel che concerne, invece, le prerogative dei suoi membri, la norma contempla soltanto, come si è visto innanzi, compiti di vigilanza sul funzionamento e sull'osservanza del modello e compiti di aggiornamento del medesimo. Si aggiunge, infine, che, per il combinato disposto dei commi 1 comma 2 dell'art. 6, per l'adempimento di tali doveri, l'organo di vigilanza è dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo ed è destinatario di flussi informativi, provenienti dagli altri organi ed uffici, che devono essere previsti e regolati all'interno del MOG.

Per quanto riguarda tutti gli altri aspetti dell'organizzazione e del funzionamento dell'organismo, il testo normativo non si pronuncia esplicitamente, lasciando all'autonomia privata il gravoso onere di predisporre una disciplina specifica. A questa spetta il compito di sciogliere i molti nodi interpretativi che emergono con riferimento alle più diverse questioni, a partire dalle modalità di nomina dei membri dell'organismo, al numero dei suoi componenti, sino alle caratteristiche di autonomia, indipendenza e professionalità che si ritiene essi debbano necessariamente possedere<sup>640</sup>.

---

<sup>637</sup> In questo senso; M. IRRERA-E. FREGONARA, *L'organismo di vigilanza*, in *Diritto del governo delle imprese*, M. IRRERA (diretto da), *op. cit.*, 531.

<sup>638</sup> Criticano la presenza di una «disciplina normativa estremamente scarna» in sede di applicazione del diritto al caso concreto: A. BAUDINO-C. SANTORIELLO, *La responsabilità dei componenti dell'organismo di vigilanza*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2009, 2, 59 e ss.

<sup>639</sup> Così dispone il comma 4 *bis* dell'art. 6, introdotto in tempi relativamente recenti, con la legge di stabilità del 2012 (art. 14, comma 12, della L. 12 novembre 2011, n. 183).

<sup>640</sup> Sulle principali problematiche che si legano a questo vuoto normativo: G. BURATTI, *D.Lgs. 231/2001 e Organismo di Vigilanza: le principali problematiche. Il caso Fintecna*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, 1, 239 e ss.; S. BARTOLOMUCCI, *Rilevanza del modello societario e dell'assetto di corporate governance nella configurazione dell'Organismo di Vigilanza. Una riflessione critica*, *Resp. amm. soc. enti*, 2007, 2, 23 e ss.; N. PISANI, *I requisiti di autonomia e indipendenza dell'Organismo di Vigilanza istituito ai sensi del d.lgs. 231/2001*, *Resp. amm. soc. enti*, 2008, 1, 155 e ss.

Per un approccio particolarmente pragmatico al tema, si vedano le osservazioni di F. LEDDA-P. GHINI, *Organismo di Vigilanza: nomina e aspetti teorici e pratici*, *Resp. amm. soc. enti*, 2008, 213 e ss.

Ebbene, questo vuoto normativo volutamente lasciato dal legislatore ha sollevato, sin dal principio, numerosi interrogativi<sup>641</sup>.

## **1.2. L'esatta individuazione dei poteri e dei doveri dell'organismo di vigilanza.**

Il problema più cogente, comunque, quantomeno per quel che concerne il tema oggetto di questa ricerca, è legato alla esatta individuazione degli obblighi e dei poteri dei membri dell'OdV, da cui dipende la conseguente delimitazione delle rispettive sfere di responsabilità.

Con riferimento ai poteri, come si è anticipato innanzi, la sintetica previsione di cui all'art. 6 si limita a prevedere che l'organismo deve disporre di «*autonomi poteri di iniziativa e controllo*». I primi si ritiene in genere consistano nella formulazione di proposte, pareri, osservazioni e denunce agli altri organi, mentre per i secondi si individuano due ordini di competenze, ricavabili dallo stesso testo della norma. Si parla di un controllo c.d. «statico», riferito all'applicazione del modello, e una valutazione «dinamica» sul funzionamento di quest'ultimo e sul suo aggiornamento<sup>642</sup>.

Per quanto poi riguarda le modalità attraverso cui questo tipo di duplice controllo deve essere esercitato, sono intervenute diverse associazioni di categoria, che hanno elaborato alcune linee guida, nel tentativo di individuare alcuni punti fermi. Tra tali indicazioni spiccano per chiarezza quelle contenute all'interno delle Linee guida predisposte da Confindustria, cui tendono peraltro ad allinearsi anche le altre

---

<sup>641</sup> A tutt'oggi in dottrina si discute persino sulla stessa natura dell'organismo. Si sottolinea come la sua istituzione, a fronte di quanto disposto dall'art. 6 del d.lgs. 231/2001, rappresenta un mero onere, non già un obbligo *stricto sensu*. L'adozione del Modello e la nomina dell'OdV, si è visto infatti, non sono obbligatori, ma sono lasciati alla scelta del singolo ente. Ebbene, secondo taluno, questa circostanza non consentirebbe di classificare l'OdV come «organo sociale», giacché l'istituzione degli organi veri e propri non può mai dirsi opzionale.

In questi termini, per primi: P. MONTALENTI, *Modello «231» e organismo di vigilanza nel sistema dei controlli societari: un quadro d'insieme*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2014, 2, 7 e ss.; I. DEMURO, *I modelli organizzativi tra obblighi e moral suasion*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, M. IRRERA (diretto da), *op. cit.*, 927 e ss.

<sup>642</sup> L. TROYER-A. INGRASSIA, *Vi è una posizione di garanzia in capo ai membri dell'Organismo di Vigilanza? Spunti di riflessione*, in *Riv. dott. comm.*, 2008, 6, 1266, che richiamano la lettura di G. M. GAREGNANI, *Etica d'impresa e responsabilità da reato. Dall'esperienza statunitense ai «modelli organizzativi di gestione e controllo*, Giuffrè, Milano, 2008, 189 ss.

Dalla tipologia del controllo in oggetto, che impone all'OdV di presidiare gli assetti organizzativi di prevenzione del reato, parte della dottrina ha ricavato un tratto caratteristico della *continuità d'azione* dei suoi componenti, osservando come tale attività non possa che essere espletata a tempo pieno, posto che un'attività di controllo soltanto saltuaria non renderebbe possibile il diligente assolvimento dei relativi compiti. Così, R. ALAGNA, *L'organismo di vigilanza nel d.lgs. 231/2001*, in *Ius17@unibo.it*, 2008, 2, 5771 e ss.

associazioni<sup>643</sup>. Secondo quanto esplicitato nel menzionato documento, le funzioni di controllo cui è preposto l'organismo possono distinguersi: a) nella vigilanza sulla effettività del modello, come valutazione di «*coerenza tra i comportamenti concreti e il modello istituito*»; b) nell'esame della adeguatezza del MOG, «*ossia della sua reale - non già meramente formale - capacità di prevenire i comportamenti vietati*»; c) nell'analisi sul «*mantenimento nel tempo dei requisiti di solidità e funzionalità del modello*».

Come si diceva, poi, qualora le analisi compiute dovessero evidenziare l'opportunità di effettuare correzioni e modifiche del MOG, allo stesso organismo spetta il compito di curarne l'aggiornamento. Questa operazione può avvenire attraverso due diverse tipologie di interventi. L'organismo, in primo luogo, può formulare suggerimenti e proposte di adeguamento, rivolte agli organi o funzioni aziendali che risultino competenti e siano in grado di darvi concreta attuazione; in secondo luogo, può procedere alla verifica cosiddetta di *follow-up*, che consiste nell'esaminare l'avvenuta attuazione e l'effettiva funzionalità delle soluzioni in precedenza proposte.

Dalle prerogative che si sono così ricostruite sembra emergere un dato di importanza fondamentale. La funzione dell'organismo di vigilanza, i suoi compiti e i doveri risultano tutti focalizzati sul modello: dal suo funzionamento al controllo del rispetto dei protocolli da esso individuati. La stessa *sedes materiae* in cui l'OdV viene contemplato coincide con la sede in cui viene regolato il modello. Il perimetro entro cui esso ha dunque autonomia di intervento deve ritenersi circoscritto a tale oggetto<sup>644</sup>.

Sulla base di questo assunto di partenza, la dottrina che si è occupata della questione, sostenuta da una parte della giurisprudenza, ha considerato che, così delimitata la sfera di competenza dell'organismo, anche i flussi informativi ad esso rivolti devono essere parimenti limitati alle sole comunicazioni necessarie all'espletamento di tali compiti di vigilanza e aggiornamento. In questo senso è stato interpretato il comma 2 dell'art. 6 del decreto, in cui si dispone che ciascun modello deve prevedere obblighi di informazione *verso* l'organismo. Queste comunicazioni, provenienti dagli altri organi ed uffici della società e dirette all'OdV, devono essere intese in modo restrittivo, si afferma, semplicemente come «*periodica notizia sulle modalità di funzionamento del modello, allo scopo di consentire una consapevole valutazione di efficienza ed efficacia*»<sup>645</sup>. Si tende ad escludere, insomma, ogni altra informazione che esuli dal controllo pertinente al modello di organizzazione e gestione, circoscritto alle dinamiche del suo funzionamento, alla sua corretta applicazione ed al suo aggiornamento. A questa stregua,

---

<sup>643</sup> Decreto 231. *Le nuove linee guida di Confindustria per la costruzione di modelli organizzativi*, ultimo aggiornamento, 55-56.

<sup>644</sup> Tra le affermazioni più puntuali sul tema: P. SFAMENI, *La responsabilità delle persone giuridiche: fattispecie e disciplina dei modelli di organizzazione, gestione e controllo*, in *Il nuovo diritto penale delle società*, A. ALESSANDRI (a cura di), Ipsoa, Milano, 2002, *op. cit.*, 88 e ss.

<sup>645</sup> V. SALAFIA, *La condizione di non punibilità per responsabilità amministrativa, delle società ed enti, nel recente intervento della Corte di cassazione*, in *Soc.*, 2014, 4, 479.

per fare un esempio, si è affermato che nel novero degli obblighi di informativa, che devono essere contemplati all'interno del MOG, non si considera ricompresa la trasmissione integrale degli atti di gestione. Il controllo sull'amministrazione, come si è potuto appurare nel corso di questa ricerca, rientra a pieno titolo nel perimetro di vigilanza proprio del collegio sindacale, secondo quanto stabilito dall'art. 2403 c.c.<sup>646</sup>, mentre fuoriesce dalla sfera di competenza dell'OdV, che non è tenuto a porre in essere alcun vaglio di tale portata.

Ciò che emerge dal quadro che si è sopra sinteticamente tratteggiato, come è stato peraltro sostenuto già in passato da autorevole dottrina, è dunque una «*finalità preventiva indiretta*»<sup>647</sup> dell'organismo di vigilanza. Esso ha l'obbligo specifico di assicurare la mera effettività dei modelli, attraverso la rilevazione dei rischi-reato, in modo tale da ridurne, in via preliminare ed astratta, i margini di possibile realizzazione. Non sembra invece tenuto, stando al dato testuale del decreto legislativo, ad alcun obbligo di prevenzione o di intervento su *concreti episodi* criminosi.

In altri termini, il controllo normativamente imposto ai componenti dell'OdV non è orientato alla condotta dei singoli esponenti aziendali, e dunque agli eventuali illeciti concretamente e singolarmente considerati; come è stato più di recente osservato, «*i compiti di tali controllori nascono e si esauriscono sul piano della adeguatezza ed effettività del modello preventivo e, inevitabilmente, ne ripetono gli scopi preventivi*»<sup>648</sup>. Ciò a dire che il ruolo di tali soggetti si pone su un livello astratto, distaccato dalla eventuale realizzazione concreta di uno dei reati-presupposto previsti dal decreto.

---

<sup>646</sup> Cass. Sez. V, 30 gennaio 2014, n. 4677, in *Soc.*, 2014, 4, 479.

In dottrina si vedano: V. MANES-A. F. TRIPODI, *L'idoneità del modello organizzativo*, in *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, F. CENTONZE-M. MANTOVANI (a cura di), Il Mulino, Bologna, 2016, 132 e ss. Gli Autori nel testo citato sottolineano come la previsione di flussi informativi nei confronti dell'OdV sia orientata a fornire uno strumento di prevenzione del rischio-reato. In questa logica, in una lucida critica alla sentenza richiamata, affermano debba ritenersi del tutto discutibile che all'OdV pertengano funzioni di controllo diretto e totale sugli atti di gestione (di competenza, semmai, dei sindaci) che la Corte pare invece assegnargli; altrettanto discutibile, si aggiunge poi, appare l'idea secondo cui il necessario flusso informativo si deve ritenere abbracci ogni atto di gestione.

Si veda, in particolare: C. E. PALIERO, *Responsabilità degli enti e principio di colpevolezza al vaglio della Cassazione: occasione mancata o definitivo de profundis?*, in *Soc.*, 2014, 4, 476.

<sup>647</sup> La riflessione è di Pedrazzi, esposta nel suo contributo: *Corporate governance e posizioni di garanzia: nuove prospettive*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi, op. cit.*, 1374-1375.

<sup>648</sup> In questi termini F. CONSULICH, *Vigilantes puniri possunt. I destini dei componenti dell'Organismo di vigilanza tra doveri impeditivi e cautele relazionali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, 3, 441.

### 1.3. La posizione dell'organismo negli orientamenti di dottrina e giurisprudenza.

Ebbene, riteniamo che questa distinzione di piani, questo operare dell'OdV, per così dire, in una dimensione generica e preventiva - focalizzata sul funzionamento del modello - *differente* rispetto a quella specifica e concreta in cui si colloca invece la condotta illecita del singolo individuo influisca sulla possibilità di ascrivere ai suoi componenti il reato altrui non impedito, secondo lo schema della responsabilità mediante omissione.

Parrebbe, peraltro, che proprio in modo coerente con la *ratio* preventivo-propulsiva che connota l'intera disciplina dell'organismo di vigilanza, allontanandolo dalla materialità delle singole condotte criminose, il decreto 231 non abbia previsto per esso alcun obbligo di impedimento dei reati presupposto. Nell'ordinamento non compare infatti alcuna indicazione del legislatore in questo senso; non si rinviene un esplicito obbligo di garanzia per i componenti dell'OdV<sup>649</sup>. Basandosi su questo dato, l'orientamento maggioritario della dottrina penalistica ha escluso possa sussistere una responsabilità dei soggetti che operano all'interno dell'organismo, per il mancato impedimento del reato che sia stato realizzato da altri all'interno della società (*i.e.*, di taluno dei reati-presupposto contemplati nel decreto). Si è osservato come, in assenza di una disposizione normativa espressa, l'obbligo di impedimento dell'illecito dovrebbe discendere direttamente dallo stesso modello organizzativo e gestionale adottato in concreto dalla singola società<sup>650</sup>. Sennonché, ipotizzare che la previsione di obblighi di garanzia, che assumono siffatta pregnanza sul piano penale, sia lasciata interamente all'autonomia privata, e che quindi possa originare da schemi che si rivelano tra loro variabili e disomogenei, tra società e società, parrebbe «davvero azzardato»<sup>651</sup>. Tale soluzione, si è osservato, infatti, si presterebbe agevolmente ad applicazioni confliggenti con i principi di uguaglianza, di ragionevolezza, ma anche di certezza del diritto penale<sup>652</sup>.

---

<sup>649</sup> Secondo larga parte della dottrina, richiamata al Capitolo I di questo lavoro di ricerca, § 3, l'obbligo giuridico costituisce infatti presupposto indefettibile per considerare il soggetto quale garante dei beni giuridici coinvolti nell'attività di impresa.

<sup>650</sup> Ritiene invece possa configurarsi una posizione di garanzia in capo ai membri dell'OdV, a fronte delle previsioni normative contenute all'art. 6: A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale*, op. cit., 381 e ss.; ID., *Compliance e posizioni di garanzia: prime indicazioni dalla giurisprudenza tedesca*, in *Cass. pen.*, 2010, 2448 e ss.

<sup>651</sup> In questi termini: G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, Milano, 2008, 203. In senso analogo A. ALESSANDRI, *Corporate governance nelle società quotate: riflessi penalistici e nuovi reati societari*, cit., 544.

<sup>652</sup> Cfr. F. CONSULICH, *Vigilantes puniri possunt. I destini dei componenti dell'Organismo di vigilanza tra doveri impeditivi e cautele relazionali*, cit., 446, che riprende le osservazioni di A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio. La successione dei garanti in attività inosservanti*, in *Ind. pen.*, 2000, 3, 599. Sottolinea le evidenti problematiche sottese a tale sistema P. ALDROVANDI, *I «modelli di organizzazione e di gestione» nel d.lgs. 8 giugno 2001: aspetti problematici dell'«ingerenza penalistica» nel «governo» delle società*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, 463 e ss.

La previsione normativa di cui al d.lgs. 231/2001, del resto, come si è visto, non solo non contempla esplicitamente l'esistenza di un obbligo di garanzia in capo all'organismo di vigilanza, ma, ancor prima, non prevede neppure alcun obbligo per l'ente stesso di dotarsi di un modello organizzativo e di istituire un apposito OdV. La fonte dell'eventuale obbligo rilevante a configurare la responsabilità concorsuale omissiva finirebbe, insomma, per dipendere davvero integralmente dalla mera autonomia privata: soluzione per molti inaccettabile<sup>653</sup>.

Invero, una parte della dottrina, in passato, aveva argomentato l'esistenza di una posizione di garanzia, attraverso una serie di considerazioni fondate sulla normativa antiriciclaggio. Il d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231, nella sua formulazione originaria, oltre a disporre in capo ai membri dell'OdV un dovere di vigilanza sull'osservanza delle norme contenute nel decreto, imponeva agli stessi di comunicare eventuali violazioni a diversi soggetti indicati dalla norma - tra cui organi interni dell'ente e Autorità di vigilanza di settore. L'omessa comunicazione era specificamente punita come reato, ai sensi dell'art. 55, comma 5.

Ebbene, secondo una prima tesi<sup>654</sup>, questa previsione avrebbe determinato un mutamento nella funzione dell'OdV, spostando l'oggetto dell'obbligo di vigilanza dalla capacità general-preventiva del modello all'osservanza di specifiche norme giuridiche. Questo spostamento avrebbe quindi comportato il conseguente passaggio dall'obbligo di auto-organizzazione per ridurre il rischio di commissione di illeciti penali, quale deriva all'OdV dal testo del d.lgs. 231/2001, al dovere diretto di evitare la consumazione di reati. Avrebbe, insomma, superato la dimensione astratta in cui sembra collocarsi l'OdV, per calarlo nella specificità concreta della singola condotta illecita: un superamento idoneo ad alimentare l'ipotesi che si possa configurare una posizione di garanzia, rilevante ex art. 40, cpv. c.p.

---

Considerazioni analoghe sono espresse da V. MONGILLO, *L'organismo di vigilanza nel sistema della responsabilità da reato dell'ente: paradigmi di controllo, tendenze evolutive e implicazioni penalistiche*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2015, 4, 102; ID., *La vigilanza sull'attuazione del sistema aziendale di prevenzione dei reati in Italia e nei principali ordinamenti ispanoparlanti: circolazione dei modelli e specificità nazionali*, in *La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni anche in una comparazione con i sistemi sudamericani. In memoria di Giulio Vassalli*, A. FIORELLA-A. GAITO-A. S. VALENZANO (a cura di), Sapienza Editrice, Roma, 2018, 296 e ss., in cui l'Autore evidenzia criticamente l'indeterminatezza del dettato legislativo ed il fatto che, nello schema ricavabile dal decreto 231, l'OdV opera per conto dell'ente, non in forza di poteri/doveri legalmente stabiliti, ma per effetto di un incarico negoziale.

<sup>653</sup> Tra le posizioni più rigide in questo senso: F. GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, op. cit., 611.

<sup>654</sup> T. E. ROMOLOTTI, *Prove d'ingegneria genetica sull'organismo di vigilanza: il nuovo ruolo previsto dalla normativa antiriciclaggio*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2008, 1, 87 e ss.

Sul punto, tuttavia, non si registrava unanimità di vedute. L'orientamento maggioritario in dottrina<sup>655</sup> sottolineava, all'opposto, che in realtà la norma si limitava semplicemente a punire una precipua condotta omissiva in sé considerata, indipendentemente dal successivo verificarsi di un evento lesivo, quale richiesto invece dallo schema del reato omissivo improprio e che, in punto di obbligo di impedimento dei relativi reati presupposto, la disciplina citata restava in realtà silente. La riportata *querelle* può comunque dirsi oggi cessata, a seguito dell'entrata in vigore del decreto legislativo 25 maggio 2017, n. 90, che ha riscritto il decreto 231 del 2007, eliminando i riportati obblighi di vigilanza e comunicazione per l'OdV e depenalizzando l'illecito di omissione.

Non pare, dunque, riscontrabile nell'ordinamento, lo si ribadisce *a fortiori*, un obbligo di impedimento in capo ai membri dell'OdV, da cui poter far discendere l'esistenza di una loro posizione di garanzia.

Tale assunto non risulta inciso neppure dalle recenti modifiche apportate al decreto 231/2001 dalla legge 179 del 2017. La novella ha inserito nell'art. 6 tre nuovi commi, in cui è ora regolata la disciplina del *whistleblowing*, applicata alla responsabilità degli enti, che introduce l'obbligo per le società che adottino il MOG di predisporre e regolare, nello stesso, canali informativi tramite cui i soggetti apicali e i sottoposti della società possano «*presentare, a tutela dell'integrità dell'ente, segnalazioni circostanziate di condotte illecite, rilevanti ai sensi del decreto e fondate su elementi di fatto precisi e concordanti, o di violazioni del modello di organizzazione e gestione dell'ente, di cui siano venuti a conoscenza in ragione delle funzioni svolte*». Benché la norma non ne faccia esplicita menzione, per una parte della dottrina sarebbe l'OdV il destinatario delle predette segnalazioni<sup>656</sup>. Secondo questa lettura, la funzione dell'organismo non potrebbe allora più ritenersi circoscritta alla mera verifica di efficienza ed efficacia del Modello, ma si allargherebbe ad interessare anche le singole condotte illecite altrui, così segnalate. Tuttavia, anche a seguito di questa modifica, non sembra sia stata scalfita la potenziale responsabilità dei membri dell'OdV.

Al di là del fatto che la norma non individua esplicitamente nell'organismo il destinatario necessario delle comunicazioni in oggetto, per cui si rivela opinabile la premessa stessa a tale ragionamento<sup>657</sup>, si deve comunque osservare come, anche in questo caso, l'eventuale acquisizione delle informazioni non sia legata ad un obbligo di intervento sull'azione altrui, e più precisamente ad un obbligo di impedimento

---

<sup>655</sup> D. SACCHI, *La responsabilità penale, civile e disciplinare dell'Organismo di Vigilanza*, cit., 171; L. TROYER-A. INGRASSIA, *Vi è una posizione di garanzia in capo ai membri dell'Organismo di Vigilanza? Spunti di riflessione*, in *Riv. dott. comm.*, 2008, 6, 1266; F. CENTONZE, *Controlli societari*, cit., 413; così anche A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale*, cit., 380-381, il quale, pur argomentando l'esistenza di una posizione di garanzia in capo ai membri dell'OdV, ritiene inconsistente l'argomento fondato sulla esaltazione della disciplina anticiclaggio.

<sup>656</sup> A. DE NICOLA, *Il diritto dei controlli societari*, op. cit., 241.

<sup>657</sup> Premono su tale aspetto G. MARIA-V. CORTELLAZZI, *Corporate governance note in tema di whistleblowing*, in *Riv. dott. comm.*, 2019, 2, 227.

dell'illecito che i componenti dell'OdV abbiano per tale via eventualmente conosciuto. La modifica normativa non è stata accompagnata infatti da alcuna previsione in questo senso, così come non si è esplicitamente riconosciuto in capo all'organismo di vigilanza alcun precipuo potere reattivo, lasciando, ancora una volta, alla autonomia privata ampia libertà di scelta. Non solo. A ben osservare, il testo della legge 179/2017 specifica che le comunicazioni di tali irregolarità devono essere fatte «a tutela dell'integrità dell'ente», escludendo in radice qualsivoglia proiezione verso la tutela di beni esterni all'impresa.

Una parte della dottrina, di poi, sostiene che l'esclusione di una posizione di garanzia in capo all'organismo di vigilanza parrebbe suffragata da un ulteriore aspetto, legato all'apparente mancato riconoscimento, da parte del legislatore, di poteri di reazione sull'azione altrui, ad efficacia potenzialmente impeditiva<sup>658</sup>. Il sintetico enunciato di cui all'art. 6 fa infatti riferimento, come abbiamo visto, soltanto a generici «poteri di iniziativa e controllo», senza aggiungere null'altro.

Invero, al contrario di quanto affermato da tale orientamento e seguendo la ricostruzione che si è proposta in questo lavoro di ricerca, riteniamo che ai predetti poteri potrebbe eventualmente riconnettersi una capacità di incisione sull'*iter criminis*, specialmente quando si parla di poteri di «iniziativa». Dove questi ultimi vengano intesi come poteri dei membri dell'OdV di formulare proposte, pareri, osservazioni, denunce ad altri organi societari, con cui l'OdV interagisce, tra cui il collegio sindacale, o il C.d.A., si potrebbe in effetti intravedere per essi una potenziale efficacia di incisione sull'attività illecita che si riscontri. Il fatto di potersi rivolgere in via diretta agli altri organi, spingendoli ad intervenire attraverso l'esercizio dei propri poteri impeditivi (quali ricostruiti nel corso di questa ricerca) potrebbe, infatti, portare, quantomeno astrattamente, a bloccare la commissione del reato altrui<sup>659</sup>. Il punto, tuttavia, ci sembra un altro. A fronte della ricostruzione seguita in queste pagine, infatti, pare che dalla disciplina contenuta nel decreto 231 nel suo complesso emerga l'intento del legislatore di considerare il singolo illecito estraneo alla sfera di controllo e di intervento dei

---

<sup>658</sup> Escludono l'esistenza di poteri impeditivi in capo ai membri dell'OdV: N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale delle società per azioni. posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, op. cit., 106 e ss.; C. PAONESSA, *Il ruolo dell'Organismo di Vigilanza nell'implementazione dei Modelli organizzativi e gestionali nella realtà aziendale*, in *Modelli organizzativi ai sensi del d.lgs. 231/2001 e tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, D. FONDAROLI-C. ZOLI (a cura di), Giappichelli, Torino, 2014, 94 e ss.; R. DE STEFANIS, *Profili di responsabilità dell'organismo di vigilanza ai sensi del d.lgs. 231/2001*, in *Danno e resp.*, 2010, 331 e ss.

Sul tema si veda l'analisi di D. FONDAROLI, *Organismo di vigilanza ex art. 6, d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: profili di responsabilità penale*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, S. VINCIGUERRA-F. DASSANO (a cura di), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2010, 318 e ss.

<sup>659</sup> Una parte della dottrina ritiene, del resto, che proprio nei poteri di «iniziativa» possa farsi rientrare la facoltà dei membri dell'OdV di attivarsi per segnalare agli altri organi societari le riscontrate anomalie, proponendo altresì l'adozione delle opportune soluzioni, volte ad impedire il realizzarsi del fatto di reato. Così: A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale*, op. cit., 385; ID., *Compliance e posizioni di garanzia: prime indicazioni dalla giurisprudenza tedesca*, cit., 2448.

componenti dell'organismo<sup>660</sup>. Il fatto che esso venga collocato in una di posizione prevenzione indiretta rispetto ai possibili illeciti, connesso alla mancanza di un preciso obbligo di impedimento, sembra escludere di per sé stesso la possibilità di configurare una posizione di garanzia in capo ai suoi membri.

In breve, il fatto che i membri dell'organismo non possano essere ritenuti garanti rispetto alle possibili offese ai beni giuridici coinvolti nella attività di impresa, attraverso la commissione di uno dei reati presupposto, indicati nello stesso d.lgs. 231/2001, discende da diversi ordini di ragioni<sup>661</sup>, che possono essere riassunti schematicamente: a) nella mancanza di un esplicito obbligo giuridico di garanzia; b) nello specifico ambito di interesse e di conseguente operatività dell'organismo quale si ricava dalla disciplina del decreto 231/2001, circoscritto alla cura del modello stesso; infine c) nella *ratio* dell'OdV, improntato ad una mera funzione di prevenzione indiretta rispetto ai rischi-reato, tutta costruita sul funzionamento e sull'aggiornamento del modello<sup>662</sup>.

Alla luce di quanto sopra, riteniamo dunque che individuare una generica posizione di garanzia per questa figura di «controllori» si ponga in contrasto con lo spirito stesso della disciplina contenuta nel decreto legislativo del 2001.

Chiaramente, quanto si è detto sino a questo punto non concerne il caso in cui i soggetti che compongono l'Organismo di Vigilanza rivestano contemporaneamente

---

<sup>660</sup> F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari. (Una lettura critica della recente giurisprudenza)*, in *Riv. soc.*, 2012, 2-3, 317; ID. *Controlli societari e responsabilità penale, op. cit.*, 412.

<sup>661</sup> La dottrina maggioritaria esclude si possa ritenere esistente una posizione di garanzia dei componenti dell'OdV: C. PEDRAZZI, *Corporate Governance e posizioni di garanzia: nuove prospettive, op. cit.*, 1374 e ss.; G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche, cit.*, 118 e ss.; F. GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario, cit.*, 610; A. ALESSANDRI, *I soggetti*, in *Il nuovo diritto penale delle società. D.lgs. 61/2002, op. cit.*, 42; C. PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, 571; F. MUCCIARELLI, *Funzioni de responsabilità dell'organismo di vigilanza*, in *La responsabilità degli enti collettivi a dieci anni dal d.lgs. 231/2001*, A. M. STILE-V. MONGILLO-G. STILE (a cura di), Jovene, Roma, 2013, 207; A. MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, 511; F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale, op. cit.*, 411 e ss.; ID. *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari. (Una lettura critica della recente giurisprudenza)*, *cit.*, 317 e ss.

<sup>662</sup> Nel documento «*Principi consolidati per la redazione dei modelli organizzativi e l'attività dell'organismo di vigilanza e prospettive di revisione del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*» le associazioni di categoria hanno specificato che L'OdV svolge le proprie verifiche circa il rispetto dei contenuti del Modello principalmente sulla base di una pianificazione preliminare dei controlli da svolgere su un orizzonte temporale di norma annuale. La periodicità di svolgimento delle verifiche è definita in considerazione della tipologia stessa della verifica. In specie, si prevede che l'OdV, con cadenza periodica annuale, per l'appunto, predisponga una Relazione riepilogativa delle attività svolte nel periodo in analisi, da indirizzare all'organo amministrativo e a quello di controllo.

un'altra funzione all'interno dell'impresa<sup>663</sup>, per esempio quella di sindaci della società<sup>664</sup>. Ed effettivamente, l'accennata condizione si presenta con particolare frequenza nella prassi, specie a seguito dell'entrata in vigore della legge di stabilità del 2012, l. 183/2011, che ha introdotto il comma 4 *bis* all'art. 6 del d.lgs. 231/2001, in cui si riconosce esplicitamente la possibilità per i componenti dell'organo di controllo delle società di capitali di svolgere la funzione di OdV<sup>665</sup>. Mentre, però, siffatta opzione ha in genere carattere puramente eventuale, potendo le singole società decidere liberamente se aderirvi o meno, per le banche tale autonomia di scelta risulta notevolmente ridotta. Con la nota Circolare 28 del 2013, Banca d'Italia ha infatti espresso una chiara indicazione sul punto, precisando che «*l'organo con funzioni di controllo svolge, di norma, le funzioni dell'organismo di vigilanza - eventualmente istituito*». Si tratta di una espressa preferenza, che le singole banche sono spinte ad assecondare.

---

<sup>663</sup> Una parte della dottrina ha riconosciuto invece una posizione di garanzia dei membri dell'OdV per i reati di omicidio colposo e lesioni gravi o gravissime, commesse in violazione delle norme antinfortunistiche, argomentando a partire dalla assimilazione dei medesimi alla posizione del Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione. A. LANZI, *Taluni aspetti della responsabilità dell'ente in relazione ai reati che riguardano la sicurezza nel lavoro*, in *Sicurezza nel lavoro*, F. CURI (a cura di), Bononia University Press, Bologna, 2009, 41.

<sup>664</sup> È fortemente criticata, invece, la possibilità di ammettere amministratori non esecutivi all'interno dell'Organismo di Vigilanza, giacché l'amministratore, che non sia anche indipendente, è comunque sempre portatore di interessi extrasociali, che lo pongono in potenziale conflitto di interessi con il ruolo di controllore. In questi termini: A. DE NICOLA, *Il diritto dei controlli societari*, *op. cit.*, 232.

Le principali linee guida - tra cui, *in primis*, quelle di Confindustria - riconoscono poi conferibile al Comitato controllo e rischi il ruolo di OdV.

<sup>665</sup> La novella ha introdotto un nuovo comma 4 *bis* nell'art. del d.lgs. 231/2001, in cui si prescrive che il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza ed il comitato per il controllo della gestione possono svolgere la funzione di Organismo di Vigilanza. La previsione non ha mancato di sollevare le perplessità di ampia parte della dottrina, che ha rilevato come, in questo modo, si facciano coincidere controllore e controllato. N. MAZZACUVA-E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, *op. cit.*, 40 e 41.

Sulle problematiche sottese a questa opzione organizzativa: V. MONGILLO, *L'organismo di vigilanza nel sistema della responsabilità da reato dell'ente: paradigmi di controllo, tendenze evolutive e implicazioni penalistiche*, *cit.*, 98-99 e soprattutto 100 e ss.; S. BALZOLA, *I controlli interni nelle società quotate: il ruolo del collegio sindacale*, in *Giur. it.*, 2013, 11, 2419; M. MORETTI-P. SILVESTRI, *Titolarità della funzione dell'Organismo di Vigilanza: opportunità e dubbi applicativi a seguito delle recenti modifiche*, in *Resp. amm. soc. e enti*, 2012, 2, 63; P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, *cit.*, § 11; prima della riforma: ID., *Organismo di vigilanza e sistema dei controlli*, in *Giur. comm.*, 2009, 4, § 8.

Sul tema, ampiamente: S. CORBELLA-L-POZZA, «*Modello 231*» e «*Sistema di controllo interno*»: *aree di sovrapposizione e profili di differenziazione. Implicazioni in termini di costi e benefici sull'assetto degli organi di controllo e vigilanza*, in *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, F. CENTONZE-M. MANTOVANI (a cura di), *op. cit.*, 51 e ss., in particolare § 5.

Sul fatto che sia da considerarsi preferibile attribuire le diverse funzioni ad istituzioni autonome ed imparziali, da ultimo: T. GUERINI, *Diritto penale ed enti collettivi. L'estensione della soggettività penale tra repressione, prevenzione e governo dell'economia*, Giappichelli, Torino, 2018, 76-77.

Ebbene, in tali ipotesi, in cui si sommano sul soggetto persona fisica più cariche, si crea una situazione particolare. Il fatto di rivestire contemporaneamente la funzione di membro dell'organismo 231 comporta che la posizione di garanzia, che pertiene al soggetto a fronte della sua qualifica di sindaco, si arricchisca di contenuti. Costui rimane infatti legato ai doveri di intervento immanenti alla propria carica e, correlativamente, agli specifici obblighi di garanzia che pertengono alla sua funzione di sindaco; tali obblighi, però, vengono «ricalibrati» sul nuovo punto di osservazione, che egli acquisisce quale componente dell'OdV. Si estende, in buona sostanza, il perimetro del controllo da lui dovuto, con il conseguente ampliamento dei suoi doveri conoscitivi, e, parimenti, delle occasioni di intervento sull'azione altrui<sup>666</sup>.

Il caso che si può ipotizzare è quello in cui taluno stia ponendo in essere un reato, attraverso la violazione di uno dei protocolli operativi regolati all'interno del Modello - per esempio attraverso la creazione di canali finanziari atipici, caratterizzati da maggiori margini di discrezionalità rispetto a quanto previsto nel MOG. Il sindaco, proprio in qualità di membro dell'OdV, potrà acquisire tempestiva contezza dell'agire illecito altrui, per il controllo che è tenuto ad operare sul rispetto del modello, e, a fronte di tale tempestiva consapevolezza, potrà intervenire sulla condotta del terzo, esercitando i poteri sindacali, in un momento, *antecedente* rispetto a quanto avrebbe potuto fare acquisendo le informazioni sulla gestione da semplice sindaco.

Orbene, quanto abbiamo sin qui osservato sembra trovare parziale riscontro nel panorama giurisprudenziale, dal momento che, ad oggi, non risulta siano state emesse pronunce di condanna nei confronti dei membri dell'OdV, per omesso impedimento di reati-presupposto. Ciononostante, si registrano, in talune sentenze di legittimità, alcuni *obiter dicta*, che potremmo definire problematici, in cui le considerazioni espresse dai giudici sembrano aprire la strada ad una differente opzione interpretativa in futuro. È il caso di Corte di Cassazione n. 4475 del 2014, nota anche come sentenza Impregilo, cui si attribuisce generalmente particolare rilievo per quanto riguarda le statuizioni in essa contenute con riferimento al criterio di imputazione della responsabilità dell'ente per il reato posto in essere da soggetto in posizione apicale<sup>667</sup>.

In quella sede, nel giudicare in merito ad un fatto di aggio, realizzato dai vertici della società quotata, attraverso la diffusione di un comunicato contenente notizie false, considerate idonee a provocare un'alterazione del valore delle azioni dell'ente, la

---

<sup>666</sup> Sul punto: F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, op. cit., 414.

In senso analogo, parla di mutamento del punto di osservazione e del grado di incisività del controllo A. ALESSANDRI, *Corporate governance nelle società quotate: riflessi penalistici e nuovi reati societari*, cit., 544.

<sup>667</sup> Si tratta della celebre sentenza Cass. Pen. Sez. V, 30 gennaio 2014, n. 4677 - cui si è fatto cenno nelle note precedenti - pubblicata in *Soc.*, 4, 2014, 469 e ss., con note di C. E. PALIERO, *Responsabilità degli enti e principio di colpevolezza al vaglio della Cassazione*; V. SALAFIA, *La condizione di non punibilità per responsabilità amministrativa, delle società ed enti, nel recente intervento della Corte di cassazione*.

Corte ha espresso alcune osservazioni in merito alla figura del componente dell'OdV, dalle quali sembra trasparire l'individuazione di una sua plausibile posizione di controllo.

In particolare, nel segnalare l'inidoneità del sistema di monitoraggio regolato nel Modello adottato dalla società e la sua conseguente inattendibilità a prevenire la consumazione del reato contestato, presupposto della responsabilità dell'ente, i giudici hanno focalizzato la propria attenzione sui poteri dell'OdV. Hanno affermato la generale necessità che l'organismo di vigilanza sia dotato della potestà di esaminare la correttezza e legalità degli atti di gestione da comunicare al pubblico, per rendere, se del caso, manifesta la propria contrarietà al loro contenuto, attraverso una *dissenting opinion* sul prodotto finito, «*in modo da mettere in allarme i destinatari*». Dove questa condizione non fosse rispettata, si è detto in sentenza, il controllo dovuto dall'OdV si ridurrebbe «*a un mero simulacro*»<sup>668</sup>, e sarebbe, come tale, inidoneo ad operare quale causa di esclusione della responsabilità della società, *ex art. 6 del decreto*.

Così argomentando, la Corte, pur senza riconoscere esplicitamente una responsabilità omissiva in capo al membro dell'OdV, che non era stata contestata nel caso di specie - dunque avulsa dall'oggetto della *res iudicanda* - è andata a riconnettere allo stesso organismo precipui doveri/poteri di controllo e segnalazione su possibili illeciti, cui, invero, come si è osservato, il dettato normativo non fa alcun riferimento. Ebbene, tali doveri/poteri - di controllo sugli atti di gestione e di segnalazione di irregolarità in essi insite - a ben osservare, parrebbero riconnessi ad un plausibile obbligo di garanzia, orientato ad impedire eventuali reati di false comunicazioni; obbligo che, lo si ribadisce, non viene riconosciuto *expressis verbis* in sentenza, ma che sembra comunque suggerito dalla ricostruzione proposta<sup>669</sup>.

Una conclusione analoga, a onor del vero, pare trasparire da una sentenza di merito ancora più recente, emessa dal Tribunale di Milano, nella vicenda processuale che vede coinvolti i vertici di Banca MPS<sup>670</sup>. In questo caso il giudice ha riconosciuto in capo all'OdV un potere di controllo *diretto* sugli atti del potere gestionale, *i.e.* un potere di

---

<sup>668</sup> In questi termini la citata sentenza, § 5.

<sup>669</sup> Un altro esempio al quale possiamo accennare è rappresentato da una più recente pronuncia, sempre di legittimità, emessa questa volta con riferimento al tema specifico della sicurezza sul lavoro. Basti in questa sede rilevare il fatto che, nell'escludere la responsabilità dei membri dell'OdV, la Suprema Corte ha fatto precipuo riferimento alle peculiarità del caso concreto, così ingenerando il sospetto che la giurisprudenza ritenga, in via generale ed astratta invece configurabile una responsabilità per omesso impedimento del reato degli amministratori nei confronti dell'organismo. Cass. Pen. Sez. V, 20 gennaio 2016, n. 18168, *IlSocietario.it*, 2016.

<sup>670</sup> Trib. Milano, Sez. II, 8 novembre 2019, 13490, pubblicata in *Sistema Penale web*, 2020, 10, 113 e ss., con nota di E. FUSCO-B. FRAGASSO, *Sul presunto obbligo di impedimento in capo all'Organismo di Vigilanza: alcune note a margine della sentenza BMPS*. Qui, il Tribunale, benché non abbia affermato espressamente l'esistenza di un obbligo di impedimento dei reati-presupposto in capo ai componenti dell'Organismo, ammette comunque un controllo *diretto* degli atti del potere gestionale da parte dell'OdV, e apre alla possibilità di far discendere da tale assunto, dove portato alle sue estreme conseguenze, la giustificazione di una posizione di garanzia.

controllo diretto sulle eventuali irregolarità e sugli illeciti che dagli stessi potrebbero emergere.

Sembrano dunque più che fondati i timori espressi da una parte della dottrina, che intravede un pericolo sempre più concreto di coinvolgimento dell'OdV nel processo penale, sotto forma di corresponsabilità omissiva<sup>671</sup>. Del resto, la posizione rivestita dall'organismo all'interno dell'ente, la sua vicinanza con i vertici dell'impresa, la possibilità di un suo contatto diretto con figure eminenti nel controllo della società, come amministratori e sindaci, sono condizioni in grado di aprire, sul piano pratico, ampi scenari di coinvolgimento dei suoi componenti nel procedimento penale<sup>672</sup>.

## **2. Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili delle società quotate nel panorama della responsabilità penale per omissione.**

### **2.1. Il dirigente contabile. Un primo inquadramento.**

Il sistema dei controlli interni alle società per azioni è stato ampliato ulteriormente con la legge 28 dicembre 2005, n. 262, la quale, inserendo all'interno del Testo Unico della Finanza il nuovo art. 154 *bis*, ha stabilito per le società quotate l'obbligo di disciplinare all'interno del proprio statuto la figura del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari (c.d. dirigente preposto, o dirigente contabile).

Tale «nuova»<sup>673</sup> posizione è stata aggiunta dalla legge in risposta ai grandi scandali finanziari che hanno scosso il panorama economico e giuridico italiano all'inizio degli

---

<sup>671</sup> Rilevava il *pericolo* si potesse giungere a ritenere configurabile una posizione di garanzia per i membri dell'organismo R. ALAGNA, *L'organismo di vigilanza nel d.lgs. 231/2001*, cit., 575 e ss.

<sup>672</sup> Rappresentazione emblematica di questa connessione con gli altri organi societari, e di un conseguente esteso coinvolgimento nelle dinamiche dell'impresa, si può riscontrare in un recente caso giudiziario, che ha coinvolto i vertici del gruppo societario CPL Concordia. In quella sede, il presidente dell'Organismo di Vigilanza è stato financo imputato per associazione a delinquere, ritenuta, in ipotesi di accusa, costituita assieme agli altri vertici societari, e finalizzata alla realizzazione di delitti di emissione di fatture false e dichiarazione fraudolenta mediante l'uso di fatture per operazioni inesistenti, nonché delitti contro la Pubblica amministrazione. La sentenza conclusiva del primo grado di giudizio ha comunque assolto gli imputati dal reato di associazione per delinquere, non ritenendo sussistenti gli elementi costitutivi dell'illecito (così peraltro accogliendo la richiesta di assoluzione su tale capo avanzata dal Pubblico ministero nel corso della propria requisitoria). Sentenza n. 454/2019, Tribunale di Modena in composizione collegiale, depositata in data 26 luglio 2019, *inedita*.

<sup>673</sup> Si tratta di una novità da intendersi in senso relativo. Come fa constare la dottrina, nella prassi societaria già da tempo si procedeva alla nomina di un direttore amministrativo o finanziario, avente funzioni certificative, ovvero di controllo e attestazione delle comunicazioni finanziarie, con cui il dirigente preposto verrebbe a coincidere.

Così, tra gli altri: M. IRRERA, *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari nella legge sul risparmio e nel decreto correttivo*, in *Giur. comm.*, 2007, 4, 485; G. STRAMPELLI,

anni 2000. Ci si riferisce, in specie, al crack dei colossi Cirio e Parmalat, tutti connessi a vicende di manipolazioni informative e falsificazioni contabili. La figura del dirigente assumeva, nelle intenzioni del legislatore, lo scopo di «irrobustire la correttezza dell'informazione in materia economica, patrimoniale e finanziaria della società»<sup>674</sup>. Essa, come è stato osservato in numerosi studi comparatistici, risulta ispirata alla disciplina del *Sarbanes Oxley Act*, emanato negli Stati Uniti d'America nel luglio 2002. Il documento, adottato Oltreoceano a seguito delle note crisi Enron e Worldcom<sup>675</sup>, ha dettagliatamente regolato la «*corporate responsibility for financial reports*», introducendo contestualmente una serie di obblighi di certificazione a carico della figura del *principal executive officer* e del *principal financial officer* sulla veridicità e correttezza dei conti della società (annuali e trimestrali)<sup>676</sup>. Ebbene, questo ingente intervento riformistico fungeva da modello per il legislatore italiano, che, con la novella del 2005 ha inserito all'intero dell'organigramma aziendale questa ulteriore figura di «controllore», individuandone competenze e responsabilità, ritenendo gli organi ed organismi già esistenti e già regolati dalla normativa nazionale inadeguati, se non proprio insufficienti, a garantire la correttezza delle informazioni e tutelare di conseguenza il pubblico degli investitori<sup>677</sup>.

---

*Commento all'art. 154 bis TUF*, in *Le Società per Azioni. Codice civile e norme complementari*, P. ABBADESSA-G. B. PORTALE (diretto da), Vol. II, Giuffrè, Milano, 2016, 4354.

La stessa era peraltro già contemplata all'interno dei Codici di Autodisciplina, a partire dal Codice Preda del 1999. Sul punto: P. MANES, *Prime considerazioni sulla responsabilità del dirigente preposto alla redazione dei documenti societari*, in *Cont. e imp.*, 2008, 4, 1120 e 1121.

<sup>674</sup> In questi termini: M. IRRERA, *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari nella legge sul risparmio e nel decreto correttivo*, cit., 485; ID., *I sistemi di controllo interno*, in *Diritto del governo delle imprese*, op. cit., 500; ID., *Profili di corporate governance della società per azioni tra responsabilità, controlli e bilancio*, Giuffrè, Milano, 2009, 39.

Secondo Consob lo scopo sarebbe più in generale quello di rafforzare lo stesso sistema dei controlli interni delle società. Cfr. Consob, *Attestazione del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari e degli organi amministrativi delegati sul bilancio d'esercizio e consolidato e sulla relazione semestrale ai sensi dell'art. 154 bis Tuf*, documento di consultazione, 2 febbraio 2007, 2.

<sup>675</sup> Su cui ci si è soffermati nella *Introduzione* al presente lavoro di tesi.

<sup>676</sup> Il tema è stato affrontato da autorevole dottrina italiana, che rileva come la figura del dirigente preposto paia consistere in una acritica trasposizione dell'istituto del *Chief Financial Officer* (CFO) all'interno del nostro ordinamento, un istituto a ben osservare non confacente alla realtà giuridico-sociale del nostro Paese, che non sembra far molto altro se non intasare un sistema - quello dei controlli interni - già di per sé affollato. In questi termini: D. SICLARI, *European Capital Markets Union e ordinamento nazionale*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2016, 4, 481.

Per una complessa critica dell'istituto e della sua disciplina nel sistema italiano, si veda, per tutti: G. FERRARINI-P. GIUDICI, *La legge sul risparmio, ovvero un pot-pourri della corporate governance*, in *Riv. soc.*, 2006, 4, 573 e ss.

<sup>677</sup> È ciò che si ricava dalle indicazioni delle Associazioni tra società per azioni. Assogestioni rileva esplicitamente la necessità di tutela degli investitori e Assonime parla di rafforzare i processi di verifica della correttezza delle informazioni societarie sia all'interno che all'esterno dell'ente. Così, rispettivamente: Assonime, *Le nuove disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari: il*

## 2.2. Funzione e poteri del dirigente contabile.

Con l'obiettivo di raggiungere questa forma di garanzia informativa, al dirigente preposto la legge ha dunque attribuito un duplice ordine di doveri, di natura organizzativa e certificativa<sup>678</sup>. Compito primario di tale soggetto, enucleato all'interno del comma 3 dell'art. 154 *bis* T.U.F., è quello di predisporre «adeguate» procedure di natura amministrativa e contabile, per la formazione dei bilanci e di ogni altra comunicazione di carattere finanziario. Il dirigente deve, in buona sostanza, prendere parte alla funzione di organizzazione societaria, competenza in genere tipica degli amministratori, attraverso la disposizione di «un efficiente sistema di registrazione e rappresentazione contabile degli eventi aziendali che ne consenta un'acquisizione ed un'elaborazione tempestive e complete e cioè, in una parola, corrette»<sup>679</sup>.

Secondo una concezione dottrinale ampiamente condivisa, simile compito di organizzazione non si esaurirebbe, invero, nella semplice predisposizione degli assetti, ma si spiegherebbe, ulteriormente, nella necessaria *verifica* circa il loro corretto funzionamento<sup>680</sup>; il dirigente preposto sarebbe tenuto a verificare il rispetto, l'adeguatezza e l'effettività delle procedure da lui stesso apprestate. Questo modo di intendere la funzione implicherebbe l'esistenza di un dovere di monitoraggio costante sui canali informativi che fanno capo alla sua figura e lo obbligherebbe a coordinarsi con tutti gli organi e le distinte funzioni aziendali che contribuiscono, per legge e secondo statuto, alla formazione e alla verifica dei bilanci e delle informative finanziarie periodiche, tra

---

*commento dell'Assonime*, in *Riv. soc.*, 2006, 2-3, 502; Assogestioni, *La legge 28 dicembre 2005, n. 262, sulla tutela del risparmio: un commento di Assogestioni*, in *Riv. soc.*, 2006, 1, 146. Su tale aspetto di garanzia esterna si tornerà *infra*.

<sup>678</sup> P. VALENSISE, *Appunti sul dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari*, in *Banca, corsa e tit. cred.*, 2016, 1, 63.

<sup>679</sup> P. VALENSISE, *Appunti sul dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari*, *cit.*, 68, che riprende le osservazioni sul punto di L. BENVENUTO, *Il dirigente preposto nei rapporti con gli organi sociali*, in *Note e Studi Assonime*, Circolare Assonime n. 7/2012.

Sulla importanza che assume la regolamentazione di tale dovere, si veda L. ENRIQUES-M. GARGANTINI, *Regolamentazione e autoregolamentazione nei controlli interni sull'informazione finanziaria*, in *Giur. comm.*, 2009, 5, 906 e ss., in specie § 3.

<sup>680</sup> Tra i più autorevoli contributi in questo senso si possono richiamare: R. RORDORF, *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari*, in *Soc.*, 2007, 10, 1209; G. STRAMPELLI, *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili nella governance societaria*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum Antonio Piras*, *op. cit.*, 544; P. VALENSISE, *op. ult. cit.*, evidenzia in particolare il rapporto di connessione e coordinamento tra le diverse figure per svolgere le funzioni di organizzazione e monitoraggio sulle procedure contabili.

Nella dottrina penalistica si esprimono in questo senso anche A. PARROTTA-F. MELONI, *La responsabilità del dirigente preposto alla formazione del bilancio: dalle funzioni al fatto-reato penalmente rilevante*, in *Arch. pen.*, 2017, 1, 6 e ss., che osservano come, con peculiare riferimento al bilancio di esercizio, il dirigente attui un primo livello di controllo nel sistema legale di prevenzione degli abusi societari.

cui il C.d.A. e il comitato controllo e rischi, il collegio sindacale, l'*internal audit*, ma anche con soggetti esterni, come il revisore legale.

Accanto a tale competenza di natura organizzativa, l'art. 154 *bis* T.U.F. individua poi una serie di doveri di attestazione e certificazione. Secondo quanto disposto dal comma 2, in specie, il dirigente è chiamato ad attestare per iscritto che gli atti e le comunicazioni sociali diffusi al mercato, relativi all'informativa contabile, corrispondono alle risultanze documentali, ai libri e alle scritture contabili. Questa previsione è il portato del d.lgs. 303 del 2006, con cui è stato eliminato il riferimento all'obbligo del dirigente di attestare la «*corrispondenza al vero*» delle scritture e documenti, contenuto nella formulazione originaria dell'art. 154 *bis*, e considerato eccessivamente *generico*<sup>681</sup>. Così riformulato, il comma 2 sembrerebbe fare riferimento, dunque, ad un tipo di certificazione prettamente *formale*, consistente in un mero riscontro estrinseco che si limita a verificare la corrispondenza a quanto riportato all'interno di altre scritture e che non scende ad indagare la veridicità e correttezza dei dati e delle stime iscritte<sup>682</sup>.

Il riferimento ad un controllo che potremmo definire di tipo «sostanziale», dunque, apparentemente scompare dal testo del comma 2 dell'art. 154 *bis*, per ricomparire però poi nel successivo comma 5, con riferimento specifico al bilancio. La disposizione da ultimo citata prevede, infatti, che gli organi amministrativi delegati e il dirigente preposto redigano apposita relazione sul bilancio di esercizio, sul bilancio consolidato, dove previsto, e sul bilancio semestrale abbreviato, in cui, oltre a dar conto della adeguatezza ed effettiva applicazione delle procedure predisposte per la formazione di tale documento, devono *attestare* la corrispondenza del bilancio medesimo alle risultanze dei libri e delle scritture contabili, ma soprattutto la sua idoneità a fornire una «*rappresentazione veritiera e corretta*» della situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'emittente - e delle

---

<sup>681</sup> In questi termini R. RORDORF, *op. ult. cit.*, 1208.

Sul sistema di attestazioni *ante* riforma, in particolare: L. DE ANGELIS, *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari*, in *Soc.*, 2006, 4, 401 e ss.

<sup>682</sup> Sulla natura di tale controllo come meramente formale si vedano: L. BENVENUTO, *Il dirigente preposto nei rapporti con gli organi sociali*, *cit.*, 5; A. COLOMBO, *Ruolo e responsabilità del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari dopo il d.lgs. n. 303 del 2006*, in *Contr. e imp.*, 2007, 13, 1325-1326, il quale, proprio a fronte di tale intervenuta modifica, dubita della possibilità di considerare il dirigente preposto garante della veridicità degli atti e delle comunicazioni contabili, cui ricondurre una funzione effettivamente idonea a prevenire falsificazioni documentali, occultamenti ed illeciti artifici.

Negli studi penalistici tali considerazioni sono state riprese da A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale*, *op. cit.*, 391, che afferma come oggi, a seguito dell'intervenuta modifica, l'area della garanzia dovuta dal dirigente debba ritenersi molto più ristretta rispetto al passato.

In senso contrario, invece: P. VALENSISE, *Appunti sul dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari*, *cit.*, § 4, secondo cui questa formulazione parrebbe suscettibile di una interpretazione non formalistica, bensì conducente rispetto agli obiettivi di affidabilità dell'informativa contabile, che rappresentano la *ratio* stessa della regolazione del dirigente contabile.

società incluse nel consolidato. Devono poi certificare che i documenti sono stati redatti nel rispetto dei principi contabili internazionali<sup>683</sup>.

Secondo l'opinione di autorevole dottrina, questo tipo di attestazioni riguarda i passaggi fondamentali «*al fine di assicurare la corretta funzione del bilancio*», vale a dire «*la trasposizione degli effetti di ogni singolo accadimento storico in un corrispondente dato di contabilità; quindi la sintesi che dell'insieme di quei dati il bilancio opera, nelle sue varie componenti, così da fornire ai suoi lettori la rappresentazione complessiva della realtà patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa*»<sup>684</sup>. Se si intendono in questi termini i riportati doveri di attestazione di cui all'art. 154 *bis* TUF, l'effetto che si produce è quello di innalzare la funzione del dirigente preposto a «*garante primario della correttezza*<sup>685</sup>» - o, quantomeno, della «*attendibilità*»<sup>686</sup> - dell'informazione contabile che la società offre tanto ai propri soci quanto ai terzi ed al mercato in genere<sup>687</sup>.

Questa veste di controllore/garante emerge peraltro in maniera ancora più evidente dalle previsioni contenute all'interno del Codice di Autodisciplina, dove si specifica che il dirigente preposto valuta, unitamente al comitato controllo interno e rischi, e sentiti il revisore legale ed il collegio sindacale, il «*corretto utilizzo dei principi contabili*» e, nel caso dei gruppi, la loro omogeneità ai fini della redazione del bilancio consolidato<sup>688</sup>. La stessa espressione è stata poi adottata da Banca d'Italia, nella Circolare 285 del 2013, per le banche con azioni quotate<sup>689</sup>.

---

<sup>683</sup> Come prescritto dal comma 5 *bis* dell'art. 154 *bis*, la certificazione è resa secondo il modello stabilito da Consob nell'Allegato 3C *ter* al Regolamento Emittenti, disponibile al sito [www.consob.it](http://www.consob.it).

<sup>684</sup> Così, testualmente: R. RORDORF, *op. cit.*, 1208. Più riduttiva la lettura proposta da altra parte della dottrina, secondo cui il controllo sul bilancio operato dal dirigente si dovrebbe intendere circoscritto alla fase di elaborazione dei dati, senza interessare la successiva fase valutativa, riservata ai soli amministratori. Per questa interpretazione sembra propendere anche Confindustria, in *Linee Guida per lo svolgimento delle attività del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari ai sensi dell'art. 154 bis TUF*, 13 dicembre 2007, 10 e ss.

<sup>685</sup> R. RORDORF, *cit.*, 1207.

<sup>686</sup> Così V. SALAFIA, *La legge sul risparmio*, in *Soc.*, 2006, 2, 141.

<sup>687</sup> In questo senso si orienta anche il disposto di cui all'art. 165 *quater* comma 2, a norma del quale il bilancio della società estera controllata, allegato a quello della controllante italiana, è sottoscritto, oltre che dagli organi di amministrazione e dal direttore generale che lo hanno redatto, dal dirigente preposto della controllante, che deve attestarne veridicità e correttezza. Sul tema delle società estere si veda l'analisi di G. MARINO, *Paradisi societari e paradisi fiscali: norme di contrasto o contrasto tra norme?*, in *Riv. dir. trib.*, 2007, 11, 967 e ss.

<sup>688</sup> Codice di Autodisciplina, Criterio Applicativo 7.C.2. Sul tema: P. MARCHETTI, *Il nuovo codice di autodisciplina delle società quotate*, in *Riv. soc.*, 2012, 1, 37 e ss.; C. SOTTORIVA, *La riforma del controllo contabile delle società in Italia: una prima lettura coordinata del decreto legislativo n. 39/2010 in tema di svolgimento della revisione legale dei conti*, in *Riv. dott. comm.*, 2010, 3, 565 e ss.

<sup>689</sup> Circ. n. 285/2013, Parte Prima.IV.1.21, per cui il comitato interno «*valuta il corretto utilizzo dei principi contabili per la redazione dei bilanci d'esercizio e consolidato, e a tal fine si coordina con il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili e con l'organo di controllo*».

In breve, sussiste una vera e propria funzione di garanzia del dirigente, che - pare potersi concludere sulla scia di quanto ricostruito sin d'ora - assume rilievo non solo all'interno della società, ma anche all'esterno della stessa.

Nella dimensione intranea, l'attività del dirigente si rivolge, in primo luogo, agli amministratori, e più precisamente al C.d.A.: consente loro di assumere le decisioni qualificanti ai fini della redazione del bilancio e di altri documenti contabili e finanziari, avendo questi «*la garanzia che i dati di base siano già stati filtrati e opportunamente vagliati e riconosciuti conformi al vero*»<sup>690</sup>. Ma non è tutto.

Come si diceva, riteniamo, con la dottrina maggioritaria, che la garanzia riconducibile alle attestazioni richieste dalla legge al dirigente non si esaurisca entro questa sfera interna alla realtà d'impresa. Al contrario, essa assume valenza anche verso l'esterno della compagine societaria, rilevando nei confronti del pubblico, degli investitori e risparmiatori. Riprendendo le parole di un illustre Studioso, «*l'attestazione circa il corretto esperimento di una importante procedura, quale indubbiamente è quella che si conclude con la formazione del bilancio o di qualsiasi altra comunicazione di carattere finanziario, e soprattutto l'attestazione circa la veridicità del documento non possono difettare di una rilevanza anche esterna, non certo incompatibile con quella che le medesime attestazioni hanno, internamente alla società, nei riguardi degli amministratori*»<sup>691</sup>.

Del resto, proprio questa proiezione verso l'esterno dell'attività di attestazione del dirigente preposto si pone alla base del particolare regime di responsabilità civile e penale previsto dal nostro ordinamento<sup>692</sup>. L'art. 154 *bis*, comma 6, sancisce l'estensione ad essa delle disposizioni che regolano la responsabilità civile degli amministratori, nei limiti, chiaramente, dei compiti alla stessa spettanti; sul piano penale, invece, ha disposto, all'art. 15, l'inserimento del dirigente nell'elenco dei possibili soggetti agenti per una serie di reati societari (propri) - quali le false comunicazioni sociali, artt. 2621 e 2622 c.c., l'infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità, di cui al previgente art. 2635 c.c., oggi corruzione tra privati, l'ostacolo all'esercizio delle funzioni delle Autorità pubbliche di vigilanza, di cui all'art. 2638 c.c. - e del reato di rivelazione del segreto professionale,

---

<sup>690</sup> Così L. DE ANGELIS, *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari*, cit., 405.

<sup>691</sup> L. DE ANGELIS, *op. ult. cit.*, 405. In senso analogo si vedano, fra gli altri: P. VALENTE, *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, M. IRRERA (a cura di), *op. cit.*, 337 e, in particolare, nota 57; in questo senso sembra declinare anche R. RORDORF, *op. ult. cit.*, 1207; A. ROSSI, *La responsabilità del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili e il sistema sanzionatorio*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, 4, 24; S. SEMINARA, *Nuovi illeciti penali e amministrativi nella legge sulla tutela del risparmio*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, 551.

<sup>692</sup> Sull'esteso regime di responsabilità e sulla direzione delle azioni civili e penali per il caso di false comunicazioni sociali si veda il lavoro di M. LUBRANO DI SCORPANIello, *False comunicazioni sociali e limiti dell'informativa contabile*, in *Giur. comm.*, 2019, 4, 655 e ss.

ex art. 622 c.p.<sup>693</sup>. Risulta, insomma, palese la «*intenzione del legislatore di estendere la platea dei soggetti responsabili, aggiungendovi la nuova figura del dirigente contabile*»<sup>694</sup>, per il fatto, appunto, che la sua azione è in effetti in grado di incidere su di un composito fascio di interessi, che fanno capo a soggetti terzi.

### 2.3. La posizione di garanzia del dirigente contabile: criticità.

Dunque, ricapitolando, una responsabilità civile equiparata a quella degli amministratori della società ed una responsabilità penale come soggetto agente per una serie di reati che possono essere commessi nell'esercizio dell'attività di impresa.

*Quid iuris*, invece, in punto di corresponsabilità omissiva impropria? Si potrebbe eventualmente imputare al dirigente contabile l'omesso impedimento di un evento illecito realizzato da altri? Sulla base di quanto si è ricostruito sin d'ora ci sembra, *sul piano teorico*, di poter dare risposta affermativa.

Dal momento che, come si è visto, la sua funzione viene concepita come indirizzata ad una dimensione di garanzia rivolta anche all'esterno della società, il dirigente preposto finisce per assumere egli stesso la tutela di quei beni ed interessi di terzi coinvolti nell'attività di impresa. E, del resto, coerentemente con tale impostazione, l'art. 154 *bis*, comma 6, T.U.F., sul piano della responsabilità civile richiama l'art. 2392 c.c., sancendone l'applicabilità anche al dirigente preposto, nei limiti del suo incarico. La norma, come ben si ricorderà, relativa alla figura degli amministratori, al comma 2 prescrive, in particolare, un dovere di intervento per la prevenzione di atti pregiudizievoli<sup>695</sup>, a partire dal quale sembra si possa evincere l'esistenza di un obbligo

---

<sup>693</sup> In senso favorevole alla inclusione dei Dirigenti Preposti tra i soggetti attivi di tali reati: E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, Giuffrè, Milano, 2004, 59; E. M. AMBROSETTI-E. MEZZETTI-M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, op. cit., 116; N. MAZZACUVA, *Le mutazioni normative (e non) in tema di false comunicazioni sociali*, in *La legislazione penale compulsiva*, G. INSOLERA (a cura di), Cedam, Padova, 2006, 244; S. SEMINARA, *Nuovi illeciti penali e amministrativi nella legge sulla tutela del risparmio*, cit., 550; L. STORTONI, *I contabili: da garanti a capri espiatori. Il ruolo del «preposto ai documenti» in cerca di statuto penale*, in *D & G*, 2006, 26, 112.

Sulle false comunicazioni è poi tornato più di recente E. BASILE, in *Un'indagine empirica presso il tribunale di Milano: le false comunicazioni sociali*, A. ALESSANDRI (a cura di), *Giur. comm. Quaderni*, Giuffrè, Milano, 2011, 95 e ss.

Sul tema generale della responsabilità penale del dirigente preposto quale soggetto attivo nella diretta realizzazione del reato: I. CARACCIOLI, *Profili penali del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari*, in *Il fisco*, 2005, 16, 2471 e ss.

<sup>694</sup> M. IRRERA, *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari nella legge sul risparmio e nel decreto correttivo*, op. cit., § 9. Nello stesso senso P. MANES, *Prime considerazioni sulla responsabilità del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari*, cit., 1123-1125.

<sup>695</sup> Sul punto si concentrano, in particolare, le riflessioni di F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, op. cit., 423.

di garanzia rilevante *ex art. 40 cpv. c.p.*: obbligo che si applica, *per relationem*, anche al dirigente. Sussiste, in buona sostanza, un obbligo di garanzia per il dirigente rispetto ai beni giuridici coinvolti nell'ambito della sua attività, sui quali acquisisce una posizione di protezione.

Per verificare l'estensione di questa prospettata configurazione del dirigente quale garante, è necessario, a questo punto, valutare se, dall'assetto delle prerogative di cui egli è titolare, si possano scorgere poteri di reazione potenzialmente impeditivi di un eventuale reato. Ebbene, la possibilità di intervenire ad interrompere l'azione illecita altrui sembra potersi astrattamente ricavare dal sistema stesso dei controlli elaborato dall'ordinamento e dalle funzioni di attestazione proprie del dirigente, che implicano un diretto contatto tra questi e il consiglio di amministrazione.

Persuade quanto osservato da autorevole dottrina, secondo cui dalla funzione di attestazione delle comunicazioni finanziarie e, in particolare, del bilancio e della relazione semestrale, sembra derivare un dovere di partecipazione del dirigente contabile alle riunioni del C.d.A. per l'approvazione di tali documenti. Posto infatti che, in esse, il consiglio deve verificare l'esistenza e la conformità delle certificazioni, appare necessario che il soggetto che quelle certificazioni ha rilasciato vi prenda, anch'egli, concretamente parte<sup>696</sup>. Benché, però, quella riportata rappresenti senza alcun dubbio una suggestione estremamente rilevante nella ricostruzione dei poteri potenzialmente impeditivi del dirigente, si deve osservare come la stessa non trovi alcun esplicito riferimento nel dettato legislativo, che non riconosce in capo al soggetto alcun potere/dovere di presenza a tali momenti di riunione e discussione. Si tratta, dunque, di una prerogativa che può, al più, essere prevista dallo statuto della singola società, a propria discrezione.

Un'altra importante possibilità di intervento, questa volta evincibile dal testo di cui all'art. 154 *bis* T.U.F., si lega direttamente ai doveri di attestazione del dirigente, che possono essere esercitati anche in senso *negativo*, dove questi non condivida quanto riportato nei documenti da certificare. In caso di riscontrate irregolarità, o nel sospetto di illiceità nella redazione dei bilanci, il dirigente può rifiutarsi infatti di rilasciare la certificazione richiesta.

*«È ipotizzabile che, sussistendone i presupposti, il dirigente preposto si trovi nelle condizioni di dover esprimere le proprie motivate perplessità al consiglio di amministrazione chiamato a discutere ed approvare il progetto di bilancio, magari conseguenti a criticità a suo tempo segnalate e, a giudizio del preposto, non affrontate ovvero non risolte dagli organi amministrativi. Tale disaccordo che, di per sé, dovrebbe costituire elemento di motivata attenzione e meditazione in capo al consiglio di amministrazione, o viene esaustivamente (affrontato, discusso e) composto, con il conseguente rilascio dell'attestazione da parte del preposto oppure, diversamente,*

---

<sup>696</sup> S. FORTUNATO, *Il dirigente preposto ai documenti contabili nel sistema dei controlli societari*, in *Soc.*, 2008, 4, 404, così anche A. DE NICOLA, *Il diritto dei controlli societari*, *op. cit.*, 161.

potrebbe non esserlo». In quest'ultimo caso, il dirigente potrebbe opporre il proprio diniego al relativo rilascio<sup>697</sup>.

È ben vero che, in tale ipotesi, il C.d.A. potrebbe procedere ugualmente: può provvedere direttamente ad avallare il progetto di bilancio e sottoporlo all'assemblea dei soci per l'approvazione definitiva, senza l'attestazione del Preposto; tuttavia, tale forte presa di posizione del dirigente avrà comprensibilmente conseguenze rilevanti sul piano pratico, potendo, per esempio, mettere in allarme il collegio sindacale, o l'assemblea stessa, che potrebbe rifiutarsi di approvare ufficialmente il documento. Non solo. Il dirigente preposto potrebbe financo risolversi a presentare le proprie dimissioni, dal che discenderebbero effetti particolarmente negativi per la società, specie sul piano reputazionale<sup>698</sup>.

Si tratta, insomma, di poteri di rilevante portata, virtualmente idonei ad interrompere un *iter criminis* avviato da parte degli amministratori, o da altre istanze societarie, nell'esercizio della attività di impresa - o quantomeno a fungere da forte disincentivo alla consumazione del reato. Al di là di tali prerogative, da esercitare al momento delle attestazioni e certificazioni, il legislatore comunque non prevede alcun altro potere precipuo, lasciando alla autonomia privata l'incombente di disporre in merito: specifica il comma 2 dell'art. 154 *bis* del Testo unico che sia la società a dotare il dirigente dei «poteri e dei mezzi adeguati»; compito che deve essere adempiuto «tenendo conto delle specificità e delle dimensioni dell'impresa»<sup>699</sup>.

Sulla base dello schema tracciato sembra possa teoricamente riconoscersi una posizione di garanzia rilevante *ex art.* 40 c.p. in capo alla figura del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili. Di tal ché, questi, oltre a poter essere chiamato a rispondere direttamente di reato proprio, dove la relativa norma lo individui quale possibile agente, potrà vedersi imputata altresì una responsabilità per concorso omissivo, per non aver impedito l'illecito penale realizzato da altri nel contesto della gestione aziendale e lesivo degli interessi oggetto della tutela dallo stesso dovuta<sup>700</sup>.

---

<sup>697</sup> P. VALENSISE, *Appunti sul dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari*, cit.; ID., *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili*, cit., 337.

<sup>698</sup> M. IRRERA, *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari nella legge sul risparmio e nel decreto correttivo*, cit., 501; ID., *I sistemi di controllo interno*, in *Diritto del governo delle imprese*, cit., 509; in senso analogo anche P. MANES, *op. ult. cit.*, 1127; G. STRAMPELLI, *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili nella governance societaria*, cit., 12 e 13, che, con riferimento alla redazione della relazione sui bilanci, riconosce la possibilità del Dirigente di esporre la motivazione del proprio dissenso all'approvazione del documento.

<sup>699</sup> Così: Assonime, *Le nuove disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari: il commento di Assonime*, cit., che critica peraltro la scelta di prevedere una generica indicazione dei compiti e dei mezzi all'interno dello statuto e ritiene sarebbe più corretto attribuire tale compito al consiglio di amministrazione.

<sup>700</sup> F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, *op. cit.*, 423 e ss., purché si provi che il corretto esercizio dei poteri/doveri di attestazione avrebbe impedito il verificarsi in concreto

Senonché, questa forma di responsabilizzazione, plausibile, come si è detto, in via astratta, nel momento in cui viene calata nella dimensione pratica della concreta realtà societaria mostra una serie di criticità che non possono essere ignorate.

Il primo aspetto che rileva riguarda la collocazione stessa del dirigente all'interno dell'organigramma ed il suo rapporto con gli altri esponenti aziendali. Come si è visto innanzi, questi opera a stretto contatto con una serie di funzioni, con cui, in taluni casi, condivide persino alcune delle proprie prerogative. Nell'ambito in cui si inserisce l'attività del dirigente, vale a dire l'ambito di redazione e controllo dell'informazione contabile, lo abbiamo visto nel corso di questa ricerca, sono infatti coinvolti pressoché tutti i principali organi e organismi societari, così come anche soggetti esterni. Non solo il revisore legale dei conti<sup>701</sup>, cui il d.lgs. 39 del 2010 attribuisce obbligatoriamente la funzione di controllo contabile nelle società quotate, e il collegio sindacale - od il c.d.s. del sistema dualistico e il comitato per il controllo sulla gestione del sistema monistico - che, pur essendo esentato dalla revisione, continua comunque a mantenere diversi impegni relativi al controllo dei conti<sup>702</sup>, ma anche l'*internal audit* che sovrintende al sistema di controllo interno; l'OdV, la cui competenza in materia di modelli di organizzazione e gestione può venire a sovrapporsi con l'operato del dirigente quando si tratti di svolgere verifiche sulle procedure contabili adottate dall'ente<sup>703</sup>; il consiglio di amministrazione ed il comitato controllo e rischi.

Questa stretta rete di rapporti che si viene a creare impone alla società di predisporre idonei flussi informativi e protocolli di coordinamento tra i diversi uffici<sup>704</sup>. Ed infatti proprio nella proficua correlazione del dirigente preposto con gli altri soggetti sta la forza del suo intervento sull'azione illecita altrui. Attraverso lo scambio di informazioni provenienti dalle altre funzioni, egli è in grado di acquisire le conoscenze necessarie all'ottimale espletamento dei propri compiti e, nel caso di ravvisate irregolarità, può operare un «*efficace presidio*»<sup>705</sup> ad eventuali illeciti, dando tempestiva allerta e

---

dell'illecito e, nel caso di reato doloso, l'elemento rappresentativo e volitivo del Dirigente abbia abbracciato anche tale ultimo evento.

In senso contrario invece, A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale*, op. cit., 387 e ss.; A. PARROTTA-F. MELONI, *La responsabilità del dirigente preposto alla formazione del bilancio: dalle funzioni al fatto-reato penalmente rilevante*, cit., 12 e ss., che escludono l'esistenza di una posizione di garanzia.

<sup>701</sup> Su cui non ci si è potuti soffermare in maniera specifica nella presente trattazione.

<sup>702</sup> Come si è sottolineato nella Sezione II del presente Capitolo.

<sup>703</sup> Mette in guardia sul pericolo di sovrapposizioni G. STRAMPELLI, *Commento all'art. 154 bis TUF*, cit., 4359-4360.

<sup>704</sup> Secondo Assonime, *Circ. cit.*, 30, tale sistema, in mancanza di specifiche previsioni normative, imporrebbe alla società un vero e proprio obbligo di disciplinare adeguatamente le modalità di coordinamento tra il dirigente e gli altri attori del controllo. Cfr. in dottrina A. DE NICOLA, *Il diritto dei controlli societari*, op. cit., 163

<sup>705</sup> P. VALENSISE, *Appunti sul dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari*, cit., 68.

stimolando gli organi di amministrazione e controllo ad intervenire immediatamente per arrestare l'*iter criminis*. Senonché, a ben osservare, quello che dovrebbe essere il punto di forza del controllo del Preposto si rivela, al contempo, la sua maggiore debolezza; il limite stesso alla sua effettiva capacità di porre in essere interventi efficaci.

La sfera di conoscenza del dirigente sull'andamento dell'impresa finisce infatti per dipendere pressoché *in toto* dall'intricato reticolo di flussi informativi<sup>706</sup>. Nei sistemi adottati dalla grande maggioranza delle società, la figura del preposto al controllo contabile è in genere tenuto a svolgere un controllo di tipo indiretto<sup>707</sup>. I dati necessari per espletare i propri compiti gli vengono trasmessi dalle diverse funzioni operative e, solo in casi eccezionali, allo stesso è riconosciuto un potere di acquisizione immediata. È chiaro che una condizione di questo tipo, necessaria per circoscrivere le competenze dei vari attori del sistema e garantire un efficace svolgimento dell'attività di impresa, presenta, invero, un elevato livello di rischio. In ipotesi in cui la società non predisponga idonei canali di comunicazione, ovvero anche più semplicemente, dove i flussi informativi non dovessero funzionare in modo corretto, può ben darsi che il dirigente preposto non possa acquisire le informazioni necessarie<sup>708</sup>. Per il suo ufficio potrebbe risultare estremamente complesso, se non addirittura impossibile, venire a conoscenza di irregolarità riconducibili all'azione di altri organi, per cui sarebbe assolutamente irragionevole pretendere che si attivi per scongiurare l'eventuale illecito. Ma non è tutto.

Il necessario coordinamento con le altre funzioni e gli altri organi, che è caratteristico dello stesso *modus operandi* del dirigente, e la condivisione di taluni dei suoi compiti con essi producono in molti casi un'ulteriore distorsione. Le relative attribuzioni rischiano di sovrapporsi e l'ufficio del dirigente può perdere la sua libertà operativa, dovendosi in tali casi confrontare necessariamente con le altre istanze, ogni volta che intenda intervenire in quel dato ambito. Questa confusa forma di interferenza tra più uffici, se, da un lato, determina un limite alla reazione repentina del dirigente, dall'altro lato, rende estremamente complicato discernere, nella pratica, gli ambiti di competenza dei diversi soggetti coinvolti, da cui la particolare difficoltà nel verificare, in

---

<sup>706</sup> Sui flussi informativi tra dirigente contabile e organi di controllo: G. STRAMPELLI, *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili nella governance societaria*, in *Amministrazione e controllo nelle società e negli altri enti commerciali*. Liber amicorum Antonio Piras, *op. cit.*, 535 ss., specialmente 542 ss.; cfr. altresì ID., *I flussi informativi nelle società quotate: poteri e doveri del collegio sindacale*, in *Riv. dir. priv.*, 2017, 79.

<sup>707</sup> Il dirigente preposto è infatti considerato come controllo c.d. di «secondo livello», su cui *infra*.

<sup>708</sup> Evidenzia questo effetto perverso, in particolare, S. FORTUNATO, *Il dirigente preposto ai documenti contabili nel sistema dei controlli societari*, 401 e ss. In senso analogo, ma attraverso un ragionamento più generale sui rapporti tra C.d.A. e altre funzioni societarie: M. REBOA, *Il monitoring board e gli amministratori indipendenti*, in *Giur. comm.*, 2010, 4, 657 e ss., e specialmente § 3.

caso di reato realizzato da parte di terzi, chi e come avrebbe potuto attivarsi per impedire la perpetrazione delle azioni illecite altrui<sup>709</sup>.

Un'altra criticità che affiora dallo studio della figura del dirigente contabile è legata alla forte incertezza che connota la relativa disciplina. Il legislatore si è qui limitato - lo abbiamo visto - a individuare solamente compiti e caratteristiche minime della funzione, lasciando all'autonomia statutaria l'onere di regolare i diversi aspetti relativi alle modalità d'azione e intervento del soggetto preposto e stabilendo espressamente che sia la singola società ad indicare i mezzi e i poteri «*adeguati*», su cui vigila il C.d.A.<sup>710</sup>. Se è vero che questa scelta di incentivare l'autonomia regolativa permette agli enti di organizzarsi in maniera più coerente con le proprie caratteristiche, le proprie dimensioni, le proprie peculiarità operative, che sono comprensibilmente diverse a seconda anche del mercato di riferimento, è altrettanto vero però che, sul piano della responsabilità penale, questa costruzione stride con il principio di certezza del diritto.

In sintesi, a fronte di quanto si è ricostruito, sembra difficile escludere per il dirigente preposto una posizione di garanzia in relazione ai beni giuridici coinvolti nell'attività d'impresa che possono essere lesi attraverso illeciti commessi nel sistema contabile, tuttavia la individuazione della sua effettiva sfera di competenze e, conseguentemente, la stessa esatta definizione della relativa posizione di garante, in mancanza di un dettato normativo chiaro, finiscono per dipendere dalla discrezionalità dell'interprete e le soluzioni prospettate da caso a caso possono essere tra loro molto diverse.

Spostando l'attenzione sul dato empirico, si deve comunque ravvisare che, nella realtà dei procedimenti penali, la responsabilità del dirigente contabile per il reato altrui viene pressoché sempre ricostruita nella forma di una compartecipazione attiva, ancorata alla sua funzione di attestazione dei documenti contabili. Ed invero, le perplessità che si sono sin qui evidenziate trovano parziale riscontro anche in questa forma di coinvolgimento. La posizione in cui si colloca il dirigente, la genericità dei suoi compiti e lo stretto rapporto che lo lega ai vertici societari, lo pongono in condizione di poter essere agevolmente coinvolto in tutti quei procedimenti penali aventi ad oggetto illeciti perpetrati attraverso il sistema delle informative contabili. Confermando i timori

---

<sup>709</sup> Sul rischio di sovrapposizioni, Cfr. S. FORTUNATO, *Il dirigente preposto ai documenti contabili nel sistema dei controlli societari*, 401 e ss.; A. COLOMBO, *Ruolo e responsabilità del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari dopo il d.lgs. 303 del 2006*, cit., 1340-1341 e 1343; G. STRAMPELLI, *Commento all'art. 154 bis TUF*, cit., 4360; D. U. SANTOSUOSSO, *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari nell'organizzazione delle società per azioni*, in *Riv. dir. soc.*, 2007, 3, 142; P. MANES, *Prime considerazioni sulla responsabilità del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari*, cit., 1132.

<sup>710</sup> Precisa, infatti, il comma 4 dell'art. 154 bis che «*il consiglio di amministrazione vigila affinché il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari disponga di adeguati mezzi e poteri per l'esercizio dei compiti a lui attribuiti*». Critico sulla mancanza di una disciplina chiara, in particolare, L. DE ANGELIS, *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari*, cit., 401.

prospettati da una parte della dottrina subito dopo l'introduzione della relativa disciplina<sup>711</sup>, accade che la mera apposizione della firma su documenti contenenti informazioni relative ad operazioni poi rivelatesi illecite, sia considerata automaticamente segnale di volontaria partecipazione criminosa<sup>712</sup>.

### **3. Le principali «funzioni aziendali di controllo» e la responsabilità per omesso impedimento di reato.**

#### **3.1. La struttura dei controlli aziendali.**

Il già affollato sistema dei controlli interni alle società per azioni risulta oggi ulteriormente arricchito dall'inserimento di specifiche «funzioni aziendali»<sup>713</sup> coinvolte in attività di supervisione e monitoraggio.

---

<sup>711</sup> L. STORTONI, *Il dirigente preposto ai documenti contabili societari: utile garante o capro espiatorio?*, in *D&G online*, 29 giugno 2006. Nello stesso senso, successivamente: A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale*, op. cit., 394, che riprende le riflessioni di Stortoni, parlando di «capro espiatorio».

<sup>712</sup> Problematiche analoghe sembrano potersi riscontrare anche in recente un caso giudiziario, tuttora pendente innanzi al Tribunale di Vicenza. Il riferimento è a Proc. Pen. n. 4866/15 e 1671/18 R.g.G.i.p. Tribunale di Vicenza, Ufficio G.u.p.

In questa sede, il soggetto che rivestiva la posizione di dirigente contabile - e responsabile della Divisione pianificazione e bilancio - è imputato per concorso con i vertici di Banca Popolare di Vicenza, nei reati di aggrottaggio, ostacolo all'esercizio delle funzioni delle Autorità pubbliche di vigilanza e falso in prospetto, per aver sottoscritto i documenti relativi ad una serie di finanziamenti poi scoperti illeciti.

La contestazione, peraltro confermata dal G.u.p. che ha disposto il rinvio a giudizio dell'imputato, sembra fondarsi sul ricostruito coinvolgimento del dirigente, tutto focalizzato sul dato obiettivo della avvenuta sottoscrizione dei documenti.

In specie, secondo quanto sostenuto dalla difesa dell'imputato nel corso dell'udienza preliminare (intervento dell'avvocato della difesa, Prof. Avv. Vittorio Manes, all'udienza del 17 ottobre 2018), la costruzione accusatoria pare non abbia tenuto in alcun conto la particolare posizione in cui il dirigente veniva a trovarsi, a fronte del tipo di assetto organizzativo adottato dalla banca; allo stesso modo, non si teneva in considerazione l'estrema frammentazione dei flussi informativi ivi operante, che peraltro costringeva il dirigente a meri controlli c.d. di tipo indiretto, per cui questi si trovava sostanzialmente a dipendere dalle informazioni che gli venivano comunicate da altri.

Questa particolare condizione, potenzialmente incidente sulla stessa capacità del soggetto di acquisire diretta contezza degli illeciti che venivano perpetrati dai vertici, in breve, non veniva in alcun modo presa in considerazione dalla costruzione accusatoria; la posizione che il soggetto rivestiva nella società, assieme al fatto che lo stesso avesse apposto la propria firma su alcuni dei documenti oggetto di contestazione, ha costituito, insomma, la base per un suo automatico coinvolgimento nel concorso di reato con gli altri esponenti aziendali imputati.

<sup>713</sup> Banca d'Italia definisce «Funzioni aziendali» l'insieme dei compiti e delle responsabilità assegnate per l'espletamento di una determinata fase dell'attività aziendale. Sulla base della rilevanza della

L'assetto che si configura assume di frequente - specialmente nelle società bancarie - la connotazione di una piramide rovesciata, suddivisa in livelli distinti, secondo il seguente schema<sup>714</sup>:

- i *controlli di linea*, definiti anche *controlli di primo livello*, di competenza e responsabilità delle stesse funzioni operative, diretti ad assicurare il rispetto delle norme nello svolgimento delle operazioni. Sono tali i controlli effettuati dalle strutture produttive;

- i *controlli di secondo livello* (quali, in particolare, i controlli di conformità e di gestione dei rischi), affidati a funzioni distinte da quelle produttive, che concorrono alla definizione delle metodologie di misurazione del rischio, a verificare il rispetto dei limiti assegnati alle varie funzioni operative e controllano che l'attività delle singole aree sia svolta nel rispetto degli obiettivi di rischio-rendimento assegnati. Tra queste viene in genere annoverata anche la funzione di dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari;

- il *controllo di terzo livello*, c.d. di revisione interna (o *internal auditing*), che monitora il funzionamento della struttura organizzativa e, in particolare, dello stesso sistema dei controlli interni e di gestione del rischio, nonché la funzionalità ed affidabilità del sistema informativo, vigilando anche sulle funzioni cui sono affidati controlli di secondo livello.

Questi diversi soggetti, ciascuno nel rispettivo settore di competenza, sono chiamati ad interagire con le altre funzioni e con i diversi organi societari di controllo e a scambiarsi informazioni utili all'espletamento dei propri incarichi. Così, a titolo esemplificativo, le funzioni di secondo livello, come la *compliance*, oltre a procedere a controlli diretti sulle attività dell'impresa che devono monitorare, nei limiti di quanto prevede lo statuto della singola società, acquisiscono informazioni «filtrate», vale a dire dati che sono stati in precedenza raccolti dalle istanze di primo grado nell'esercizio delle rispettive attività operative, elaborati e in seguito ad esse comunicati<sup>715</sup>.

---

fase svolta, la funzione è incardinata presso una specifica unità organizzativa. Circ. 285/2013, Parte Prima. IV. 3.4.

<sup>714</sup> A. COTTO-L. GINISIO-M. MEOLI-R. RANALLI, *Il Collegio Sindacale. Attività di controllo e procedure pratiche*, Ipsoa, Milano, 2008.

La suddivisione è stata poi ripresa all'interno di documenti e linee guida delle diverse Associazioni di categoria. Si veda *La Guidance for Boards and Audit Committees*, documento pubblicato il 21 settembre 2010 e redatto congiuntamente da FERMA (Federazione Europea delle Associazioni di Risk Management) e da ECIA (Confederazione Europea degli Istituti di Internal Auditing), definisce tre livelli di difesa col fine di garantire l'adeguatezza delle modalità di controllo rispetto alle esigenze poste dai rischi da presidiare.

<sup>715</sup> Con riferimento alle dinamiche interne e al rapporto delle funzioni con altri organi di controllo, si sottolinea che le funzioni aziendali interne (*Audit*, *Risk-Management* e *Compliance*) svolgono un ruolo indispensabile come strumento operativo per assicurare al collegio sindacale delle banche un controllo analitico, capillare e diffuso sulla società. Si veda più di recente anche G. MIRIAM, *I principi di corretta amministrazione e di adeguatezza dell'assetto organizzativo e i doveri di vigilanza dei sindaci di banche*

Si configura, dunque, in cui le funzioni di vigilanza risultano sempre più frammentate e suddivise tra più soggetti, tra loro strettamente connessi, che mostra peraltro una serie di potenziali rischi di malfunzionamento, su cui ci si soffermerà nel seguito della trattazione<sup>716</sup>.

Orbene, questa pleora di «controllori», sempre più estesa, ingenera poi intuibili problemi sul piano penalistico. In particolare, a seconda dell'approccio che si adotti, la presenza di nuovi soggetti adibiti a funzioni di controllo interno rischia di portare all'insorgere di altrettante posizioni di garanzia, con la conseguente nascita di quella che è stata definita una «*costellazione di nuovi garanti*»<sup>717</sup>.

È necessario, pertanto, procedere alla ricognizione delle principali funzioni aziendali di controllo e verificare se, ed in quali limiti, esse possano essere ritenute eventualmente responsabili in caso di omesso impedimento dell'altrui reato che sia stato realizzato nell'esercizio dell'attività di impresa.

### 3.2. La revisione interna (o *internal audit*).

Tra le diverse figure di controllo aziendale il responsabile della revisione interna, o *internal auditor*, riveste un ruolo di primo piano. Nel corso degli anni la relativa funzione ha assunto sempre maggiore rilievo<sup>718</sup>, fino a divenire lo strumento per eccellenza attraverso cui le imprese, specie quelle più complesse svolte in forma societaria, come le società quotate e le banche, sottopongono a valutazione e miglioramento costante gli stessi processi di controllo.

---

*sul sistema dei controlli interni*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2020, 4, 586 e ss., che annota Cass. Civ. Sez. II, 22 gennaio 2018, 1529; F. RIGANTI, *Il controllo interno nelle banche tra collegio sindacale e funzioni aziendali*, in *Giur. comm.*, 2019, 6, 1447 e ss. Sul rapporto collegio sindacale (o comunque, in generale, organo di controllo) e funzioni aziendali di controllo nelle banche si rinvia a quanto si è detto *supra*, Cap. II, Sez. II.

Con particolare riferimento al sistema dei controlli nelle banche: M. PRIORI, *Istituzione e nomina delle funzioni di controllo*, in *Osservatorio di diritto bancario*, *Il Sole24Ore*, 13 novembre 2013.

<sup>716</sup> Si veda quanto analizzato *infra*, al Capitolo III di questo elaborato.

<sup>717</sup> A. ALESSANDRI, *Corporate governance nelle società quotate: riflessi penalistici e nuovi reati societari*, *cit.*, 539.

<sup>718</sup> I primi studi degli anni '90 definivano la sua introduzione nel sistema dei controlli come *presidio interno*, volto prevalentemente a soddisfare necessità conoscitive interne. Sul punto: G. TROINA, *Revisione interna: riflessioni di primo approccio*, Liguori, Napoli, 1989; e successivamente ID., *Le revisioni aziendali*, Francoangeli, Milano, 2013, 18 e ss.

Sulla evoluzione storica della funzione di *internal audit*, si veda in particolare: G. D'ONZA, *L'internal auditing. Profili organizzativi, dinamica di funzionamento e creazione del valore*, Giappichelli, Torino, 2013; P. GIANANTE, *Internal auditing. Contenuto, struttura e processo*, EUR, Roma, 2009, 19 e ss.

Si soffermano sulla evoluzione dei compiti: C. REGOLIOSI-A. D'ERI, *La qualità della revisione interna in Italia. Primi risultati di un'indagine*, in *Riv. dott. comm.*, 2011, 4, 767 e ss.

Nonostante la revisione interna venga oggi ad assumere una tale incidenza, essa non risulta però precipuamente regolata da alcuna norma di rango primario. Non vi è, infatti, alcuna definizione di legge che individui l'attività di *internal audit* o che ne imponga l'inserimento nell'organigramma dell'impresa; si rinvengono soltanto celeri menzioni, come avviene all'art. 150, comma 4, T.U.F., dove si dice semplicemente che «*coloro che sono preposti al controllo interno riferiscono anche al collegio sindacale di propria iniziativa o su richiesta anche di uno solo dei sindaci*». Un altro rapido riferimento è contenuto nel decreto legislativo n. 39 del 2010, in tema di revisione legale dei conti, che, all'art. 19, include la vigilanza sull'efficacia del sistema di revisione interna tra le attività del comitato per il controllo interno e la revisione contabile degli enti di interesse pubblico<sup>719</sup>.

Viceversa, la funzione in discorso è trattata ampiamente nelle circolari e nei regolamenti delle Autorità di pubblica Vigilanza<sup>720</sup>. In linea generale, queste diverse fonti - tra cui si annoverano anche il Codice di Autodisciplina delle società quotate e la Circolare n. 285 del 2013, per le banche - accolgono la definizione proposta dalla Associazione Italiana Internal Auditors, secondo cui l'attività del revisore interno consiste principalmente in «*un'attività indipendente ed obiettiva di assurance e consulenza, finalizzata al miglioramento dell'efficacia e dell'efficienza dell'organizzazione. La revisione interna assiste inoltre l'organizzazione nel perseguimento dei propri obiettivi tramite un approccio professionale sistematico, che genera valore aggiunto in quanto finalizzato a valutare e migliorare i processi di controllo, di gestione dei rischi e di Corporate Governance*»<sup>721</sup>.

Il responsabile della revisione interna, stando a quanto riportato, riveste dunque un ruolo di importanza fondamentale, secondo taluni persino «*strategico*», che si esplica attraverso la necessaria correlazione di attività di azione e controllo, in modo tale da dare adeguate garanzie ai componenti della *governance* circa l'esistenza, la conformità e l'adeguatezza dei sistemi di controllo e dei processi di gestione dei rischi.

Egli procede non soltanto a svolgere compiti di sorveglianza sul funzionamento del sistema di controllo interno, ma, provvede anche a fornire consulenze ed esegue attività di *assurance*, vale a dire che procede ad esami e valutazioni sull'intera organizzazione, inclusi i processi di *risk management* (con riferimento sia all'efficacia del loro disegno che al funzionamento), la gestione dei rischi classificati come «*chiave*» (compresa l'efficacia dei controlli e delle altre azioni volte a contenere tali rischi), verifica peraltro

---

<sup>719</sup> Di cui alla precedente Sezione II, Capitolo II.

<sup>720</sup> Sottolinea l'assenza di una definizione normativa di rango primario, in senso critico: F. OPPEDISANO, *Il posizionamento organizzativo dell'internal audit*, in *Riv. dott. comm.*, 2009, 2, 333 e ss. Per un quadro più completo delle norme secondarie che approfondiscono il tema, si veda, tra gli altri: A. DE NICOLA, *Il diritto dei controlli societari*, op. cit., 289 e ss.

<sup>721</sup> AIIA, *Standard internazionali e guide interpretative per la pratica professionale dell'Internal Auditing*, 2006, disponibile in [www.iiiaweb.it](http://www.iiiaweb.it).

l'attendibilità e l'adeguatezza del *risk assessment* predisposto dall'organo amministrativo dell'ente e valuta lo stato dei rischi e dei controlli<sup>722</sup>. Informa dunque l'organo di governo (C.d.A. o consiglio di gestione, a seconda dei casi) dei risultati della analisi, nell'ottica di un miglioramento degli stessi sistemi di verifica<sup>723</sup>.

Il ruolo dell'*internal auditor* è stato poi approfondito nel Codice di Autodisciplina per le società quotate, che ha riconosciuto alla relativa funzione una posizione di spicco nel sistema dei controlli interni e di gestione dei rischi<sup>724</sup>, di cui è chiamato a verificare il funzionamento e l'adeguatezza<sup>725</sup>. L'ufficio del revisore, si specifica al criterio 7.C.5, monitora «l'operatività e l'idoneità dell'assetto dei controlli interni e gestione dei rischi», procedendo attraverso un apposito piano di *audit*, preliminarmente approvato dal C.d.A., nell'ambito del quale verifica altresì l'affidabilità dei sistemi informativi. A tal fine, si precisa che lo stesso deve avere accesso diretto a tutte le informazioni utili per lo svolgimento dell'incarico ed è chiamato a predisporre relazioni periodiche sulla propria attività, sulle modalità con cui i diversi attori conducono la gestione dei rischi, nonché sul rispetto dei piani definiti per il loro contenimento. Tramite tali relazioni, che possono inoltre contenere valutazioni sulla idoneità del sistema di controllo interno e gestione dei rischi, può esprimere suggerimenti per porre rimedio alle carenze riscontrate, o indicare aree di miglioramento<sup>726</sup>. Le relazioni periodiche vengono poi trasmesse agli altri soggetti e alle altre funzioni del sistema di controllo interno, e, in particolare, ai presidenti del collegio sindacale, del comitato controllo e rischi, al consiglio di amministrazione e all'amministratore incaricato del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi.

In breve, si tratta di un'attività di monitoraggio, supervisione e, insieme, di consulenza, che ha ad oggetto lo stesso sistema di controllo, diretta a garantirne l'efficace ed efficiente funzionamento e a consentirne eventualmente il miglioramento.

Nell'esercizio di tali compiti, si è visto, l'*internal auditor* riveste un ruolo di collegamento tra i diversi organi ed attori del sistema, con i quali deve potersi adeguatamente coordinare. Lo stesso collabora con il C.d.A., dal quale dipende

---

<sup>722</sup> Come definito dal Glossario degli Standard internazionali, documento da ultimo citato.

Sulla attività di *assurance* si veda poi quanto precisato dalla Associazione Italiana Interna Auditors, in AIIA, *Guida interpretativa 2050-2*, in [www.aitiaweb.it](http://www.aitiaweb.it)

<sup>723</sup> Riconnette, nello specifico, un'importanza strategica dell'attività in discorso C. REGOLIOSI, *Corporate Governance e organismi di controllo nelle imprese quotate italiane. Alcune riflessioni*, in *Riv. dott. comm.*, 2009, 2, 223 e ss.

<sup>724</sup> Evidenzia l'importanza di tale ruolo nel sistema dei controlli interni G. GASPARRI, *I controlli interni nelle società quotate*, cit., 74 e 75.

Si veda anche M. IRRERA-E. FREGONARA, *Diritto del governo delle imprese*, op. cit., 516.

Per una declinazione di questo ruolo nella prassi societaria, si veda il *report* di Price Waterhouse Cooper, *Internal Auditing nelle società quotate. Approfondimenti sull'informativa fornita al mercato*, 3° ed. 3, pubblicato in [www.pwc.com](http://www.pwc.com).

<sup>725</sup> Come specificato al Principio 7.P.3., lett. b).

<sup>726</sup> Così F. CHIAPPETTA, *Il controllo interno tra compliance normative a attività gestionale*, in *Corporate governance e «sistema dei controlli» nelle s.p.a.*, op. cit., 61.

gerarchicamente<sup>727</sup>, e si relaziona in modo ancora più stretto con il collegio sindacale, con cui instaura un rapporto considerato da taluno «*necessario, quasi indispensabile*» per ottimizzare l'attività del controllo; peraltro, si riconosce generalmente la possibilità del collegio di avvalersi dell'ufficio dell'I.A. per procedere a ispezioni e verifiche<sup>728</sup>.

Ebbene, proprio questa stretta connessione dell'*internal auditor* con gli organi societari sembra aprire alla possibilità di una sua corresponsabilità penale, nel caso non si sia attivato di fronte ad un reato che risulti realizzato nell'ambito dell'attività d'impresa<sup>729</sup>. L'ipotesi è quella, per esempio, in cui il responsabile della revisione, pur avendo appreso, nell'esercizio delle sue funzioni, del verificarsi di specifici eventi disfunzionali, non abbia adottato iniziative di informazione e di stimolo nei confronti del C.d.A., o del collegio sindacale, i quali ultimi avrebbero potuto efficacemente intervenire sull'*iter criminis*<sup>730</sup>.

Ciononostante, si deve rilevare come la definizione dei ruoli e dei compiti dell'*internal auditor* nelle società quotate, ricavabile dal Testo Unico sulla Finanza e dal Codice di Autodisciplina, sembri tendere ad escludere la possibilità di una sua corresponsabilizzazione per omissione. La relativa funzione risulta infatti orientata prevalentemente al controllo sulla organizzazione. Il ruolo del revisore si basa su verifiche di sistema, focalizzate sull'apparato dei controlli interni e dirette a garantirne il corretto funzionamento o una sua implementazione, non si rivolge alle attività esterne, poste in essere dai singoli operatori. Dal testo normativo, non pare dunque potersi ricavare in senso univoco alcuna posizione di garanzia.

A conclusioni diverse sembrerebbe potersi giungere con riferimento alla struttura di *internal auditing* prevista per altri tipi di impresa e appositamente regolata dalla normativa di rango secondario. È il caso dell'I.A. operante all'interno degli istituti bancari, quale disciplinato dalla Circolare n. 285 del 2013, ovvero impiegato all'interno

---

<sup>727</sup> Sull'atteggiarsi di tale rapporto si veda, in particolare, A. PROVASOLI, *Razionalizzazione del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi*, cit., 610.

<sup>728</sup> P. ADONNINO, *Il nuovo ruolo del collegio sindacale ed il rapporto con l'internal auditing*, in *Imp.*, 2000, 2, 193 ss.

Evidenzia comunque il problema di possibili sovrapposizioni di attività con l'organo societario G. OLIVIERI, *I controlli interni nelle società quotate dopo la legge sulla tutela del risparmio*, cit., § 4.1.

<sup>729</sup> Sottolinea la necessità di tener conto delle possibili sinergie intercorrenti tra le diverse istanze di controllo interno, nel definire le singole responsabilità, anche T. VITARELLI, *Delega di funzioni e responsabilità penali*, Giuffrè, Milano, 2006, 457.

<sup>730</sup> È quanto viene rilevato anche da A. ALESSANDRI, *Corporate governance nelle società quotate*, cit., 544, e ripreso successivamente da A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale*, op. cit., 374.

Una indicazione analoga è contenuta in A. ONORI, *Gli organi di controllo aziendale. I rapporti di collaborazione del «sistema di controllo interno»*, documento edito dalla Fondazione Nazionale dei Commercialisti, 15 settembre 2016, 14-15, in cui si osserva come l'*internal auditor* possa possedere in particolari casi capacità di prevenzione o impedimento indiretto di illeciti; tuttavia, non sussiste alcun obbligo giuridico di impedimento in capo allo stesso soggetto.

di una banca che fornisca servizi di investimento, di cui al Regolamento Congiunto Banca d'Italia e CONSOB del 19 ottobre 2007<sup>731</sup>, modificato con atti congiunti di Banca d'Italia-CONSOB del 9 maggio 2012, del 25 luglio 2012, e con Regolamento del 19 gennaio 2015, aggiornato da ultimo il 16 febbraio 2021.

Qui, alle generali funzioni di verifica sulla funzionalità e affidabilità della struttura organizzativa e di gestione dei rischi si aggiungono specifiche competenze di controllo sulla legalità delle attività aziendali. Si prevede, a titolo esemplificativo, che l'incaricato *audit* verifica, anche attraverso accertamenti di natura ispettiva, la regolarità delle diverse attività dell'impresa, incluse quelle esternalizzate, e l'evoluzione dei rischi, sia nella direzione generale della banca, sia nelle filiali, e monitora la conformità alle norme dell'attività di tutti i livelli aziendali, il rispetto, nei vari settori operativi, dei limiti previsti dai meccanismi di delega, e il pieno e corretto utilizzo delle informazioni disponibili. Con riferimento al processo di gestione dei rischi, è poi specificato che, indipendentemente dalle scelte organizzative della singola banca, e fermo restando che i destinatari delle comunicazioni delle attività di verifica sono gli organi aziendali e le unità sottoposte a controllo, «*nella regolamentazione interna è espressamente previsto il potere per la funzione di revisione interna di comunicare in via diretta i risultati degli accertamenti e delle valutazioni agli organi aziendali. Gli esiti degli accertamenti conclusi con giudizi negativi o che evidenzino carenze di rilievo sono trasmessi integralmente, tempestivamente e direttamente agli organi aziendali*»<sup>732</sup>.

Questa direzione della funzione verso il controllo di legalità e la esplicita previsione di poteri di attivazione delle altre istanze aziendali parrebbero spingere verso una più decisa responsabilizzazione dell'*internal audit*.

In senso analogo si può ragionare con riguardo alla disciplina degli intermediari finanziari, dettata da Banca d'Italia e Consob, in cui si riconosce alla revisione interna il compito di esaminare e valutare l'adeguatezza e l'efficacia dei sistemi, dei processi, delle procedure e dei meccanismi di controllo dell'intermediario<sup>733</sup>, e si aggiunge che la funzione è inoltre chiamata a verificare «*la correttezza dell'operatività aziendale al fine del contenimento dei rischi, l'efficacia dell'organizzazione, il rispetto dei limiti previsti dai meccanismi di delega*»<sup>734</sup>.

---

<sup>731</sup> Banca d'Italia-CONSOB, *Regolamento in materia di organizzazione e procedure degli intermediari che prestano servizi di investimento o di gestione collettiva del risparmio*. Si veda sul punto A. DE NICOLA, *Il diritto dei controlli societari*, op. cit., 297 e ss.

<sup>732</sup> Circ. 285/2013, Parte Prima.IV.3.23.

<sup>733</sup> Art. 12 del Regolamento Congiunto. In senso analogo anche Circolare di Banca d'Italia 3 aprile 2015, n. 288, che rappresenta il principale riferimento normativo per gli intermediari finanziari e gli altri soggetti operanti nel settore finanziario, sottoposti alla vigilanza della Banca d'Italia, iscritti nello specifico albo, di cui all'art. 106 TUB.

<sup>734</sup> Si tratta di quanto precisato da Banca d'Italia e Consob, attraverso Comunicazione congiunta dell'8 marzo 2011, tesa a chiarire la separazione dei ruoli tra la funzione di *internal auditing* e di conformità, sulla quale ci si soffermerà di seguito.

Presumibilmente in quest'ottica, la Corte di Cassazione, con sentenza del 2014, ha esplicitamente riconosciuto l'esistenza di una posizione di garanzia, rilevante ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p., in capo al soggetto responsabile della funzione di revisione interna di una società di intermediazione finanziaria<sup>735</sup>. In particolare, qui i giudici hanno confermato la condanna dell'imputato per concorso in bancarotta fraudolenta patrimoniale, attraverso l'omesso controllo sull'operato degli amministratori della società di intermediazione nei rapporti con i promotori della responsabile. In particolare, la Corte si è richiamata alle disposizioni dell'art. 57 del Regolamento attuativo del d.lgs. n. 58 del 1998, adottato da Consob con delibera n. 11522 del 1998 e successive modifiche «*che include - ha specificato in sentenza - fra le funzioni tipiche del controllo interno nelle società di intermediazione finanziaria, quella della costante verifica dell'idoneità delle procedure interne ad assicurare il rispetto delle disposizioni del citato decreto*». All'opposto, ha invece escluso la responsabilità del medesimo soggetto per concorso nei fatti di bancarotta fraudolenta documentale, anch'essi oggetto di contestazione, specificando che i controlli sulla contabilità fuoriescono dalla sfera di competenza e dagli obblighi di intervento dell'*internal audit*.

Senonché, una simile impostazione pare francamente discutibile. A ben osservare, infatti, nei diversi riferimenti normativi che disciplinano la figura, non viene individuato un esplicito obbligo di impedimento di eventi che possano ledere i beni giuridici di terzi. La funzione sembra mantenersi comunque sempre in una zona indefinita tra controlli di sistema e autentico controllo sulla legalità, per cui, in assenza di una previsione esplicita, il fondamento normativo su cui si costruisce l'obbligo di impedimento si rivela fragile, opinabile, a seconda della opzione prescelta dall'interprete.

Si avverte, insomma, qui, forse più che altrove, la necessità di un intervento normativo chiarificatore, che spieghi in linea generale la natura e la portata della attività riservata all'*internal auditor* e, nel caso in cui lo si ritenga opportuno, detti in modo esplicito gli eventuali obblighi di garanzia che si intenda riconoscere a *tutta* la categoria degli addetti alla attività di revisione interna<sup>736</sup>, escludendo opinabili distinzioni a seconda della tipologia di società in cui il responsabile si trovi ad operare.

---

<sup>735</sup> Cass. Pen. Sez. V, 25 novembre 2014, n. 9266, in banca dati *DeJure*.

<sup>736</sup> Pelissero mette in guardia, proprio con riferimento alla funzione *de qua*, da rischi di eccessiva dilatazione della responsabilità penale; rischi legati alla confusione che si ingenera nella relativa disciplina, in mancanza di una chiara disposizione di legge. M. PELISSERO, *Il concorso doloso mediante omissione, in Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza). Atti del convegno nazionale 7-8 maggio 2009*, R. BARTOLI (a cura di), Firenze University Press, Firenze, 2010, 390.

### 3.3. La funzione di conformità.

Recependo le indicazioni formulate dal Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria del 2005<sup>737</sup>, Banca d'Italia ha introdotto nel nostro ordinamento la funzione di conformità (o c.d. *compliance*), che si inserisce come ulteriore tassello nel complesso sistema dei controlli interni.

Definita dalle Linee Guida dell'Associazione Italiana *Compliance* come la funzione che «governa un processo trasversale che consta di presidi organizzativi e operativi atti ad evitare disallineamenti con l'insieme delle regole esterne ed interne»<sup>738</sup>, viene esplicitamente prevista e regolata nei settori bancario, di intermediazione finanziaria e assicurativo<sup>739</sup>. Le rispettive Autorità di vigilanza, attribuendo fondamentale rilievo al concetto di *conformità* a norme e regolamenti nell'esercizio dell'attività di impresa, e sopperendo in parte alla totale mancanza di riferimenti normativi all'interno delle fonti primarie, hanno disciplinato con singoli provvedimenti la funzione, promuovendo al contempo l'istituzione, nell'assetto organizzativo aziendale, di un relativo responsabile<sup>740</sup>.

In buona sostanza, secondo quanto emerge dalla relativa disciplina, il ruolo di tale ufficio si incentra sulla gestione del rischio di non conformità<sup>741</sup> nella organizzazione e nella gestione della attività d'impresa, inteso come «il rischio di incorrere in sanzioni giudiziarie o amministrative, perdite finanziarie rilevanti o danni di reputazione in

---

<sup>737</sup> Basel Committee on Banking Supervision, *Compliance and the compliance function in banks*, April 2005.

<sup>738</sup> AICOM, Linee Guida per la Funzione di Compliance, 2006. Più di recente, è stato redatto dalla Associazione di categoria, in coordinamento con PwC, un documento di aggiornamento, *Linee guida per l'evoluzione della compliance aziendale*, pubblicato in data 29 luglio 2019 e disponibile sul sito [www.assoaicom.org](http://www.assoaicom.org).

<sup>739</sup> Oltre alle indicazioni contenute nel documento del Comitato di Basilea, La conformazione della funzione di *compliance* è stata poi espressamente individuata dalla Direttiva di II livello 2006/73/CE (cosiddetta MiFID), nella quale si impone alle imprese di investimento di istituire e mantenere una funzione di controllo della conformità. A fronte dei menzionati stimoli a livello internazionale, la funzione è stata introdotta in Italia da due primi interventi. Il sopra citato Provvedimento di Banca d'Italia n. 688006, emesso nel luglio 2007, e il Regolamento Congiunto Banca d'Italia e Consob in materia di Organizzazione e procedure degli intermediari, emesso in ottobre 2007. Sul punto, G. GANDINI-F. GENNARI, *Funzione di compliance e responsabilità di governance*, Paper presentato alla 2nd European Risk Conference «Risk and Governance», Milano, 11-12 Settembre 2008, 7.

<sup>740</sup> Per quanto riguarda la ricostruzione della disciplina della funzione di conformità, si vedano i puntuali studi contenuti in *La Corporate Compliance: una nuova frontiera per il diritto?*, G. ROSSI (a cura di), *Riv. Soc.*, Giuffrè, Milano, 2017, *passim*.

<sup>741</sup> Cfr. U. TOMBARI, *Governo societario, compliance e «indagini interne» nella s.p.a. quotata*, in *La Corporate Compliance: una nuova frontiera per il diritto?*, *op. cit.*, 263, ripreso, in un quadro di definizione generale della funzione, anche da A. DE NICOLA, *Il diritto dei controlli societari*, *op. cit.*, 252.

*conseguenza di violazioni di norme imperative (leggi, regolamenti) ovvero di autoregolamentazione (ad es., statuti, codici di condotta, codici di autodisciplina)»<sup>742</sup>.*

Questo tipo di rischio è dunque connesso all'esistenza di disposizioni cogenti, tra cui, per quanto concerne specialmente l'impresa bancaria, assumono rilievo le prescrizioni che riguardano in particolar modo l'esercizio dell'attività di intermediazione, la gestione dei conflitti di interesse, la trasparenza nei confronti del cliente e la disciplina a tutela del consumatore<sup>743</sup>. Sennonché, al di là di tali indicazioni di massima, esplicitate all'interno della Circolare n. 285, Banca d'Italia non ha optato per una circoscrizione esplicita del perimetro ritenuto sensibile per la funzione di *compliance*; «*il rischio di non conformità appare così riferirsi ad uno spettro decisamente ampio in termini di prescrizioni rilevanti, non determinato né immediatamente determinabile*»<sup>744</sup>.

Per quanto poi concerne le modalità operative ed organizzative, attraverso cui il responsabile della funzione è chiamato a svolgere i propri compiti e, dunque, a contenere il predetto rischio, viene lasciata ampia libertà di scelta alle singole società<sup>745</sup>.

La normativa di vigilanza bancaria individua solo alcuni dei principali adempimenti che la funzione è chiamata a svolgere e che ricadono nella responsabilità del suo titolare. Tra essi vengono annoverati l'ausilio alle strutture aziendali per la definizione delle metodologie di valutazione dei rischi di non conformità alle norme; l'individuazione di idonee procedure per la prevenzione del rischio rilevato e la possibilità di richiederne l'adozione agli organi competenti, insieme alla verifica della loro adeguatezza e corretta applicazione; l'identificazione nel continuo delle norme applicabili alla banca e la misurazione/valutazione del relativo impatto su processi e procedure aziendali.

La *compliance* può proporre modifiche organizzative e procedurali, finalizzate ad assicurare un adeguato presidio dei rischi di non conformità identificati, predisporre flussi informativi diretti agli organi aziendali e alle strutture coinvolte, nonché verificare direttamente l'efficacia degli adeguamenti organizzativi (strutture, processi, procedure anche operative e commerciali) suggeriti per la prevenzione del rischio di non conformità alle norme. Inoltre, la stessa funzione viene coinvolta nella valutazione *ex ante* della conformità alla regolamentazione di riferimento di tutti i progetti innovativi che la banca intenda intraprendere e nella prevenzione e gestione dei conflitti di interesse, sia tra le diverse attività svolte dalla stessa banca, sia con riferimento ai suoi dipendenti ed esponenti aziendali.

---

<sup>742</sup> Definizione proposta da Banca d'Italia nelle *Disposizioni di Vigilanza* del 2007 e ripresa poi all'interno della Circolare n. 285 del 2013 e successivi aggiornamenti (Parte Prima.IV.3.18).

<sup>743</sup> Osservatorio. *Riflessi Organizzativi della Compliance nelle Banche. Rapporto di ricerca*, 14 e 15.

<sup>744</sup> Osservatorio, *cit.*, 15.

<sup>745</sup> G. GANDINI-F. GENNARI, *Funzione di compliance e responsabilità di governance*, *cit.*, 8.

Disposizioni in parte analoghe sono previste per le imprese di assicurazione<sup>746</sup> e per gli intermediari finanziari<sup>747</sup>, la cui relativa disciplina ribadisce che il ruolo della funzione *compliance* si incentra sulla gestione del rischio di mancata osservanza delle norme all'interno dell'esercizio d'impresa e attribuisce al relativo referente la responsabilità di controllare e valutare regolarmente adeguatezza ed efficacia delle procedure adottate dalla società.

Orbene, già dal sintetico schema che si è qui ricostruito si può evincere come il tentativo di individuare una eventuale posizione di garanzia in capo ai soggetti - od al singolo soggetto - preposti alla funzione di conformità presenti aspetti di particolare complessità e si presti ad essere diversamente risolto a seconda della differente sensibilità dell'interprete.

Uno dei maggiori ostacoli è rappresentato dalla genericità della disciplina normativa, che si limita a tratteggiare solo gli aspetti principali della relativa funzione e lascia ampia libertà di scelta alla autonomia privata. Non solo non sussiste alcuna normativa di rango primario che disciplini specificamente la materia in oggetto, ma la relativa regolamentazione, lasciata ai provvedimenti delle diverse Autorità di settore e, in ampia parte, alle scelte delle singole imprese, apre a scenari tra loro potenzialmente molto differenti, per cui diviene davvero difficile formulare un discorso univoco e generale in tema di posizione di garanzia, che abbracci le diverse possibili realtà organizzative e operative.

Un aspetto da tenere in considerazione quando si ragiona di eventuale configurazione di una posizione di garanzia, è comunque legato alla collocazione operativa del responsabile *compliance*. In senso analogo a quanto osservato con riferimento all'organismo di vigilanza *ex d.lgs. 231/01*<sup>748</sup>, sembra che la funzione di

---

<sup>746</sup> Definita all'interno del Codice delle Assicurazioni e del Regolamento ISVAP n. 20.

<sup>747</sup> Introdotta, in un primo momento, dal Regolamento di Banca d'Italia del 14 aprile 2005, poi abrogato dal Regolamento Congiunto Banca d'Italia-Consob.

Sulle differenze tra le funzioni di conformità menzionate, si rinvia a: A. ALBERICI, *Dalle disposizioni per la tutela del risparmio alla funzione di compliance*, in *Tutela del risparmio, authorities, governo societario*, P. BILANCIA-G. C. M. RIVOLTA (a cura di), Giuffrè, Milano, 2008, 193 e ss.; G. FALCONE, *La «compliance» nell'attività bancaria e nei servizi di investimento*, in *Dir. banca merc. finanz.*, 2008, 220 e ss.; A. GIANI, *La funzione di compliance*, in *Atti del Convegno AIDA, La compliance nelle assicurazioni: l'adeguamento alla nuova normativa*, 3 ottobre 2008, 3 e ss.; A. DE NICOLA, *Il diritto dei controlli societari*, *op. cit.*, 251 e ss.

<sup>748</sup> Evidenzia gli aspetti di distinzione tra la funzione dell'OdV e quella di *compliance* F. COLONNA, *I rapporti tra «compliance officer» e organismo di vigilanza*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2008, 1, 122 ss., il quale, comunque, a fronte della vicinanza tra le due, definisce «del tutto auspicabile» che si proceda ad un'integrazione dei due uffici, per cui il *compliance officer* entri a far parte di un Organismo di Vigilanza pluri-soggettivo.

Nello stesso senso si sono orientate anche le indicazioni dell'Associazione Nazionale fra le Imprese Assicuratrici. ANIA, *Linee Guida per il settore assicurativo ex art. 6, com.3, D.Lgs 231/01*, febbraio 2008, p. 13.

conformità operi fondamentalmente a livello organizzativo-strutturale. I relativi compiti di controllo, per quanto è dato riscontrare dalle generiche previsioni regolamentari, sembrano focalizzarsi, in buona sostanza, sull'assetto adottato dalla società e non riguardare, invece, la specifica condotta degli esponenti aziendali. La stessa ha, di regola, il compito di relazionare alle altre istanze sui rischi di non conformità «*in una visione sistemica e d'insieme*»<sup>749</sup> e d'individuare, in maniera condivisa con le altre funzioni facenti parte del sistema dei controlli, idonee soluzioni per la mitigazione od eliminazione degli stessi rischi, in una logica che pare di tipo fondamentalmente preventivo.

«*Obiettivo fondamentale del processo è l'allineamento alle regole interne ed esterne, perseguito tramite l'implementazione di opportuni presidi organizzativi e operativi messi in atto sia dalle risorse interne alla Funzione Compliance, sia da risorse appartenenti alle diverse aree operative*»<sup>750</sup>.

Tale incarico, peraltro, specifica la normativa secondaria, ha il principale obiettivo di garantire tutela all'impresa stessa dal rischio «*di incorrere in sanzioni giudiziarie o amministrative*» e, conseguentemente, «*in perdite finanziarie rilevanti o danni di reputazione in conseguenza di violazioni di norme*»<sup>751</sup>.

Sembrerebbe, da quanto riportato, che un vero e proprio obbligo di intervento sull'azione altrui, a garanzia di beni di terzi coinvolti nella attività di impresa, non si possa ricavare in *senso univoco* dal sistema, in capo al responsabile *compliance*. In via di ricostruzione astratta parrebbe allora preferibile escludere l'esistenza di una posizione di garanzia rispetto ai beni coinvolti nella attività di impresa. Tuttavia, adottando un approccio più pragmatico, ci si avvede anche agevolmente del fatto che ritenere *tout court* eludibile una sua responsabilità per omesso impedimento di reato sarebbe ingenuo.

La natura della attività esercitata dal *compliance officer*, diretta al contenimento del rischio di violazione di norme, benché operi a livello di prevenzione indiretta, il ruolo che allo stesso è attribuito nel controllo sul rispetto delle regole, immette il soggetto in una posizione privilegiata ad acquisire contezza circa l'esistenza di irregolarità. Da qui la possibilità che questa agevole opportunità di conoscenza induca surrettiziamente, all'atto pratico, la magistratura più rigorosa a ritenere che lo stesso possa dirsi responsabile di un eventuale reato, in ipotesi di omessa segnalazione alle altre istanze<sup>752</sup>.

---

<sup>749</sup> Osservatorio. *Riflessi organizzativi della Compliance nelle Banche*, cit., 24.

<sup>750</sup> Osservatorio. *Riflessi organizzativi della Compliance nelle Banche*, cit., 15 e 24.

<sup>751</sup> Circolare n. 285 del 2013. Parte Prima.IV.3.18.

<sup>752</sup> Sul considerevole innalzamento del rischio di un coinvolgimento penale in capo a questi soggetti: A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale*, op. cit., 379; P. SFAMENI, *Organizzazione dell'impresa, uffici di controllo e responsabilità. Appunti*, in *Corporate governance e «sistema dei controlli» nella s.p.a.*, U. TOMBARI (a cura di), op. cit., 76-77.

### 3.4. Il *risk management*.

Il tema della corresponsabilità per omissione si presenta in modo forse ancora più complesso quando riferito all'ufficio di *risk management* e ai suoi responsabili.

Funzione di controllo, anch'esso, di secondo livello, prevista per le società quotate, le imprese bancarie, gli intermediari finanziari e le assicurazioni, il *risk management* viene definito come un'attività strategica, intesa a collaborare con le altre istanze aziendali alla individuazione ed alla definizione dei rischi coinvolti nella attività d'impresa e a partecipare alle relative politiche di governo e di gestione di tali rischi<sup>753</sup>.

La disciplina di riferimento è oggi contenuta all'interno di diverse fonti, sparse all'interno dell'ordinamento, costituite in particolare da fonti di diritto europeo, principi internazionali e fonti secondarie, mentre la legge italiana si limita a fugaci menzioni alla relativa funzione. Per esempio, all'art. 154 *bis*, comma 5 lett. e), T.U.F., nel definire il contenuto della relazione al bilancio di esercizio e al bilancio consolidato che devono redigere gli organi amministrativi delegati e il dirigente contabile, il legislatore specifica che la relazione sulla gestione connessa alle predette scritture comprende un'analisi attendibile dell'andamento e del risultato della gestione, nonché della situazione dell'emittente e dell'insieme delle imprese incluse nel consolidamento, unitamente alla descrizione dei «*principali rischi e incertezze cui sono esposti*»<sup>754</sup>.

Pertanto, come accennato, è ai riferimenti contenuti nel diritto internazionale ed europeo e nei provvedimenti delle Autorità di vigilanza che si deve prestare attenzione per individuare le connotazioni principali del *risk management*.

La sua introduzione nel sistema dei controlli è legata alla necessità di consentire alle singole imprese di comprendere il livello di rischio complessivo insito nei loro processi e nelle attività svolte. Ciò implica il riconoscere e dare priorità ai rischi più

---

<sup>753</sup> Cfr. A. VICARI, *Organo amministrativo e funzione di risk management nella società di gestione del risparmio*, in *Giur. comm.*, 2016, 1, 25 e ss.; A. FLOREANI, *Introduzione al risk management. Un approccio integrato alla gestione dei rischi aziendali*, Rizzoli Etas, Milano, 2005, 55; A. DE NICOLA, *Il diritto dei controlli societari*, *op. cit.*, 277.

Si sta affermando di recente la posizione del *risk management* strategico e direzionale (c.d. *enterprise risk management- ERM*), quale strumento di supporto alla re-impostazione di strategie di gestione sostenibili e alla prevenzione di nuove crisi dei sistemi di controllo interno aziendali. Sulla funzione e sul suo sviluppo a livello globale: ST. FORTUNATO, *Risk management e corporate governance: confronto tra normative dei principali paesi industrializzati*, in *Riv. dott. comm.*, 2009, 3, 539 e ss.

<sup>754</sup> La normativa di rango primario non si preoccupa infatti di dettare una disciplina specifica della funzione; al contrario, essa viene solo menzionata in contesti isolati, riferiti a processi determinati, in cui il legislatore si limita soltanto ad accennare alla necessità che vengano appositamente valutati i rischi cui tali processi sono esposti. Una rapida menzione si rinviene, per esempio, all'interno del Testo Unico della Finanza, art. 154 *bis*, comma 5.

significativi, individuare le criticità, e identificare le debolezze degli stessi controlli apprestati dall'azienda<sup>755</sup>.

Di talché, come precisato dal Regolamento UE n. 231/2013, il *risk management* «deve (a) assicurare che tutti i rischi materiali siano individuati, misurati e adeguatamente segnalati, (b) partecipare attivamente alla definizione della strategia della società in materia di rischi e in tutte le decisioni fondamentali di gestione dei rischi e (c) fornire una visione completa dell'intera gamma di rischi cui l'impresa è esposta»<sup>756</sup>. Per il raggiungimento dei predetti obiettivi, le singole imprese e società procedono a sviluppare un apposito processo di gestione del rischio, che fa capo al *risk manager*. Secondo quanto individuato dagli standard internazionali, esso si configura come un insieme di attività coordinate, che consistono nella analisi del contesto, attraverso cui identificare i principali rischi coinvolti nell'impresa e progettare appositi piani di gestione, segue poi la attuazione degli stessi piani, la definizione delle strutture cui fare riferimento per la gestione e nel continuo monitoraggio<sup>757</sup>.

La funzione è stata definita a livello internazionale, all'interno di uno standard, ISO 31000 *Risk Management – Guidelines*, redatto dall'ISO (*International Organization for Standardization*) nel 2009 e aggiornato nel 2018, che fornisce principi e linee guida generali per la gestione del rischio<sup>758</sup>. Nel documento si specifica che la gestione del rischio deve essere effettuata con un approccio sistematico, tempestivo e strutturato ed è da intendersi non già come attività indipendente, separata dalle attività e dai processi principali dell'organizzazione d'impresa, ma al contrario deve investire le diverse istanze che operano a tutti i livelli aziendali, integrando la gestione del rischio all'interno del sistema gestionale complessivo. Ciò significa, in buona sostanza, che la funzione di *risk management*, oltre a far capo alla figura del *risk manager*, procede attraverso il coinvolgimento di più soggetti.

Si precisa in genere, che, in tale assetto, «il Consiglio di Amministrazione ha la generale responsabilità di determinare la direzione strategica dell'organizzazione e la propensione al rischio, creare il contesto e la struttura per la gestione del rischio, comprendere i rischi più significativi e gestire l'azienda nel momento di crisi. In questo assetto, il Risk Manager affiancherà i responsabili di tutte le funzioni aziendali e li supporterà nelle loro decisioni sui rischi specifici della funzione, svolgendo un ruolo di coordinamento nelle decisioni sui rischi trasversali a più funzioni»<sup>759</sup>.

---

<sup>755</sup> In questo senso si è espressa la Associazione Nazionale dei Risk Manager e Responsabili Assicurazioni Aziendali, in ANRA, *Gli standard di risk management e l'ISO31000*, 9 novembre 2011, documento reperibile alla banca dati di [www.anra.it](http://www.anra.it).

<sup>756</sup> Regolamento UE n. 231/2013.

<sup>757</sup> È quanto emerge dalle indicazioni fornite da ISO 31000, standard internazionale, redatto dalla ISO (*International Organization for Standardization*). Lo standard, redatto nella sua prima versione nell'anno 2009, è stato poi aggiornato nel 2018.

<sup>758</sup> ISO 31000:2018.

<sup>759</sup> ANRA, *Gli standard di risk management e l'ISO31000*, 9 novembre 2011, *cit.*

Il *Risk Manager* deve dunque coadiuvare il *Management* nell'individuare i rischi e, in quanto responsabile del funzionamento del processo, deve fornire ai responsabili delle diverse divisioni operative gli strumenti necessari per identificare e valutare i singoli rischi aziendali.

Poiché l'attività da svolgere deve essere continuativa, si osserva, l'esercizio della funzione richiede un adeguato sistema informativo, che raccolga tutte le informazioni sui rischi e ne garantisca l'efficiente comunicazione ai soggetti coinvolti<sup>760</sup>.

Ebbene, i detti principi, definiti a livello internazionale, hanno poi trovato puntuale riscontro nella normativa italiana dettata dalle Autorità di vigilanza con riferimento ai singoli settori, delle società quotate, bancarie, finanziarie e assicurative, in cui la funzione è regolata.

Secondo quanto precisato dalla Circolare di Banca d'Italia, la funzione di *risk management* degli istituti bancari è coinvolta, in primo luogo, nella definizione del *Risk Appetite Framework*, vale a dire il programma che viene predisposto dall'organo amministrativo della società e che definisce gli orizzonti di rischio e rendimento ai quali la società intende mirare, che si è visto nella Sezione I di questo lavoro di ricerca (§ 4). La funzione partecipa, poi, delle politiche di governo dei rischi e delle varie fasi che costituiscono il processo di gestione dei rischi, nonché nella fissazione dei limiti operativi all'assunzione dei diversi tipi di rischio. Verifica, tra l'altro, l'adeguatezza del RAF e l'adeguatezza del processo di gestione dei rischi e dei limiti operativi; coadiuva gli organi aziendali nella valutazione del rischio strategico monitorando le variabili significative; assicura la coerenza dei sistemi di misurazione e controllo dei rischi con i processi e le metodologie di valutazione delle attività aziendali, coordinandosi con le strutture aziendali interessate; sviluppa e applica indicatori in grado di evidenziare situazioni di anomalia e di inefficienza dei sistemi di misurazione e controllo dei rischi; analizza i rischi dei nuovi prodotti e servizi e di quelli derivanti dall'ingresso in nuovi segmenti operativi e di mercato. Monitora, inoltre, costantemente il «rischio effettivo» assunto dalla banca e la sua coerenza con gli obiettivi prefissati, nonché il rispetto dei limiti operativi assegnati alle strutture operative in relazione all'assunzione delle varie tipologie di rischio<sup>761</sup>.

In senso analogo, anche per le aziende di intermediazione finanziaria, secondo quanto disposto dal Regolamento Congiunto Banca d'Italia e Consob, in combinato con il Regolamento Europeo 231/2013, la funzione di *risk management* è indicata quale preposto alla individuazione, gestione e monitoraggio dei rischi coinvolti nell'esercizio dell'attività aziendale. La normativa di settore sottolinea poi che la stessa deve essere dotata dei poteri e dell'autorità necessaria per svolgere il predetto compito, potendo avere accesso a tutte le informazioni pertinenti. Per l'efficace funzionamento del sistema, di

---

<sup>760</sup> ANRA, ANRA, *Gli standard di risk management e l'ISO31000*, 9 novembre 2011, cit.

<sup>761</sup> Circolare 285, Parte Prima.IV.3.21 e 3.22.

poi, viene precisato che l'ufficio di *risk management* «*deve mantenere regolarmente contatti con l'alta dirigenza e l'organo di amministrazione della società per trasmettere loro i vari aggiornamenti, in modo che possano adottare prontamente le eventuali misure correttive necessarie*»<sup>762</sup>.

Sul piano organizzativo, vengono fornite indicazioni, anche in questo caso, molto generiche, e si prescrive che, se coerente con il principio di proporzionalità, le banche e gli intermediari finanziari possono affidare ad un'unica struttura lo svolgimento della funzione di conformità alle norme e della funzione di controllo rischi, ovvero esternalizzarle<sup>763</sup>.

Come si può osservare, anche in questo caso la scelta operata dall'ordinamento è stata quella di evitare un intervento normativo diretto a definire in maniera rigida le caratteristiche specifiche e le prerogative dell'ufficio preposto alla funzione in oggetto. La mancanza di una disciplina puntuale apre, anche qui come si è visto per le altre istanze di controllo aziendale, chiaramente, una serie di problemi per l'interprete, chiamato a individuare le diverse responsabilità dei preposti alla funzione. E questo è veramente specialmente sul piano penale. Benché, infatti, non si rinvenga alcun esplicito obbligo giuridico di garanzia, teso ad evitare che i rischi coinvolti nell'attività di impresa si traducano nell'offesa di beni di terzi, in capo ai soggetti adibiti alla funzione di *risk management*, lo si è ben visto, è comunque chiaro che la posizione in cui questi si collocano, connessa ad una disciplina estremamente generica ed elastica, apre preoccupanti scenari in merito ad un loro eventuale coinvolgimento, nel caso in cui si dovesse verificare che una scorretta gestione del rischio abbia poi consentito ad altri la realizzazione di reati.

### **3.5. La funzione antiriciclaggio e il responsabile SOS.**

Con l'avvenuto recepimento della direttiva europea 2015/849/UE, tramite il d.lgs. 25 maggio 2017, n. 90, che ha modificato il d.lgs. 231/2007, noto anche come Testo Unico Antiriciclaggio,<sup>764</sup> il legislatore ha riconosciuto esplicitamente la funzione antiriciclaggio come parte del sistema dei controlli interni societari.

---

<sup>762</sup> Considerando 51 del Regolamento Comunitario.

<sup>763</sup> Sui rapporti con le altre funzioni di controllo si veda: M. IRRERA, *Le interrelazioni degli organi deputati al controllo e i relativi flussi informativi*, in *Il Nuovo diritto delle società*, 2009, 1, 52; M. IRRERA-E. FREGONARA, *I sistemi di controllo interno*, in *Diritto del governo delle imprese*, op. cit., 522-523.

<sup>764</sup> Sulla evoluzione internazionale della disciplina Antiriciclaggio, che ha portato alla entrata in vigore del Testo Unico e alle sue prime modifiche, si rinvia alla ricostruzione proposta da E. CASSESE, *Lineamenti della disciplina internazionale di prevenzione e contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo*, in *Quaderni di ricerca giuridica*, Banca d'Italia, n. 60, febbraio 2008, 42C.; P. CENCI, *La nuova normativa antiriciclaggio - Direttive comunitarie e normativa nazionale*, Cedam, Padova, 2010; C. FUGGETTI, *Dagli impulsi dell'Unione Europea alla normativa antiriciclaggio*, in *Riciclaggio e obblighi dei professionisti*, C. BERNASCONI-F. GIUNTA, (a cura di), Giuffrè, Milano, 2011, 20 e ss.; D.

Al dichiarato fine di prevenire pratiche di riciclaggio di proventi illeciti e di finanziamento al terrorismo, il riformato articolo 16 del T.U., rubricato «*Procedure di mitigazione del rischio*», prescrive agli operatori economici destinatari della normativa - tra cui figurano banche ed intermediari finanziari - l'adozione di specifici presidi, controlli e procedure, per l'introduzione della specifica funzione antiriciclaggio, «*ivi comprese, se adeguate rispetto alle dimensioni e alla natura dell'attività, la nomina di un responsabile e la previsione di una funzione di revisione indipendente per la verifica delle politiche, dei controlli e delle procedure*».

La novità di maggior rilievo della novella del 2017 alla citata disposizione<sup>765</sup> sembra consistere dunque nel fatto di tributare peculiare attenzione all'adozione di una struttura, all'interno dell'impresa, per il contrasto a determinati reati. Allineandosi con lo spirito delle più recenti riforme, il legislatore ha inteso insomma agire seguendo un'ottica di sistema e imponendo la ideazione ed il controllo di procedure aziendali idonee a prevenire, prima ancora che contenere, eventuali pratiche illecite<sup>766</sup>.

Come si diceva, la previsione di uno specifico assetto e di una precipua funzione antiriciclaggio viene integrata dalla nomina di un soggetto responsabile, una persona fisica in possesso di adeguati requisiti di indipendenza, autorevolezza e professionalità, cui sono affidati compiti di organizzazione, consulenza e gestione finalizzati a garantire la corretta ed efficiente operatività dell'apposito sistema di controlli<sup>767</sup>.

Anche in questo caso, comunque, si deve accedere alle norme di rango secondario per rinvenire la relativa disciplina, giacché, come si è visto anche per le altre figure di controllo interno di più recente introduzione, il legislatore delegato non si è preoccupato di definire nel dettaglio le rispettive caratteristiche e prerogative, limitandosi invece soltanto a prevedere come necessaria, per ente obbligato, l'istituzione della relativa funzione e la nomina di un responsabile.

Il riferimento più rilevante è costituito dai provvedimenti emanati dalle Autorità di vigilanza, quali il Provvedimento di Banca d'Italia, «Disposizioni in materia di

---

CESIANO, *Gli assetti e l'antiriciclaggio*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, M. IRRERA (a cura di), *op. cit.*, 765 e ss., e bibliografia ivi citata.

Con specifico riferimento alle novità contenute nella direttiva 2015/849/UE, c.d. IV Direttiva Antiriciclaggio: O. SALVINI, *Il contrasto all'abuso del sistema finanziario per scopi di riciclaggio e finanziamento del terrorismo: la IV Direttiva (UE) 2015/849, tra coordinamento e cooperazione*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2016, 1, 147 e ss.

Sui riflessi penali, in particolare: L. TROYER-M. ZANCAN, *Giurisprudenza e attualità in materia di diritto penale dell'impresa articoli l'attuazione in Italia della Quarta Direttiva Antiriciclaggio. Uno sguardo d'insieme e prospettive future. Brevi riflessioni su obblighi (e ruolo) dei professionisti nella normativa di prevenzione del riciclaggio*, in *Riv. dott. comm.*, 2018, 3, 521 e ss.

<sup>765</sup> Che esplicita a livello legislativo quanto già previsto nei Regolamenti delle Autorità di vigilanza.

<sup>766</sup> Si parla, del resto, di nuovi «*presidi organizzativi antiriciclaggio*». S. GALMARINI, *I «nuovi» presidi organizzativi antiriciclaggio per gli intermediari*, in *Il quot. giur.*, 23 giugno 2020.

<sup>767</sup> M. IRRERA-E. FREGONARA, *I sistemi di controlli interno*, in *Diritto del governo delle imprese*, M. IRRERA (a cura di), *op. cit.*, 520; D. CESIANO, *Gli assetti e l'antiriciclaggio*, *cit.*, 786

organizzazione, procedure e controlli interni volti a prevenire l'utilizzo degli intermediari a fini di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo», aggiornato da ultimo a marzo 2019, ed il Regolamento IVASS 12 febbraio 2019, n. 44 - che sostituisce i precedenti Regolamenti del maggio 2012 e luglio 2014 - per le imprese di assicurazione e gli intermediari assicurativi. Da essi emerge, coerentemente con la *ratio* perseguita dal legislatore, «*un generalizzato dovere degli intermediari destinatari della normativa di attivarsi, sotto la propria responsabilità vagliata ex post dalla Autorità di vigilanza competente, per predisporre adeguate soluzioni e presidi di controllo interno volti al contenimento del rischio riciclaggio*»<sup>768</sup>.

La specifica funzione è dunque deputata a verificare nel continuo che le procedure aziendali siano coerenti con l'obiettivo di prevenire e contrastare la violazione della normativa antiriciclaggio. A questo scopo, provvede ad identificare le norme applicabili e valuta il loro impatto sui processi e le procedure interne. Collabora, tra l'altro, alla definizione del sistema dei controlli interni e delle procedure finalizzati alla prevenzione e al contrasto dei rischi di riciclaggio; verifica in modo costante l'adeguatezza del processo di gestione degli stessi rischi e l'idoneità del sistema dei controlli interni e delle procedure, proponendo le modifiche necessarie. Informa, poi, tempestivamente gli organi aziendali di violazioni o carenze rilevanti accertate nell'esercizio dei suoi compiti. Presta, altresì, consulenza e assistenza agli organi aziendali e all'alta direzione e predispone flussi informativi a questi diretti<sup>769</sup>.

Gli illustrati compiti della funzione vengono ripartiti tra diversi organi e organismi dell'impresa, in base a quanto stabilito dalla stessa, i quali devono comunque rapportarsi al responsabile antiriciclaggio, appositamente nominato. Questi provvede a verificare la funzionalità delle procedure e delle strutture del sistema di controllo, e funge da supporto alle scelte gestionali, attraverso attività di consulenza ed assistenza<sup>770</sup>.

Sulla base di quanto detto, si può osservare che la funzione antiriciclaggio e il ruolo del relativo responsabile risultano prevalentemente una competenza «*di sistema*», legata allo sviluppo e alla supervisione dell'assetto che l'impresa predispone per la prevenzione di pratiche illecite e la mitigazione di fattori di rischio riciclaggio.

---

<sup>768</sup> A. DE NICOLA, *Il diritto dei controlli interni*, op. cit., 344, che cita a sua volta il lavoro di A. SCIALOJA-M. LEMBRO, *Antiriciclaggio*, Maggioli Editore, Rimini, 2013, 348.

<sup>769</sup> Secondo quanto prescritto all'interno del Provvedimento di Banca d'Italia, 10, reperibile *online* al sito [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it).

Previsioni in parte analoghe in tema di compiti della funzione si rinvengono, per quanto di interesse nella presente sede, nella disciplina dettata dal Regolamento IVASS, art. 14, in tema di assicurazioni ([www.ivass.it](http://www.ivass.it)).

<sup>770</sup> La figura era già prevista nei provvedimenti delle Autorità di vigilanza, prima dell'esplicito riconoscimento da parte del legislatore. R. RAZZANTE, *La regolamentazione antiriciclaggio in Italia*, Giappichelli, Torino, 2011, 102 e ss.; ID., *Codice della normativa antiriciclaggio. Annotato con legislazione, dottrina e giurisprudenza*, Maggioli Editore, Rimini, 2018, 165.

Un ruolo diverso, di portata più circoscritta ed incentrato sulle singole operazioni che gli esponenti aziendali e i soggetti che entrano con essi in rapporto pongono in essere, è invece riconosciuto al responsabile SOS (responsabile per la segnalazione di operazioni sospette). Questo, secondo quanto specificato dai Provvedimenti delle Autorità di vigilanza, si identifica con il titolare dell'attività, con il legale rappresentante dell'impresa, ovvero con un suo delegato. È chiamato a valutare le segnalazioni relative ad operazioni anomale, che gli pervengono dagli altri uffici o unità dell'ente, e successivamente a trasmettere all'Unità di Informazione Finanziaria (UIF), costituita all'interno di Banca di Italia, le segnalazioni che ritiene fondate - vale a dire quelle concernenti operazioni che possono integrare taluno dei reati di cui alla normativa Antiriciclaggio<sup>771</sup>.

Il soggetto, nella gran parte dei casi, coincide con lo stesso responsabile della funzione antiriciclaggio, ma non si tratta di una scelta obbligata. L'impresa può decidere a propria discrezione di distinguere le due figure.

Sulla base di quanto celermente riportato innanzi, il responsabile SOS opera dunque quale controllore, svolgendo, prima di tutto, un'approfondita analisi delle operazioni che presentano caratteristiche «*anomale*»<sup>772</sup>. Perché possa correttamente provvedere in tal senso, gli viene garantito libero accesso ai flussi informativi diretti agli organi aziendali e alle strutture a vario titolo coinvolte nel sistema di gestione e contrasto al riciclaggio e al finanziamento al terrorismo - ivi compreso lo stesso responsabile antiriciclaggio, nei casi in cui le due cariche non coincidano.

Sulla base di quanto si è detto, sembra ragionevole ritenere che la figura del responsabile SOS possa assumere rilievo sul piano penale, nel caso in cui risulti commesso taluno dei reati cui fa riferimento la disciplina antiriciclaggio. La sua competenza, chiaramente orientata a far emergere operazioni considerate anomale, e, come tali, potenzialmente integranti taluno degli illeciti di cui alla normativa antiriciclaggio, e la logica di prevenzione sottesa al suo ruolo, spingono a considerare esistente nei suoi confronti un obbligo di intervento, rilevante *ex art. 40 cpv. c.p.* A tali considerazioni si aggiunge, di poi, un'altra osservazione in termini di potere di impedimento dell'eventuale reato *in itinere*. Presa coscienza dell'esistenza di un'operazione sospetta, infatti, il soggetto ha la possibilità - e dunque il dovere - di attivare la procedura di segnalazione alle Autorità pubbliche.

---

<sup>771</sup> Sulle scelte operate nella prassi degli intermediari finanziari: E. DELLAROSA-R. RAZZANTE, *Il nuovo sistema dei controlli interni della banca. Riprogettare il sistema dopo Basilea 2, MIFID e compliance*, Franco Angeli, Milano, 2010, 292, in cui gli Autori evidenziano una riscontrata tendenza a nominare un delegato del titolare dell'attività, mediante delibera dell'organo amministrativo, che attesti al contempo il possesso dei requisiti di indipendenza, autorevolezza e professionalità richiesti.

<sup>772</sup> Sono stati emanati specifici indicatori di *anomalia* da parte di Banca d'Italia per le banche e gli intermediari finanziari; dal Ministero di Giustizia per i Professionisti; dal Ministero dell'Interno per gli intermediari non finanziari e per la Pubblica Amministrazione.

Tutte queste circostanze orientano verso la plausibile individuazione di una posizione di garanzia in capo al responsabile SOS<sup>773</sup>. Di talché, nel caso in cui si dovesse dimostrare che questi, nell'esercizio della propria attività, fosse a conoscenza del fatto che altri esponenti aziendali, ovvero clienti dell'impresa ponessero in essere taluno dei reati di cui alla normativa antiriciclaggio, o si fosse rappresentato il pericolo della sua commissione, e, ciò nonostante, abbia deciso di non agire, evitando di procedere alla detta segnalazione, allora potrebbe essere chiamato a rispondere per concorso mediante omissione nel reato che risulti effettivamente commesso.

C'è poi da aggiungere, per completezza espositiva, che la mera omessa segnalazione di operazioni sospette, «*salvo che il fatto non costituisca reato*», viene punita con la comminazione di una sanzione amministrativa, secondo quanto dispone il d.lgs. 231/2007, nella parte che non è stata modificata dalla riforma, artt. 35 e 57 del decreto. La previsione di una clausola di sussidiarietà sembra, invero, ulteriormente supportare la tesi che individua una posizione di garanzia e una plausibile responsabilità penale del soggetto *ex art. 40 cpv c.p.*, dove ricorrano gli specifici presupposti di fattispecie<sup>774</sup>.

---

<sup>773</sup> In questo senso pare orientarsi anche la giurisprudenza più recente.

Il riferimento è in particolare alle osservazioni espresse dalla Corte di Cassazione nella sentenza Cass. Pen. Sez. VI, 19 luglio 2012, n. 37098, in *Dir. e Giust.* 2012, 859, con nota di F. G. CAPITANI, *Il direttore di banca non può conoscere ogni operazione sospetta: va verificato in concreto l'omesso controllo*, in cui i Giudici di legittimità, riprendendo quanto già osservato dal Tribunale di Milano e dalla Corte di Appello di Milano, nei gradi di giudizio precedenti, hanno riconosciuto una posizione di garanzia in capo al soggetto imputato, in qualità di responsabile delle segnalazioni di operazioni sospette, per poi però escludere una sua responsabilità per omissione nel caso di specie, ritenendo insussistente l'elemento soggettivo del dolo, non figurante neppure nella sua forma eventuale.

Si veda, altresì, Cass. Pen. Sez. III, 14 gennaio 2016, n. 9472, in banca dati DeJure. In questo caso, tuttavia, l'*iter* argomentativo della Corte, concluso con la condanna dell'imputato, direttore di banca e responsabile SOS, per concorso in riciclaggio, si sviluppa facendo riferimento a condotte di omessa segnalazione di operazioni «*connotate da qualcosa in più del mero sospetto*», miste a condotte (attive) di autorizzazione delle stesse.

<sup>774</sup> Sul fatto che l'omessa segnalazione continui a costituire un illecito anche a seguito della riforma del 2017 e della modifica delle relative disposizioni, esplicitamente Corte d'App. Sez. I, Roma, 6 marzo 2018, n. 313. Si veda altresì A. IORIO, *Antiriciclaggio con nuovi «oneri»*, *IlSole24Ore*, 28 maggio 2019.

### Capitolo III

## Evoluzione della struttura dei controlli nelle società per azioni e repressione penale

### Osservazioni sui principali aspetti problematici

SOMMARIO: 1. La progressiva frammentazione dei centri di controllo nelle S.p.A. e i suoi risvolti in sede di ricostruzione della responsabilità omissiva impropria. Una premessa operativa; 2. Le problematiche connesse alla partizione delle funzioni. Il rischio che in sede processuale si configuri una responsabilità da posizione; 2.1. Il pericolo di «contrabbando» della responsabilità dolosa attraverso la colpa; 3. La teoria dei segnali di allarme alla prova del meccanismo dei flussi informativi; 3.1. Limiti cognitivi. «Attenzione selettiva» e *inattentive blindness* nel reticolo delle relazioni endosocietarie; 3.2. Limiti strutturali. Fattori organizzativi di «miopia» e segnali di allarme; 3.3. Segnali d'allarme e flussi informativi societari: un connubio periglioso; 4. Considerazioni sulla fattispecie. Il paradigma della responsabilità concorsuale omissiva all'interno dell'organigramma societario: un «pachiderma in una cristalleria»?; 4.1. La posizione di garanzia nel caso concreto; 4.2. I problemi in tema di nesso di causalità; 4.3. L'elemento soggettivo tra teoria e pratica; 4.4. Sintesi. La difficile convivenza tra concorso mediante omissione e sistema dei controlli societari; 5. Gli effetti distorti della risposta penale e l'auspicabile valutazione di alternative; 6. Corsi e ricorsi dell'intervento punitivo sul controllo societario: osservazioni conclusive.

#### **1. La progressiva frammentazione dei centri di controllo nelle S.p.A. e i suoi risvolti in sede di ricostruzione della responsabilità omissiva impropria. Una premessa operativa.**

Lo schema del controllo endosocietario che si è venuto delineando nel tempo si presenta oggi particolarmente affollato<sup>775</sup>. Le funzioni di vigilanza, di valutazione e di analisi delle attività di impresa, che l'ordinamento dispone all'interno delle società per azioni, risultano «spacchettate», suddivise in più parti, per poi essere distribuite tra una congerie davvero ampia di attori.

Si proceda ad un rapido riepilogo al fine di saggiare la cifra di questa ritenuta sovrabbondanza.

Innanzitutto, come si è avuto modo di osservare nel corso di questa indagine, i componenti non esecutivi del consiglio di amministrazione sono i primi ad essere

---

<sup>775</sup> Immagina il «sistema» dei controllori endosocietari come una tavola «affollata» da una moltitudine di invitati. M. IRRERA, *Assetti organizzativi e sistema monistico*, in *Giur. comm.*, 2015, 3, 526. Di «affollamento» in chiave critica si è parlato in diversi studi della dottrina commercialistica, tra cui ricordiamo: S. FORTUNATO, *Il dirigente preposto ai documenti contabili nel sistema dei controlli societari*, in *Soc.*, 2008, 4, *cit.*, 401 e 402; G. OLIVIERI, *I controlli «interni» nelle società quotate dopo la legge sulla tutela del risparmio*, in *Giur. comm.*, 2007, 1, *cit.*, 409 e ss.

chiamati ad espletare doveri di controllo sulla adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società e sull'andamento della gestione, monitorando, in particolare, la correttezza della attività posta in essere dai delegati, al fine di prevenirne il compimento di atti pregiudizievoli, o per lo meno di eliminare od attenuare le relative conseguenze dannose, come previsto dal dettato codicistico, a seguito del corposo intervento riformistico del 2003. Nelle banche, poi, come organo di supervisione strategica, il C.d.A. esercita forme di controllo particolarmente penetranti, contribuendo ad assicurare che l'impresa sia esercitata nell'interesse della società e in modo coerente con gli obiettivi di sana e prudente gestione.

Peculiare importanza è attribuita agli amministratori indipendenti, che possono essere inseriti in comitati interni, costituiti in seno allo stesso consiglio d'amministrazione, cui sono riconosciute fondamentali mansioni di controllo, per l'appunto; tra questi assume speciale rilievo il comitato controllo e rischi, disciplinato dall'art. 7 del Codice di Autodisciplina. Gli stessi indipendenti rivestono inoltre un ruolo fondamentale nell'ambito delle operazioni con parti correlate.

Tutti questi soggetti, di poi, nell'esercizio dei propri compiti di analisi e monitoraggio, devono coordinarsi con il collegio sindacale, posto all'apice dell'intero sistema dei controlli interni per le società che adottino l'assetto organizzativo di tipo tradizionale. Nei modelli di organizzazione e controllo alternativi, dualistico e monistico, sono invece presenti, rispettivamente, il consiglio di sorveglianza e il comitato per il controllo sulla gestione, quali introdotti dalla riforma del 2003.

Ebbene, in questo quadro già di per sé vivace e variegato, a seguito dell'intervento del legislatore delegato del 2001, è stata aggiunta un'altra componente, vale a dire l'O.d.V., incaricato di vigilare sul modello organizzativo adottato dalla società al fine di prevenire il verificarsi dei c.d. reati presupposto.

Dopo neanche un lustro, l'assetto dei controlli è stato riformato ulteriormente, con la legge sul risparmio l. 262/2005, che, modificando il Testo unico della finanza, ha introdotto per le società quotate la nuova figura del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili e societari.

A tali innovazioni normative si sono poi aggiunti reiterati interventi della regolamentazione secondaria, operati, sempre sul fronte dei controlli, dalle Autorità pubbliche di vigilanza, che, con l'emanazione di codici e regolamenti, hanno implementato ulteriormente questa platea già ampia di controllori, aggiungendo in modo progressivo un coacervo di nuove funzioni aziendali di controllo, come il *risk management*, la *compliance* e l'*internal audit*, ciascuna facente capo ad un soggetto appositamente responsabile; ma non è ancora tutto.

Alle funzioni anzidette, infine, si deve aggiungere quella serie di controlli ulteriori, anch'essi di competenza di figure specifiche, che il nostro ordinamento disciplina attraverso la legislazione speciale, come è per il sistema di antiriciclaggio, introdotto e regolato dalla legge n. 231/2007, modificata da ultimo con d.lgs. 90/2017.

La fotografia scattata raffigura, insomma, un insieme di soggetti innegabilmente numeroso<sup>776</sup>.

L'ambizioso intento perseguito originariamente dal legislatore, come è stato interpretato da un Maestro del diritto della *governance* societaria quale Paolo Montalenti, sembra fosse quello di introdurre un «*sistema policentrico di controllo*»<sup>777</sup>, alimentato da doveri di collaborazione interorganica, e assistito da un apparato di responsabilità concorrenti, che avrebbe dovuto spingere le diverse istanze a vigilare l'una sull'altra, per garantire il rigoroso adempimento delle funzioni assegnate; senonché, la confusa regolazione che si è venuta a creare nel tempo ha portato a deviare dall'obiettivo fissato *ab origine*. L'assetto dei controlli, infatti, come ha riconosciuto lo stesso studioso, «*sviluppatosi in modo disorganico tra riforma di diritto comune, interventi nei settori vigilati, leggi speciali si configura oggi come campo ampiamente problematico*»<sup>778</sup>. La logica del controllo policentrico, sovralimentata negli anni e priva di un riferimento normativo univoco<sup>779</sup>, ha trasformato quello che doveva essere un *sistema* in una matassa, una «*babele di controlli*»<sup>780</sup>.

In buona sostanza, lo si è in parte potuto apprezzare nel corso di questa ricerca, la materia è stata oggetto di plurimi interventi normativi<sup>781</sup> di carattere estemporaneo e contingente. Al di là delle modifiche organiche imposte con l'introduzione del Testo unico sulla finanza e della corposa riforma del 2003, lo sviluppo della relativa disciplina si è legato ad una serie di misure circoscritte, in genere adottate dall'ordinamento in risposta ad episodi eclatanti di crisi economiche e finanziarie, per far fronte alle singole

---

<sup>776</sup> Si evidenzia la moltiplicazione dei controlli e dei correlati livelli di responsabilità, che procede dal basso verso l'alto, vale a dire dai dirigenti responsabili della funzione di volta in volta considerata, per poi salire lungo la catena dei controlli fino ai vertici del sistema, in cui sono collocati consiglieri amministrativi e membri del collegio sindacale. Puntuale sul tema: G. OLIVIERI, *I controlli «interni» nelle società quotate dopo la legge sulla tutela del risparmio*, in *Giur. comm.*, 2007, 1, *cit.*, 409 e ss.

<sup>777</sup> Il riferimento è chiaramente a Paolo Montalenti. P. MONTALENTI, *La responsabilità degli amministratori nell'impresa globalizzata*, in AA.VV., *Mercati finanziari e sistema dei controlli*, Giuffrè, Milano, 2005, *op. cit.*, 20 e ss.

<sup>778</sup> P. MONTALENTI, *Corporate governance e «sistema dei controlli»*, in *Corporate governance e «sistema dei controlli» nelle S.P.A.*, U. TOMBARI (a cura di), Giappichelli, Torino, 2013, *op. cit.*, 9.

<sup>779</sup> Sul punto è compatta la critica della dottrina, che parla di «*frenetica gestazione normativa*» e, persino di «*notte delle regole*». Così: C. AMATUCCI, *Vigilanza, gestione dei rischi e responsabilità degli amministratori di società quotate*, in *Riv. Soc.*, 2015, 2-3, 371.

<sup>780</sup> F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, *op. cit.*, 65, in cui l'Autore riprende la felice espressione utilizzata da Piergaetano Marchetti, in P. MARCHETTI, *Note sulla nozione di controllo nella legislazione speciale*, in *Riv. soc.*, 1992, 12; ID., *Sul controllo e sui poteri della controllante*, in AA.VV., *I gruppi di società*, Milano, 1996, 1547 ss.

<sup>781</sup> Cfr. P. MONTALENTI, *Corporate governance, sistema dei controlli e procedure antiriciclaggio*, in *Riciclaggio e corruzione: prevenzione e controllo tra fonti interne e internazionali*, Giuffrè, Milano, 2013, 80; P. MONTALENTI-S. AMBROSINI, *Il controllo sulla gestione*, in N. ABRIANI-S. AMBROSINI-O. CAGNASSO-P. MONTALENTI, *Le società per azioni. Trattato di diritto commerciale*, G. COTTINO (a cura di), Vol. V, Cedam, Padova, 2010, 691 e ss.

problematiche che venivano messe in luce, di volta in volta, dal singolo scandalo<sup>782</sup>. L'introduzione di nuove funzioni, nuove procedure e nuovi referenti del controllo interno è così avvenuta attraverso interventi mirati, peraltro sparsi tra fonti di rango primario e secondario, tra regolamenti e autodisciplina, senza seguire un disegno unitario. L'assetto che si è venuto a creare dunque «*si presenta frammentario, frastagliato, sovrabbondante*»<sup>783</sup>; è del resto significativo il fatto che un'importante raccolta di studi di dottrina, edita nel 2010, dedicata al tema in oggetto, sia intitolata: «*I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*»<sup>784</sup>.

La questione forse più spinosa che emerge, al di là dei prevedibili problemi pratici legati ai costi che le imprese devono sostenere per mantenere funzionante questo insieme di figure professionali, è legata alla necessità di individuare un opportuno ed efficace raccordo tra le diverse istanze. Viene avvertita come primario nodo da sciogliere la impossibilità di delineare confini precisi tra le singole funzioni<sup>785</sup> e individuare principi sistematici «*intorno ai quali attuare il coordinamento delle sparse membra di un corpus*», che si dice «*creciuto talvolta a dismisura e nella più ampia confusione di ruoli e funzioni*»<sup>786</sup>. Dove i limiti risultano troppo incerti, gli organi competenti troppo numerosi, il rischio di conflitti di competenza e di conseguente inefficienza dell'intero apparato è infatti elevato e insidioso<sup>787</sup>.

Il tema del coordinamento, come si è detto, delicatissimo e di estrema importanza, ha trovato invero soltanto di recente parziale riscontro nella disciplina dettata per alcuni settori vigilati. Tra questi spicca certamente per importanza la Comunicazione Congiunta

---

<sup>782</sup> S. FORTUNATO, *Il dirigente preposto ai documenti contabili nel sistema dei controlli societari*, in *Soc.*, 2008, 4, *cit.*, 401 e 402.

<sup>783</sup> M. IRRERA, *Assetti organizzativi e sistema monistico*, *cit.*, 527.

<sup>784</sup> Il testo raccoglie gli studi di eminenti esponenti della dottrina societaria e rappresenta ancora oggi un riferimento ineludibile nello studio sul tema dei controlli. *I controlli societari. Molte regole nessun sistema*, M. BIANCHINI-C. DI NOIA (a cura di), Egea, Milano, 2010.

La critica in questo senso è sviluppata con particolare premura, all'interno della raccolta citata, dal contributo di P. FERRO-LUZZI, *Per una razionalizzazione del concetto di controllo*, 117 e ss., specialmente a pagina 121.

<sup>785</sup> Come messo in luce da P. MONTALENTI, *Corporate governance e «sistema dei controlli»*, *cit.*, 11; ID., *Amministrazione e controllo nelle società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Riv. soc.*, 2013, 1, 42 e ss.; ID., *I controlli societari: recenti riforme, antichi problemi*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, 5, 535 e ss.

<sup>786</sup> Fortemente critico, con queste parole, S. FORTUNATO, *Il «sistema dei controlli» e la gestione dei rischi (a quindici anni dal T.U.F.)*, in *Riv. Soc.*, 2015, 2-3, 253.

Evidenzia la necessità che, in assenza di riferimenti normativi, gli stessi interpreti tentino ricostruzioni sistemiche ed avanzino proposte per individuare la soluzione più efficiente, che consenta il coordinamento di controlli e controllori, evitando accavallamenti ed evitando altresì l'istituzione di nuovi organismi, dove possibile, M. A. MARINONI, *Regulation internazionale in tema di corporate governance. Il sistema dei controlli aziendali*, in *Riv. dott. comm.*, 2013, 4, 831 e ss.

<sup>787</sup> Si è in parte parafrasato quanto osserva P. MONTALENTI, in *Corporate governance e «sistema dei controlli»*, *cit.*, 11.

tra Banca d'Italia e Consob, emanata nel 2011, applicabile agli intermediari finanziari che prestano servizi di investimento o di gestione collettiva del risparmio. Il documento, attraverso una serie di previsioni relativamente dettagliate, si preoccupa di chiarire la separazione dei ruoli tra la funzione di *internal audit* e quella di *compliance*, nonché le modalità di coordinamento e di necessario scambio di informazioni tra le medesime<sup>788</sup>.

Anche il Codice di Autodisciplina per le società quotate ha introdotto un'apposita disposizione, al Principio 7.P.3, in cui specifica che lo stesso emittente (*id est*, la stessa società) «prevede modalità di coordinamento» tra i soggetti coinvolti nel sistema di controllo interno e di gestione del rischio, al fine di massimizzarne l'efficienza e di ridurre i pericoli di duplicazione delle corrispettive attività.

Senonché, come si diceva, gli accennati interventi, pur apprezzabili per il tentativo di fare chiarezza nel *mare magnum* delle istanze e delle procedure di controllo, hanno spazio operativo limitato. Si tratta infatti di previsioni specifiche, che trovano applicazione nel precipuo settore di competenza. Non solo. Come si è visto con riferimento al Codice di Autodisciplina citato, sovente l'atteggiarsi delle relazioni tra organi ed uffici non è legato a regole generali, ma, al contrario, viene lasciato alla discrezionalità della singola società (per cui è l'ente stesso che «prevede le modalità del coordinamento»).

La mancanza di una disciplina organica e, conseguentemente, l'assenza di regole chiare conducono inevitabilmente alla produzione di una serie di patologie sistemiche, riconducibili a due principali ordini di complicazioni: la sovrapposizione delle diverse funzioni e la creazione di asimmetrie informative tra i diversi soggetti coinvolti nel controllo societario; problemi che vengono ulteriormente aggravati quando passano attraverso quella grande cassa di risonanza che è il diritto penale, cagionando una serie di effetti perversi, nel momento in cui si tenti di ricostruire la responsabilità del singolo in sede processuale. L'applicazione pratica dei paradigmi penali in un assetto così complesso evidenzia problematiche di ampio spessore. Lo sforzo che si deve compiere, in particolare, per declinare nella realtà concreta della specifica società lo schema del reato omissivo improprio, appare talvolta davvero immane.

Nelle pagine che precedono, attraverso la ricostruzione della progressiva affermazione di questa forma di responsabilità penale nei confronti dei controllori societari, si è cercato di delineare gli elementi della fattispecie di concorso mediante omissione, come risultano declinati nella dimensione societaria. Si è potuta apprezzare l'estrema complessità che si cela dietro all'opera di applicazione del relativo schema di imputazione con riferimento alle singole figure di controllo all'interno delle S.p.A.

In quest'ultimo capitolo, si intende sviluppare una serie di osservazioni, focalizzando l'attenzione proprio sul tema dei problemi operativi connessi a questa forma

---

<sup>788</sup> Comunicazione congiunta B.I.-CONSOB, 10 marzo 2011, consultabile al sito [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it).

di repressione penale; rielaborando i risultati raggiunti nel corso di questo studio ed evidenziando come l'assetto dei controlli che si presenta oggi, sempre più intricato, frammentato, sovrabbondante, produca confusioni che si ripercuotono direttamente sul tentativo di individuare le responsabilità penali dei soggetti che ne prendono parte.

## **2. Le problematiche connesse alla ripartizione delle funzioni. Il rischio che in sede processuale si configuri una responsabilità da posizione.**

L'architettura del «sistema» dei controlli, dai confini sovente *sfumati*, come si diceva, e la distribuzione delle relative funzioni tra i molteplici soggetti che ne fanno parte, manifestano una serie di ridondanze e, in taluni casi, conducono persino alla duplicazione di ruoli<sup>789</sup>. Sono diversi gli autori che hanno denunciato, a più riprese, l'esistenza di inutili sovrapposizioni tra compiti di vigilanza attribuiti al collegio sindacale e funzioni di controllo proprie degli amministratori non esecutivi, in larga parte tra loro coincidenti quando si ragiona di sorveglianza sulla gestione<sup>790</sup>.

Un'altra questione riguarda poi la posizione del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili, quale individuato dal Testo unico della finanza. Come rilevato da un eminente studioso, il dirigente preposto, incaricato *ex art. 154 bis T.U.F.* di predisporre adeguate procedure amministrative e contabili per la formazione dei bilanci

---

<sup>789</sup> Un esteso dibattito aveva investito in passato i rapporti tra il comitato per il controllo interno e la revisione contabile e le funzioni del comitato di controllo interno, istituito con il Codice Preda in seno al C.d.A. delle società quotate. La confusione dei ruoli, lamentata da molti esponenti della dottrina, aveva spinto Borsa Italiana ad intervenire. Con un nuovo Codice di Autodisciplina, pubblicato nel 2011, erano state introdotte una serie di modifiche tese a specificare il ruolo del comitato interno, proprio al fine di garantire una sua più precisa distinzione rispetto all'organo di cui al d.lgs. 39/2010.

Sul precedente dibattito: M. STELLA RICHTER Jr., *Il comitato controllo e rischi, già comitato controllo interno*, in *Dialogo sul sistema dei controlli nelle società*, P. ABBADESSA (a cura di), Giappichelli, Torino, 2015, 115; G. GASPARRI, *I controlli interni nelle società quotate. Gli assetti di della disciplina italiana e i problemi aperti*, in *Quaderni giuridici*, Consob, 4, settembre 2013, 6-7. Prima ancora della entrata in vigore della l. 39/2010, con riferimento ai rapporti con l'organo di controllo: F. PARMEGGIANI, *Il collegio sindacale e il comitato per il controllo interno: una convivenza possibile?*, in *Giur. comm.*, 2009, 2, 306 e ss. Sul tema è comunque tutt'ora critica una parte della dottrina. Si vedano, tra gli altri: A. PROVASOLI, *Razionalizzazione del sistema di controllo interno e gestione dei rischi*, in *Riv. dott. comm.*, 2012, 3, 603 e ss.; S. FORTUNATO, *Il «sistema dei controlli» e la gestione dei rischi (a quindici anni dal T.U.F.)*, *cit.*, 253 ss.

<sup>790</sup> Tra i diversi autori che hanno evidenziato concreti rischi di sovrapposizione: G. D. MOSCO, *Cognosco, ergo sum. L'informazione e la nuova identità del collegio sindacale*, in *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, R. ALESSI-N. ABRIANI-U. MORERA (a cura di), Giuffrè, Milano, 2007; P. FERRO-LUZZI, *Per una razionalizzazione del concetto di controllo*, *cit.*, 131 e 133 (con riferimento anche al rapporto consiglio di sorveglianza-consiglio di gestione del sistema dualistico); con specifico riguardo al controllo sulla adeguatezza degli assetti organizzativi, poi: P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nelle società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, *cit.*, 42 e ss., in particolare § 20.

e delle altre comunicazioni finanziarie, si pone «*in concorrenza*» con le funzioni gestorie degli amministratori esecutivi, i quali, come noto, annoverano tra i propri compiti appunto quello di predisporre e curare l'assetto amministrativo e contabile della società<sup>791</sup>.

Sul piano del controllo sulle procedure che il dirigente deve operare e del controllo contabile che svolge per provvedere alle certificazioni di sua competenza, l'intersecarsi dei rapporti con le altre istanze si fa ancora più complicato. Qui il rischio è che questi veda confondere il proprio ruolo con quello del collegio sindacale, che, a norma dell'art. 149 T.U.F. e della legge 39 del 2010, continua a svolgere compiti di vigilanza ed esame che coinvolgono in parte la materia contabile. Non solo.

Nell'espletare queste funzioni di controllo procedurale e contabile, è prescritto che il dirigente debba relazionarsi con i membri del comitato controllo e rischi, tuttavia le modalità con cui questo confronto deve avvenire non vengono chiarite dal dettato normativo. Il criterio 7.C.2. del Codice di Autodisciplina prevede infatti soltanto che gli amministratori che fanno parte del comitato valutano, «*unitamente al dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari*», sentiti il revisore legale e il collegio sindacale, il corretto utilizzo dei principi contabili e, nel caso dei gruppi, la loro omogeneità ai fini della redazione del bilancio consolidato<sup>792</sup>. Dunque, non si specifica alcunché in ordine al necessario *modus operandi*; si lascia, ancora una volta, alla singola società la libertà di decidere sul punto, con il rischio che questa discrezionalità di scelta si traduca poi nella definizione confusa delle rispettive competenze, senza chiarire quali siano gli spazi operativi di ciascun ufficio. Da qui discende il pericolo che l'indipendenza di giudizio dei diversi soggetti coinvolti venga messa a repentaglio.

L'esistenza di possibili aree di sovrapposizione si rinviene altresì con riferimento alle attività dell'O.d.V., di cui all'art. 6 d.lgs. 231/2001, al quale il legislatore delegato attribuisce il compito di vigilare sul funzionamento e sull'osservanza dei modelli di organizzazione e controllo, adottati dalla società per evitare la commissione di reati-presupposto. Ebbene, secondo quanto disposto dallo stesso decreto, in tali modelli devono essere individuate, tra l'altro, le modalità di «*gestione delle risorse finanziarie*» dell'ente, atte a prevenire reati societari e abusi di mercato. A ben osservare, questi compiti di supervisione sul modello e, dunque, sulle procedure finanziarie, che ricadono sull'organismo di vigilanza, risultano «*assai vicini*»<sup>793</sup>, se non in buona parte coincidenti,

---

<sup>791</sup> S. FORTUNATO, *Il dirigente preposto ai documenti contabili nel sistema dei controlli societari*, cit., 402.

<sup>792</sup> Questa confusione di ruoli veniva evidenziata già con riferimento all'*audit committee*, prima della modifica del 2011, nel previgente Codice di Autodisciplina (che regolava in modo analogo il rapporto tra comitato e dirigente, al criterio 8.C.3). P. MANES, *Prime considerazioni sulla responsabilità del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari*, cit., 1132; A. COLOMBO, *Ruolo e responsabilità del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari dopo il d.lgs. 303 del 2006*, cit., 1341.

<sup>793</sup> A. COLOMBO, *Ruolo e responsabilità del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari dopo il d.lgs. 303 del 2006*, cit., 1343. Proprio a fronte di questa possibile

rispetto a quelli di predisposizione e di controllo delle procedure amministrative e contabili che fanno capo al dirigente preposto, che abbiamo visto al Capitolo precedente di questo lavoro di ricerca. Non è, però, ancora tutto.

In tema di controlli finanziari, ulteriori rischi di commistione si rinvencono rispetto alla diversa funzione antiriciclaggio, deputata, come si ricorderà, ad attività di verifica sulle procedure aziendali, specialmente su quelle che regolano l'utilizzo delle risorse contabili, con l'obiettivo di prevenire e contrastare il rischio riciclaggio<sup>794</sup>.

Le funzioni di cui risulta investito il dirigente preposto, insomma<sup>795</sup>, sembrano intersecare, per loro stessa natura, l'ambito di competenza di diversi altri soggetti che sono collocati all'interno dell'organigramma societario, con il conseguente sorgere, in alcuni casi, di vere e proprie sovrapposizioni, se non persino duplicazioni, di compiti<sup>796</sup>.

Orbene, al di là dei problemi di inefficienza sistematica che questo stato di cose può ingenerare, la questione più pressante che emerge da simili confusioni è legata alla estrema difficoltà che si riscontra, all'atto pratico, nella ricostruzione delle eventuali responsabilità dei singoli individui. La frammentazione dei ruoli ed il correlato *groviglio* di competenze, di cui si è sopra illustrata soltanto una parte, e che connotano invero la maggioranza dei controlli in ambito societario, rendono pressoché impossibile distinguere le attribuzioni specifiche di ciascuna posizione e, conseguentemente, impediscono di discernere, nel caso concreto, come i diversi soggetti si sarebbero dovuti comportare, quali azioni avrebbero dovuto porre in essere per scongiurare la commissione del reato da parte di terzi. In questa indeterminatezza di ruoli, il tentativo di distinguere il precipuo contributo causale dato dal singolo alla realizzazione dell'illecito - attraverso la sua mancata attivazione per impedirlo - si rivela compito assai arduo<sup>797</sup>.

---

sovrapposizione, al fine di evitare inutili duplicazioni di strutture, alcuna parte della dottrina ha suggerito che, nelle strutture societarie «meno complesse», il dirigente preposto possa sommare alle proprie competenze anche il compito dell'organismo di vigilanza. S. FORTUNATO, *op. ult. cit.*, 406.

<sup>794</sup> Per quanto riguarda i rapporti con soggetti esterni, si deve infine osservare come molta parte delle attribuzioni di controllo del dirigente si intreccia ulteriormente con l'attività della società di revisione, chiamata a svolgere verifiche sulla tenuta della contabilità e sui bilanci.

Sulla relazione tra dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili e società di revisione, sulla quale la presente trattazione non si è soffermata, se non per riferimenti circoscritti, si rinvia alle osservazioni di S. FORTUNATO, *op. ult. cit.*, 405, e alle successive riflessioni di F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale, op. cit.*, 420.

<sup>795</sup> Si rinvia a quanto osservato più analiticamente al Cap. II, Sez. III, § 2, in ordine alla ricostruzione delle competenze del dirigente preposto.

<sup>796</sup> Non è invero privo di significato il fatto che alcuna parte della dottrina più autorevole, in tema di controlli societari, proponga di circoscrivere propri i compiti di controllo del dirigente preposto, al fine di razionalizzare il sistema, in prospettiva *de iure condendo*. Cfr. P. MONTALENTI, *I controlli societari: recenti riforme, antichi problemi*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, 5, 535 e ss.

<sup>797</sup> Il tema, oltre che dalla dottrina penalistica, è stato osservato anche sotto la luce della responsabilità civile e criticato con toni particolarmente forti dalla dottrina commercialistica. Si veda, tra

Vi è poi un ulteriore aspetto da tenere in considerazione. Questi aggregati di funzioni incidono altresì sulla possibilità dei vari individui di acquisire conoscenza circa l'esistenza della eventuale attività illecita che sia perpetrata all'interno della S.p.A. Accade sovente che, proprio a causa dei complessi intrecci di rapporti intra ed interorganici, il singolo controllore non abbia la possibilità di adempiere correttamente ai doveri di vigilanza che gli sono attribuiti dall'ordinamento, e non riesca ad acquisire - o ad acquisire tempestivamente - le informazioni necessarie per avvedersi dell'esistenza di un reato.

Questi particolari aspetti incidono, comprensibilmente, sulla possibilità di riscontrare una responsabilità dolosa per il reato che non si è impedito. Come si è visto, le condizioni in cui operano gli attori inseriti nell'organigramma sono talvolta estremamente complesse da ricostruire, per cui, in alcuni - invero numerosi - casi, l'ascrizione della compartecipazione mediante omissione può rivelarsi ricca di insidie, talvolta insuperabili. Da ciò discende dunque il rischio che, nella prassi, per aggirare queste problematiche, l'Autorità giudiziaria faccia ricorso a schemi presuntivi, fino a costituire una forma di responsabilità da *posizione*<sup>798</sup>.

Accade sovente che, nell'ambito del procedimento penale, la individuazione del contributo causale del singolo alla realizzazione del reato, così come l'analisi dell'atteggiamento psicologico con cui egli sia rimasto inerme dinnanzi al perpetrando illecito, siano lasciate ad evanescenti logiche di presunzione. Non si procede ad una ricostruzione dettagliata degli elementi di fattispecie, ma, al contrario, i diversi soggetti, per il semplice fatto di rivestire un determinato ruolo all'interno dell'organizzazione, di ricoprire una determinata posizione, vengono chiamati a rispondere del reato altrui. Si assiste, a tal stregua, ad una generica assimilazione. Le diverse figure vengono appiattite in un *unicum* indifferenziato, in cui tutti, indistintamente, sono chiamati a rispondere, per il fatto di rivestire una determinata funzione, di tutte le conseguenze illecite discendenti dalle irregolarità da altri realizzate.

Si tratta di manifestazioni patologiche, che si sono potute osservare nel corso di questa trattazione, riguardanti le più diverse posizioni di controllo, e che si riscontrano sin dalla fase delle indagini preliminari. Si tratta di una condizione registrata invero ormai da tempo negli atti della magistratura, ma che oggi sembra ricorrere in maniera sempre più frequente, a causa, per l'appunto, dell'intensificarsi della trama dei controlli e della aumentata complessità del relativo assetto.

---

gli altri, P. SFAMENI, *Organizzazione dell'impresa, uffici di controllo e responsabilità. Appunti*, in Corporate governance e «sistemi dei controlli» nella S.p.A., *op. cit.*, 73.

<sup>798</sup> Assolutamente pregevole e ricca di interessanti spunti la ricostruzione proposta da Pelissero in M. PELISSERO, *Il concorso doloso mediante omissione: tracce di responsabilità di posizione*, in *Giur. It.*, 2010, 4, 978 e ss.

## 2.1. Il pericolo di «contrabbando» della responsabilità dolosa attraverso la colpa.

Questa forma di mistificazione della responsabilità dei singoli, che dovrebbe assicurarsi personale e colpevole, secondo i principi costituzionali, si alimenta di una particolare *fictio* nella ricostruzione dell'atteggiamento psicologico; un *escamotage*, potremmo dire, adottato in modo sempre più deciso dalla magistratura, per far fronte ai molti ostacoli che pone oggi l'assetto dei controlli.

Connaturata alla complessa realtà delle società, lo abbiamo saggiato nel corso della nostra indagine, è l'adozione di procedure di controllo ripartite tra più organi, organismi e funzioni, che intrecciano controlli diretti e controlli indiretti, con la netta prevalenza di questi ultimi sui primi. Nella maggior parte dei casi, le istanze responsabili di valutare una determinata attività procedono infatti ad indagini *mediate*, non fondate su ispezioni dirette sull'attività oggetto dell'esame, bensì orientate in base alle analisi realizzate dalle istanze inferiori, che trasmettono i dati raccolti, in genere riportati all'interno di appositi documenti e relazioni di sintesi<sup>799</sup>.

Il sistema dei controlli endosocietari, divisi tra diretti e indiretti, è stato detto, presenta la fisionomia di una «piramide rovesciata»<sup>800</sup>, in cui le funzioni di vigilanza e monitoraggio sono ripartite su più livelli.

Si parte dallo stadio primario dei controlli diretti, o c.d. «controlli di linea», costituito dalle strutture *produttive*, che, nello svolgimento dei relativi compiti operativi, procedono a controllare direttamente l'attività interessata e forniscono, poi, le informazioni rilevanti ai controllori collocati al livello superiore<sup>801</sup>, in una catena che procede progressivamente, su a salire fino all'ultimo stadio del controllo, in cui si collocano gli organi apicali, che corrispondono, per le società a modello tradizionale, a C.d.A. e collegio sindacale.

I livelli di controllo posti in posizioni sovraordinate, insomma, fondano principalmente la propria attività di valutazione e analisi su questa informativa di base, procedendo a raffinarla, ad impiegarla per studi mirati, a dedurre conclusioni in merito allo stato di salute dell'impresa e a ideare le strategie di intervento più adeguate<sup>802</sup>. Così avviene, per esempio, che il collegio sindacale, al di là delle circoscritte ipotesi in cui può effettuare ispezioni dirette, provvede ad espletare i propri compiti di vigilanza in base ai dati forniti da altri attori del sistema. Pensiamo ai *report* della funzione di *compliance*,

---

<sup>799</sup> Particolarmente attento sul tema dei controlli diretti-controlli indiretti: P. MONTALENTI, *Investitori istituzionali e gruppi di società: i flussi informativi*, in *Informazione societaria e corporate governance nella società quotata*, U. TOMBARI (a cura di), Giappichelli, Torino, 2018, 65.

<sup>800</sup> P. MONTALENTI, *Corporate governance, sistema dei controlli e procedure antiriciclaggio*, in *Riciclaggio e corruzione: prevenzione e controllo tra fonti interne e internazionali*, Giuffrè, Milano, 2013, 85-86; ID., *I controlli societari: recenti riforme, antichi problemi*, cit., 543.

<sup>801</sup> Si rinvia allo schema proposto al Capitolo precedente, Sezione III, § 3.

<sup>802</sup> F. PARMEGGIANI, *Il collegio sindacale e il comitato per il controllo interno: una convivenza possibile?*, in *Giur. comm.*, 2009, 2, 306 e ss.

funzione c.d. di secondo livello che, a sua volta, opera su dati già filtrati da altri, vale a dire raccolti ed esaminati dalle istanze di primo livello; pensiamo, ancora, alle relazioni dell'*internal audit*, il quale, seguendo uno schema ancora più complesso, riferisce ai sindaci sulle modalità con cui viene condotta la gestione dei rischi nell'impresa, nonché sul rispetto dei piani definiti per il loro contenimento, attraverso l'elaborazione di dati che gli vengono comunicati dai controlli di secondo livello (*risk management, compliance*, dirigente preposto) - ciò significa attraverso informazioni che tali istanze hanno ricevuto dagli operativi e hanno a loro volta elaborato.

Senonché, questo sistema di controlli di seconda o terza, financo quarta mano, a ben osservare, presenta un rischio di fragilità intrinseco. «*I controlli indiretti, proprio perché molteplici articolati e diffusi, contengono in sé maggiori risorse di feedback e quindi di "autocorrezione", ma, proprio perché si fondano sui controlli diretti (i c.d. "controlli di linea"), rischiano anch'essi un "default a catena" in caso di carenza o di inefficacia di questi*»<sup>803</sup>.

La molteplicità di attori che prendono parte a questa struttura, la complessità del funzionamento delle procedure di raccolta e comunicazione delle informazioni - specie nelle società di più grandi dimensioni - si prestano ad ingenerare fisiologiche inefficienze operative, determinando casi di *asimmetria informativa*. Con tale espressione, coniata originariamente in ambito contrattuale per indicare il dislivello informativo tra le parti contraenti di un negozio giuridico, si fa riferimento alla condizione in cui «*le informazioni sono distribuite in modo e quantità diverse tra i vari soggetti che operano in un determinato contesto*»<sup>804</sup>.

Si tratta di un fenomeno che, come si è detto, si presenta oggi con sorprendente frequenza all'interno del complesso societario, con conseguenze di tutto rilievo. Accade sovente, infatti, che a causa dell'intricato meccanismo suesposto di controlli diretti e

---

<sup>803</sup> P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, cit., 52.

<sup>804</sup> Per la definizione di asimmetria informativa: cfr. D. SCARPA, *Asimmetrie informative interorganiche nelle società quotate*, in *Giur. comm.*, 2009, 3, 499 e ss.; ID., *Organizzazione societaria come sistema informativo e riflessi sull'agere amministrativo*, in *Giur. comm.*, 2010, 1, 73 e ss. L'autore pone l'accento sui diversi ambiti in cui, nell'attività societaria, si riscontrano asimmetrie informative, sottolineando come le stesse riguardino tanto i rapporti con i soggetti terzi alla società, con il pubblico e gli investitori, quanto però anche i rapporti interni alla compagine societaria stessa.

Cfr., in generale, sul concetto di asimmetria informativa e sugli effetti di quest'ultimo sul mercato: G. NICODANO, *Asimmetria informativa*, in *Diz. eco. e fin.*, Treccani online, 2012; G. ROSSI, *Informazione nel mercato finanziario*, *Dig. comm.*, 2012, in banca dati *DeJure*. Molto interessanti i riferimenti sul punto sviluppati anche all'interno del dibattito che si è instaurato tra eminenti giuscommercianti, Enriques e Denozza, attorno al ruolo del capitale sociale: F. DENOZZA, *A che serve il capitale? (Piccole glosse a L. Enriques-J.R. Macey, Creditors Versus Capital Formation: The Case Against the European Legal Capital Rules)*, in *Giur. comm.*, 2002, 1, 585 e ss.; L. ENRIQUES, *Capitale sociale, informazione contabile e sistema del netto: una risposta a Francesco Denozza*, in *Giur. comm.*, 2005, 5, 607 e ss.

controlli indiretti - con netta prevalenza di questi ultimi sui primi - le istanze societarie non riescano ad acquisire effettiva contezza di quanto avviene nell'attività di impresa; in alcuni casi possono risultare persino sfortunate delle nozioni indispensabili al corretto espletamento di propri doveri di vigilanza, quando queste non vengano comunicate o vengano comunicate erroneamente dai controlli inferiori. Allo stesso modo, proprio a causa di simili intrecci complessi, avviene che, non potendo avere conoscenza di determinati avvenimenti, o dell'esistenza di una data situazione, i soggetti controllori non si avvedono di condotte illecite altrui e non sono in grado di acquisire consapevolezza circa il verificarsi di un reato.

Del resto, si deve considerare che questa sorta di «miopia», se non persino di «cecità», indotta vuoi da un inadeguato assetto adottato dalla singola società, vuoi anche da comunicazioni falsate dei livelli di controllo inferiore, risulta difficile da superare per il singolo che vi si trovi costretto. Non si può dimenticare, infatti, che le relazioni tra le diverse istanze societarie sono generalmente orientate ad un atteggiamento di fiducia reciproca. Il fatto che un soggetto in posizione di controllo possa fare affidamento sulle informazioni che riceve è infatti «*condizione implicita e indispensabile*» nelle realtà societarie complesse<sup>805</sup>. Per assecondare le esigenze di celerità proprie della stessa attività di impresa e del mercato in cui la società opera, è impensabile che si possa pretendere, da ciascuna istanza di controllo, una riconsiderazione di quanto già valutato da altri. Si finirebbe così, di fatti, per ingolfare l'intero sistema, che verrebbe rallentato, se non completamente bloccato, in una spirale di controlli e ricontrolli.

Ebbene, in un simile assetto, verificare l'atteggiamento psicologico del singolo che non si sia eventualmente attivato per impedire la commissione di un illecito, commesso da altri nell'esercizio della attività di impresa, è opera innegabilmente disagiata. E questo disagio si avverte *a fortiori* per le ipotesi delittuose che richiedono l'elemento doloso. L'accusa che debba eventualmente dimostrare che il singolo controllore fosse effettivamente a conoscenza dell'illecito rischia di incorrere in una *probatio diabolica*. Al fine di evitare, dunque, di cadere in un dedalo di prove e controprove, la giurisprudenza si è mostrata spesso incline ad assecondare, in sede di decisione, meccanismi di semplificazione, che si sono spinti fino al punto di far passare per dolo atteggiamenti psicologici che, tutt'al più, potrebbero dirsi solo colposi.

Così, negli schemi argomentativi adottati in sentenza, si considera acquisita una conoscenza sulla base di quanto il soggetto, per il ruolo che riveste, avrebbe dovuto acquisire. Si propone un ragionamento per cui il preposto al controllo di livello superiore avrebbe dovuto vigilare sulle istanze societarie e, attraverso il corretto adempimento di tale compito, avrebbe dovuto verificare la correttezza dei dati che gli venivano forniti; in caso di irregolarità, o comunque nel caso in cui vi fossero segnali di allarme indicativi del reato in consumazione, questi ben avrebbe dovuto e altrettanto ben avrebbe potuto

---

<sup>805</sup> A. ALESSANDRI, *Attività di impresa e responsabilità penali*, cit., § 12.

avvedersi della esistenza dell'illecito. Insomma, il soggetto sapeva poiché, nella situazione data, «*non poteva non sapere*». Si ripropone dunque l'abietto stilema, già oggetto di aspre critiche della dottrina, a partire dai suoi primi utilizzi da parte della giurisprudenza degli anni Novanta, e lo si alimenta di nuovi contenuti.

Le imputazioni e le condanne continuano, come avveniva in passato, dunque, a giocarsi «*sul filo di una "impossibile non conoscenza"*»<sup>806</sup>, che equivale ad affermare una doverosità della conoscenza, attraverso un sillogismo che, è evidente, si edifica in verità su una confusa sovrapposizione di dolo e colpa. L'imputato viene condannato per non aver preso conoscenza dell'illecito, pur trovandosi nella condizione di conoscere.

Questo artificio, che fa passare per dolo ciò che invero pertiene alla mera sfera colposa, sembra oggi acquisire tratti caratteristici ancora più astratti. L'automatismo che porta a ritenere che ciò che si doveva conoscere «*non si poteva che conoscere*», non tiene infatti in alcun conto la sempre più complessa concretezza della società; viene ricostruito sulla base di un funzionamento «ideale» delle organizzazioni societarie, in cui i soggetti sembrano poter acquisire direttamente conoscenza di tutti i fatti che riguardano l'attività di impresa, cosa che non potrebbe essere più lontano dalla realtà concreta in cui i controllori si trovano in effetti ad operare. Così è stato, per esempio, nella pronuncia n. 44107 del 2018<sup>807</sup>, in cui il sindaco di una società è stato condannato per concorso nel reato di bancarotta realizzato dagli esecutivi, per il fatto di non essersi attivato, non già a fronte di una dimostrata conoscenza che egli avrebbe acquisito del perpetrando delitto, ma, più semplicemente sulla base della constatazione per cui il soggetto, per la qualifica che rivestiva, si trovava «*in condizione, anche più di altri, di rendersi conto delle illiceità commesse dall'organo amministrativo*». Ciò nonostante, egli non avrebbe agito.

In sintesi, riprendendo quanto si è osservato sinora, parrebbe che l'impalcatura dei controlli societari, frammentati tra più organi e uffici, intersecati tra controlli diretti e indiretti, nel momento in cui viene calata nell'ambito del processo penale, determina effetti perversi; effetti che risultano oggi amplificati rispetto al passato, proprio a causa della progressiva tendenza ad aggiungere, con interventi disomogenei e tra loro sconsiderati, nuove figure e sempre nuove funzioni di controllo.

---

<sup>806</sup> A. ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, 2, 563. In senso analogo, oltre alla dottrina citata al Capitolo I del presente studio, si vedano anche le considerazioni di F. PICCIONE, *Il confine tra dolo eventuale e colpa cosciente nel contesto dei reati d'impresa*, in *Cass. Pen.*, 2016, 4, 1785B.

<sup>807</sup> Annotata al Capitolo I di questo lavoro di ricerca, § 5.

### **3. La teoria dei segnali di allarme alla prova del meccanismo dei flussi informativi.**

Un aspetto altrettanto delicato che si lega al sistema dei controlli societari concerne l'applicazione della teoria dei segnali di allarme nella ricostruzione in processo del dolo dei controllori che non hanno impedito l'altrui reato; essa deve confrontarsi infatti con la complessità dell'organigramma societario e con l'apparato dei flussi informativi.

Si è visto nel corso di questa indagine come in ambito penalistico il segnale di allarme indichi una circostanza, un elemento dotato di *potenzialità* comunicative circa l'esistenza di una situazione di pericolo. Si tratta, in buona sostanza, di una segnalazione che, per valere come tale, deve essere correttamente recepita e altrettanto correttamente intesa nel suo significato dall'osservatore. Una volta, quindi, che sia stata interpretata nella sua esatta attitudine evocativa, costituisce il presupposto su cui il soggetto può fondare il sospetto che taluno stia ponendo in essere un fatto lesivo di un bene giuridico<sup>808</sup>.

Orbene, nel contesto societario il segnale di allarme può costituire l'*input* necessario all'avvio dei meccanismi di verifica, all'interno dell'organizzazione, idonei a portare alla luce l'esistenza di irregolarità connesse al reato *in itinere*. Per usare un'immagine metaforica, l'indicatore di allarme rappresenta in un certo senso l'interruttore che, una volta acceso, aziona le procedure di indagine ed analisi dell'ente, suddivise tra organi e istanze di controllo, atte a verificare l'effettiva presenza di illiceità nella gestione. Dove queste siano state appurate, i soggetti dotati dei necessari poteri possono decidere di reagire per scongiurare la commissione del reato. Perché tutto ciò sia possibile, però, deve essere soddisfatta una condizione preliminare: è indispensabile che, prima di tutto, risulti correttamente funzionante il complesso dei flussi informativi adottato dalla singola società<sup>809</sup>.

---

<sup>808</sup> In senso analogo si erano espressi alcuni tra i più autorevoli studiosi del tema. Si vedano i lavori di: F. STELLA-D. PULITANÒ, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, 569; A. CRESPI, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, *cit.*, 1147; C. PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, 4, 1265; S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, *cit.*, 262.

Si rimanda all'analisi svolta nel Capitolo I di questo lavoro e ai riferimenti bibliografici ivi richiamati.

<sup>809</sup> L'importanza del corretto funzionamento del sistema dei flussi informativi nella comprensione delle dinamiche societarie è stato messo in evidenza da autorevoli studiosi. G. RIOLFO, *Assetti e modelli organizzativi della società per azioni: i flussi informativi*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, M. IRRERA (diretto da), *op. cit.*, 477, parla della circolazione di notizie e dati come il *fulcro* di ogni sistema organizzato. In senso pressoché analogo, cfr. C. DI NOIA-M. GARGANTINI, *Corporate governance e comunicazione di informazioni privilegiate*, in *Informazione societaria e corporate governance nella società quotata*, U. TOMBARI (a cura di), Giappichelli, Torino, 2018, 7 e ss. In particolare, sul rilievo dello scambio di informazioni tanto all'interno dello stesso organo, quanto all'esterno, verso altri organi e uffici della medesima società, fondamentale l'approfondito lavoro di G. MERUZZI, *I flussi informativi endosocietari nella società per azioni*, Cedam, Trento, 2012, *passim*, e in particolare 21 e ss.

I canali di informazione intra ed interorganici rappresentano - come è stato osservato da taluno con espressione particolarmente evocativa - i «binari»<sup>810</sup> su cui corre il segnale di allarme. Senza una opportuna organizzazione dei medesimi, ovvero in caso di loro malfunzionamento, l'intero sistema risulterebbe bloccato; il «campanello» d'allarme suonerebbe inutilmente, non potendo raggiungere i terminali necessari a cogliere il grado di anormalità in esso insito e a dar seguito alle procedure idonee ad impedire la commissione del reato sottostante<sup>811</sup>. Il corretto funzionamento dei flussi si rivela dunque decisivo, specialmente rispetto a quei soggetti che risultano investiti solo marginalmente di poteri autonomi di verifica, vale a dire di poteri di controllo immediato sulla possibile fonte di pericolo, la cui competenza in tema di vigilanza e monitoraggio è in ampia parte dipendente dalle comunicazioni provenienti da altri uffici.

Ebbene, dimostrazioni di programmazione virtuosa degli schemi informativi si possono riscontrare negli assetti di alcune società quotate.

Un caso particolarmente rappresentativo è fornito dal sistema adottato dalla *holding* di *Prysmian Group*, che procede ad un assetto di raccolta e trasmissione delle informazioni, basato su una serie di procedure suddivise in diverse fasi. Secondo quanto deliberato dal C.d.A.<sup>812</sup>, nello specifico, i singoli amministratori delegati, ognuno per l'area gestionale di propria competenza, in primo luogo, divulgano i dati inerenti all'attività da loro realizzata, a predeterminate funzioni della società: la Funzione Amministrazione, la Funzione Finanza, Controllo & IT e infine la Funzione Affari Societari. Queste, una volta acquisiti i dati, procedono, ciascuna per la propria sfera di competenza, ad effettuare una serie di controlli presso gli uffici direttamente interessati dalle singole operazioni e richiedono le eventuali integrazioni che ritengono necessarie per una conoscenza completa degli aspetti più rilevanti.

Concluse queste preliminari fasi di raccolta dei dati, gli amministratori delegati redigono apposite schede informative, che distribuiscono a tutti i membri del consiglio alcuni giorni prima della data fissata per la periodica riunione dell'organo. In quella sede, infine, i dati così riprodotti ed organizzati vengono illustrati dal singolo AD competente per materia all'intero C.d.A. e al collegio sindacale.

---

Sulla importanza dei flussi informativi per il collegio sindacale, che, attraverso essi può entrare a conoscenza di fatti potenzialmente oggetto di censura: G. BIANCHI, *I flussi informativi*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, op. cit., 81.

<sup>810</sup> Così, testualmente: M. CAPUTO, *Dalla teoria dei «segnali di allarme» alla realtà dell'imputazione dolosa nel concorso dell'amministratore non esecutivo ai reati di bancarotta*, in *Riv. soc.*, 2015, 5, cit., 909. La definizione riprende i precedenti studi di autorevole dottrina.

<sup>811</sup> Individua, del resto, il principio di adeguatezza dei flussi informativi tra gli indicatori di efficacia dell'assetto adottato dalla società: A. NEGRI-CLEMENTI, *Gli indicatori di efficacia degli assetti di governo societario con specifico riferimento al sistema delle deleghe*, in *Il sistema delle deleghe di funzioni gestorie*, ID. (a cura di), op. cit., 412.

<sup>812</sup> Come disposto con delibera del C.d.A. del 10 novembre 2010, reperibile al sito internet [www.prysmiangroup.com](http://www.prysmiangroup.com).

Si tratta di una pianificazione all'apparenza pregevole. Un simile schema, infatti, dove regolarmente rispettato, si rivela potenzialmente idoneo a veicolare nel modo più completo le diverse notizie sulla gestione agli organi di controllo apicali, in modo tale da garantire che eventuali irregolarità possano essere individuate sin dai primi segnali di anomalia.

Tuttavia, la predisposizione di procedure informative così attente, come quella proposta, non si riscontra sempre nelle diverse realtà societarie che costellano il panorama imprenditoriale. La geometria dei flussi informativi, infatti, varia profondamente da ente a ente. La tipologia di canali comunicativi che si adopera, così come il loro concreto funzionamento, può divergere grandemente a seconda del tipo di società cui si fa riferimento. Sono molteplici i fattori che incidono sulla planimetria della singola S.p.A., come le sue dimensioni, la tipologia di attività di impresa che esercita, il mercato di riferimento, così come l'esistenza di limiti comunicativi determinati dall'esistenza di segreti industriali, per menzionare solo alcuni esempi<sup>813</sup>.

Del resto, è la stessa disciplina normativa che asseconda questa forma di diversificazione, regolando la materia attraverso una serie di clausole generali e lasciando ampio spazio all'autonomia privata. Sempre con riferimento ai flussi informativi interni al C.d.A., si ricorderà che il legislatore del 2003 ha introdotto un modello di base unitario per le S.p.A., individuato dalle previsioni di cui agli artt. 2381 e 2392 c.c., in cui definisce soltanto le regole generali che garantiscono lo scambio di informazioni tra amministratori delegati e deleganti, e ha lasciato, poi, all'autonomia privata il compito di precisare i relativi «contorni», di modo da garantire a ciascuna società la possibilità di organizzarsi a seconda delle proprie peculiarità<sup>814</sup>.

Senonché, il risvolto negativo di questa ampia libertà di scelta, come si diceva innanzi, sta nel fatto che non vi sia omogeneità tra le diverse soluzioni adottate dai vari enti. E così, ad assetti informativi particolarmente virtuosi, come quello osservato innanzi, se ne accostano altri inefficienti, potenzialmente in grado di determinare dei vuoti di conoscenza per i soggetti che vi operano.

Il primo rilievo che emerge da questa impostazione è dunque legato al fatto che, quando si applichi la teoria dei segnali di allarme nel contesto societario si deve necessariamente rifuggire dalla tentazione di procedere per generalizzazioni. In sede processuale, in buona sostanza, il primo passaggio che si deve compiere è quello di

---

<sup>813</sup> Sulla opportuna distinzione nella applicazione dei principi di cui all'art. 2381 c.c., in specie sui doveri informativi di cui al comma V: P. MONTALENTI, *La società quotata*, in *Trattato di diritto commerciale*, G. COTTINO (diretto da), Vol. IV, tomo II, Cedam, Torino, 2004, 208; L. ENRIQUES-M. GARGANTINI, *Regolamentazione e autoregolamentazione nei controlli interni sull'informazione finanziaria*, in *Giur. comm.*, 2009, 5, 906 e ss.

<sup>814</sup> Sulla scelta del legislatore del 2003 di approntare un modello di base unitario relativo anche al sistema dei flussi informativi endosocietari, il cui adattamento passa per il necessario esercizio dell'autonomia statutaria, approfonditamente: G. MERUZZI, *I flussi informativi endosocietari nella società per azioni*, *op. cit.*, 28 e ss. e 57 e ss.

ricostruire attentamente le dinamiche dei canali informativi adottati dalla singola società nel caso di specie e di valutare il loro concreto funzionamento.

Ogni presunzione sul punto, che si svolga attraverso astrazioni e che eviti questo tipo di mappatura preliminare, finisce per inficiare lo stesso ragionamento che sta alla base della teoria dei segnali di allarme. L'indice non può ritenersi percepito dal singolo - men che meno valutato e compreso - se prima non si verifica che il soggetto, nella specifica situazione data, aveva effettivamente la possibilità di coglierlo.

Al di là di questa prima acquisizione, di portata generale, vi sono comunque una serie di ulteriori complicazioni che affiorano dal rapporto tra il meccanismo probatorio dei segnali d'allarme e le dinamiche delle organizzazioni societarie; problemi, che, a ben osservare, portano a dubitare della stessa tenuta di tale teoria in questo particolarissimo sistema.

### **3.1. Limiti cognitivi. «Attenzione selettiva» e *inattentional blindness* nel reticolo delle relazioni endosocietarie.**

Un tema peculiare riguarda il modo attraverso il quale si presentano i limiti cognitivi che concernono il singolo esponente aziendale e che si connettono alla sua capacità di percepire gli indici di rischio esistenti nel contesto in cui opera. Questi limiti, dove si collochino all'interno della realtà societaria, producono effetti che trascendono la dimensione individuale; l'incapacità di un soggetto, specie se collocato in una posizione strategica, di acquisire conoscenza di un determinato accadimento può bloccare l'intera catena dei controlli e inficiare l'abilità dello stesso sistema di percepire l'esistenza di un segnale di allarme e reagire allo stesso.

Si parta da una breve ricognizione della tematica. Come dimostrano le scienze psicologiche, l'acquisizione di conoscenza da parte dell'osservatore e la consapevole elaborazione dei dati appresi, finalizzata alla loro comprensione, si collega a processi cognitivi interni alla psiche dell'individuo che, talvolta possono avvenire in maniera non corretta, specie dove questi operi in contesti complessi, come le S.p.A. Il soggetto fallisce nell'analisi delle informazioni poste nella sua disponibilità, non è in grado di rendersi conto dell'importanza di una determinata informazione, la scarta, dunque, dalla sua sfera di attenzione e, di conseguenza, non giunge a vagliarla per comprenderne il significato.

Un primo limite che intendiamo porre in evidenza e che produce una particolare eco in questo sistema è legato al fenomeno della c.d. *attenzione selettiva*. Con tale espressione si indica la capacità della persona di concentrarsi su uno specifico oggetto e di estrapolarne in modo privilegiato le informazioni rilevanti per il raggiungimento dello scopo che persegue<sup>815</sup>. Lo stimolo *selezionato*, insomma, viene elaborato dalla mente del

---

<sup>815</sup> Sul punto, si rinvia agli studi raccolti in R. A. FABIO, *L'attenzione. Fisiologia, patologie e interventi riabilitativi*, in FrancoAngeli, Milano, 2002, Parte Prima, Cap. 2, 38-53.

soggetto per divenire informazione consapevole e orientare la sua risposta; tutti gli altri messaggi, al contrario, avvertiti intuitivamente dall'osservatore come non rilevanti, sono filtrati a livello di *sub conscio* - o, secondo taluno, sono elaborati in maniera soltanto superficiale<sup>816</sup> - con l'effetto che restano comunque «sotto la soglia della consapevolezza»<sup>817</sup>.

Per spiegare il concetto di attenzione selettiva gli studi cognitivi parlano di «effetto cocktail party»<sup>818</sup>, in base al quale, durante una festa, l'essere umano è in grado di prestare attenzione a ciò che gli viene detto dal proprio interlocutore, nonostante il rumore di fondo costituito dai discorsi degli altri ospiti, che, contemporaneamente, conversano tra loro. In altre parole, nonostante le emissioni sonore provenienti da tutti gli invitati vengano colte dai recettori acustici del soggetto, questi è in grado di selezionare e analizzare soltanto quelle emesse dalla persona con cui sta sostenendo una conversazione<sup>819</sup>.

Questo fenomeno selettivo si spiega per il fatto che il sistema cognitivo umano è di per sé limitato, come tale impossibilitato ad elaborare un numero molto elevato di informazioni. In buona sostanza, dunque, mentre i dati percepiti come rilevanti sono elaborati dalla mente per essere utilizzati, divenire consapevoli e orientare la risposta dell'individuo, gli stimoli intuitivamente identificati come non rilevanti vengono soltanto avvertiti in modo automatico e inconsapevole, per poi essere scartati.

Di per sé, dunque, il concetto di attenzione selettiva costituisce una normale rappresentazione del funzionamento del processo cognitivo umano, un'abilità, in un certo senso, che permette alla persona, di fronte a un ambiente complesso e ricco di stimoli, di selezionarne soltanto alcuni, per raggiungere uno scopo o attuare un determinato comportamento. Il problema, che ci interessa mettere in evidenza in questa sede, sorge

---

<sup>816</sup> Inizialmente si confrontavano due diverse teorie strutturali sul momento in cui interviene il filtro della attenzione selettiva. Secondo la teoria della *selezione precoce*, l'informazione viene selezionata prima della elaborazione del suo contenuto semantico e quella non rilevante decade progressivamente. Al contrario, la teoria della *selezione tardiva* ritiene che tutti i messaggi siano elaborati a livello semantico e che il filtro della irrilevanza subentri successivamente, al momento della risposta. Si veda la ricostruzione delle diverse concezioni proposta in J. LACHTER-K. I. FORSTER- E. RUTHRUFF, *Forty-Five Years After Broadbent (1958): Still No Identification Without Attention*, in *Psychological Review*, 2004, 111, 4, 880 e ss.

<sup>817</sup> In questo senso si esprime la c.d. teoria del filtro attenuato («*attenuation theory*») secondo cui gli stimoli cui non si presta attenzione non vengono completamente scartati; a differenza degli stimoli rilevanti che attivano la risposta cognitiva, però, non raggiungono il livello della consapevolezza, a meno che non siano particolarmente importanti. A. TREISMAN, *Selective attention in man*, in *British Medical Bulletin*, 1964, 20, 12-16.

<sup>818</sup> La tesi è stata sviluppata da E. C. CHERRY, *Some Experiments on the Recognition of Speech, with One and with Two Ears*, in *The Journal of the Acoustical Society of America*, 1953, 25, 5, 975-979.

<sup>819</sup> Si è in parte parafrasato quanto indicato da E. IULIANO, *Bias attentivi nell'elaborazione di stimoli emotigeni: paradigmi sperimentali, modelli teorici e implicazioni cliniche nei disturbi d'ansia*, in *Cognitivismo Clinico*, 14, 1, 2017, 60.

nel momento in cui l'osservatore, tra i molteplici stimoli che percepisce, fallisce nella selezione. Non si avvede, per diversi motivi, dell'importanza di un determinato dato, di un segnale, non si avvede della minaccia contenuta in quel dato, e lo scarta involontariamente<sup>820</sup>. Si crea così una sorta di svista, che blocca il dato e gli impedisce di venire elaborato coscientemente dal soggetto.

Ebbene, inquadrato il fenomeno, nei limiti di quanto rileva ai fini di questa indagine, emerge una questione. Il problema che si pone è infatti quello di capire come questo processo cognitivo, che opera in generale nella mente di ogni individuo, si possa porre con speciale riferimento ai soggetti adibiti a funzioni di controllo nell'ambito delle società.

Pare fondato ritenere che nella organizzazione di tipo societario la moltitudine di dati che pervengono ai diversi esponenti amplifichi l'effetto selettivo, specialmente con riferimento a controllori di secondo o di terzo livello, i quali devono monitorare, oltre al proprio operato, anche l'attività altrui. Più sono le informazioni che giungono nello stesso momento al soggetto, più saranno le informazioni che verranno scartate. Potranno essere recepiti, selezionati ed elaborati, fino a giungere al grado della coscienza, solo quei dati avvertiti dall'individuo, appunto, come rilevanti; di tal ché, eventuali segnali di irregolarità nell'attività di impresa potranno essere acquisiti e correttamente vagliati

---

<sup>820</sup> Gli studi cognitivi sono in ampia parte concordi nel ritenere che, dove lo stimolo che raggiunge il soggetto possa essere avvertito *prima facie* come minaccia, il singolo sarebbe portato a distogliere la propria attenzione dagli altri dati, dalle altre diverse attività che lo vedono coinvolto, e a focalizzarsi sul pericolo. Si parla, a tal proposito, di *bias attentivo* per indicare appunto questo ridirezionamento dell'attenzione. J. M. G. WILLIAMS-F. N. WATTS- C. MACLEOD-A. MATHEWS, *Cognitive psychology and emotional disorders*, 1997, Chichester, England: Wiley.

Quando parliamo di selezione delle informazioni e di possibile scarto, da parte del soggetto, di dati che pure contengono in sé un segnale di allarme, intendiamo allora evidentemente riferirci a quei dati che non hanno capacità significativa immediata; vale a dire stimoli che non possano essere avvertiti, già a livello preattentivo come minaccia - altrimenti sarebbe logico ipotizzare il predetto ridirezionamento. Può essere il caso, per esempio, nella contabilità delle società per azioni, di una posta bilancio che riporti in modo mascherato una attività irregolare del *management*, e che, proprio perché falsificata o comunicata in modo non chiaro, non viene avvertita immediatamente come segno dell'illecito.

Sul tema dei *bias attentivi* e del ridirezionamento della attenzione del soggetto, si vedano, tra i molti contributi: F. PRATTO-O.P. JOHN, *Automatic vigilance: The attention grabbing power of negative social information*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, 1991, 61, 380-391; C. H. HANSEN-R. D. HANSEN, *Finding the face in the crowd: An anger superiority effect*. *Journal of Personality and Social Psychology*, 1998, 54, 917-924; J. E. LEDOUX, *Emotion: Clues from the brain*. *Annual Review of Psychology*, 1995, 46, 209-235; A. ÖHMAN-A. FLYKT- F. ESTEVES, *Emotion drives attention: Detecting the snake in the grass*. *Journal of Experimental Psychology: General*, 2001, 130, 466-478.

Si veda, altresì, per una sintesi schematica dei temi più salienti legati ai *bias attentivi*: G. BATTAGLIA-C. LOMBARDO, *L'attentional bias e le applicazioni cliniche dell'Attentional Bias Modification Training*. Relazione al Convegno *Giornate di neuropsicologia dell'età evolutiva*, Xed., 21-24 gennaio 2015, Bressanone, pubblicata sul portale del Dipartimento di Psicologia, Università di Roma La Sapienza.

dall'osservatore, a condizione che essi ricadano entro la sua «area di attenzione», vale a dire dove riguardino la specifica attività cui l'osservatore orienta la propria cura. In caso contrario, nell'ipotesi in cui i dati da valutare fuoriescano dallo specifico settore della sua analisi e dove, allo stesso tempo, questi non veicolino un messaggio chiaro, evidente, da cui possa emergere in modo immediato ed eclatante l'irregolarità<sup>821</sup>, ben potrebbero essere «ignorati», o comunque essere solo superficialmente avvertiti e automaticamente scartati.

Si pensi al caso dei sindaci che operino all'interno di società che attribuiscono la competenza del controllo contabile ad un revisore esterno. Come si è visto, i controlli che i membri del collegio sindacale continuano ad effettuare sulla materia contabile sono, in tali ipotesi, estremamente circoscritti e risultano per lo più legati alla analisi di informazioni comunicate da altri, in particolare dallo stesso revisore e dagli amministratori esecutivi. Ebbene, in tale contesto è logico ipotizzare che, dove dai dati forniti non emerga immediatamente l'esistenza di una condotta illecita, per esempio legata ad operazioni finanziarie irregolari, e dove la stessa non riguardi direttamente la circoscritta sfera di controllo che pertiene al collegio sindacale, essa ben potrebbe passare inosservata. I sindaci, nel vagliare la mole di informazioni che normalmente vengono loro trasmesse, potrebbero non accorgersi dell'esistenza di segnali di pericolo legati a tali poste contabili.

Nel corso di questa indagine, si è potuto riscontrare una situazione analoga con riferimento al caso Carim, in cui il giudice di prime cure ha prosciolti i membri del collegio, proprio a fronte della logica incapacità degli stessi di avvedersi della esistenza di campanelli di allarme, in relazione a condotte di reato poste in essere dall'esecutivo, che fuoriuscivano dalla loro stretta sfera di competenza e di attenzione, e che peraltro sarebbero dovuti emergere, secondo la ricostruzione del G.u.p., da dati che erano stati artatamente manipolati dagli stessi esecutivi, in concorso con i revisori della banca<sup>822</sup>. Secondo l'analisi proposta in sentenza, il sistema dei controlli esistente nell'istituto bancario e la struttura dei flussi informativi destinati ai membri del collegio non consentivano a tali soggetti di entrare a conoscenza delle pratiche illecite degli amministratori, proprio poiché sarebbe mancata *a monte* la possibilità per questi di avvertire i relativi segnali di allarme, mascherati tra la moltitudine di dati che non dovevano essere direttamente attenzionati dai sindaci, il cui significato era per di più celato attraverso messaggi contrastanti forniti dagli stessi amministratori.

Strettamente legato al tema relativo ai limiti della attenzione umana è poi il fenomeno della c.d. *inattentive blindness*<sup>823</sup>, che assume fondamentale rilievo per la ricostruzione critica che si propone in questo lavoro. Con tale espressione si indica la

---

<sup>821</sup> Si veda quanto detto alla nota precedente.

<sup>822</sup> *Supra*, Cap. II, Sez. II.

<sup>823</sup> Come è stato definito sul finire degli anni '90, nel lavoro di A. MACK-I. ROCK, *Inattentive blindness*, Cambridge, MA, MIT Press, 1998.

situazione in cui un soggetto, quando sia concentrato nell'espletamento di un determinato compito, e dunque orienti la propria attenzione su di uno specifico campo od oggetto, non è in grado di avvedersi di altri eventi, che siano per lui inaspettati. L'individuo soffre una sorta di «cecità» verso le circostanze che lo circondano, determinata dal fatto di essere, per così dire, assorto in una precisa attività<sup>824</sup>. Accade allora che non si avveda affatto di elementi in realtà giudicati in genere «*plainly visible*», che si verificano sotto i suoi stessi occhi<sup>825</sup>.

Il fenomeno è stato analizzato a partire dallo studio condotto da Simons e Chabris, della Harvard University, attraverso quello che è poi passato alla storia come l'esperimento del «*invisible gorilla*» (o gorilla invisibile)<sup>826</sup>, che intendiamo qui richiamare brevemente. Veniva chiesto ad un gruppo di persone di osservare una squadra di giocatori, alcuni vestiti di bianco e altri di nero, e di contare quante volte i componenti della squadra che indossavano la maglia bianca si scambiassero la palla. Nel corso dell'esperimento, senza che i partecipanti ne fossero preventivamente informati, passava tra i giocatori una persona vestita con un costume da gorilla. Al termine, veniva chiesto ai soggetti analizzati di indicare che cosa avessero visto e, benché il «gorilla» fosse transitato direttamente al centro della scena, nel corso dell'esperimento, solo una percentuale molto limitata degli osservatori riportava di essersi accorto della sua presenza. La maggior parte dei partecipanti allo studio, infatti, non aveva avuto alcuna percezione di un accadimento tanto rilevante e anomalo come il passaggio di un uomo vestito da primate, perché, come si diceva innanzi, assorto in ben altro compito.

Una successiva variante di questo esperimento, che assume peculiare rilievo per il tema oggetto di questa tesi, è quella proposta alcuni anni dopo da un altro gruppo di studiosi, per verificare se questa forma di *inattentional blindness* si verifichi anche tra professionisti, soggetti esperti in un determinato settore, mentre sono coinvolti nell'esercizio di un'attività di propria competenza<sup>827</sup>.

---

<sup>824</sup> Si specifica in questi casi: «*people sometimes fail to perceive relevant things going on in front of their eyes*», e nonostante la portata anche evidente dei dati non percepiti, «*they believe that they have the complete picture and ignore any information that cannot be captured by the initially used frame*». G. PALAZZO-F. KRINGS-U. HOFFRAGE, *Ethical blindness*, in *Journal of Business Ethics*, 2012, 109, 326.

<sup>825</sup> S. B. MOST, *What's «inattentiona» about inattentional blindness?* in *Consciousness and Cognition: An International Journal*, 2010, 19, 4, 1102 e ss.

<sup>826</sup> D. SIMONS-C. F. CHABRIS, *Gorillas in our midst: sustained inattentional blindness for dynamic events*, Department of Psychology, Harvard University, in *Perception*, 1999, 28, 9, 1059.

Successivamente ripubblicato nel testo D. SIMONS-C. F. CHABRIS, *The invisible gorilla. How our intuition deceives us*, stampato anche nella traduzione italiana *Il gorilla invisibile. E altri modi in cui le nostre intenzioni ci ingannano*, IlSole24Ore, Milano, 2012.

<sup>827</sup> Ci si riferisce all'esperimento realizzato nella pubblicazione di T. DREW-M. L. H. VO-J. M. WOLFE, *The invisible gorilla strikes again: Sustained inattentional blindness in expert observers*, in *Psychological Science*, 2013, 24, 9, 1848 e ss.

Era stato chiesto ad alcuni radiologi di analizzare delle radiografie raffiguranti polmoni, alcuni sani, altri con carcinoma. Anche in questo caso, all'interno delle immagini a raggi X degli organi, era stato inserito un elemento anomalo, inaspettato per i partecipanti, vale a dire l'immagine di un piccolo gorilla (quale tributo allo studio di Simons e Chabris). Concluso l'esperimento si domandava ai radiologi di descrivere il risultato delle loro osservazioni e, anche qui, solo una piccola percentuale dichiarava di essersi accorto dell'anomalia: solamente quattro dei ventiquattro professionisti coinvolti riportavano di aver notato, all'interno delle radiografie, la miniatura del gorilla.

In breve, con questo secondo studio si è dimostrato come anche soggetti esperti, coinvolti in attività di propria competenza, possono soffrire di questa forma di cecità attentiva rispetto ad eventi inaspettati.

A fronte di quanto osservato, è inevitabile concludere che, ragionevolmente, anche gli esponenti aziendali, adibiti ad attività di controllo e vigilanza all'interno della società, in genere professionisti chiamati ad applicare le proprie competenze nell'attività di *monitoring*, possono incorrere, alla stregua di qualsivoglia altro essere umano, in situazioni di *inattentional blindness*. Peraltro, vale sempre l'assunto per cui la realtà societaria, composta da intricate relazioni sia interne allo stesso organo, che tra organi diversi, e caratterizzata da processi di raccolta, trasmissione e analisi di informazioni non sempre ben funzionanti, può aggravare il rischio che si verifichi un fenomeno di questo tipo<sup>828</sup>. La pluralità di dati che pervengono al soggetto controllore attraverso il meccanismo dei flussi informativi e la molteplicità dei compiti in cui lo stesso è in genere coinvolto - pensiamo sempre ai membri del collegio sindacale, che sono chiamati a vigilare su una varietà molto ampia di attività - fa sì che lo stesso possa facilmente incorrere in queste forme di disattenzione e rischi di non avvedersi di segnali anche evidenti di pericolo, quando inaspettati.

### **3.2. Limiti strutturali. Fattori organizzativi di «miopia» e segnali di allarme.**

Ai limiti cognitivi di tipo personale, che riguardano il singolo controllore e si connettono ad aspetti interni alla sua psiche, impedendogli di avvedersi della esistenza di segnali di pericolo, si aggiungono, nel sistema societario, una serie di altri impedimenti, che potremmo definire «strutturali», e che discendono in via diretta dai difetti dell'assetto organizzato in cui il soggetto si trova inserito. Si tratta, in altre parole, di «*fattori organizzativi*»<sup>829</sup> che incidono sulla corretta percezione degli stimoli esterni da parte

---

<sup>828</sup> Sul tema relativo ai difetti attentivi e al fenomeno, in specie, della *inattentional blindness* all'interno delle organizzazioni: R. ELLIS, *May I Have Your Attention Please? A Review of Change Blindness*, in *Organization Development Journal*, 2012, 30, 3, 54 e ss.

<sup>829</sup> P. ASTORINA, *Verità e problemi di imputazione soggettiva nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 3, 924 e ss., si veda nota 128.

dell'individuo e si legano, per lo più, ad inefficienze dei sistemi di comunicazione, e dunque, ancora una volta, al tema dei flussi informativi.

Una prima variabile da considerare si connette alla tipologia ed al contenuto delle comunicazioni dirette all'interessato. Dove le procedure di selezione dei dati non dovessero funzionare correttamente, il singolo potrebbe vedersi recapitare informazioni disorganizzate o confuse, anche non pertinenti all'oggetto del controllo; rientra in questa situazione l'ipotesi in cui i dati trasmessi presentino significati contrastanti, per cui il soggetto non è in grado di discernere correttamente il giusto messaggio sul quale deve focalizzarsi. Un effetto analogo si produce di fronte ai falsi allarmi, che determinano una deviazione della attenzione dell'osservatore su elementi in realtà irrilevanti. Di fronte ad un allarme non veritiero, peraltro, il rischio è che venga a scemare la capacità stessa dell'intera organizzazione, non solo del singolo che riceve l'informazione, di attivarsi rispetto ai veri segnali di pericolo. Il fatto di aver risposto, in passato, ad allarmi rivelatisi poi infondati, potrebbe infatti portare l'intera struttura a dubitare della abilità di discernimento dei propri esponenti, ovvero a sottovalutare una minaccia<sup>830</sup>. Di conseguenza, quando si presenti realmente un indice di rischio, l'organismo potrebbe non coglierlo per tempo e non essere più in grado di rispondervi in modo adeguato.

Un'altra possibile causa di *deficit* attentivo, connessa ad inefficienze dell'organizzazione, è rappresentata dal sovraccarico informativo. In situazioni di sovrabbondanza di dati indirizzati al soggetto controllore, eccessivamente numerosi o anche non puntuali, aumenta il rischio di confusione ed è facile che l'osservatore non rilevi minacce emergenti, specie dove queste riguardino aree della struttura organizzativa a bassa priorità, che passano in genere in secondo piano<sup>831</sup>. È il caso, per esempio, degli amministratori delegati che comunichino ai non delegati informazioni non filtrate, riversando su questi una moltitudine di dati, relativi ai più diversi aspetti della attività da loro posta in essere, anche quando questi non siano indispensabili o utili alla procedura di valutazione; è il caso, ancora, peraltro non raro nella pratica, in cui le istanze inferiori, che compongono la piramide dei controlli societari, non procedano ad accurate operazioni di filtro e riversino congerie di nozioni, anche inutili, sulle altre istanze che devono procedere ai controlli di livello superiore. Un problema analogo potrebbe verificarsi, intuitivamente, in situazioni in cui il dirigente preposto, che tra le sue funzioni annovera proprio quella di individuare le informazioni rilevanti di tipo contabile e comunicarle ai controlli apicali, non dovesse adempiere in modo diligente ai propri doveri.

Lo scorretto funzionamento del sistema dei flussi adottato dalla struttura inficia, in genere, il procedimento di acquisizione e selezione delle informazioni e porta il soggetto

---

<sup>830</sup> In questo senso M. CATINO, *Miopia organizzativa. Problemi di razionalità e previsione nelle organizzazioni*, Il Mulino, Bologna, 2009, 124. Con riferimento a queste ipotesi l'Autore parla di «rumore» causato da molteplici informazioni, segnali, dati che confondono il singolo.

<sup>831</sup> M. CATINO, *Miopia organizzativa. Problemi di razionalità e previsione nelle organizzazioni*, op. cit., 124.

ricevente a «scartare» dalla relativa sfera di attenzione informazioni rilevanti o comunque indicative di un rischio.

Maggiori complicazioni derivano poi dai fallimenti del meccanismo di coordinamento tra i vari uffici che compongono l'organizzazione. Qui il discorso non è più legato soltanto alle ipotesi di inefficienze nei flussi informativi tra organi e soggetti collocati su diversi piani della catena dei controlli, ma riguarda in particolare le comunicazioni che operano tra uffici collocati sullo stesso livello operativo.

È stato osservato in alcuni studi che «una tipica causa di fallimento nel coordinamento organizzativo è legata all'esistenza di distinti "silos" di conoscenza e informazione all'interno delle organizzazioni»<sup>832</sup>. In sostanza, in determinate strutture, come quelle di tipo societario, si creano elevati gradi di differenziazione della conoscenza: i singoli uffici si specializzano ciascuno in un particolare settore, così da poter raggiungere, nella propria area di interesse, elevati *standard* di competenza. All'interno di una impresa societaria di tipo commerciale, ad esempio, si distinguono referenti del settore commerciale, di quello tecnico-amministrativo, del settore affari sociali, e così via.

Perché l'organizzazione possa funzionare in modo corretto, queste diverse funzioni devono essere in grado di coordinarsi in modo ottimale, attraverso un continuo scambio di dati; le partizioni della conoscenza devono essere «controbilanciate» da attente procedure di integrazione informativa tra i diversi uffici, in grado di colmare eventuali *gap* conoscitivi sull'affare che si sta portando a compimento. Solo così la iniziale frammentazione può essere ricondotta ad un assetto omogeneo, in cui i diversi attori sono tutti in grado di conoscere gli accadimenti più rilevanti che si registrano nell'impresa. Il singolo ufficio, tramite tale scambio, può avvedersi quindi di eventuali irregolarità in una determinata area, anche laddove questa si collochi al di fuori del controllo di propria pertinenza, e può così avvertire i responsabili perché si adoperino ad azionare i protocolli di intervento per impedire la commissione dell'illecito sottostante.

Questo sistema ideale implica, in altre parole, che l'organizzazione sia in grado di dotarsi di un adeguato assetto di flussi informativi tra le varie funzioni operative. Sennonché, raggiungere un simile risultato non è sempre possibile<sup>833</sup> ed il rischio è che si verifichi una sorta di corto circuito, che non permette il corretto passaggio delle informazioni, anche contenenti i segnali di allarme, tra un ufficio e l'altro<sup>834</sup>.

---

<sup>832</sup> M. H. BAZERMAN-M. WATKINS, *Predictable surprises*, Boston, Harvard Business School, 2004.

<sup>833</sup> M. CATINO, *Miopia organizzativa. Problemi di razionalità e previsione nelle organizzazioni*, cit., 124-125; ID., *Capire le organizzazioni*, Il Mulino, Bologna 236-237. L'Autore riprende studi di sociologia della seconda metà del '900 e cita i lavori di P. R. LAWRENCE-J. W. LORSCH, *Organization and Environment*, Boston, Mass., Harvard Business School Press, 1967, e M. H. BAZERMAN-M. WATKINS, *Predictable Surprises*, Boston, Harvard Business School, 2004.

<sup>834</sup> Con riferimento alla capacità predittiva del singolo nel particolare assetto dell'impresa: G. FORTI, *La «chiara luce della verità» e «l'ignoranza del pericolo»*. *Riflessioni penalistiche sul principio di*

In breve, la stessa dimensione organizzata può causare diversi impedimenti che limitano la cognizione del soggetto che vi opera.

Vi è poi un ulteriore aspetto da tenere in considerazione. Quando il tema dei limiti di attenzione e comprensione del singolo viene sondato con riferimento ad un contesto organizzato, in cui lo stesso si trova inserito, una dimensione caratterizzata dalla presenza di più attori tra loro collegati e coinvolti nello scambio di informazioni, si evidenziano una serie di effetti, che oltrepassano la dimensione individuale<sup>835</sup>.

Queste forme di «disattenzione», qui, si riverberano sull'intera struttura, determinando una sorta di «miopia organizzativa», un fenomeno cui oggi è riconosciuto particolare rilievo, e che si è imposto all'attenzione delle scienze sociali a partire dagli anni 2000, con la pubblicazione del celebre lavoro del Professore Maurizio Catino, intitolato «*Miopia organizzativa. Problemi di razionalità e previsione nelle organizzazioni*». Con tale locuzione si indica la condizione di ridotta capacità analitica e critica di un complesso organizzato, rispetto ad accadimenti che lo coinvolgono direttamente; si tratta di una sorta di inabilità dell'intera compagine di valutare i fatti che si trova ad affrontare, tanto nella loro realtà attuale, quanto rispetto ai loro possibili sviluppi futuri. Sicché, non è più soltanto il singolo, ma è l'intera entità a non riconoscere le indicazioni di potenziale pericolo<sup>836</sup>. La miopia in sistemi organizzativi complessi può favorire, infatti, la mancata rilevazione, di segnali di cambiamento di qualsivoglia dimensione, sia micro che macro, seppur evidenti, e si pone alla base dei processi di «crisi» della stessa entità organizzata. «*Una sua conseguenza è la persistenza di credenze e processi che favoriscono decisioni i cui effetti comportano maggiori probabilità che si verifichi un evento negativo*»<sup>837</sup>.

Gli eventi che in questa situazione sfuggono all'organizzazione possono essere delle più diverse tipologie e riguardare il mondo esterno, per cui, per esempio, può accadere che l'ente organizzato non si avveda di imminenti modifiche che interessano il mercato e assuma decisioni di investimento che gli causano ingenti perdite. Può altresì accadere, in modo perfettamente analogo, che ciò che sfugge all'organizzazione nel suo complesso concerna accadimenti che si sviluppano al suo interno. L'impresa, in quest'ultimo caso, può non essere in grado di accorgersi che, nella sua stessa struttura operativa, si stiano realizzando fatti illeciti. Avviene, così, che l'insieme di soggetti che sono parte del complesso non si avvede delle irregolarità che altri esponenti dello stesso

---

*precauzione*, in *Scritti per Federico Stella*, M. BERTOLINO-G. FORTI (a cura di), Jovene, Napoli, 2007, *op. cit.*, in particolare 657 ss., ove si sottolinea l'importanza del «*dovere di condivisione delle situazioni, innanzitutto conoscitive*», da cui deriva il potere di agire dei soggetti adibiti alla funzione di controllo.

<sup>835</sup> M. CATINO, *Capire le organizzazioni*, *op. cit.*, 2012, 237 e ss.

<sup>836</sup> Questa forma di miopia si ritiene si manifesti sotto un aspetto che è in realtà duplice: come mancato riconoscimento da parte dell'organizzazione, da un lato, di segnali di potenziale opportunità e, dall'altro lato, di segnali di allarme.

<sup>837</sup> Così M. CATINO, *Miopia organizzativa. Problemi di razionalità e previsione nelle organizzazioni*, Il Mulino, Bologna, 2009, 12.

ente stanno commettendo; la struttura organizzata nel suo insieme non riesce quindi ad intervenire tempestivamente e ad arginare gli effetti lesivi della condotta.

I segnali di allarme in questi casi rimangono inascoltati, proprio a causa di una incapacità della intera organizzazione di percepirli ed elaborarli. Tutto ciò, come è agevole comprendere, porta con sé inevitabili conseguenze sul piano della ricostruzione delle responsabilità eventualmente implicate nel caso di specie. In questa situazione, infatti, ad essere coinvolto non è più solo il singolo controllore, che non avverte il segnale di allarme perché lo stesso rimane impigliato nelle maglie del sistema<sup>838</sup>, ma è lo stesso ente in prima persona, costretto ad una condizione di miopia, a vedersi privato della possibilità di comprendere la situazione di illiceità che si sta sviluppando al suo interno, con rilevanti conseguenze che dovrebbe essere tenute nella debita considerazione, nel momento in cui si vada a ricostruire la colpa di organizzazione, in un processo per responsabilità *ex d.lgs. 231/2001*.

### 3.3. Segnali d'allarme e flussi informativi societari: un connubio periglioso.

Quanto si è ricostruito nelle pagine che precedono evidenzia, sotto diversi aspetti, come il fatto che un determinato accadimento sia *conoscibile* non significa che esso sia stato anche effettivamente *conosciuto* da parte del soggetto, nel caso concreto<sup>839</sup>. Allo

---

<sup>838</sup> Il tema trova parziale riscontro in alcuni recenti studi sul tema della responsabilità medica, in cui si accorda rilievo, per l'appunto, ai *fattori organizzativi* - che possono riguardare il funzionamento dell'*equipe* o anche, in senso più ampio, la azienda sanitaria - nella genesi degli errori umani, quale elemento da tenere dunque in considerazione in sede di ricostruzione della colpa.

Si vedano, tra i contributi più autorevoli sul punto: G. FORTI-F. CENTONZE, *Diritto e sapere scientifico in campo sanitario: un progetto di integrazione multidisciplinare*, 2011, 4-5, 915 e ss.; M. CAPUTO, *Filo d'Arianna o flauto magico? Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, 3, 906; F. D'ALESSANDRO, *Contributi del diritto alla riduzione della medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 3, 927 e ss. Evidenziano come questa condizione incida sulla capacità dell'*equipe* (quale sistema organizzato) di avvedersi del pericolo, da cui la possibilità di tenerne conto nel ricostruire il livello di diligenza richiesto ai singoli nel caso di specie.

In senso analogo, successivamente: F. P. BISCEGLIE, *Il «tentativo di conciliazione» tra diritto penale e gestione del rischio clinico*, in *Cass. Pen.*, 2018, 12, 4458; B. SPRICIGO, *Un approccio «responsivo» per le ipotesi di illecito colposo in ambito medico*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 1, 108-109 e ss. Con particolare riferimento alla individuazione, in tale assetto, della responsabilità del primario, adibito a compiti di controllo: E. GRECO, *Gestione del rischio clinico e attività medica svolta in regime di plurisoggettività. Imputazione dell'evento per colpa e delega di funzioni in campo sanitario*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 3, 1036 e ss.

<sup>839</sup> Sono interessanti sul punto gli studi sviluppati dalla psicologia cognitiva, cui si rimanda per un'analisi approfondita del tema dal punto di vista psicologico. In uno studio recente, in particolare, si è posta l'attenzione sulla distinzione tra «*information*» (il dato conoscibile) e «*knowledge*»/conoscenza (la corretta comprensione della situazione attraverso l'elaborazione delle informazioni). «*The term "knowledge" is used rather than "information", because information is the raw material from which knowledge might be made. However, one may have the wrong kind or amounts (e.g. excessive) of*

stesso modo, il fatto che, nella situazione data esistesse un segnale di irregolarità, un indice di minaccia, non comporta che lo stesso sia stato in effetti afferrato dall'osservatore e sia stato coscienziosamente elaborato. Il ricorso a semplificazioni, a procedure che tendano ad appiattare questa divergenza, finirebbe per «falsare» l'atteggiamento psichico dell'individuo. Inferire la concreta conoscenza di un dato dalla circostanza che la persona si trovasse semplicemente in condizione di conoscerlo significa, in buona sostanza, ricostruire una situazione che non corrisponde alla realtà dei fatti. Il soggetto poteva sapere, ma ciò non significa che sapesse e l'approfondimento dei limiti cognitivi compiuto nelle pagine che precedono lo dimostra una volta di più.

Questo tipo di constatazione, apparentemente chiara in principio, deve poi trovare il suo speciale contrappunto in sede di prova, quando nel corso di un processo si cerchi di ricostruire l'atteggiamento psicologico del soggetto imputato. Ciò significa, in pratica, che l'utilizzo di meccanismi di semplificazione probatoria, come la teoria dei segnali di allarme, deve operare con il massimo grado di accortezza per evitare di vanificare questa distinzione<sup>840</sup>. Si proceda ad una breve sintesi.

Come si è già posto in evidenza nel corso di questa indagine, il segnale di allarme, per poter valere nello schema ricostruttivo del dolo del soggetto rimasto inerte, deve presentare una carica marcatamente espressiva circa l'illecito sottostante. Come chiarito dalla giurisprudenza di legittimità nel caso Bipop-Carire, esso deve presentarsi come indice «*perspicuo e peculiare*»<sup>841</sup>, nel senso che deve valere come sintomo del reato che risulti poi commesso. Una volta compiuto in giudizio questo esame sulla natura del segnale, si deve poi passare a verificare che l'osservatore, che non si è adoperato per impedire la realizzazione dell'illecito, ha effettivamente percepito tale indicatore di pericolo e lo ha valutato nel suo esatto significato. Il soggetto deve aver acquisito il dato allarmistico e deve averlo compreso come tale.

---

*information, or may process it poorly; this is the merit of keeping the two concepts distinct*». Così: A. ETZIONI, *Treating rationality as a Continuous Variable*, in *Society*, 2014, 51, 343-344. La riportata distinzione, secondo l'autrice dello studio, comporta una serie di fondamentali conseguenze, sul piano del comportamento che il soggetto adotta nel caso concreto.

<sup>840</sup> Come si è già detto in questa ricerca (Cap. I, specialmente §§ 3.3. e 4.2) in sede processuale si dovrà dimostrare che il soggetto ha percepito e correttamente inteso il segnale di allarme. Ha raggiunto, cioè *conoscenza* effettiva, attraverso tale acquisizione, del reato *in itinere* e, dunque, se lo è correttamente rappresentato. Insomma, è soltanto la conoscenza e non la mera conoscibilità a pertenerne alla dimensione dolosa. Sulla base di questa provata rappresentazione, deve poi seguire la verifica dell'elemento volitivo.

Tra le puntualizzazioni più ferme su questo tema: M. DONINI, *Dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 1, 78, n. 31 e 92, che precisa in modo *tranchant*: «*occorre esigere, anche per ragioni di garanzia, una piena mindfulness in capo a chi agisce con dolo eventuale, e non già, necessariamente, in chi agisce per colpa, dato che la colpa contiene sempre una qualche forma di errore sulla causalità, sui presupposti intellettuali o sulla realizzazione fattuale della condotta (errore-motivo o errore esecutivo) che indicano il dato davvero decisivo che essa è sempre non volizione dell'illecito*».

<sup>841</sup> Come chiarito dalla Corte di Cassazione nella celebre sentenza Bipop-Carire, n. 4 maggio 2007, n. 23838, A.A., in *Guida dir.*, 2007, 35, 71, analizzata al § 4 del Capitolo I.

Chiaramente, quando uno schema probatorio di tale portata viene calato nella realtà dell'organizzazione societaria, le complessità si acquiscono inevitabilmente. In questo caso, infatti, la ricognizione di cui sopra deve necessariamente confrontarsi con le specificità del sistema di coordinamento e di trasmissione delle informazioni che connotano il complesso organizzativo. Deve tener conto dell'assetto dei flussi informativi - i «binari» attraverso cui corre il segnale<sup>842</sup>.

La verifica che lo stesso sia stato correttamente percepito e valutato dal soggetto deve quindi vertere su una serie di analisi preliminari, che riguardano, in primo luogo, la stessa informazione societaria. Questa, si osserva da più parti, deve presentare alcuni requisiti fondamentali. «L'informazione - è stato detto - se vuole comunicare un segnale che venga colto - deve esibire, quantomeno, gli impegnativi tratti della adeguatezza e della rilevanza»<sup>843</sup> e, prima ancora, aggiungiamo noi, della chiarezza. I dati che vengono acquisiti direttamente dal controllore, o che gli vengono comunicati dalle altre istanze societarie devono essere comprensibili e tali da consentire al soggetto di focalizzare la sua attenzione sugli elementi rilevanti, evitando sovraccarichi informativi, che potrebbero ingenerare confusione e «sviste attentive».

Oltre a queste peculiarità proprie dell'informazione in sé considerata, è necessario che il sistema consenta poi al soggetto incaricato del controllo di procedere alla opportuna ponderazione dei dati a sua disposizione. Si comprende bene come in un sistema ideale questi dovrebbe essere posto nelle condizioni di analizzare attentamente le informazioni che gli pervengono, procedere ad eventuali approfondimenti e richiedere delucidazioni ogniqualvolta lo ritenga opportuno. Si comprende altrettanto bene come, però, uno studio di questa portata, nella realtà concreta dell'impresa societaria, non sia in genere plausibile; richiederebbe risorse e tempistiche che difficilmente possono conciliarsi con le esigenze di celerità e contenimento della spesa che connotano l'attività di impresa<sup>844</sup>.

È la dimensione in cui le società si collocano ad ostare ad una forma di trasmissione e approfondimento delle informazioni che soddisfi a pieno i requisiti di completezza e

---

<sup>842</sup> Cfr. F. 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, 3, *Parte seconda* e specialmente 640 e 693.

Consulich parla di elementi *pretipici* che devono considerarsi parte della fattispecie di concorso omissivo nel sistema dei reati realizzati nell'attività di impresa, all'interno del contesto societario. In particolare, con questa espressione l'Autore si riferisce specialmente alle *capacità* conoscitive del controllore (parla, in particolare, della sua indipendenza e libertà di indagine come elementi da valutare, quando si dovesse verificare il caso in cui il soggetto non abbia esercitato i propri poteri di vigilanza o valutazione - prima ancora di quelli reattivi - per verificare se tale omissione consista in una vera e propria rinuncia volontaria a carpire segnali di allarme.

<sup>843</sup> Con queste parole M. CAPUTO, *Dalla teoria dei «segnali di allarme» alla realtà dell'imputazione dolosa nel concorso dell'amministratore non esecutivo ai reati di bancarotta*, cit., 912.

<sup>844</sup> Con particolare riferimento alla necessità di graduare il contenuto delle informazioni che si trasferiscono, nella logica del contenimento dei costi: G. MERUZZI, *I flussi informativi endosocietari nella società per azioni*, op. cit., 67-68.

ponderazione: quegli stessi requisiti che consentirebbero al controllore di leggere i vari dati in modo davvero consapevole e di comprenderli come eventuali segnali di pericolo.

C'è poi da considerare un altro aspetto. È vero che i compiti di vigilanza e valutazione, incombenti sui diversi organi e organismi societari, non si esauriscono nella semplice elaborazione delle informazioni che vengono comunicate dalle altre istanze, ma comprendono, in genere, un coestensivo dovere dei controllori di informarsi attivamente e, dunque, di procedere in autonomia a ricercare direttamente i dati che ritengono mancanti. È altrettanto vero, però, che questa libertà di indagine, lo abbiamo visto nel corso della trattazione, soffre di numerosi limiti<sup>845</sup>.

Si rifletta, per fare un esempio, sul caso degli amministratori non esecutivi, i quali, oltre a ricevere notizie sulla gestione dai delegati, hanno il potere di chiedere a questi ultimi di fornire in consiglio spiegazioni e chiarimenti; oltre a ciò, al C.d.A. collegialmente, la legge riconosce la possibilità di richiedere supplementi informativi. Tali prerogative, però, risultano circoscritte dallo stesso sistema delineato dall'art. 2381 c.c. Dalla norma, infatti, emerge l'assoluta centralità dell'informazione di «seconda mano», quella cioè comunicata dai delegati; essa rappresenta il fondamento, la principale fonte di conoscenza per il consiglio. Una volta che questa sia stata trasmessa, e solo allora, è data ai non esecutivi la possibilità di ottenere delle integrazioni; una possibilità, o per meglio dire un potere, il cui azionamento è dunque successivo rispetto alla comunicazione principale. In altre parole, per potersi attivare nella ricerca di altri dati, gli amministratori non delegati devono aver avuto conoscenza, seppur minima, dei fatti aziendali rilevanti, quali trasmessi dagli esecutivi, secondo lo schema indicato dal codice. Già da questa conoscenza devono poter avvertire la presenza di segnali di irregolarità, per poi procedere a richiedere ulteriori integrazioni<sup>846</sup> e verificare la portata del segnale. Ciò significa che, laddove l'informazione che viene comunicata dagli esecutivi dovesse essere stata da

---

<sup>845</sup> Con speciale riguardo a questo potere c.d. *riflessivo* di informazione, quale parte integrante del sistema dei flussi informativi interni alla società, intra ed interorganici: G. RIOLFO, *I flussi informativi*, *op. cit.*, 120-121; 133-134.

Sulle diverse limitazioni alla circolazione delle informazioni, che possono ostare anche alla acquisizione individuale di informazioni - al di là dei limiti strutturali che si sono osservati nel corso di questa trattazione (*supra* Cap. II) - si vedano anche le considerazioni di C. DI NOIA-M. GARGANTINI, *Corporate governance e comunicazione di informazioni privilegiate*, *cit.*, 7 e ss., che pongono l'accento sulla particolare categoria delle informazioni c.d. privilegiate ed alle informazioni su cui osta il segreto industriale, quale ulteriore ostacolo alla trasmissione del sapere.

<sup>846</sup> In termini analoghi, evidenzia la *stretta dipendenza* del potere di informarsi degli amministratori non esecutivi rispetto alle comunicazioni trasmesse dagli esecutivi G. MERUZZI, *I flussi informativi endosocietari nella società per azioni*, *op. cit.*, 80 e ss.

In senso analogo: G. M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, Giuffrè, Milano, 2005, 325 e ss. Autore peraltro citato da Meruzzi nel suo studio.

Si veda altresì P. ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in *Il nuovo diritto delle società*, P. ABBADESSA e G.B. PORTALE (a cura di), II, *op. cit.*, 2006, 504 e ss.

questi falsificata, o manipolata al punto da celare già in principio l'esistenza di lacune o inesattezze, gli amministratori non esecutivi ben potrebbero non essere in grado di avvedersi dell'esistenza di un illecito *in itinere*. Ciò a dire che o l'allarme suona già chiaramente con la sola comunicazione delle informazioni da parte degli stessi soggetti che commettono il reato o, in caso contrario, rischia concretamente di perdersi e non poter essere avvertito.

La portata delle problematiche sottese all'applicazione del meccanismo dei segnali di allarme in una realtà così complessa e peculiare qual è quella delle S.p.A. è ragguardevole e non può certo essere ignorata nel procedimento penale, in cui si debba verificare se il controllore che non sia intervenuto ad impedire il reato degli esecutivi fosse mosso da consapevolezza e volontà. Dove le complessità osservate fossero ignorate, infatti, si rischierebbe di presumere l'esistenza di un atteggiamento doloso sulla base di considerazioni puramente astratte e avulse dalla realtà concreta. È pertanto sempre necessario verificare, prima di tutto, che eventuali malfunzionamenti non abbiano influito sulla cognizione del singolo controllore e che questo non sia incorso in *sviste attentivo-cognitive* - che, come visto, possono virtualmente presentarsi con una certa frequenza in un sistema così complesso come quello societario, fondato su relazioni sovrapposte e su scambi di informazioni non sempre ottimali. Solo così si potrà dimostrare che il soggetto ha in effetti percepito l'esistenza di un segnale di allarme. Successivamente, si deve poi esaminare che, da questa avvenuta percezione e dalla conseguente valutazione dell'indicatore, *perspicuo e peculiare*, il soggetto si è correttamente rappresentato *quel* determinato tipo di reato, oggetto di giudizio, e che, pur in questa consapevolezza, ha deciso di non agire.

Si tratta, è evidente, di un processo di ricostruzione innegabilmente complicato. Nella concretezza del processo penale, che affronta sovente molte difficoltà probatorie, e che cerca il più possibile di evitare eccessive lungaggini dibattimentali, è purtroppo facile immaginare come una cura simile possa venire sacrificata, sostituita dall'uso di presunzioni e automatismi applicativi. Lo abbiamo visto, del resto, con riferimento a numerose pronunce che sono state analizzate in questo lavoro di ricerca. Si è potuto appurare infatti come, in taluni casi, la stessa giurisprudenza di legittimità abbia appiattito lo schema di cui sopra fino a ritenere dimostrato il dolo dell'omittente a fronte della semplice esistenza, nel caso di specie, di segnali, definiti «*forti ed evidenti*»<sup>847</sup>, che, proprio perché tali, «*si sarebbero certamente imposti all'attenzione dell'osservatore*».

Riteniamo peraltro che anche il riferimento al concetto di nuovo conio della «*concreta conoscibilità*» dei segnali di allarme, che si è visto ricorrere in alcune delle più

---

<sup>847</sup> Con queste parole Cass. Pen. Sez. V, 27 gennaio 2011, n. 7088, in banca dati *DeJure*; in senso analogo, cfr. anche Cass. Pen. Sez. V, 7 marzo 2014, n. 32353, in *Riv. pen.*, 2014, 10, 914; Cass. Pen. Sez. I, 9 marzo 2018, n. 14783, in *Cass. Pen.*, 2018, 11, 3876.

Si rinvia a quanto analizzato *supra*, Capitolo I, § 5.

recenti pronunce di Cassazione<sup>848</sup>, non sia affatto in grado di superare un grave *impassé* in termini di prova. Il fatto che si debba trattare di indicatori «*talmente forti ed evidenti da doversi necessariamente imporre anche all'attenzione del più noncurante e distratto degli amministratori o dei sindaci*»<sup>849</sup>, come descritti dalla giurisprudenza, infatti, non prova ancora che gli stessi siano stati effettivamente percepiti e siano stati altresì correttamente valutati dall'osservatore che, comunque, ha deciso di non agire.

Il ricorso alla teoria dei segnali di allarme, così intesa, è una «coperta» comunque sempre troppo corta, che lascia fuori una serie di aspetti a ben osservare indispensabili per capire se davvero nel soggetto ricorresse dolo.

#### **4. Considerazioni sulla fattispecie. Il paradigma della responsabilità concorsuale omissiva all'interno dell'organigramma societario: un «pachiderma in una cristalleria»?**

Quanto si è analizzato sinora ci consente di svolgere alcune considerazioni focalizzate nello specifico sulla declinazione dello schema concorsuale omissivo che procede oggi all'interno della realtà societaria. Come si è potuto apprezzare in diverse occasioni, l'applicazione del disposto di cui all'art. 40 cpv. c.p. in una dimensione particolare come quella delle S.p.A. solleva una moltitudine di dubbi interpretativi e di problematiche di non poco momento. La previsione menzionata, letta in combinato con l'art. 110 c.p., si configura come una sorta di clausola generale<sup>850</sup>, priva di una sua

---

<sup>848</sup> Si veda quanto riportato supra nelle sentenze analizzate al Cap. I, § 5.

<sup>849</sup> In questi termini: Cass. Pen. Sez. V, 27 gennaio 2011, n. 7088, *cit.*

Le stesse espressioni venivano poi riprese pedissequamente nella c.d. sentenza Parmalat, che ha statuito sul filone principale del processo originato dal fallimento del gruppo: Cass. Pen. Sez. V, 7 marzo 2014, n. 32353, in *Riv. pen.*, 2014, 10, 914. Più di recente, parla di concreta conoscibilità: Cass. Pen. Sez. I, 9 marzo 2018, n. 14783, in *Cass. Pen.*, 2018, 11, 3876.

<sup>850</sup> Tra i più autorevoli studiosi che si sono espressi in questo senso, con riferimento alle singole norme: G. FIANDACA, *Reati omissivi e responsabilità penale per omissione*, in *Arch. pen.*, 1983, 1, 25. Citato nello stesso senso da N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, *op. cit.*, 17; F. CONSULICH, *Poteri di fatto ed obblighi di diritto nella distribuzione delle responsabilità penali societarie*, *cit.*, 558, n. 3.

Con specifico riferimento al combinato disposto delle due norme, già citati al Cap. I di questa tesi: L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Giuffrè, Milano, 2001, 377 e ss., specialmente 454 e ss.; ID. *La partecipazione mediante omissione a reato commissivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 1267. In tal senso già G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Giuffrè, Milano, 1979, *passim*; L. BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza Italiane*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, 1375 e ss.; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, ult. ed. 2019, 629-630 e ss. Tra i lavori più recenti: L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Giappichelli, Torino, 2004; A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bononia

specificità tipicità, come denunciato a più riprese dalla dottrina penale. L'interferenza tra concorso di persone e responsabilità omissiva è stata persino paragonata ad un «*incrocio senza semaforo, senza regole precostituite di precedenza*»<sup>851</sup>, in cui la soluzione del singolo caso risulta in sostanza rimessa alla buona volontà dell'interprete, che potrà far prevalere ora le esigenze di legalità, ora quelle di tutela dei beni giuridici, a seconda della situazione. Ebbene, quando un simile, ingombrante costrutto si cala nel sistema delle società per azioni, caratterizzato da procedure operative e di controllo sezionate e divise tra più organi ed organismi e da relazioni complesse tra gli stessi, si crea una sfasatura in cui le due strutture, quella normativa astratta e quella concreta del sistema societario, non coincidono.

Per far fronte a questa distorsione, e garantire che la individuazione di una responsabilità penale del controllore che non ha impedito il reato dell'esecutivo operi nel rispetto dei principi costituzionali, specie di quelli di personalità e colpevolezza, è necessario, in sede giudiziale, rifuggire dalla tentazione di applicare agevoli automatismi e procedere ad un vaglio particolarmente approfondito del caso concreto, che tenga nella debita considerazione le peculiarità della struttura societaria. Si riprenda, per sommi capi, quanto è stato osservato in questa ricerca.

#### **4.1. La posizione di garanzia nel caso concreto.**

Con riferimento alla tipicità oggettiva, il primo aspetto che assume rilievo riguarda chiaramente l'individuazione circa l'esistenza di una posizione di garanzia in capo al soggetto adibito al controllo e la sua estensione. Nell'indagine che si è sin qui condotta si è potuto apprezzare come tale ricognizione, però, incontri una serie di gravose difficoltà, determinate, in primo luogo, dalla confusione dello stesso dato normativo extrapenale.

Al di là di amministratori e sindaci, e delle corrispondenti posizioni nei modelli alternativi, per gli altri soggetti coinvolti nel controllo societario non è sempre possibile individuare una norma dell'ordinamento da cui far discendere con sicurezza un obbligo di garanzia. La relativa disciplina, caratterizzata dalla sovrapposizione tra disposizioni di rango primario e provvedimenti delle Autorità di vigilanza, e completata, il più delle volte, dalla autonomia privata, rende in molte circostanze assai complicato compiere questo tipo di analisi; in taluni casi - come avviene per i membri dell'O.d.V. ed i responsabili delle funzioni di controllo aziendale - sorgono allora serrate discussioni, in

---

University Press, Bologna, 2009; T. VITARELLI, *Profili penali della delega di funzioni. L'organizzazione aziendale nei settori della sicurezza del lavoro, dell'ambiente e degli obblighi tributari*, Giuffrè, Milano, 2008, 117 e ss.

<sup>851</sup> M. PELISSERO, *Il concorso doloso mediante omissione: tracce di responsabilità di posizione*, cit., 978.

dottrina e giurisprudenza, sulla stessa opportunità di considerare questi soggetti garanti ex art. 40 cpv. c.p.<sup>852</sup>.

Non solo. Si è potuto constatare nel presente studio che l'organizzazione delle società in sé considerata e la suddivisione di compiti tra più terminali al suo interno finiscono per incidere inevitabilmente sul modo di intendere il concetto di potere impeditivo, su cui la posizione di garanzia si costruisce. Si è visto come, per poter valere ai sensi e per gli effetti del secondo comma dell'art. 40 c.p., la capacità impeditiva del potere di cui è investito il soggetto deve essere interpretata in senso peculiare. Nella dimensione societaria, infatti, non è quasi mai riconosciuta al singolo la prerogativa di intervenire autonomamente e immediatamente sull'azione altrui, producendo effetti vincolanti che ne consentano la cessazione. Di conseguenza, il potere che possa dirsi impeditivo, in questa situazione, non può essere inteso in maniera tanto rigorosa; lo stesso si considera, necessariamente, afferma oggi la dottrina più accreditata, come un potere che «*decodifica uno schema di azione*», e che coincide non già con una prerogativa di reazione autonoma, bensì «*con un segmento di una procedura nella quale il titolare è immerso*». Si tratta, in altre parole, di potere non direttamente, ma «*indirettamente*» impeditivo, che consente cioè a chi lo esercita di intervenire su una o più fasi del processo di realizzazione del reato e che richiede, per il raggiungimento dell'effetto finale, l'intervento di altri soggetti<sup>853</sup>. Confutare questa tesi, come fa l'orientamento dottrinale più garantista, vorrebbe dire negare nella pratica la possibilità stessa di individuare forme di responsabilità per omesso impedimento in capo a soggetti che, benché privi di poteri di intervento immediato, risultano rivestire comunque ruoli fondamentali di controllo nel sistema societario, a tutela dei beni giuridici coinvolti dall'attività di impresa, come nel caso dei sindaci, per fare un esempio su tutti<sup>854</sup>.

---

<sup>852</sup> Sul tema, si rinvia a quanto è stato analizzato all'interno del Cap. II, con particolare attenzione alla Sezione III di questo lavoro.

<sup>853</sup> A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale*, cit., 275. In questi termini si è espressa la dottrina più recente. Come noto, oltre al lavoro di Attilio Nisco, il principale richiamo va allo studio di Francesco Centonze, sintetizzato nel testo, più volte citato, *Controlli societari e responsabilità penale*, e alle osservazioni esposte all'interno del manuale di G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2020, cit., 227 e ss.

<sup>854</sup> La discussione circa la possibilità di definire i membri del collegio sindacale del modello di società tradizionale come garanti ex art. 40 cpv. c.p. è infatti tutt'ora aperta.

In senso contrario si esprime ampia parte della dottrina, come si è osservato all'interno del Capitolo II, Sez. II di questo lavoro. Basti qui richiamare alcuni dei più recenti lavori già citati nel corso di questa ricerca: A. MELCHIONDA, *La responsabilità penale dei sindaci di società commerciali: problemi attuali e prospettive di soluzione*, cit., 48 e ss.; N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, op. cit., passim; C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, cit., 670 e ss.; L. MANDELLI, *I «sindaci» di S.p.A. tra doveri di sorveglianza e posizioni di garanzia*, cit., 444 e ss.; E. MEZZETTI, *Criteri oggettivi e soggettivi di imputazione della responsabilità*, in E. M. AMBROSETTI-E. MEZZETTI-M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, op. cit., 86 e ss.; F.

#### 4.2. I problemi in tema di nesso di causalità.

Questa estensione interpretativa, legata alla individuazione in astratto dei poteri rilevanti per la identificazione della posizione di garanzia, deve poi essere compensata attraverso una rigorosa analisi in concreto, consistente nella attenta ricostruzione del nesso di causalità eventualmente sussistente tra il mancato azionamento del potere *indirettamente impeditivo* da parte del garante e il verificarsi del fatto criminoso. In questo modo si scongiura il rischio che la ricostruzione della tipicità di fattispecie si traduca nella generica punizione di una qualsivoglia inerzia del controllore.

Il discorso si sposta, dunque, sul nesso eziologico e coinvolge la pragmaticità della situazione data. In specie, è imprescindibile dimostrare in processo, attraverso un attento giudizio controfattuale, che tenga in buon conto ogni peculiarità organizzativa ed operativa della società, che il comportamento omesso dall'imputato, laddove azionato, avrebbe oltre ogni ragionevole dubbio avviato una procedura atta ad impedire la realizzazione dell'illecito. Sennonché, questo tipo di indagine, necessaria per evitare che la punizione del singolo venga ancorata a logiche astratte e meramente presuntive, non è certo agevole, al contrario.

Rimangono aperti vari problemi, determinati dalla molteplicità di scenari che si possono presentare nella complessa realtà delle società, le quali rivelano sovente inefficienze organizzative e operative. I poteri risultano spesso frammentati tra più operatori e i modi con cui questi diversi soggetti collaborano tra loro non sono quasi mai ottimali. Si pensi anche solo al tema, che si è potuto osservare in più occasioni nel corso di questa ricerca, della sovrapposizione di funzioni - vista, per esempio, con riferimento a molte delle attribuzioni del dirigente preposto, in ampia parte condivise con consiglieri di amministrazione, sindaci, revisori, membri dell'organismo di vigilanza e *internal audit*<sup>855</sup>. Allo stesso modo, si pensi ai casi di «confine», in cui non è chiaro dove finisca la competenza di un esponente aziendale e dove inizi quella, attigua, dell'altro - come avviene per alcuni compiti che competono al responsabile *compliance* e si intrecciano con quelli che i regolamenti attribuiscono al *risk manager* o al responsabile *internal audit*. In queste situazioni, il vaglio del giudice, che deve individuare i poteri impeditivi non azionati, pertinenti al singolo soggetto, e ricostruire la trama eziologica rispetto al fatto di reato, non è semplice; il pericolo di perdersi nel groviglio delle procedure interne di attivazione dei controlli è elevato.

Come si è potuto osservare nel corso della trattazione, invece di affrontare apertamente queste complicazioni, il più delle volte la giurisprudenza finisce per aggirarle. Nella grande maggioranza delle sentenze i temi - come visto delicatissimi -

---

GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, cit., 609; ID., *La responsabilità penale dei sindaci per i reati degli amministratori*, in *Dir. prat. soc.*, 2007, 6 e ss.

<sup>855</sup> Si rinvia a quanto si è ricostruito all'interno della Sez. III del Capitolo II, § 2 e a quanto precisato in chiave critica all'interno di questo Capitolo, § 1.

della individuazione della singola posizione di garanzia dell'imputato e del riscontro, nel caso di specie, del nesso eziologico rispetto all'evento-reato vengono affrontati in modo del tutto marginale<sup>856</sup>. E del resto, non è privo di significato il fatto che questo tipo di analisi non sia stato approfondito neppure in una pronuncia dalla spiccata sensibilità garantista quale Bipop-Carire. In quel caso, lo ricordiamo, se con riferimento all'elemento soggettivo della fattispecie di concorso omissivo la Corte si è profusa in analisi estese ed approfondite, rispetto alla tipicità oggettiva si è invece limitata ad indicazioni di massima, senza peraltro mai spingersi a definire il concetto di potere impeditivo<sup>857</sup>.

Nelle aule di Tribunale, la ricostruzione probatoria del fatto, che viene proposta dalla accusa e viene riscontrata poi dal giudice in sentenza, evita sovente questo specifico vaglio. Si prescinde dal riscontro di un obbligo giuridico di garanzia<sup>858</sup>, come si è visto con riferimento alle pronunzie emesse nei confronti delle figure di controllo di più recente introduzione<sup>859</sup>; l'analisi si incentra sulle prerogative del soggetto, che vengono peraltro indicate sulla base di considerazioni sommarie. Si fa riferimento, in generale, al fatto che nel caso di specie il singolo avrebbe potuto e dunque dovuto attivare ogni possibile potere, tipico e atipico, che gli pertenga a fronte del ruolo rivestito nell'organigramma societario. A questa stregua, per esempio, si è soliti asserire che gli amministratori non esecutivi, che non hanno impedito il fatto di reato dei delegati, sarebbero dovuti intervenire «in

---

<sup>856</sup> Estremamente critica la dottrina sul punto. Si vedano, in particolare, le osservazioni di F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari. (Una lettura critica della recente giurisprudenza)*, in *Riv. soc.*, 2-3, 2012, 339; N. MENARDO, *La responsabilità penale omissiva degli amministratori privi di delega. Recenti approdi giurisprudenziali e spunti di riflessione*, in *www.penalecontemporaneo.it*; C. BECCAREDDA BOY, *La posizione di garanzia e la responsabilità dolosa degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario: «che tutto cambi affinché tutto rimanga com'è»*, in *Ind. pen.*, 2014, 59.

<sup>857</sup> Questa mancata analisi è stata invero oggetto di aspre critiche da parte della dottrina, che ha sottolineato come la Corte di Cassazione abbia così perso una preziosa occasione per fare finalmente chiarezza su uno degli aspetti maggiormente dibattuti in tema di responsabilità penale nel settore del commercio.

Per tutti: F. CENTONZE, *La suprema Corte di cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*, in *Cass. pen.*, 2008, 1, 109.

<sup>858</sup> Questa tendenza ad evitare il riscontro di un obbligo giuridico di impedimento dell'evento lesivo nella ricognizione della responsabilità omissiva impropria, ex art. 40 cpv. c.p., sembra oggi radicarsi con particolare convinzione, specie a seguito delle indicazioni fornite dalla Corte di Cassazione, con la sentenza Thyssenkrupp, n. 38343/2014, *cit.*, in cui si è esplicitamente riconosciuta una declinazione volontaristica del paradigma del garante quale «gestore del rischio», che assume consapevolmente la gestione del pericolo e, conseguentemente, anche la relativa posizione di garanzia.

Si veda la critica in dottrina di G. A. DE FRANCESCO, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Giappichelli, Torino, 2018, 224 e ss.

<sup>859</sup> Così è stato, a titolo esemplificativo, nella sentenza Cass. Pen. Sez. V, 25 novembre 2014, n. 9266, *cit.*, con cui la Corte ha condannato l'imputato, nella sua posizione di *internal audit*, per concorso in omissione. Si rinvia a quanto detto in questo lavoro, Cap. II, Sez. III, § 3.1.

qualunque modo», con diffide, sollecitazioni, o rilievi critici in consiglio, ovvero anche sfruttando il mezzo della stampa<sup>860</sup>. Il problema della prova, e quindi della verifica *ex post*, che l'esercizio di tali prerogative avrebbe effettivamente neutralizzato, in quel particolare caso, il programma criminoso viene poi aggirato con una serie di presunzioni che tendono talvolta persino ad individuare un nesso «*in re ipsa*».

In un arresto relativamente recente si è arrivati ad affermare che «*non è indispensabile*», né peraltro possibile, conoscere con certezza scientifica se, attraverso l'attivazione dei propri poteri, il soggetto avrebbe sicuramente evitato l'evento reato nella sua realizzazione; ad ogni modo - e qui sta l'aspetto più rilevante dell'argomentazione - si è detto, tale capacità di impedimento deve intendersi come «*il presupposto dal quale il legislatore muove*» nel predisporre i poteri di intervento ai soggetti controllori<sup>861</sup>. Si introduce insomma surrettiziamente una sorta di presunzione *iuris et de iure* circa la capacità impeditiva dei poteri riconosciuti dalla legge ai controlli societari, per cui il non averli azionati già di per sé vale a dimostrare l'esistenza di una correlazione causale rispetto al verificarsi dell'illecito.

In altri casi invece i giudici procedono, sì, a vagliare la portata del contributo dell'omittente, ma lo fanno attraverso l'utilizzo del criterio dell'aumento del rischio, ovvero fanno riferimento alla circostanza che l'omissione abbia semplicemente agevolato la commissione del fatto di reato. Sennonché, l'utilizzo delle menzionate teorie finisce per sfumare grandemente l'elemento causale della fattispecie, fino ad astrarlo dal reale e legarlo a mere presunzioni<sup>862</sup>. Agevolare il reato dell'esecutivo o aumentare il rischio della sua commissione, nel settore dei controlli che si sta qui considerando, assume un significato estremamente ampio, giacché potrebbe voler dire anche solo che il controllore non ha vigilato con la dovuta diligenza, così creando condizioni favorevoli per la realizzazione dell'illecito penale. Attraverso questa costruzione si potrebbe infatti

---

<sup>860</sup> Così: Cass. Pen. Sez. V, 20 gennaio 2012, n. 16942, in *Dir. & Giust. online*, 8 maggio 2012; Cass. Pen. Sez. V, 18 febbraio 2010, n. 17690, *cit.*

<sup>861</sup> Cass. Pen. Sez. V, 1 luglio 2011, n. 31163, *cit.* In senso analogo Cass. Pen. Sez. II, 12 febbraio 2009, n. 20515, in *Giur. comm.*, 2010, 6, 1095 e ss., con nota di G. GIORDANENGO, *Riflessioni in materia di responsabilità civile e penale dei sindaci di società per azioni*, in cui la Corte di Cassazione afferma esplicitamente: «*sulla base dei principi di diritto affermati può affermarsi che il nesso tra l'accertato omesso controllo e i fatti delittuosi attribuiti agli amministratori è, infatti, in re ipsa*».

<sup>862</sup> Cass. Pen. Sez. Un., 10 luglio 2002, 30328, *cit.*, § 6. La dottrina aveva fatto constare come la teoria dell'aumento del rischio, diversamente da quanto avviene per le fattispecie a base attiva, dove delimita talora un nesso causale già acquisito, nel reato omissivo finisce invece per sostituirlo integralmente. Sui riferimenti della dottrina italiana e tedesca sul punto, si veda: M. ROMANO, *Commentario, cit.*, 378. Per le posizioni più critiche: M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione «per aumento del rischio». Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 83; C. E. PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici, cit.*, 852 e ss. Successivamente, sul tema: G. MARINUCCI, *Causalità reale e causalità ipotetica nell'omissione impropria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 2, 523.

giungere a punire il soggetto perché non ha azionato uno dei propri poteri, che in qualche misura si connetta a quell'illecito: uno qualsiasi. Il mero immobilismo dell'individuo, già di per sé stesso, potrebbe essere ritenuto idoneo a facilitare la commissione del reato altrui, secondo una logica tutta presuntiva.

Accontentarsi della semplice agevolazione o dell'aumento del rischio, per cui vale un discorso analogo, in questo sistema significherebbe, in ultima analisi, attribuire rilevanza sul piano penale a condotte prive di disvalore, aprendo la strada alla punizione di semplici omissioni *in vigilando*, in cui il bene giuridico non viene ancora posto in una condizione di pericolo. Si tratta, peraltro, di un timore non privo di fondamento, di cui la pratica ha già fornito esempi concreti. Seguendo questa opzione interpretativa, in una recente sentenza, l'analisi del nesso causale tra omissione e reato altrui è stata risolta in poche battute, in cui la Corte di Cassazione è arrivata ad affermare che è «*del tutto inconferente*», nella ricostruzione del rapporto causale, il riferimento al «*ragionamento controfattuale*», «*giacché l'esercizio scrupoloso della funzione di controllo è richiesto per stimolare, in generale, comportamenti legali e virtuosi dell'amministratore e non già per impedire, rendendoli impossibili, i reati (di bancarotta)*»<sup>863</sup>. In buona sostanza, il fatto di non aver vigilato correttamente sull'attività di impresa, sembrano dire i giudici, non ha «stimolato» questi auspicati comportamenti virtuosi del *management*, e ha così creato una condizione in cui si sono potute sviluppare le condotte criminose. L'effetto di tali considerazioni è dunque quello di equiparare l'omesso intervento impeditivo del reato alla semplice omessa vigilanza del soggetto adibito a funzioni di controllo.

Nella maggior parte dei casi, poi, accade che, evitando di procedere alla ricostruzione fattuale-eziologica del reato, il vaglio dei giudici finisce per concentrarsi sull'analisi dell'elemento soggettivo. È stato da taluno affermato che la ricostruzione in processo del contributo del partecipe che non ha agito, ostica, se non talvolta pressoché impossibile, viene «*nutrita dal formante soggettivo*»<sup>864</sup>, come a voler colmare la relativa lacuna accertativa attraverso il riferimento all'atteggiamento psicologico del soggetto che, consapevole della situazione di fatto, ha deciso di non agire. In altre parole, la difficoltà di accertare la sussistenza dell'elemento oggettivo porta il vaglio processuale a concentrarsi sul dolo del soggetto che, consapevolmente e volontariamente, non è intervenuto sull'illecito altrui; ma, in tutta franchezza, questo stratagemma altro non ci sembra se non una confusione di categorie giuridiche, un *aliud pro alio* in cui si prova una cosa per un'altra.

---

<sup>863</sup> Il riferimento è alla già richiamata sentenza Cass. Pen. Sez. V, 11 maggio 2018, n. 44107, *cit.*

<sup>864</sup> In questi termini: L. CARRARO, *Il concorso omissivo dei sindaci nei fatti di bancarotta commessi dagli amministratori*, in *Dir pen. cont.*, 3, 2019, 195, il quale sostiene che, senza doversi schierare per l'una o per l'altra teoria di interpretazione dell'elemento eziologico di fattispecie, è in realtà «*sul piano della partecipazione morale e dell'ingrediente soggettivo del reato che risulta necessario pretendere standard elevati di dimostrazione della responsabilità*».

Il vuoto lasciato dal mancato riscontro di una prova sufficiente dell'elemento oggettivo di fattispecie nel caso concreto non può certo essere compensato da una analisi più dettagliata sul piano soggettivo. Al contrario, evitando di valutare se l'imputato nella situazione data avrebbe potuto efficacemente impedire l'illecito, viene a mancare un passaggio fondamentale nella ricostruzione della responsabilità dell'inerte. Si dà per scontato un fatto - che questi avesse la capacità di influire sull'*iter criminis* - che scontato non può e non deve essere. Si ripropone in questa veste un fenomeno simile a quello stigmatizzato quasi tre decenni addietro da autorevole dottrina come «*fuga in avanti*»<sup>865</sup> delle strutture della fattispecie, per cui la modalità di accertamento adottata in giudizio finisce per appiattare i nuclei tipizzanti dei relativi elementi. Nel caso in esame, il nucleo di tipicità della struttura oggettiva finisce per appiattirsi quasi del tutto sull'elemento soggettivo.

Ad ogni modo, si deve comunque sottolineare, ancora una volta, che l'importanza attribuita a tale aspetto soggettivo, in sede di ricognizione della responsabilità omissiva, non deve trarre in inganno. La valutazione dello stesso nel processo, come si è potuto osservare sotto diversi profili nel corso di questa ricerca, avviene sovente attraverso il ricorso a schemi presuntivi, che ne sminuiscono la relativa portata, giungendo persino, in alcuni casi, a confondere il dolo da accertare con una forma mascherata di colpa.

#### **4.3. L'elemento soggettivo tra teoria e pratica.**

Si è visto innanzi come la ricognizione del dolo omissivo nel contesto del controllo societario debba avvenire attraverso uno schema di analisi relativamente dettagliato, che tenga conto della fisionomia della stessa struttura societaria in cui il soggetto è inserito, delle divisioni dei compiti di vigilanza e monitoraggio delle attività e, specialmente, del funzionamento dei flussi informativi. Questo tipo di indagine diviene, in un certo senso, la premessa, la preconditione necessaria a verificare se e in quale misura il soggetto inerte

---

<sup>865</sup> C. E. PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 14, 1992, 831. In questo caso l'autore ha parlato di fuga in avanti con riferimento alla pratica giurisprudenziale, registrata negli anni '90 con particolare riferimento alla ricostruzione della responsabilità per *colpa* medica, di ricostruire il fatto di reato attraverso un *iter* che parte dall'accertamento della posizione di garanzia, deduce dall'esistenza di questa la presenza del dovere di diligenza in capo al medico e conseguentemente della colpa, e ascrive a questo punto al soggetto la responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento. In tal caso, secondo l'A. si porta al pratico annullamento della verifica del nesso di causalità e si determina un sovvertimento della sequenza logica ordinaria, che, solo al termine della ricognizione degli elementi oggettivi dovrebbe calarsi ad indagare l'esistenza dei requisiti della colpa - *rectius* dell'atteggiamento psicologico richiesto per la configurazione del reato.

Parla di pratico assorbimento del nucleo centrale dell'attività ricostruttiva del reato omissivo improprio nella consapevolezza della situazione di pericolo del controllore omissivo: N. SELVAGGI, *La tolleranza del vertice d'impresa. La responsabilità penale ai confini tra omissione e commissione*, Ed. Sc. It., Napoli, 2012, 176.

*potesse* assumere consapevolezza del reato *in itinere*. In questo passaggio, la prima distinzione da compiersi è legata alla tipologia di ente in cui il fatto di reato risulti commesso, in cui, dunque, si trovi inserito l'imputato. Come si è potuto osservare nel corso di questa trattazione, infatti, sussistono divergenze, talvolta assai marcate tra i differenti tipi di società, legate al modo in cui è distribuita la conoscenza tra i vari operatori e a quali poteri di indagine sono riconosciuti ai singoli controllori. Si è visto, per esempio, che uno stesso amministratore delegante presenta una diversa capacità di acquisizione di informazioni sulla gestione, a seconda che risulti inserito in una società per azioni non quotata, in una società per azioni quotata, od ancora, in una banca<sup>866</sup>. Si tratta di aspetti dalla cui analisi non è possibile prescindere per individuare il momento rappresentativo del dolo nel soggetto, giacché, attraverso questi, si può eventualmente escludere che, nel caso di specie, vi fossero impedimenti in grado di limitare la cognizione dell'omittente. Una volta verificato che questi poteva correttamente conoscere l'illecito, si può allora procedere in giudizio alla verifica pratica che il soggetto *effettivamente* conosceva: si era correttamente rappresentato il fatto di reato, quantomeno nei suoi tratti principali.

Evitare di procedere al percorso di analisi esposto vorrebbe dire affrancarsi dalla realtà del caso specifico che si è chiamati a giudicare e fondare l'eventuale condanna su mere presunzioni del tutto astratte. Cionondimeno, salvo isolate eccezioni, come si è visto per la pronuncia del Tribunale di Rimini, emessa nel filone del processo Carim<sup>867</sup>, questo tipo di vaglio manca e in sentenza si finisce sovente per far coincidere la rappresentazione del fatto di reato che altri ponevano in essere con la mera possibilità di acquisirne conoscenza<sup>868</sup>.

---

<sup>866</sup> Lo si è visto, per esempio, con riferimento ai poteri di acquisizione autonoma di informazioni riconosciuti come veri e propri doveri in capo agli amministratori di banche, mentre per i membri del C.d.A. delle altre tipologie di società si individuano una serie di limiti. Si rinvia a quanto specificato al Capitolo I, Sez. I di questo lavoro.

Lo si è visto, ancora, con riferimento all'esistenza di comitati interni al C.d.A., la cui istituzione è prescritta come obbligatoria per le società quotate che aderiscono al Codice di Autodisciplina e per le banche. Ebbene, gli amministratori non esecutivi, per la maggior parte indipendenti, inseriti all'interno degli stessi comitati - specie dove si tratti del comitato interno e rischi e del comitato per operazioni con parti correlate - vantano conoscenze più approfondite rispetto agli altri colleghi.

Sul diverso atteggiarsi delle dinamiche informative in questo ambito, oltre ai lavori già richiamati al Capitolo I, Sezione II di questa ricerca, si veda anche G. MERUZZI, *I flussi informativi endosocietari nella società per azioni*, *op. cit.*, 183 e ss.

<sup>867</sup> Si veda quanto osservato nei capitoli che precedono e specialmente l'analisi critica sviluppata nel Cap. II, Sez. II.

<sup>868</sup> F. CONSULICH, *Nolo conoscere*, *op. cit.*, 636 osserva come, in tal modo, si propone una figura quasi utopistica - o quantomeno sganciata dalla realtà - di garanti in grado di conoscere tutte le dinamiche societarie e di avvedersi di ogni accadimento, per cui il fatto di non agire viene automaticamente inteso come consapevolezza e intenzione a lasciare che il reato si compia - o almeno accettazione del relativo rischio; come ha osservato l'Autore, «*così possono considerarsi esenti da pena solo soggetti "eroici"*».

#### **4.4. Sintesi. La difficile convivenza tra concorso mediante omissione e sistema dei controlli societari.**

Quanto si è riscontrato in questo lavoro di ricerca mette in evidenza come lo schema del concorso omissivo nel reato stride per molti versi con la realtà delle organizzazioni societarie.

Il tipo di analisi e di studi che richiederebbe la corretta imputazione di responsabilità per omesso impedimento del fatto altrui, costruita sugli artt. 40 cpv. e 110 c.p., in questa dimensione tutta particolare, si rivela sotto diversi aspetti davvero insidiosa e richiede sforzi probatori e ricostruttivi talvolta insostenibili. Nel sistema societario, quale si presenta oggi, i controlli tendono a moltiplicarsi, le funzioni di supervisione e vigilanza sono sempre più numerose, alle volte anche tra loro sovrapposte, e i relativi responsabili sono distribuiti su più livelli, lungo un'ideale catena di controllori e controllati.

Il modello che pare sempre più fortemente radicato nell'assetto delle S.p.A. è quello fondato sulla frammentazione dei processi operativi e conoscitivi, di cui la coordinazione tra i diversi uffici è componente essenziale. Si tratta, in altre parole, di un sistema che si basa su dinamiche relazionali complesse, delicate, che coinvolgono in diversi modi più soggetti e gli equilibri sono spesso precari. È innegabile che, in una dimensione simile, un paradigma giuridico tanto ingombrante come quello del concorso per omissione faticosi seriamente ad inserirsi.

#### **5. Gli effetti distorti della risposta penale e l'auspicabile valutazione di alternative.**

L'intervento del diritto penale sui fenomeni patologici connessi al controllo societario, quando procede attraverso lo schema del concorso mediante omissione, determina una serie di conseguenze che conducono, in ultima analisi, alla violazione di principi cardine dell'ordinamento.

L'applicazione della fattispecie, il più delle volte modulata dalla giurisprudenza in un atteggiamento di generica noncuranza verso le caratteristiche specifiche del sistema della società di riferimento, e dunque nei confronti delle peculiarità del caso concreto, giunge a distorcere i requisiti stessi della responsabilità penale. La tendenza a far coincidere le singole posizioni di controllo con altrettante posizioni di garanzia e la contestuale rilettura della tesi condizionalistica della condotta omissiva, con cui si attribuisce rilievo a qualsivoglia inerzia dei soggetti con funzioni di vigilanza, portano ad una vertiginosa flessibilizzazione del criterio di imputazione oggettivo della fattispecie.

---

*supermodelli di operatori economici che, superando la parcellizzazione di responsabilità e funzioni tipica dell'agire organizzato, acquisiscono una conoscenza totalizzante dei processi operativi».*

Sul piano soggettivo, invece, l'eccessiva semplificazione della prova del dolo finisce per svuotare la sostanza dello stesso, fino a confonderlo con la colpa, con o senza previsione.

Ora, ben si comprende come il tipo di rimprovero che discenda da un costrutto di tali fattezze, poggiato sulle forme di automatismi e meccanismi presuntivi descritte in questa ricerca, difficilmente possa essere considerato «autenticamente individualizzante»<sup>869</sup>. La responsabilità che si addossa al soggetto perde le connotazioni di personalità e colpevolezza imposte dal dettato costituzionale, e il singolo rischia di essere chiamato a rispondere per fatto altrui: un fatto che, per l'appunto, non ha contribuito concretamente a cagionare e che, in ipotesi, non aveva in effetti conosciuto e non voleva si verificasse.

In ultima analisi, ciò che sembra sotteso in molti casi alla individuazione della responsabilità penale del controllo societario è il pericolo di possibile strumentalizzazione del singolo<sup>870</sup>. L'impressione che restituiscono le pronunce giurisprudenziali più rigorose è infatti quella per cui, al fine di spingere gli esponenti aziendali a controlli diligenti e approfonditi e, contestualmente, disincentivare lassismi che potrebbero, in via generale, agevolare la commissione di illiceità dei controllati, si procede ad estendere per via interpretativa l'area del penalmente rilevante, fino a smagliare gli elementi di fattispecie. Il soggetto rischia di divenire una sorta di capro espiatorio, sanzionato allo scopo di dar prova al pubblico della forza punitiva dello Stato e della capacità dei suoi esponenti di intervenire con l'arma più potente sui fenomeni di *malpractice* societaria.

Complice un dettato normativo dai tratti particolarmente latenti, se non quasi evanescenti<sup>871</sup>, il riconoscimento della responsabilità del controllore societario, ancorata al paradigma del concorso per omissione, finisce per legarsi più a logiche eticizzanti, che non invece ai principi propri del diritto penale. L'estensione o restrizione dell'area del

---

<sup>869</sup> F. CONSULICH, *Nolo cognoscere*, *op. cit.*, 628. L'Autore fa riferimento alla configurazione di una responsabilità individualizzante sul piano soggettivo, elaborando una riflessione di ampio respiro, che si riferisce in generale al settore del diritto penale dell'economia. Osserva, in particolar modo, come in campo economico, il diritto penale si confronti sovente con destinatari «solo apparentemente razionali e consapevoli, rispetto a fatti specifici, nell'ambito di contesti altamente normativizzati».

<sup>870</sup> Si parla nello specifico di «prevenzione generale negativa», secondo cui la pena viene concepita come minaccia, idonea a dissuadere dalla commissione di illeciti.

Per tutti, M. PAVARINI, *Lo scopo della pena*, in *Introduzione al sistema penale*, Vol. I, G. INSOLERA-N. MAZZACUVA-M. PAVARINI-M. ZANOTTI (a cura di), Giappichelli, Torino, 2006, 356, che richiama gli studi di G. BECKER, *Crime and Punishment: A Economic Approach*, in *Journal of Political Economy*, 1968, 6, 169 e ss. e J. ANDENAES, *Punishment and Deterrence*, Ann Arbor, Mich., University of Michigan Press, 1974.

Con riferimento alla strumentalizzazione della punizione per finalità di prevenzione generale, in particolare attraverso lo svuotamento dell'elemento soggettivo, nel settore del diritto penale commerciale: D. PULITANÒ, *I confini del dolo. Una riflessione sulla moralità del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 1, 22 e ss.; ID., *Diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2007, *op. cit.*, 343 e ss.

<sup>871</sup> Si veda quanto osservato ai paragrafi 5 e 6 del Capitolo I di questo lavoro. Sul tema, comunque, si tornerà *infra*.

penalmente rilevante è lasciata, in pratica, alla sensibilità dell'interprete, sulla base di considerazioni contingenti, che confliggono con il vincolo della tassatività<sup>872</sup> e conseguentemente con il principio di certezza del diritto, giacché per il singolo diviene pressoché impossibile prevedere con sicurezza quale condotta possa integrare gli estremi del reato, se l'omesso azionamento di un potere di intervento sull'agire altrui, ovvero più semplicemente di un potere di mera vigilanza.

Per far fronte a questa situazione, sembra allora davvero auspicabile si pervenga ad una decisiva modifica del sistema normativo, in grado di fare finalmente chiarezza. Sono principalmente due, ci sembra, le soluzioni prospettabili.

Segnatamente, laddove si volesse conservare un indirizzo rigoristico, che intenda mantenere il ricorso al diritto afflittivo per antonomasia in ambito di controllo societario e che tenti, per tale via, di assicurare il severo perseguimento delle condotte illecite dei c.d. colletti bianchi, ci sembra ineludibile una riforma nel diritto penale. Attraverso l'introduzione di una disciplina specifica, nel pieno rispetto del precetto di cui all'art. 25, comma 2, Cost., l'ordinamento dovrebbe dunque procedere ad identificare, finalmente, in maniera determinata, le omissioni riprovate, ritenute meritevoli di pena, con l'effetto di ridurre il più possibile gli spazi di libera interpretazione dell'organo giudicante. Senza una specifica regolazione, che proceda attraverso l'introduzione di fattispecie *ad hoc*, la punizione delle condotte omissive dei controllori rischia, infatti, di presentarsi come una punizione fine a sé stessa.

Lasciando nelle mani del solo interprete, come avviene oggi, la modulazione della fattispecie di reato, si finisce per far dipendere quest'ultima dall'orientamento seguito nel caso specifico. In una situazione simile il rischio è che la pena venga avvertita dal destinatario come arbitraria e dunque ingiusta. Essa sarebbe allora incapace di rieducare lo stesso all'esercizio eticamente corretto dell'attività di impresa; ma non solo. Sarebbero deleteri anche gli effetti prodotti in via generale. La punizione, concepita come mutevole e ingiusta, verrebbe accolta dalla società come sterile esercizio del potere punitivo dello Stato, e come tale si rivelerebbe in concreto incapace di sensibilizzare i consociati alla tutela e al rispetto dei valori coinvolti nell'attività economica<sup>873</sup>. Non ci si può dunque

---

<sup>872</sup> Si adotta qui l'interpretazione accolta dalla dottrina maggioritaria, per cui il principio di tassatività è inteso come divieto rivolto al giudice di applicare la norma penale a casi non espressamente previsti, distinto dal principio di determinatezza, che riferirebbe invece alla tecnica legislativa di formulazione della fattispecie. Si veda quanto già indicato al Cap. I, cui si rinvia anche per la relativa bibliografia.

<sup>873</sup> Alcune tra le più autorevoli voci della dottrina si sono espresse, in tempi più remoti, proprio sulla opportunità di introdurre una apposita fattispecie penale. In particolare, il riferimento è a: A. CADOPPI, *L'omesso impedimento di reati da parte degli amministratori e sindaci della società: spunti de lege ferenda*, in *Ind. pen.*, 1986, 498 e ss.; in questo senso, nella letteratura precedente: F. BRICOLA, *Lo statuto dell'impresa: profili penali e costituzionali*, cit., in *Giur. comm.*, 1985, 745; G. MARINUCCI-M. ROMANO, *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per*

esimere, crediamo, da un intervento esplicito e mirato sul tema. A questo punto è allora necessario capire quale tipo di riforma sia più opportuna.

Orbene, sulla base di quanto si è ricostruito in questa ricerca, ci sembra sensato ritenere che l'auspicato intervento normativo debba emanciparsi dallo schema del concorso mediante omissione. Come si è detto, il *trend* evolutivo del sistema societario, che pare consolidarsi in modo sempre più evidente, è quello della insistente frammentazione delle funzioni operative e di controllo. In un assetto «frastagliato», in cui il controllo che ciascun individuo è chiamato ad espletare è estremamente circoscritto, limitato a solo una sezione di attività, una fase di una procedura, mal si inserisce lo schema di imputazione dell'omesso impedimento del reato altrui. Si ritiene pertanto necessario un ripensamento.

Una strada percorribile potrebbe essere quella di prevedere apposite fattispecie di reato omissivo proprio, tramite cui punire l'omesso controllo come delitto, anche non necessariamente doloso, e prevedere per esso una specifica sanzione. Riconosciuto dalla dottrina unanime quale reato di mera condotta<sup>874</sup>, esso permetterebbe di assecondare in massimo grado gli orientamenti punitivi più rigorosi, che individuano la semplice omissione di controllo come condotta penalmente perseguibile. In tal caso, il possibile evento lesivo dei beni giuridici che risultasse da tale omissione, consistente nel reato altrui, potrebbe valere come semplice condizione obiettiva di punibilità, o come circostanza aggravante, elidendo così qualsivoglia problematica in tema di ricostruzione del nesso eziologico.

Procedendo in questa direzione verrebbe garantito il massimo rispetto del principio di certezza del diritto, sennonché, il prezzo da pagare per questo elevato livello di prevedibilità della punizione sarebbe molto alto. Il fatto di sanzionare questa semplice omissione, nell'assetto organizzativo societario, solleva infatti una serie di dubbi in rapporto al rispetto del principio di offensività. Il verificarsi o meno dell'evento lesivo per la sussunzione nella fattispecie astratta, come si è detto, diverrebbe qui irrilevante ed il fatto di applicare una sanzione penale a chi semplicemente non ha osservato in maniera adeguata i doveri di valutazione e vigilanza inerenti alla propria carica rischierebbe di tradursi in una anticipazione eccessiva della soglia di punibilità a momenti in cui non sussiste ancora un effettivo pericolo per il bene giuridico tutelato<sup>875</sup>.

---

azioni, in *Il diritto penale delle società commerciali*, P. NUVOLONE (a cura di), cit., Giuffrè, Milano, 1971, 111.

Diversa, invece, la proposta di dottrina più recente: F. CENTONZE, *Controlli societari e proposte di riforma*, op. cit., 444-450. L'Autore, rifacendosi ad alcune indicazioni contenute nel Progetto Grosso di riforma del codice penale, tra le possibili soluzioni al problema indica la tipizzazione, da parte del legislatore, di specifiche posizioni di garanzia per i soggetti adibiti a controllo societario, su cui possa poi essere costruita una forma più precisa di responsabilità omissiva impropria.

<sup>874</sup> Il dato è pacifico, per cui pare sufficiente richiamare alla manualistica in generale.

<sup>875</sup> In termini critici sul rispetto del principio di offensività si è del resto espressa parte della dottrina più autorevole. In particolare, A. CADOPPI, *L'omesso impedimento di reati da parte di amministratori e*

Per ragioni in parte analoghe, sembra preferibile escludere altresì la possibilità di configurare nuove fattispecie di agevolazione colposa omissiva, indicate in passato da una parte della dottrina tra le possibili opzioni da tenere in considerazione<sup>876</sup>. La frammentazione dei ruoli e dei compiti tra più soggetti, che connota le realtà societarie di oggi, definisce un quadro in cui l'inserimento della fattispecie di agevolazione colposa potrebbe tradursi, anche in questo caso, in plausibili violazioni del principio di offensività. Come si evince dagli articoli del codice che regolano la fattispecie dell'agevolazione, ad es. artt. 254 e 259 c.p., la condotta incriminata consisterebbe nel rendere possibile o nell'agevolare il reato del terzo. Come osserva la dottrina, «*rendere possibile indica qualsiasi condotta, anche omissiva, del garante senza la quale l'evento - id est, il reato commesso da altri - non si sarebbe realizzato. Agevolare significa, invece, facilitare o favorire in qualsiasi modo l'evento, ossia la realizzazione del delitto presupposto, che si sarebbe verificato o si sarebbe potuto verificare egualmente, anche in difetto della condotta dell'agente*»<sup>877</sup>. Ebbene, come si è già avuto modo di evidenziare nel corso di questa indagine, riconoscere rilevanza penale a questo tipo di condotte, nel settore considerato, porta a ritenere perseguibile qualsivoglia distrazione, negligenza od imperizia del soggetto nell'adempimento dei propri doveri di sorveglianza.

La moltiplicazione dei controlli che connota l'odierna struttura delle S.p.A. e il fatto che la vigilanza su di un medesimo oggetto venga spesso organizzata attraverso processi che vedono coinvolti numerosi attori, incidono sulla distribuzione delle singole responsabilità. Pensiamo, per fare un esempio, ai controlli di *risk management*, fondati su un processo di valutazione e monitoraggio che coinvolge i responsabili delle diverse

---

*sindaci della società: spunti de lege ferenda, cit.*, 503-504. In precedenza, anche F. BRICOLA, *Lo statuto dell'impresa. Profili penali e costituzionali, cit.*, 746, il quale, con riferimento alla punizione dei delegati per i reati dei delegati, evidenzia come quella che ne deriverebbe sarebbe una punizione della mera «*omessa sorveglianza*»: un illecito penale in cui il legame con l'illecito del delegato, e dunque sulla offesa al bene giuridico protetto, sia sul piano oggettivo che anche soggettivo, si rivelerebbe evanescente.

Sul tema si veda poi, per osservazioni di più ampio respiro, la monografia: N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo*, Giuffrè, Milano, 1983, *passim*.

In senso invece favorevole alla introduzione di fattispecie di reato omissivo proprio: A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa, op. cit.*

<sup>876</sup> Prospettavano questa possibilità G. MARINUCCI-M. ROMANO, *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni, cit.*, 111; F. BRICOLA, *Lo statuto dell'impresa. Profili penali e costituzionali, cit.*, 746; A. ALESSANDRI, *I reati societari: prospettive di rafforzamento e di riformulazione della tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 2, 503.

Sulla fattispecie di agevolazione colposa quale fattispecie autonoma rispetto al concorso di persone nel reato, si rinvia al lavoro di Albeggiani: F. ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, Giuffrè, Milano, 1984; G. MARCONI, *Stato (delitti contro la personalità internazionale dello)*, in *Digesto pen.*, XIII, Torino, 1997, 603 ss.; G. GRASSO, *sub art. 254*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di F. CRESPI-A. FORTI-G. ZUCALÀ, Cedam, Padova, 2008, 620 e ss.

<sup>877</sup> G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Volume 1, Zanichelli, Torino, 2019, 128.

funzioni operative, l'ufficio di *risk management*, oltre all'*internal audit*, all'organo di amministrazione e all'organo di controllo. A questi, poi, a seconda dei casi, si possono aggiungere il dirigente contabile - quando si parla di rischi connessi alla contabilità - e l'O.d.V. Ciascuno di questi soggetti monitora l'area di propria competenza, svolge un controllo parziale. I dati che questi raccolgono ed elaborano vengono poi trasmessi alle istanze superiori (organo amministrativo e organo di controllo) che procedono a controlli indiretti, spesso soltanto di sintesi. Si comprende come sanzionare penalmente uno di tali soggetti perché, non avendo correttamente vigilato, ha agevolato colposamente la realizzazione del reato altrui, potrebbe voler dire punire chiunque, in qualunque punto della «catena» del controllo egli si ponga, anche a distanza rispetto al sorgere del pericolo per il bene che si intende proteggere. Significa, in buona sostanza, attribuire rilievo penale a condotte che, in alcuni casi, possono anche non presentare un reale contenuto offensivo per il bene che si intende tutelare.

Invero, riflettendo sulla questione, sorge il dubbio che il ricorso a questo ramo del diritto sia davvero la soluzione opportuna e più efficace ai problemi connessi al tema dell'omesso controllo societario. Punire la semplice omissione, tentando di cucirle addosso una veste criminale porta, in ultima analisi, a stravolgere i principi costituzionali su cui si incardina il diritto penale stesso. Per questi motivi sembra sia forse opportuno riconsiderare interamente la questione e vagliare la possibilità di operare attraverso altri strumenti.

Del resto, un'ulteriore evidenza da tenere in considerazione è rappresentata dal riscontrato fallimento della pena ad esercitare in genere efficacia deterrente sulle irregolarità dei controlli. Detto diversamente, la minaccia penale non sembra aver inciso, fino ad ora, in modo rilevante sull'attività di supervisione circa l'operato delle diverse istanze all'interno delle società. Si tratta di constatazione agevolmente ricavabile dal dato empirico, per cui non si registrano, a oggi, ragguardevoli riduzioni nel numero di reati occorsi ogni anno nell'ambito considerato. Al contrario, gli episodi di crisi societarie o crack bancari che sottendono operazioni criminali, sfuggite al controllo degli addetti, rappresentano un dato pressoché costante<sup>878</sup>. I dissesti finanziari, spesso legati a scelte eccessivamente ardite del *management*, se non a vere e proprie speculazioni illecite, sono fenomeni storicamente persistenti. Insomma, l'uso - se non l'abuso - della minaccia penale non pare abbia inciso su questo stato di cose; non sembra abbia esercitato alcuna spinta concreta ad un'azione di controllo trasparente ed efficace, in grado di frenare effettivamente il fenomeno criminale nella gestione dell'impresa. Se ciò è vero, se dunque di quella efficacia deterrente e regolatrice che il diritto penale avrebbe dovuto spiegare

---

<sup>878</sup> Fanno parte della più recente cronaca le notizie relative a crack bancari e imponenti crisi societarie, legate a condotte illecite dei vertici. Si pensi all'avvenuta iscrizione a registro indagati di parte della *governance* di Banca Base per una serie di reati societari, da cui l'accusa ipotizza sia conseguito il crollo dell'istituto bancario (come da ultimo riportato in *Crack Banca Base. Agli arresti presidente e direttore generale*, in *Il Sole24Ore*, 19 dicembre 2019).

non vi è traccia, allora sembra a maggior ragione necessario che lo studioso proceda a vagliare un'alternativa per sanzionare i controlli «infedeli» o comunque non rispettosi delle regole di diligenza<sup>879</sup>.

Un bacino dal quale poter validamente attingere sembra essere quello delle sanzioni amministrative. In maniera perfettamente coerente con la concezione abbracciata dal nostro ordinamento, che contempla il diritto penale quale *extrema ratio*, si potrebbe ragionare sulla opportunità di regolare l'omesso o scorretto esercizio delle funzioni di controllo come semplice illecito, non necessariamente di tipo penale, cui far discendere una sanzione amministrativa, preferibilmente di carattere interdittivo<sup>880</sup>. È presumibile, infatti, che imporre l'allontanamento dall'ufficio di amministratore o sindaco, o, in generale, di responsabile della funzione di controllo, per il soggetto che non abbia esercitato correttamente il proprio incarico, possa assumere un peso notevole sulla psiche dello stesso e operare come effettiva contropinta ad un più o meno compiacente lassismo nel vigilare sugli operativi<sup>881</sup>.

---

<sup>879</sup> Sulla proficuità dell'utilizzo di strumenti elaborati secondo il modello della reazione «punitiva» amministrativa: C. E. PALIERO, *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1993, 1021 e ss.

Già il Maestro Franco Bricola evidenziava, del resto, i vantaggi che possono scaturire in genere dall'utilizzo del diritto civile e amministrativo come valida alternativa allo strumento penale all'interno dello statuto d'impresa. F. BRICOLA, *op. cit.*, 737.

Più di recente anche F. CENTONZE, *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi. I limiti dell'intervento penalistico e le indicazioni del sistema Statunitense*, in *Scritti per Federico Stella*, Jovene, Napoli, 2007, 1088-1089. L'Autore si richiama qui al celebre lavoro di Federico Stella, *Giustizia e modernità*, suffragando ulteriormente la tesi per cui, nel pieno rispetto del principio di *extrema ratio* dell'intervento penalistico è invero doveroso vagliare le alternative fornite dalla regolazione civile e amministrativa, le quali, specie nel settore del diritto penale economico, possiedono un potenziale sovente non utilizzato.

Sul tema si rinvia poi all'interessante studio di A. ALESSANDRI, *Un esercizio di diritto penale simbolico: la c.d. tutela penale del risparmio*, in *Studi per Federico Stella*, *op. cit.*, 925 e ss.

<sup>880</sup> Sulla opportunità di prevedere un sistema sanzionatorio alternativo, all'occorrenza interdittivo, quale presidio alla corretta e opportuna *collaborazione* al controllo anche F. GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006, 3, 612. Qui l'Autore, comunque, individua la predetta modifica all'interno di un quadro di riforma più ampio, che, oltre a sanzionare penalmente i controllori omissivi, prevede anche la comminazione della misura amministrativa.

<sup>881</sup> Per altro, il carattere afflittivo della sanzione interdittiva, connesso alla sua capacità di incidere direttamente sugli interessi professionali ed economici dell'individuo, è riconosciuto da dottrina e giurisprudenza in senso unanime. Esplicita peraltro in questo senso Corte cost. 2 febbraio 1990, n. 40. Del resto, proprio a fronte della loro gravità, la Corte costituzionale, con riferimento alle sanzioni interdittive di tipo disciplinare, ha specificato che esse, per poter essere legittimamente irrogate, debbono essere commisurate sulla base di una attenta valutazione del caso di specie, che il giudice deve compiere evitando automatismi applicativi. Corte cost. 16 luglio 2015 n. 170.

Più di recente, con riferimento alla sanzione accessoria del ritiro della patente, quale sanzione di interdizione, come modificata a seguito della riforma del 2016, Corte cost. 19 febbraio 2019, n. 88.

Di fronte alla possibilità di perdere la propria fonte di reddito e costretto a subire conseguenze fortemente pregiudizievoli anche sul piano reputazionale, il controllore potrebbe essere incentivato ad adempiere regolarmente e attentamente ai propri compiti, forse più che dinanzi alla minaccia di una sanzione penale, la cui applicazione concreta, peraltro, può essere incisa in vario modo. Può risultare infatti modificabile attraverso il riconoscimento di benefici premiali, o può non essere mai concretamente scontata dal condannato, nel caso in cui venga riconosciuta la sospensione condizionale, quando ne sussistano i requisiti di cui all'art. 163 c.p.

Tale soluzione parrebbe percorribile, del resto, proprio a fronte del tipo di illecito che si andrebbe a perseguire: un illecito strutturato in forma puramente omissiva. Abbiamo osservato come, nell'ambito del procedimento penale, la magistratura tenda a coinvolgere i vari soggetti controllori, sovente, semplicemente sulla base del fatto che non hanno vigilato in maniera corretta sull'attività societaria e, in taluni casi, la giurisprudenza giunge alla condanna mascherando questo semplice omesso controllo in una forma di omesso impedimento del reato. È frequente, infatti, nella prassi del procedimento, l'appiattimento della repressione penale sulla disciplina civilistica che regola le funzioni di controllo. Ad assumere importanza, in queste ipotesi, è dunque la mera omissione - ovvero la non diligente esecuzione - del dovere di vigilanza o di valutazione incombente sul singolo in sé considerato, e il nesso causale con il reato altrui viene fatto scemare fino quasi a scomparire in uno schema tutto presuntivo. Ebbene, per far fronte a queste semplici condotte di omissione parrebbe a ben vedere sufficiente il ricorso alla *sanzione amministrativa*<sup>882</sup>.

Alcuni studiosi<sup>883</sup>, di poi, proprio partendo da queste constatazioni, hanno suggerito la possibilità che tale misura venga prescritta come sanzione accessoria al riconoscimento di responsabilità in *sede civile*, conseguente alla violazione, per l'appunto, degli obblighi di vigilanza, valutazione o supervisione, a seconda della funzione cui si fa riferimento.

---

In dottrina, sul tema della afflittività delle misure disciplinari di carattere interdittivo si rinvia ai principali lavori di C. E. PALIERO-A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Giuffrè, Milano, 1988, 48 e ss. e, più di recente, F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Giappichelli, Torino, 2017.

<sup>882</sup> In generale, sulla applicabilità della sanzione amministrativa nel settore della criminalità economica: E. DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1984, 589.

<sup>883</sup> M. CAPUTO, *Dalla teoria dei «segnali di allarme» alla realtà dell'imputazione dolosa nel concorso dell'amministratore non esecutivo ai reati di bancarotta*, in *Riv. soc.*, cit.

## 6. Corsi e ricorsi dell'intervento punitivo sul controllo societario: osservazioni conclusive.

A conclusione di questo percorso di ricerca, attraverso cui si è cercato di dare risposta ad alcuni dei principali interrogativi che emergono oggi in riferimento ad un assetto, quello dei controlli endosocietari, sempre più intricato e complesso, possiamo svolgere una valutazione di sintesi. Possiamo delineare una sorta di chiosa finale in merito al tipo di intervento che l'ordinamento appresta, sulla scorta delle ipotesi di ricerca indicate in introduzione al presente lavoro, che paiono confermate sulla base dei risultati raggiunti.

Come si è potuto constatare a più riprese nel corso dell'indagine, il sistema del controllo interno alle società per azioni si rivela oggi sovraffollato e confuso. I reiterati interventi di legislatore e Autorità pubbliche, volti ad espandere progressivamente le funzioni di supervisione sull'esercizio d'impresa e ad inserire al contempo figure sempre nuove di controllori, si sono rivelati controproducenti. Capita sovente che le competenze dei diversi operatori non siano facilmente distinguibili tra loro e i tentativi di definirne il coordinamento falliscano nella pratica.

A ben osservare, l'«esplosione dei controlli»<sup>884</sup> e la loro continua estensione sembrano rappresentare una risposta dell'ordinamento più legata al bisogno di sicurezza veicolato dall'opinione pubblica, che non a logiche razionali attraverso cui tentare di risolvere il problema del *mismanagement*. È come se ogni crisi, ogni scandalo, gettasse luce su di un nuovo vuoto normativo, un problema dell'organizzazione, che si scopre ogni volta incapace di decodificare le situazioni di pericolo e di prevedere ed evitare la commissione di illeciti da parte dell'amministrazione e la produzione di danni ai beni coinvolti nell'attività di impresa. Sembra quasi si voglia ogni volta correre ai ripari e lo si faccia attraverso l'introduzione di un nuovo controllo. Taluno ha parlato, al proposito, in senso fortemente critico, di «interventi bulimici», di settore piuttosto che di sistema<sup>885</sup>, cui si riconduce più un effetto di facciata, che non una efficacia reale<sup>886</sup>.

---

<sup>884</sup> M. POWER, *The Audit Explosion*, Demos, Londra, 1994 e ID., *The Audit Society. Rituals of Verification*, ovvero *La società dei controlli. Rituali di verifica*, ed. italiana a cura di F. PANOZZO, ED. COMUNITÀ, Torino, 2002, cit.

<sup>885</sup> Interventi connessi, si è detto, ad una legislazione di tipo «emergenziale», propria degli anni bui degli scandali e delle crisi finanziarie hanno contribuito a complicare e a confondere il quadro d'insieme dei controlli societari. S. FORTUNATO, *Il «sistema dei controlli» e la gestione dei rischi (a quindici anni dal T.UF.)*, in *Riv. soc.*, 2015, 2-3, 253 e ss.

<sup>886</sup> Già nel primo decennio degli anni 2000 uno dei più autorevoli studiosi di diritto societario e *Corporate Governance*, muoveva critiche lapidarie verso la introduzione di regole stringenti di disciplina dell'attività del *management*, tra cui inseriva la moltiplicazione dei centri di controllo. J. R. MACEY, *Corporate Governance. Promises kept, promises broken*, Princeton University Press, NJ, 2008, *passim*, in particolare chapters 5, 8. A titolo esemplificativo, viene criticata aspramente la scelta del legislatore di spingere sulla figura degli *independent directors*, mentre le più grandi crisi societarie hanno dato prova di un fenomeno, quello dei «*board of directors captured by the very management team they were supposed*

Ciò che si rincorre è una sorta di «*idolo*» del controllo, nel senso etimologico del termine, una concezione quasi immaginifica, una rappresentazione illusoria che lo individua come lo strumento potenzialmente capace di prevenire qualsivoglia episodio di *mala gestio*<sup>887</sup>. Gli scandali societari, i casi di frode su larga scala, che continuano comunque a verificarsi, fomentano a loro volta la percezione, nella comunità, della insufficienza di questo controllo e per rispondere allo spaesamento comune lo Stato interviene nel sistema con sempre nuovi strumenti, inserisce nuove figure, complicando un assetto già di per sé intricato, in una sorta di circuito a spirale che si autoalimenta.

Nell'assecondare queste richieste, nel rincorrere, insomma, questo senso di sicurezza distopico, si finisce per intervenire sulla materia - lo abbiamo appurato innanzi - attraverso riforme estemporanee e contingenti, che non sempre si armonizzano tra loro, al contrario. Le funzioni e le procedure di vigilanza rischiano, così, di rivelarsi un simulacro, uno strumento dotato di una funzione rappresentativa, quasi apotropaica per la società, un «*rituale*», come lo ha definito Michael Power nella celebre opera «*La società dei controlli*», che non uno strumento attraverso cui perseguire la effettiva ed efficace prevenzione di manifestazioni patologiche nella gestione dell'impresa<sup>888</sup>.

Ebbene, in logica in parte analoga sembra si possa leggere anche la contestuale affermazione del diritto penale in questo stesso settore. La tensione al compiacimento delle esigenze espresse dall'opinione pubblica sembrerebbe infatti creare un parallelismo tra il riportato fenomeno di «*esplosione dei controlli*»<sup>889</sup> e quello attiguo di «*esplosione della responsabilità penale dei controllori*»<sup>890</sup>.

L'estensione, ormai evidente, della corresponsabilità dei soggetti con ruoli di supervisione e vigilanza rispetto al reato materialmente posto in essere da altri si presenta come la risposta dei poteri statali, qui nella veste di potere *giudiziario*, ad una precisa domanda di intervento avanzata dalla coscienza sociale e direttamente connessa al fenomeno di «*vittimizzazione di massa*» che da sempre segue i grandi dissesti societari

---

*to be monitoring*», vale a dire di una situazione in cui è appunto proprio l'*indipendenza* che non si riesce a garantire. I problemi sembrano, insomma, essere ancipiti e prima di intervenire con regolazioni a pioggia è su questi, afferma in sostanza l'A., che si dovrebbe intervenire.

<sup>887</sup> Il termine deriva dal greco arcaico *εἶδωλον*, dalla radice di *εἶδος*, nel senso di figura, immagine astratta, rappresentazione priva di consistenza reale; fino al significato di fantasma, spettro, che si è affermato specialmente nel periodo ellenico, il cui uso si è consolidato a partire dall'*Elena* di Euripide.

<sup>888</sup> M. POWER, *The Audit Society. Rituals of Verification*, ovvero *La società dei controlli. Rituali di verifica*, ed. italiana a cura di F. PANOZZO, ED. COMUNITÀ, Torino, 2002. Interessanti, in particolare, le riflessioni dell'Autore espresse all'interno dell'opera, in cui parla del costante incremento dei controlli, in taluni casi, come di una «*pratica istituzionalizzata*», per cui lo Stato interviene più in una sorta di routine, che non a fronte di una scelta razionale di adattamento efficiente. Così, in particolare, alle pagine 171 e ss.; 200-204.

<sup>889</sup> M. POWER, *The Audit Explosion*, Demos, Londra, 1994, *cit.*, e ID., *The Audit Society. Rituals of Verification*, ovvero *La società dei controlli. Rituali di verifica*, ed. italiana a cura di F. PANOZZO, ED. COMUNITÀ, Torino, 2002, *cit.*

<sup>890</sup> F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, *op. cit.*, 117.

che si registrano nel sistema di mercato capitalistico<sup>891</sup>. Le ingenti perdite che derivano dalle crisi economiche e finanziarie si riversano direttamente sul pubblico di azionisti e investitori, con effetti che si amplificano a dismisura quando il crack interessa i complessi di maggiori dimensioni, e porta inevitabilmente la comunità lesa a sollevare rivendicazioni di punizioni esemplari. Così è avvenuto, per fare qualche esempio, per il crollo di colossi finanziari e bancari, come Parmalat o Carige, in cui sono stati travolti i risparmi di migliaia di persone, le quali hanno avanzato a gran voce sonore richieste di afflizione nei confronti di chiunque potesse ritenersi colpevole.

Per rendersi conto della portata di questo fenomeno, basti ricordare alcuni fatti della cronaca più recente; si pensi, a titolo esemplificativo, alla vicenda processuale che ha visto coinvolta banca Carife, in cui si contano a migliaia le richieste di costituzione di parte civile depositate a partire dall'udienza preliminare del processo penale<sup>892</sup>, e in cui le istanze di giustizia, o per meglio dire di punizione, sono state portate avanti dal pubblico financo con manifestazioni, cortei per le strade della città di Ferrara, raduni di fronte al Tribunale in cui si celebrava il processo, secondo quanto è stato riportato dalla stampa, locale e nazionale<sup>893</sup>.

Orbene, questa richiesta di «giustizia», oggi come in passato, si è visto, ha individuato nel diritto penale il suo principale referente<sup>894</sup>. Del resto, una simile tendenza ad attingere al diritto afflittivo per antonomasia quale strumento idoneo a fronteggiare la criminalità di impresa risulta oramai ben radicata nella nostra realtà<sup>895</sup>, e direttamente

---

<sup>891</sup> Parla di «vittimizzazione di massa» A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Il Mulino, Bologna, 2010, 106; ID., *Relazione introduttiva. Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, in Collana *Convegni di studi «Enrico de Nicola»*, op. cit., 48-49. Si veda quanto osservato in Introduzione e al Capitolo I di questo lavoro.

Sul ruolo della vittima e sul rilievo la figura sta acquisendo nel processo penale, si rinvia alle interessanti osservazioni di D. FONDAROLI, *Diritto penale, vittimizzazione e «protagonismo» della vittima*, in *Riv. Crim., Vitt. e Sic.*, 2014, 1, 74 e ss. Della stessa Autrice, una pregevole riflessione sulle conseguenze nell'accertamento di responsabilità: ID., *L'accertamento della responsabilità penale secondo il paradigma del «caso per caso» ed il «circo mediatico-giudiziario»*. Il nuovo particolarismo giuridico, Relazione al Convegno *Saperi scientifici e nuove tecnologie nel diritto e nel processo penale*, Ravenna, 18 novembre 2011, in *Arch. pen.*, 2014, 1 e ss.

<sup>892</sup> Sono 1510 le parti private definitivamente ammesse dal tribunale di Ferrara, al termine di cui all'art. 79, comma 1, secondo periodo, c.p.p.

<sup>893</sup> Espressivi di questo risentimento popolare sono peraltro gli stessi titoli di molti degli articoli apparsi sui quotidiani a partire dalle prime pubblicazioni che hanno riguardato la vicenda processuale (*Carife, ecco la resa dei conti. Sono 662 le persone offese*, in *Il Resto del Carlino*, 20 maggio 2017), fino a quelli pubblicati al termine del processo di primo grado, in cui traspare un'opinione quasi critica della stampa per le assoluzioni decise dal Tribunale (*Processo Carife, raffica di assoluzioni*, in *Il Resto del Carlino*, 11 febbraio 2019).

<sup>894</sup> A. ALESSANDRI, *Relazione introduttiva. Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, cit. 49.

<sup>895</sup> G. M. FLICK, *Problemi attuali e profili costituzionali del diritto penale dell'impresa*, Prolusione tenuta in occasione dell'apertura dell'anno accademico 1982-1983, presso l'Università LUISS, di Roma,

correlata ad una condizione di sfiducia del pubblico nella correttezza del mondo economico, cui consegue la progressiva perdita di prestigio degli stessi uomini d'affari nell'ambiente sociale<sup>896</sup>.

Senonché, le molteplici questioni che sorgono in relazione a questo approccio portano ragionevolmente a dubitare della sua correttezza. L'indagine che si è sin qui condotta ha dimostrato, sotto diversi aspetti, come il ricorso al paradigma punitivo sollevi un coacervo di problematiche e complessità operative di evidente spessore.

Il diritto penale, con i suoi rigidi schemi di imputazione, le approfondite ricognizioni che impone con riferimento agli elementi di fattispecie e i requisiti probatori del processo accusatorio, mostra un certo disagio nel confrontarsi con l'assetto dei controlli e le difficoltà si aggravano ulteriormente dove la realtà imprenditoriale con cui deve rapportarsi sia organizzata nella forma della società per azioni<sup>897</sup>.

Le obiettive complicazioni e i molteplici inconvenienti che incontra la disciplina penale nel muoversi all'interno di un sistema così particolare qual è quello societario, e in specie quello del controllo societario, conducono pertanto ad interrogarsi sulla validità stessa di questo approccio. L'impressione che sorge allora nell'osservatore è che forse questa sorta di accanimento applicativo dello *ius criminale* in un tale settore possa rappresentare una manifestazione di quella repressibile tendenza alla panpenalizzazione che segna oggi così profondamente il nostro ordinamento e che si riflette tanto in ambito normativo, quanto, sempre più di frequente, negli ambienti giudiziari<sup>898</sup>.

---

poi pubblicato in *Riv. dir. pen. e proc.*, 1983, 433 e ss.; evidenza che il diritto penale è guardato sempre più come strumento di «pulizia» contro le piaghe proprie del sistema economico, Francesco Viganò nella introduzione a F. PALAZZO-F. VIGANÒ, *Diritto penale una conversazione*, Il Mulino, Bologna, 2018, 7.

<sup>896</sup> Sulla lettura del fenomeno sociale, non si può che rinviare all'opera di Sutherland: E. H. SUTHERLAND, *Il crimine dei colletti bianchi*, traduzione italiana a cura di G. FORTI, pubblicata in *Criminologia, Politica criminale, Diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1987. In particolare, l'Autore colloca temporalmente questa perdita di fiducia della società, con la conseguente progressiva affermazione di punizione anche nei confronti dei «colletti bianchi», a partire dalla grande depressione del 1929. Si vedano, in particolare, le pagine da 68 in avanti. Ricostruisce la logica della precedente «impunità» della categoria legata ad una serie di fattori socio-culturali (pp. 299 e ss.; 316 e ss.).

<sup>897</sup> Riserve di più ampia portata, relative al generico inserimento del diritto penale nell'intero settore economico e imprenditoriale, sono espresse da alcuna parte della dottrina. Si rinvia, in particolare, a: A. ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 2, 534 e ss.; ID., *Delitti e pene nello scenario della crisi*, in *Giur. comm.*, 2010, 5, 671 e ss.; ID., *Corporate governance nelle società quotate: riflessi penalistici e nuovi reati societari*, cit., 522.

<sup>898</sup> Come è stato osservato, nella realtà odierna il diritto penale si fa sempre più «esibizione muscolare» dei pubblici poteri, in risposta ai bisogni di tutela espressi dalla società. D. PULITANÒ, *Intervento al Convegno «La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista»*, pubblicato in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 21 dicembre 2016.

Sul tema, fondamentale il contributo di F. SGUBBI, *Il diritto penale giurisprudenziale*, Intervento alla tavola rotonda sul tema *Il diritto penale giurisprudenziale*, Università di Trento, 13 maggio 1988, in *Dei delitti e delle pene*, 1991, 2, 68 ss.; N. MAZZACUVA, *Il diritto penale giurisprudenziale*, Intervento

In questo caso, infatti, nel silenzio della legge, è appunto la giurisprudenza a caricarsi dell'onere punitivo<sup>899</sup>. Sono i giudici, che, in assenza di precipue previsioni normative, di fattispecie *ad hoc* elaborate dal legislatore, facendo leva sul malleabile schema di cui all'art. 40 cpv. c.p., assecondano sovente quell'«*ansia di giustizia*», intesa più che altro come vendetta della comunità che si considera lesa. Non è privo di significato il fatto che, salvo casi isolati, come la pronuncia Bipop-Carire, o Cassazione n. 42519/12, le sentenze emesse in corrispondenza dei più gravi scandali societari e finanziari siano connotate da forte rigore punitivo, come abbiamo potuto osservare a conclusione dell'analisi condotta nel primo capitolo di questa ricerca. Le situazioni in cui sono più estese le perdite cagionate a risparmiatori ed azionisti e in cui, di conseguenza, è più elevato il sentimento di acrimonia che si ingenera negli ambienti sociali verso il mondo degli affari coincidono, il più delle volte, con le situazioni in cui la corresponsabilità dei controllori nel reato dei controllati viene riscontrata con maggiore

---

alla tavola rotonda sul tema *Il diritto penale giurisprudenziale*, Università di Trento, 13 maggio 1988, in *Dei delitti e delle pene*, 1991, 2, 73 ss.

L'epilogo, ineluttabile, è quello di un progressivo svilimento del diritto afflittivo per antonomasia, che, lungi dall'operare nei soli casi di stretta necessità, è ridotto oramai a mero «*strumento di consumo*». Così, tra i più autorevoli contributi: N. MAZZACUVA, *Il "diritto penale massimo": l'incremento dei reati e delle pene tra diritto penale legislativo e diritto penale giurisprudenziale*, Intervento al Convegno *Abuso di pubblici poteri e tutela dei diritti del cittadino*, Bologna, 25 novembre 2016, in *Ind. pen.*, 2017, 3, 994 ss.

F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., XL e ss.; F. BRICOLA, *Carattere sussidiario del diritto penale e oggetto della tutela*, in *Studi in onore di Delitala*, Milano, 1984, I, 99; T. PADOVANI, *La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 114; M. ROMANO, «*Meritevolezza di pena*», «*bisogno di pena*» e *teoria del reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1, 1992, 39; F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, 1990; ID., *il diritto penale incerto ed efficace*, Relazione al ciclo di incontri Lavori in corso, Università di Macerata, 12 marzo 2001, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, 4, 1193 ss.; ID., *Premessa*, in *La legislazione penale compulsiva*, G. INSOLERA (a cura di), Padova, 2006; M. PAVARINI, *Lo scopo della pena*, *Introduzione al sistema penale*, G. INSOLERA-N. MAZZACUVA-M. PAVARINI-M. ZANOTTI (a cura di), Vol. I, IV ed., Torino, 436 e ss.; T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. pen. e proc.*, 1992, 420.

<sup>899</sup> Forti sul punto le lucide considerazioni del Professor Sgubbi, per cui il diritto penale si fa oramai «totale» e si estende a ogni frangente della vita sociale. Il riferimento è chiaramente al saggio F. SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Il Mulino, Bologna, 2019, *passim*. Il Maestro, nel testo, denuncia tra i casi espressione di questo fenomeno il c.d. reato percepito, in cui, nella individuazione della tipicità è la percezione della vittima ad assumere centralità; la condotta dell'agente, osserva, «*può anche essere oggettivamente neutra, ma se viene percepita come lesiva dall'interlocutore diviene reato*», 47. Situazione cui ci sembra possa ricondursi il caso di semplici omissioni ai compiti di vigilanza, che di per sé non configura una condotta rilevante, ma viene avvertita potenzialmente idonea a creare un ambiente favorevole alla commissione di reati altrui.

facilità in giudizio e il novero dei soggetti chiamati a rispondere dell'illecito si fa più ampio<sup>900</sup>.

La spinta ad assecondare così apertamente il bisogno di pena espresso da quello che Francesco Palazzo ha definito un «*sentimentalismo sociale*»<sup>901</sup> che si sviluppa attorno ad una logica di vendetta<sup>902</sup>, piuttosto che di giustizia, porta ad una vera e propria involuzione dell'intero sistema, che pare affrancarsi sempre più dai principi illuministici che individuano il diritto penale come *extrema ratio*<sup>903</sup>.

Peraltro, compiacere la richiesta di punizione espressa dalla società in questo contesto porta con sé un rischio ulteriore di speciale gravità. Come si è visto nel corso di questo studio, infatti, la peculiarità dell'assetto societario incide sovente sulla effettiva possibilità di «individualizzare» la responsabilità penale che si ascrive al controllore. In casi limite il legame di costui con l'illecito posto in essere da altri risulta evanescente e la corresponsabilità nel reato non impedito finisce per incardinarsi sul semplice fatto che il soggetto avesse rivestito una determinata posizione nel sistema dei controlli. Ebbene, il rischio sotteso a questo tipo di approccio è che il soggetto divenga una sorta di capro espiatorio. La pena gli viene comminata come prova di forza dei pubblici poteri, per cui lo Stato punisce per dare dimostrazione della propria capacità di intervenire in modo poderoso su situazioni avvertite dalla società come illecite e pericolose e mostra di non

---

<sup>900</sup> Fortemente critico sulla assenza di prevedibilità e certezza del diritto, che potrebbe virtualmente sottoporre il cittadino all'«*arbitrium iudicis*» F. GIUNTA, *Legibus solutum. Ovvero, la legge del giudice penale*, testo destinato al volume *Diritto penale tra ragione e prevaricazione. Dialogando con Gaetano Insolera*, in corso di pubblicazione, l'intervento si trova ora pubblicato sulla rivista online *DisCrimen*, 22 novembre 2020.

<sup>901</sup> F. PALAZZO, *Diritto penale. Una conversazione*, op. cit., 102-103.

Con riferimento alla esigenza espressa dalla società, Fiandaca parla di una vera e propria «*ossessione punitiva*». G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Ed. Laterza, Bari, 2017, 187.

<sup>902</sup> Si tratta di un tema, quello del bisogno di pena e della conseguente espressione di un desiderio di afflizione, di vendetta verso chi ha commesso un torto, che le scienze sociali e gli studi psicologici, fin dalle tesi Fraudiane, individuano quale pulsione istintiva che si esalta negli aggregati sociali e richiede di essere contenuta e stemperate dalla stessa struttura civile.

Tra gli studi più interessanti in questa direzione: S. FRAUD, *Psicoanalisi della società moderna. (Psicologia collettiva e analisi dell'io)*, nella traduzione di C. GALASSI-J. SANDERS, Newton, Roma, ult. ed., 2010, 126-190; O. WENDELL HOLMES Jr., *Desiderio di vendetta e forme primitive di responsabilità*, in *La giustizia vendicativa*, P. DI LUCIA-L. MANCINI (a cura di), Edizioni ETS, Pisa, 2015, 35-53. Negli studi sociologici più recenti, in cui si focalizza l'attenzione sulla risposta punitiva dello Stato: D. FASSIN, *Punire, una passione contemporanea*, nella traduzione di L. Alunni, Feltrinelli, Milano, 2018, *passim*.

<sup>903</sup> Il sistema pare allontanarsi progressivamente dalle concezioni illuministiche di un diritto penale il più possibile razionale. Evidenzia in particolare questo continuo abbandono delle concezioni espresse da Beccaria, nel suo celeberrimo *Dei delitti e delle pene*, V. MAIELLO, in una recente pubblicazione ricca di interessanti spunti, che sviluppa attraverso una analisi di carattere storico-filosofico: *Legge e interpretazione nel «sistema» di Dei delitti e delle pene*, scritto destinato agli *Studi in onore di Lucio Monaco* e ora pubblico sulla rivista online *DisCrimen*, 18 novembre 2020.

lasciare scoperti vuoti di tutela rispetto ai beni giuridici coinvolti nell'attività d'impresa<sup>904</sup>.

Preso coscienza di questi effetti devianti connessi alla risposta penale, non può dunque che esprimersi in modo ancora più convinto l'auspicio che in futuro si possa seriamente ripensare l'intera costruzione relativa all'omesso controllo, senza il timore di emanciparsi dallo strumento afflittivo per antonomasia e di esplorare soluzioni alternative.

---

<sup>904</sup> Sugli effetti di questa individuazione di un «capro espiatorio»: G. DE VERO, *Prevenzione generale e «condanna dell'innocente»*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, 990 e ss. Ragionamenti in parte analoghi si possono peraltro riscontrare in A. ALESSANDRI, in *Attività d'impresa e responsabilità penale*, *cit.*, 541.

## Bibliografia

AA.VV., *Accertamento delle responsabilità individuali e processo alla persona giuridica*, in *Diritto penale delle società*, CANZIO G.-CERQUA L. D.-LUPARIA L. (a cura di), Cedam, Milano, 2016, Sez. II, Parte I-IV.

AA.VV., *Amministrazione e controllo nel modello tradizionale delle società per azioni: il commento di Assonime*, in *Riv. soc.*, 2005, 4, 907 e ss.

AA.VV., *Commentario breve al codice penale*, in CRESPI A.-STELLA F.-ZUCCALÀ G. (a cura di), Cedam, Padova, 1992.

AA. VV., *Criminalità economica e pubblica opinione. Una ricerca del Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale*, PEDRAZZI G.-PEDRAZZI C. (a cura di), Angeli, Milano, 1982.

AA.VV., *Enron e Parmalat. Due «sistemi-paese» a confronto*, E. PACIOTTI-G. SALVI (a cura di), Manni, San Cesario di Lecce, 2005.

AA.VV., *I controlli societari. Molte regole nessun sistema*, BIANCHINI M.-DI NOIA C. (a cura di), Egea, Milano, 2010.

AA.VV., *Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a dieci anni da “mani pulite”*, G. FORTI (a cura di), Vita e Pensiero, Milano, 2003.

AA.VV., *L'Enciclopedia. Dizionario italiano*, La Biblioteca della Repubblica, Vol. 23, Utet, Moncalieri, 2004.

AA.VV., *Le crisi bancarie: il caso del Banco Ambrosiano*, BELLI F. - MACCARONE S. (a cura di), Milano, Giuffrè, 1985.

AA.VV., *Per un nuovo codice penale, II, Relazione della Commissione Grosso*, GROSSO C. F. (a cura di), Cedam, Padova, 2000.

AA.VV., *Relazione al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, in *La Riforma del diritto societario. Lavori preparatori, testi e materiali*, VIETTI M.-AULETTA F.-LO CASCIO G.-TOMBARI U.-ZOPPINI A. (a cura di), Giuffrè, Milano, 2006.

AA.VV., *Relazione della Commissione Ministeriale per la riforma del codice penale istituita con d.m. 1 ottobre 1998*, in *Riv. it. dir. e proc. pen., cit.*, 1999, p. 603 ss.

AA.VV., *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, STILE A.M. (a cura di), Jovene, Napoli, 1989.

AA.VV., *Sintesi Rapporto di Ricerca CETIF. Osservatorio. Riflessi Organizzativi della Compliance nelle Banche.*, Milano, 2007.

AA.VV., AICOM, *Linee Guida per la Funzione di Compliance*, 2006, in [www.consob.it](http://www.consob.it).

AA.VV., AIIA, *Standard internazionali e guide interpretative per la pratica professionale dell'Internal Auditing*, 2006, in [www.aiiaweb.it](http://www.aiiaweb.it).

AA. VV., ANIA, *Linee Guida per il settore assicurativo ex art. 6, com.3, D.Lgs 231/01*, febbraio 2008, p. 13.

AA. VV., ANRA, *Gli standard di risk management e l'ISO31000*, 9 novembre 2011, documento reperibile alla banca dati di [www.anra.it](http://www.anra.it).

AA. VV., Assogestioni, *La legge 28 dicembre 2005, n. 262, sulla tutela del risparmio: un commento di Assogestioni*, in *Riv. soc.*, 2006, 1, 146 ss.

AA. VV., Assonime, Circola n. 28/2016, in *Riv. soc.*, *Il nuovo quadro comunitario e nazionale in tema di revisione legale circolare assonime n. 28/2016*, 2017, 2-3.

AA. VV., Assonime, *Le nuove disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari: il commento dell'Assonime*, in *Riv. soc.*, 2006, 2-3, 502 ss.

AA.VV., Assonime, Circ. 3 maggio 2010, n. 16, *Il testo unico della revisione legale*, in [www.assonime.it](http://www.assonime.it).

AA. VV., Confindustria, *Linee Guida per lo svolgimento delle attività del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari ai sensi dell'art. 154 bis TUF*, 13 dicembre 2007, 10 ss., in [www.confindustria.it](http://www.confindustria.it).

AA. VV., Consob, *Attestazione del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari e degli organi amministrativi delegati sul bilancio d'esercizio e consolidato e sulla relazione semestrale ai sensi dell'art. 154 bis Tuf*, documento di consultazione, 2 febbraio 2007, 2, in [www.consob.it](http://www.consob.it).

AA.VV., Consob, *Le crisi finanziarie. Approfondimenti*, pubblicata sul sito internet [www.consob.it](http://www.consob.it).

AA. VV., Price Waterhouse Cooper, *Internal Auditing nelle società quotate. Approfondimenti sull'informativa fornita al mercato*, 3° ed., in [www.pwc.com](http://www.pwc.com).

AA.VV., Price Waterhouse Cooper, *La riforma della Revisione. Implicazioni per Sindaci e Amministratori*, 2017, in [www.pwc.com](http://www.pwc.com).

ABBADESSA P., *Rassegna di dottrina italiana e straniera in materia societaria*, in *Riv. soc.*, 1971, 1094 e ss.

ABBADESSA P., *I poteri di controllo degli amministratori «di minoranza» (membro del comitato esecutivo con «voto consultivo»?)*, in *Giur. comm.*, 1980, 1, 816 e ss.

ABBADESSA P., *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum*, Gian Franco Campobasso, ABBADESSA P.-PORTALE G. B. (diretto da), Vol. 2, Utet, Torino, 2006, 504 e ss.

ABBADESSA P., *Il sistema dualistico in Italia: l'evoluzione del modello*, in *Sistema dualistico e governance bancaria*, ABBADESSA P.-CESARINI F. (a cura di), Giappichelli, Torino, 2009, 5 e ss.

ABBADESSA P., *L'amministrazione delle società bancarie secondo il sistema tradizionale. Convegno in memoria di Niccolò Sanitro*, in *La governance delle società bancarie*, DI CATALDO V. (a cura di), Giuffrè, Milano, 2014, 7.

ABRIANI N., *L'organo di controllo (collegio sindacale, consiglio di sorveglianza, comitato per il controllo della gestione)*, in *Corporate governance e «sistema dei controlli» nella S.P.A.*, TOMBARI U. (a cura di), Giappichelli, Torino, 2013, 102 ss.

ABRIANI N., *Corporate governance e sistema monistico: linee evolutive*, in *Riv. soc.*, 2019, 2, 527 ss.

ACCINNI G. P., *Fatti di bancarotta e responsabilità penale degli amministratori senza delega*, in *Riv. soc.*, 1992, 1511. e ss.

ADONNINO P., *Il nuovo ruolo del collegio sindacale ed il rapporto con l'internal auditing*, in *Imp.*, 2000, 2, 193 ss.

ALAGNA R., *L'organismo di vigilanza nel d.lgs. 231/2001*, in *Ius17@unibo.it*, 2008, 2, 5771 ss.

ALAGNA R.-BIANCONI A.-CASSANI C.-FONDAROLI D.-NISCO A., *I reati fallimentari*, in *Giur. comm.*, 2009, 5, 803 ss.

ALBERICI A., *Dalle disposizioni per la tutela del risparmio alla funzione di compliance*, in *Tutela del risparmio, authorities, governo societario*, BILANCIA P.-RIVOLTA G. C. M. (a cura di), Giuffrè, Milano, 2008, 193 ss.

ALDROVANDI P., *I «modelli di organizzazione e di gestione» nel d.lgs. 8 giugno 2001: aspetti problematici dell'«ingerenza penalistica» nel «governo» delle società*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, 463 ss.

ALESSANDRI A., *I reati societari: prospettive di rafforzamento e di riformulazione della tutela penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, 2, 483 ss.

ALESSANDRI A., *Impresa (responsabilità penali)*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Utet, Milano, 1992, 215 ss.

ALESSANDRI A., *Parte generale*, in PEDRAZZI C.-ALESSANDRI A.-FOFFANI L.-SEMINARA S.-SPAGNOLO G., *Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte generale e reati fallimentari*, Monduzzi Editore Bologna, 1999, 88 e ss.

ALESSANDRI A., *Corporate governance nelle società quotate e nuovi reati societari*, in *Le nuove funzioni degli organi societari: verso la Corporate Governance?*, Atti del Convegno svoltosi a Courmayeur, 28 e 29 settembre 2001, Giuffrè, 129 ss., ora pubblicato in *Giur. comm.*, 2002, 5, 521.

ALESSANDRI A., *I soggetti*, in *Il nuovo diritto penale delle società. D.lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, ALESSANDRI A. (a cura di), Ipsoa, Milano, 2002, 42 ss.

ALESSANDRI A., *Corporate governance nelle società quotate: riflessi penalistici e nuovi reati societari*, in *Giur. comm.*, 2002, 5, 537 ss.

ALESSANDRI A., *Attività d'impresa e responsabilità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 2, 534 ss.

ALESSANDRI A., *Un esercizio di diritto penale simbolico: la c.d. tutela penale del risparmio*, in *in Scritti per Federico Stella*, BERTOLINO M.-FORTI G. (a cura di), Vol. 1, Jovene, Napoli, 2007, 925 ss.

ALESSANDRI A., *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro. Un'introduzione*, in *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Convegni di studio «Enrico de Nicola». Problemi attuali di diritto e procedura penale, Giuffrè, Milano, 2009.

ALESSANDRI A., *Delitti e pene nello scenario della crisi*, in *Giur. comm.*, 2010, 5, 671 ss.

ALESSANDRI A., *Diritto penale e attività economiche*, il Mulino, Bologna, 2010.

ALESSANDRI A., *Profili penali delle procedure concorsuali. Uno sguardo d'insieme*, Giuffrè, Milano, 2016, 39.

ALESSANDRI A., *Novità penalistiche nel codice della crisi d'impresa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, 4, 1815 ss.

ALEXANDER C. R.-ARLEN J., *Does Conviction Matter? The Reputational and Collateral Effects of Corporate Crime*, in *New York University School of Law. NYU Center for Law, Economics and Organization*, New York, 2018, available at [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com).

ALICE G., *Rilevanza della ripartizione di competenze tra organi diversi dell'impresa nella fattispecie di reato*, in *Giust. pen.*, 1980, II, 513 e ss.

AMATUCCI C., *Vigilanza, gestione dei rischi e responsabilità degli amministratori di società quotate*, in *Riv. soc.*, 2015, 2-3, 364 ss.

AMATUCCI C., *Adeguatezza degli assetti responsabilità degli amministratori e business judgment rule*, in *Giur. comm.* 5, 2016, 643 ss.

AMBROSETTI E. M. - MEZZETTI E. - RONCO M., *Diritto penale dell'impresa*, Zanichelli, Torino, 2008.

AMBROSINI S., *L'amministrazione e i controlli nella società per azioni*, in *Giur. comm.*, 2003, 3, 308 ss.

AMBROSINI S., *I poteri dei sindaci*, in *Il collegio sindacale*, ALESSI R.- ABRIANI N.-MORERA U. (a cura di), Giuffrè, Milano, 2007, 199 ss.

- AMBROSINI S., *Il collegio sindacale*, in RESCIGNO P. (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Vol. 16, Utet, Torino, 2013, 278.
- ANCESCHI P., Nota a Trib. Milano, 28 novembre 1987, in *Giur. comm.*, 2, 1989, 769.
- ANGELICI C., *Attività e organizzazione. Studi di diritto delle società*, Giappichelli, Torino, 2007.
- ANGIONI F., *Il concorso colposo e la riforma del diritto penale*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Giuffrè, Milano, 1984.
- ANTOLISEI F., *L'obbligo d'impedire l'evento*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1936, 6.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, Vol. 1, *Reati ed illeciti amministrativi in materia societaria, finanziaria e bancaria*, GROSSO C. F. (a cura di), Giuffrè, Milano, ult. ed. aggiornata, 2018.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, Vol. 2, *Reati fallimentari. Reati e illeciti amministrativi in materia tributaria, di lavoro, ambientale ed urbanistica. Responsabilità degli enti*, GROSSO C. F. (a cura di), Giuffrè, Milano, ult. ed. aggiornata, 2018.
- ARDIA P., *La responsabilità penale dei sindaci di società di capitali per l'omesso impedimento dei reati degli amministratori*, in *Dir. pen. e proc.*, 2002, 1255 ss.
- ARLEN J., *Evolution of Corporate Criminal Liability: Implications for Managers*, in GANDOSSY R.-SONNENFELD J., *Leadership and Governance from the Inside Out*, New York, 2004, available at [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com).
- ARLEN J.-CARNEY W. J., *Vicarious Liability for Fraud on Securities Markets: Theory and Evidence*, in *New York University School of Law. NYU Center for Law, Economics and Organization*, New York, 1992, available at [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com).
- ASCIONE M., Nota a G.u.p. Trib. Milano (ord.), 8 marzo 2012, in *Giur. merito*, 2012, 1899 ss.
- ASSUMMA B.-LEI M., *Soggetti in posizione apicale e modelli di organizzazione dell'ente*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, LEVIS M.-PERINI A. (a cura di), Zanichelli, Bologna, 2014, 166 ss.
- ASTORINA P., *Verità e problemi di imputazione soggettiva nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 3, 924 ss.
- BAGLIONI M.-GRASSO G., *Operazioni con parti correlate: il Regolamento Consob*, in *Soc.*, 2010, 1033 ss.
- BAGLIONI M.-GRASSO G., *Parti Correlate: l'attività di predisposizione delle nuove procedure interne*, in *Soc.*, 2010, 6, 733 ss.
- BALZOLA S., *Controlli interni nelle società per azioni quotate: il ruolo del collegio sindacale*, *Giur. it.*, 2013, 11, 2111 e ss.
- BARACHINI F., *Delega gestoria e disciplina dei «flussi informativi»: poteri, doveri e responsabilità*, in *La legislazione penale*, in *Trattato di diritto sanzionatorio tributario. Diritto penale e processuale*, GIOVANNINI A.-DI MARTINO A.-MARZADURI E. (a cura di), Giuffrè, Milano, 2016, 103.
- BARTOLI R., *Il problema della causalità penale. Dai modelli unitari al modello differenziato*, Giappichelli, Torino, 2010.
- BARTOLI R., *Responsabilità degli enti e reati tributari: una riforma affetta da sistematica irragionevolezza*, in *Sist. pen.*, 3, 2020, 219 ss.
- BARTOLOMUCCI S., *Rilevanza del modello societario e dell'assetto di corporate governance nella configurazione dell'Organismo di Vigilanza. Una riflessione critica*, *Resp. amm. soc. enti*, 2007, 2, 23 ss.

BASILE E., in *Un'indagine empirica presso il tribunale di Milano: le false comunicazioni sociali*, A. ALESSANDRI (a cura di), *Giur. comm. Quaderni*, Giuffrè, Milano, 2011, 95 ss.

BATTAGLIA G.-LOMBARDO C., *L'attentional bias e le applicazioni cliniche dell'Attentional Bias. Modification Training*. Relazione al Convegno *Giornate di neuropsicologia dell'età evolutiva*, Xed., 21-24 gennaio 2015, Bressanone, pubblicata sul portale del Dipartimento di Psicologia, Università di Roma La Sapienza.

BAUDINO A.- SANTORIELLO C., *La responsabilità dei componenti dell'organismo di vigilanza*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2009, 2, 59 ss.

BAVA F., *L'audit del sistema di controllo interno*, Milano, 2003.

BAZERMAN M. H.-WATKINS M., *Predictable surprises*, Boston, Harvard Business School, 2004.

BECCAREDDA BOY C., *La posizione di garanzia e la responsabilità dolosa degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario: «che tutto cambi affinché tutto rimanga com'è»*, in *Ind. pen.*, 2014, 59.

BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e sanzioni penali*, Giuffrè - Luiss University Press, Roma, 2006.

BELLAVITE PELLEGRINI C., *Storia del Banco Ambrosiano: fondazione, ascesa e dissesto 1896-1982*, Laterza, Roma, 2002.

BELTRANI S., *Art. 40 c.p.*, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, LATTANZI G.-LUPO E. (a cura di), Vol. 2, Milano, 2015, 75.

BENATTI L., *Commento all'art. 151-bis*, in *Commentario T.U.F. Decreto Legislativo 24 febbraio 1998 n. 58 e successive modificazioni*, VELLA F. (a cura di), Vol. 2, Giappichelli, Torino, 2012, 1631 ss.

BENZAZZO P., *Il codice della crisi di impresa e l'organizzazione dell'imprenditore ai fini dell'allerta: diritto societario della crisi o crisi del diritto societario?*, in *Riv. Soc.*, 2019, 2, 274 ss.

BENEDETTI L., *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, in *Riv. Soc.*, 2019, 2, 413 ss.

BENVENUTO L., *Il dirigente preposto nei rapporti con gli organi sociali*, in *Note e Studi Assonime*, Circolare Assonime n. 7/2012.

BERNAZZANI P., *I responsabili dei reati fiscali nella struttura dell'impresa*, in *Dir. pen. e proc.*, 1997, 1275 ss.

BERTOLINO M., *Dall'organizzazione all'individuo: crimine economico e personalità, una relazione da scoprire*, in *Criminalia*, 2014, 15 ss.

BERTOLOTTI A., *La revisione legale dei conti*, in *Le nuove S.p.a.*, CAGNASSO O.-PANZANI L. (diretto da), Zanichelli, Bologna, 2012, 360 ss.

BIANCHI G., *I flussi informativi*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, IRRERA M. (diretto da), Zanichelli, Bologna, 2016, 81 ss.

BIANCHI G.-IANNACCONE A.- PARADISO C.- SILVA G.-VERNA G., *Corporate governance articoli controllo dei sindaci sull'amministrazione e, in particolare, sull'assetto organizzativo, amministrativo e contabile e sulla gestione dei rischi aziendali*, in *Riv. dott. comm.*, 2015, 3, 425 ss.

BIANCHI L. A., *Il T.U.F. e il Consiglio di amministrazione degli emittenti*, in *Riv. soc.*, 2014, 4, 834 ss.

BIANCHI N., *Carife, ecco la resa dei conti. Sono 662 le persone offese*, in *Il Resto del Carlino*, 20 maggio 2017.

BIANCHI N., *Processo Carife, raffica di assoluzioni*, in *Il Resto del Carlino*, 11 febbraio 2019.

BISCEGLIE F. P., *Il «tentativo di conciliazione» tra diritto penale e gestione del rischio clinico*, in *Cass. Pen.*, 2018, 12, 4458 ss.

BISORI L., *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza Italiane*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, 1376 ss.

BLAIOTTA R., *Con una storica sentenza le Sezioni unite abbandonano l'irrealistico modello nomologico deduttivo di spiegazione causale di eventi singoli. Un nuovo inizio per la giurisprudenza*, in *Cass. pen.*, 2003, 4, 1176 ss.

BLAIOTTA R., *Causalità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2010.

BONACCORSO DI PATTI D., *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in MAIMERI F. (a cura di), *Il coordinamento della riforma del diritto societario con i testi unici della banca e della finanza. Commento ai d.lgs. 37 e 310 del 2005*, 190.

BONELLI F., *Gli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1985.

BONELLI F., *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in *Giur. comm. Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Giuffrè, Milano, 1992.

BONELLI F., *Gli amministratori di S.p.A. dopo la riforma delle società*, Giuffrè, Milano, 2004.

BONELLI F., *Gli amministratori di SPA a dieci anni dalla riforma del 2003*, Utet, Torino, 2013.

BONELLI F., *Gli amministratori di SPA a dieci anni dalla riforma del 2003*, in *Le società commerciali: organizzazione, responsabilità e controlli. Profili applicativi a dieci anni dalla «Riforma Vietti»*, VIETTI M. (a cura di), Utet, Trento, 2014, 108 ss.

BORRELLI G., *Tipizzazione della condotta e nesso di causalità nel delitto di concorso in associazione mafiosa*, in *Cass. pen.*, 2005, 12, 3759 ss.

BREIDA M. C., *Art. 2409 terdecies*, in *Il nuovo diritto societario. Commentario*, COTTINO G.- BONFANTE G.- CAGNASSO O.- MONTALENTI P. (diretto da), Zanichelli, Bologna, 2004, 1185 ss.

BRICCHETTI R., *Un obbligo di garanzia «leggero» che pone numerosi interrogativi in Guida dir.*, 2007, 35, 71 ss.

BRICCHETTI R., *Codice della crisi d'impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della legge fallimentare*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 7-8, 102 ss.

BRICCHETTI R.-TARGETTI R., *Bancarotta e reati societari*, Milano, 1995.

BRICOLA F., *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano, 1960.

BRICOLA F., *Carattere sussidiario del diritto penale e oggetto della tutela*, in *Studi in onore di Delitala*, Milano, 1984, Vol. 1, 99 ss.

BRICOLA F., *Lo statuto dell'impresa: profili penali e costituzionali*, *cit.*, in *Giur. comm.*, 1985, 745 ss.

BRICOLA F., *Lo statuto dell'impresa: profili penali e costituzionali*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, DI AMATO A. (diretto da), Vol. 1, *Introduzione al trattato. I principi generali*, Padova, 1990, 140, ora anche in *Scritti di diritto penale*, Vol. 2, tomo II, Milano, 1997, 3330 ss.

BRUNO M., *Giurisprudenza e attualità in materia concorsuale. Il coinvolgimento degli organi di controllo nella crisi d'impresa alla luce del decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14*, in *Riv. dott. comm.*, 2019, 2, 277 ss.

BUELL S. W., *Is the white collar offender privileged?*, in *Duke Law Journal*, 63, 2014, in [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com).

BUELL S. W., *Criminally Bad Management*, in (edited by ARLEN), *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misdealing*, Northampton, 2018, reperibile su [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com).

- BUELL S. W., *The Responsibility Gap in Corporate Crime*, in *Criminal Law and Philosophy*, 2017, *Duke Law School Public Law and Legal Theory*, 42, 2017, reperibile su [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com).
- BURATTI G., *D.Lgs. 231/2001 e Organismo di Vigilanza: le principali problematiche. Il caso Fintecna*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, 1, 239 ss.
- BURZI E., *Amministratore privo di delega e obbligo di impedire i reati dei quali abbia conoscenza*, in *Giur. it.*, 2008, 2, 434 ss.
- CADOPPI A., *L'omesso impedimento di reati da parte degli amministratori e sindaci della società: spunti de lege ferenda*, in *Ind. pen.*, 1986, 498 ss.
- CAGNASSO O., *Gli organi delegati nella società per azioni*, Giappichelli, Torino, 1976.
- CAGNASSO O., *L'amministrazione collegiale e la delega*, in *Trattato delle società per azioni*, COLOMBO G. E.-PORTALE G. B. (diretto da), Vol. 4, Torino, 1991, 297.
- CAGNASSO O., *Il ruolo del collegio sindacale nelle s.r.l. e nelle s.p.a.: profili di un confronto*, in *Giur. comm.*, 3, 2006, 346 ss.
- CAGNASSO O., *Il diritto della crisi tra passato e futuro*, in *Giur. comm.*, 2017, 1, 33 ss.
- CAGNASSO O.-IRRERA M.-QUATTROCCHIO L., *Il bilancio consolidato. Estratto da Le società di capitali, Trattato di diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2002, 433.
- CAGNASSO O.-RIGANTI F., *Responsabilità degli amministratori deleganti – l'obbligo di agire in modo informato a carico degli amministratori deleganti*, in *Giur. It.*, 2017, 2, 386.
- CALANDRA BUONAURA V., *I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, 5, 547 ss.
- CALANDRA-BUONAURA V., *Crisi finanziaria, governo delle banche e sistemi di amministrazione e controllo*, in *Il diritto delle società oggi*, BENAZZO P.-CERA M.- PATRIARCA S. (diretto da), Utet, Torino, 2011, 656.
- CALANDRA BUONAURA V., *Il ruolo dell'organo di supervisione strategica e dell'organo di gestione nelle Disposizioni di vigilanza sulla corporate governance e sui sistemi di controllo interno delle banche*, in *Banca, imp., soc.*, 2015, 1, 19.
- CALANDRA BUONAURA V., *Amministratori e gestione dell'impresa nel codice della crisi*, in *Giur. comm.*, 2020, 1, 5 ss.
- CAMPOBASSO G.F., *Manuale di diritto commerciale*, Vol. 2., Utet, Torino, 2020.
- CAMPOBASSO M., *Il futuro delle società di capitali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2019, 1, 138 ss.
- CANESTRARI S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Giuffrè, Milano, 1999.
- CANESTRARI S., *La definizione legale del dolo: il problema del dolus eventualis*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, 908 ss.
- CANESTRARI S., *La responsabilità colpevole nell'articolato della parte generale del Progetto Grosso*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, 3, 884 ss.
- CANESTRARI S.-CORNACCHIA L.-DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Il Mulino, Bologna, 2007.
- CANZIO G.- CERQUA L. D.-LUPARIA L., *Diritto penale delle società, Tomo I*, Cedam, Trento, 2014, 909 ss.
- CAPITANI F. G., *Il direttore di banca non può conoscere ogni operazione sospetta: va verificato in concreto l'omesso controllo* in *Dir. e Giust.* 2012, 859 ss.
- CAPRIGLIONE F., *La vigilanza sull'attività dei revisori legali dei conti*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, 6, 709 ss.

CAPRIGLIONE F., *La governance bancaria tra interessi d'impresa e regole prudenziali (disciplina europea e specificità della normativa italiana)*, in *La riforma societaria alla prova dei suoi primi dieci anni*, DE ANGELIS L.-MARTINA G.-URBANI A. (a cura di), Cedam, Padova, 2015, 89 ss.

CAPUTO M., *Filo d'Arianna o flauto magico? Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, 3, 906 ss.

CAPUTO M., *Dalla teoria dei "segnali di allarme" alla realtà dell'imputazione dolosa nel concorso dell'amministratore non esecutivo ai reati di bancarotta*, in *Riv. Soc.*, 2015, 5, 905 ss.

CARACCIOLI I., *La responsabilità del collegio sindacale nelle società fiduciarie*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1995, 175 ss.

CARACCIOLI I., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova, 2005.

CARACCIOLI I., *Profili penali del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari*, in *Il fisco*, 2005, 16, 2471 ss.

CARIELLO V., *Commento all'art. 151-bis*, in *Il testo Unico della Finanza*, FRATINI M.-GASPARRI G. (a cura di), Vol. 2, Utet, Torino, 2012, 2038 ss.

CARIELLO V., *Il sistema dualistico*, Giappichelli, Torino, 2012.

CARIELLO V., *La disciplina «per derivazione» del sistema di amministrazione e controllo dualistico (disposizioni di richiamo e di rinvio nel nuovo diritto delle società per azioni non quotate)*, in *Riv. soc.*, 2005, 36 ss.

CARIELLO V., *Il sistema dualistico. Vincoli tipologici e autonomia statutaria. Quaderni di Banca, borsa e tit. cred.*, Giuffrè, Milano 2007, 32 ss.

CARIELLO V., *Sistema dualistico e S.p.A. cc.dd. chiuse «a controllo familiare»*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 5, 10543 ss.

CARIELLO V., *Sulla responsabilità del consiglio di sorveglianza*, in *Riv. dir. soc. int., inter., com. e comp.*, 2011, 1, 69 ss.

CARIELLO V., *I poteri del consiglio di sorveglianza e dei suoi componenti: profili teorici e applicativi*, in *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, Vol. 2, CAMPOBASSO M.-CARIELLO V.-DI CATALDO V.-GUERRERA F.-SCIARRONE ALIBRANDI A. (diretto da), Vol. 2, Utet, Torino, 2014, 963 ss.

CARRARO L., *Il concorso omissivo dei sindaci nei fatti di bancarotta commessi dagli amministratori. Nota a Cass. Sez. V, sent. 11 maggio 2018 (dep. 4 ottobre 2018), n. 44107, Pres. Zaza, Est. Settembre*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 3, 196 ss.

CARRERI C., *Nota a Cass. Pen. Sez. V, 26 giugno 1990, Bordoni*, in *Cass. Pen.*, 1991, 828 ss.

CASELLI G., *Elogio, con riserve, del collegio sindacale*, in *Giur. comm.*, 2003, 3, 261 ss.

CASSESE E., *Lineamenti della disciplina internazionale di prevenzione e contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo*, in *Quaderni di ricerca giuridica*, Banca d'Italia, n. 60, febbraio 2008, 42C.

CATINO M., *Miopia organizzativa. Problemi di razionalità e previsione nelle organizzazioni*, Il Mulino, Bologna, 2009.

CATINO M., *Capire le organizzazioni*, Il Mulino, Bologna, 2012.

CAVALLI G., *Il controllo interno societario e gli interessi protetti*, in *Soc.*, 1988, 888.

CAVALLI G., *I sindaci*, in *Trattato delle società per azioni*, COLOMBO G. E.-PORTALE G. B. (diretto da), Utet, Torino, Vol. 5, 1998, 85 ss.

CAVALLI G., *Commento all'art. 149*, in *Testo unico della finanza*, CAMPOBASSO G. F. (diretto da), Vol. II, Utet, Torino, 2002, 1208 e ss.

CAVALLI G., *Commento all'art. 151 TUF*, in *Testo unico della finanza*, CAMPOBASSO G. F. (diretto da), Utet, Torino, 2002, 1258 ss.

CAVALLI G., *Il collegio sindacale*, in *Il nuovo diritto societario*, AMBROSINI S. (a cura di), Giappichelli, Torino, 2005, 271 ss.

CAVALLI G., *Il collegio sindacale: luci e ombre di un sistema controverso*, in AA. VV., *Mercati finanziari e sistema dei controlli*, a cura del Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Giuffrè, Milano, 2005, 149 ss.

CAVALLI G., *Osservazioni sui doveri del collegio sindacale di società per azioni non quotate*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, ABBADESSA P.-PORTALE G. B. (diretto da), Vol. 3, 2007, Utet, Torino, 2007, 55 ss.

CENCI P., *La nuova normativa antiriciclaggio - Direttive comunitarie e normativa nazionale*, Cedam, Padova, 2010.

CENTONZE F., *Causalità attiva e causalità omissiva: tre rivoluzionarie sentenze della giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 277 ss.

CENTONZE F., *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi. I limiti dell'intervento penalistico e le indicazioni del sistema Statunitense*, in BERTOLINO M.-FORTI G. (a cura di), *Scritti per Federico Stella*, Vol. 1, Jovene, Napoli, 2007, 981 ss.

CENTONZE F., *Il concorso mediante omissione degli amministratori senza delega nei reati posti in essere dagli amministratori delegati*, in *Riv. soc.*, 2007, 4, 749.

CENTONZE F., *La Suprema Corte di Cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*, in *Cass. Pen.*, 2008, 1, 103.

CENTONZE F., *Controlli societari e responsabilità penale*, Giuffrè, Milano, 2009.

CENTONZE F., *La «partnership» pubblico-privato nella prevenzione del riciclaggio e il problema della posizione di garanzia dei componenti degli organi di controllo*, in *Studi in onore di Mario Romano*, BERTOLINO M.-EUSEBI L.-FORTI G. (a cura di), Vol. 3, Napoli, Jovene, 2011.

CENTONZE F., *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari: una lettura critica della recente giurisprudenza*, pubblicazione dell'intervento svolto presso Consiglio Superiore della Magistratura. *Incontro di studi sul tema «Corso Guido Galli» Il punto sui reati fallimentari e societari*, Roma, 4-6 aprile 2011, pubblicato in *Riv. Soc.*, 2012, 2-3, 317 ss.

CERA M., *I controlli nella società di capitali «chiuse» fra modelli legali ed evoluzione della realtà*, in *Giur. comm.*, 2006, 3, 354 ss.

CERA M., *Società bancarie quotate e pluralità di vigilanze pubbliche. Atti Convegno (Venezia 13-14 novembre 2015)*, in *Regole del mercato e mercato delle regole. Il diritto societario e il ruolo del legislatore*, CARCANO G.-MOSCA C.- VENTORUZZO M. (a cura di), Giuffrè, Milano, 2016, 537 ss.

CERQUA L. D., *La responsabilità penale dei sindaci delle società per azioni*, in *Giur. mer.*, 9, 2003, 1925 ss.

CERQUA L. D., *Diritto penale delle società. Profili sostanziali e processuali*, Vol. 1, Cedam, Padova, 2009.

CERQUETTI G., *Profili del dolo nei reati fallimentari e nei reati tributari*, in *Temi di diritto penale dell'economia e dell'ambiente*, CATENACCI M.-MARCONI G. (a cura di), Giappichelli, Torino, 2009, 35.

CESARONI G., *La responsabilità dei sindaci per omessa denuncia al p.m. ai sensi dell'art. 2409 c.c.*, in *Giur. comm.*, 2003, 2, 187 ss.

CESIANO D., *Gli assetti e l'antiriciclaggio*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, IRRERA M. (diretto da), Zanichelli, Bologna, 2016, 765 ss.

CHERRY E. C., *Some Experiments on the Recognition of Speech, with One and with Two Ears*, in *The Journal of the Acoustical Society of America*, 1953, 25, 5, 975 ss.

CHIAPPETTA F., *Il controllo interno tra compliance normative a attività gestionale, in Corporate governance e «sistema dei controlli» nella S.P.A.*, TOMBARI U. (a cura di), Giappichelli, Torino, 2013, 61 ss.

CHIAPPETTA F., *Diritto del governo societario. La corporate governance delle società quotate*, Cedam, Padova, 2017.

CHIARAVIGLIO G., *Concorso del sindaco di società commerciali nel reato dell'amministratore e dolo eventuale*, in *Riv. dott. comm.*, 1992, 191.

CHIARAVIGLIO G., *Responsabilità di amministratori non esecutivi e sindaci ex art. 40 cpv. c.p., dolo eventuale, causazione del dissesto per effetto di operazioni dolose*. in *Riv. dott. comm.*, 2009, 1, 156 ss.

CHIARAVIGLIO L., *Compiti e responsabilità dei sindaci di società di capitali e dei revisori dei conti*, in *Riv. soc.*, 1979, 547.

CHIARAVIGLIO P., *La responsabilità dell'amministratore delegante fra «agire informato» e poteri di impedimento*, in *Soc.*, 7, 2010, 886.

CHIARAVIGLIO P., *Osservazioni penalistiche «a prima lettura» sul progetto di codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 5, 100 ss.

CIAN M., *La documentazione dell'attività sociale*, in *Diritto commerciale*, M. CIAN (a cura di), Giappichelli, Torino, 2015, 772.

CIMMARUSTI I., *Crack Banca Base. Agli arresti presidente e direttore generale*, in *Il Sole24Ore*, 19 dicembre 2019.

COFFEE J. C., *Understanding Enron: «it's about the gatekeepers, stupid»*, in *Bus. Law.*, 57, 1403, 2002, reperibile su [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com).

COFFEE J. C., *A theory of corporate scandals: Why the U.S. and Europe Differ*, in *The Center for Law and Economics Studies*, New York, 2005., reperibile su [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com).

COFFEE J. C., *The Political Economy of Dodd-Frank: Why Financial Reform Tends to be Frustrated and Systematic Risk Perpetuated*, in *The Center for Law and Economics Studies, Columbia University School of Law*, New York, 2012, in [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com).

COFFEE J. C., *Why Do Auditors Fail? What Might Work? What Won't?*, in ECGI, Law Working Paper n. 436/2019, 2019, in [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com).

COLIVA M., *Illegale ripartizione di utili e responsabilità dei sindaci. Le altre omissioni e inosservanze del collegio sindacale*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, MAZZACUVA N. (a cura di), Vol. 2, Cedam, Padova, 1992, 203 ss.

COLOMBO A., *Ruolo e responsabilità del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari dopo il d.lgs. n. 303 del 2006*, in *Contr. e imp.*, 2007, 13, 1325 ss.

COLONNA F., *I rapporti tra «compliance officer» e organismo di vigilanza*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2008, 1, 122 ss.

CONSULICH F., *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, 3, 613 ss.

CONSULICH F., *Poteri di fatto ed obblighi di diritto nella distribuzione delle responsabilità penali societarie*, in *Soc.*, 2012, 5, 553.

- CONSULICH F., *Vigilantes puniri possunt. I destini dei componenti dell'Organismo di vigilanza tra doveri impeditivi e cautele relazionali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, 3, 441 ss.
- CONTENTO G., *Interpretazione estensiva e analogia*, in *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, STILE A. M. (a cura di), Jovene, Napoli, 1991, 3 ss.
- CONTENTO G., *Corso di diritto penale*, Vol. 2, Laterza, Bari, 1996.
- CONTI L., *Diritto penale commerciale. I reati in materia di società*, Vol. 1, Giappichelli, Torino, 1965.
- CONTI L., *I soggetti*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, DI AMATO A. (diretto da), Vol. 1, Cedam, Padova, 1990, 258.
- CORBELLA S. - POZZA L., «Modello 231» e «Sistema di controllo interno»: aree di sovrapposizione e profili di differenziazione. Implicazioni in termini di costi e benefici sull'assetto degli organi di controllo e vigilanza, in *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, CENTONZE F.- MANTOVANI M. (a cura di), Il Mulino, Bologna, 2016, 51 ss.
- CORNACCHIA L., *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Giappichelli, Torino, 2004.
- COSTI R., *Il governo delle società quotate: tra ordinamento dei mercati e diritto delle società*, relazione svolta al Convegno su *Governo societario e mercato dei capitali: una sfida per il capitalismo italiano*, svoltosi a Milano il 23 gennaio 1998, in *Dir. comm. int.*, 1998, 1, 65 ss.
- COSTI R., *Tutela degli interessi e mercato finanziario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, 3, 769 ss.
- COSTI R., *Sistema dualistico e vigilanza bancaria: alla ricerca di un difficile equilibrio*, A.G.E., 2007, 2, 491 ss.
- COSTI R., *Governo delle banche e potere normativo della Banca d'Italia*, in *Giur. comm.*, 2008, 1, 1270 ss.
- COSTI R., *Banca, etica e responsabilità sociale delle banche*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2011, 2, 165 ss.
- COSTI R., *L'ordinamento bancario*, Il Mulino, Bologna, 2012.
- COSTI R., *Le trasformazioni dell'ordinamento bancario*, in *Banca, imp. soc.*, 2019, 2, 183 ss.
- COTTINO G., *La società per azioni*, in *Novissimo digesto italiano*, Utet, Torino, 1970 ss.
- COTTO A.-GINISIO L.- MEOLI M.-RANALLI R., *Il Collegio Sindacale. Attività di controllo e procedure pratiche*, Ipsoa, Milano, 2008.
- CRESPI A., *Reato plurisoggettivo e amministrazione pluripersonale della società per azioni*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1957, 518 ss.
- CRESPI A., *Il delitto di illegale ripartizioni degli utili*, Giuffrè, Milano, 1959.
- CRESPI A., *Il delitto di illegale ripartizione di utili e altri scritti di diritto penale societario*, Giuffrè, Milano, 1986.
- CRESPI A., *Rassegna di diritto societario (1993-1994). Disposizioni penali in materia di società e consorzi*, in *Riv. Soc.*, 1996, 551.
- CRESPI A., *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 4, 1147 ss.
- CRESPI A., *I cinquant'anni della rivista delle società. (Il dovere della memoria)*, in *Riv. soc.*, 2006, 881 ss.
- CRESPI A., *Note minime sulla posizione di garanzia dell'amministratore delegante nella riforma introdotta dal d.lgs. n. 6/2003*, in *Studi in onore di Mario Romano*, BERTOLINO M.-EUSEBI L.-FORTI G. (a cura di), Vol. 3, Jovene, Napoli, 2011, 1901 ss.
- CRESPI A., *Studi di diritto penale societario*, Giuffrè, Milano, 2018.

- D'ALESSANDRO F., *Contributi del diritto alla riduzione della medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 3, 927 ss.
- D'ARCANGELO F., *Il dolo degli amministratori non esecutivi e i sintomi di allarme dell'operazione distrattiva* in *Ilfallimentarista.it*, 12 aprile 2013.
- D'AVIRRO A. - NANNUCCI U., *I reati nella legislazione tributaria*, Cedam, Padova, 1984.
- D'ONZA G., *L'internal auditing. Profili organizzativi, dinamica di funzionamento e creazione del valore*, Giappichelli, Torino, 2013.
- DALMARTELLO A.-PORTALE G. B., in *I poteri di controllo degli amministratori «di minoranza» (membro del comitato esecutivo con «voto consultivo»?)*, in *Giur. comm.*, 1980, 1, 796 ss.
- DE ANGELIS L., *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari*, in *Soc.*, 2006, 4, 401 ss.
- DE FRANCESCO G. A., *Il «modello analitico» tra dottrina e giurisprudenza: dommatica e garantismo nella collocazione sistematica dell'elemento psicologico del reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991, 107.
- DE FRANCESCO G. A., *Fatto e colpevolezza nel tentativo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, 712.
- DE FRANCESCO G. A., *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Giappichelli, Torino, 2018, 224 ss.
- DE NICOLA A., *Il diritto dei controlli societari*, Giappichelli, Torino, 2017.
- DE PERA A., *Il nuovo governo societario delle banche*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 525 ss.
- DE ROSA L., *Del concorso colposo nel delitto doloso*, in *Ind. pen.*, 2012, 255.
- DE STEFANIS R., *Profili di responsabilità dell'organismo di vigilanza ai sensi del d.lgs. 231/2001*, in *Danno e resp.*, 2010, 331 ss.
- DE VERO G., *Prevenzione generale e «condanna dell'innocente»*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, 990 ss.
- DE VERO G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, Milano, 2008.
- DELLAROSA E.-RAZZANTE R., *Il nuovo sistema dei controlli interni della banca. Riprogettare il sistema dopo Basilea 2, MIFID e compliance*, Franco Angeli, Milano, 2010.
- DEMURO I., *I modelli organizzativi tra obblighi e moral suasion*, in *Aspetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, IRRERA M. (diretto da), Zanichelli, Bologna, 2016, 927 ss.
- DENOZZA F., *A che serve il capitale? (Piccole glosse a L. Enriques-J.R. Macey, Creditors Versus Capital Formation: The Case Against the European Legal Capital Rules)*, in *Giur. comm.*, 2002, 1, 585 ss.
- DESARIO M., *L'amministratore delegato nella riforma delle società*, in *Soc.*, 2004, 8, 940 ss.
- DI AMATO A., *Diritto penale dell'impresa*, Giuffrè, Milano, 1999, 90.
- DI FILIPPO A., *La disciplina del mercato mobiliare*, Giappichelli, Torino, 2014.
- DI GIOVINE O., *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle sezioni unite* in *Foro it.*, 2002, 2, 601.
- DI MARTINO A., *Il nesso causale attivato da condotte omissive tra probabilità, certezza e accertamento* in *Dir. pen. proc.*, 2003, 1, 50.
- DI NANNI C., *La vigilanza degli amministratori sulla gestione nella società per azioni*, Jovene, Napoli, 1992, 202.

DI NOIA C.-GARGANTINI M., *Corporate governance e comunicazione di informazioni privilegiate*, in *Informazione societaria e corporate governance nella società quotata*, U. TOMBARI (a cura di), Giappichelli, Torino, 2018, 7 ss.

DI NOIA C.-PUCCI E., *Il nuovo Codice di autodisciplina delle società quotate: motivazioni e principali novità*, in *Corporate governance e «sistema dei controlli» nella S.P.A.*, TOMBARI U. (a cura di), Giappichelli, Torino, 2013, 157.

DI SABATO F., *Diritto delle società*, Giuffrè, Milano, 2011.

DI SALVO E., *Nesso di causalità e giudizio controfattuale*, in *Cass. Pen.*, 2003, 12, 3799 ss.

DOLCINI E., *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1984, 589 ss.

DOMENICHINI G., *Il collegio sindacale nelle società per azioni*, in *Trattato di diritto privato*, RESCIGNO P. (diretto da), Vol. 16, Utet, Torino, 1985.

DOMENICHINI G., Nota a *Cass. Civ. Sez. 17 settembre 1997, n. 9252*, in *Soc.*, 1998, 1025 ss.

DOMENICHINI G., *Art. 2405 c.c.*, in *Società di capitali*, NICOLINI G.- STAGNO D'ALCONTRES A. (a cura di), Jovene, Napoli, 2004, 761 ss.

DONINI M., *La causalità omissiva e l'imputazione «per aumento del rischio». Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e percorsi causali ipotetici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 83 ss.

DONINI M., *Dolo eventuale. Fatto illecito e colpevolezza*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 1, 70 ss.

DREW T.-VO M. L. H.-WOLFE J. M., *The invisible gorilla strikes again: Sustained inattentive blindness in expert observers*, in *Psychological Science*, 2013, 24, 9, 1848 ss.

EISENBERG M. A., *The Structure of the Corporation. A legal Analysis*, Little Brown & Co., Boston-Toronto, 1976, 375.

ELLIS R., *May I Have Your Attention Please? A Review of Change Blindness*, in *Organization Development Journal*, 2012, 30, 3, 54 ss.

ENRIQUES L., *Capitale sociale, informazione contabile e sistema del netto: una risposta a Francesco Denozza*, in *Giur. comm.*, 2005, 5, 607 e ss.

ENRIQUES L.-GARGANTINI M., *Regolamentazione e autoregolamentazione nei controlli interni sull'informazione finanziaria*, in *Giur. comm.*, 2009, 5, 906 ss.

ETZIONI A., *Treating rationality as a Continuous Variable*, in *Society*, 2014, 51, 343 ss.

EUSEBI L., *In tema di accertamento del dolo: confusione fra dolo e colpa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1987, 1060.

EUSEBI L., *Il dolo come volontà*, Morcelliana, Brescia, 1993.

EUSEBI L., *Appunti sul confine tra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, 1053.

FABIO R. A., *L'attenzione. Fisiologia, patologie e interventi riabilitativi*, in *FrancoAngeli*, Milano, 2002, Parte Prima, Cap. 2, 38 ss.

FACCHIN N., *Il controllo nella società per azioni: concorrenza tra modelli*, in *Cont. e imp.*, 1, 2004, 357 ss.

FALCONE G., *La «compliance» nell'attività bancaria e nei servizi di investimento*, in *Dir. banca merc. finanz.*, 2008, 220 ss.

FALOTICO G., *In tema di responsabilità del prestanome per concorso nel reato mediante omissione*, in *Cass. Pen.* 2010, 12, 4347.

FARAONE G., *In tema di responsabilità degli amministratori*, in *Riv. dir. comm.*, 1978, 2, 322.

FASSIN D., *Punire, una passione contemporanea*, nella traduzione di L. Alunni, Feltrinelli, Milano, 2018.

- FEDERICI F. M., *L'organo di amministrazione: ripartizione di funzioni gestorie*, in NEGRI-CLEMENTI A. (a cura di), *Il sistema delle deleghe di funzioni gestorie*, Egea, Milano, 2013.
- FELTRI M., *Novantatré. L'anno del terrore di mani pulite*, Marsilio, Venezia, 2016.
- FERRARINI G., *Controlli interni, governo societario e responsabilità. Esperienze statunitensi ed italiana a confronto*, in AA. VV., *Mercati finanziari e sistema dei controlli*, a cura del Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Giuffrè, Milano, 2005, 111 ss.
- FERRARINI G., *Controlli interni e strutture di governo societario*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, ABBADESSA P. - PORTALE G. B. (diretto da), Utet, Torino, 2006, Vol. 3, 14 ss.
- FERRARINI G., *Ruolo degli amministratori indipendenti e lead independent director*, in *La corporate governance e il risparmio gestito*, 2006, in *www.assogestioni.it*, 35.
- FERRARINI G., *Funzione del consiglio di amministrazione, ruolo degli indipendenti e doveri fiduciari*, in *I controlli societari: Molte regole, nessun sistema*, BIANCHINI M.-DI NOIA C. (a cura di), Egea, Milano, 2010, 51.
- FERRARINI G.-GIUDICI P., *La legge sul risparmio, ovvero un pot-pourri della corporate governance*, in *Riv. soc.*, 2006, 4, 573 ss.
- FERRO LUZZI P., *La funzione dei sindaci nel codice civile e nella legge bancaria*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1985, 1, 42.
- FERRO-LUZZI P., *L'esercizio d'impresa tra amministrazione e controllo*, in *An. giur. Ec.*, 2007, Vol. 2, 247 ss.
- FERRO-LUZZI P., *Per una razionalizzazione del concetto di controllo*, in *I controlli societari. Molte regole nessun sistema*, BIANCHINI M.-DI NOIA C. (a cura di), Egea, Milano, 2010, 117 ss.
- FERRO-LUZZI P., *Riflessioni in tema di controllo*, in AA.VV., *Diritto, mercato ed etica dopo la crisi. Omaggio a Piergaetano Marchetti*, BIANCHI L. A.-GHEZZI F.-NOTARI M. (a cura di), Università Bocconi Editore, Milano, 2010, 325.
- FIANDACA G., *Il reato commissivo mediante omissione*, Giuffrè, Milano, 1979.
- FIANDACA G., *Reati omissivi e responsabilità penale per omissione*, in *Il Foro Italiano*, 1983, 2, 27 ss.
- FIANDACA G., *Omissione (diritto penale)*, in *Digesto delle discipline penali*, Vol. 6, Utet, Torino, 1994, 214 ss.
- FIANDACA G., *Causalità (rapporto di)*, in *Dig. disc. pen.*, II, Utet, Torino, 1998.
- FIANDACA G., *Le Sezioni Unite tentano di diradare il «mistero» del dolo eventuale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, 4, 1925 ss.
- FIANDACA G., *Prima lezione di diritto penale*, Ed. Laterza, Bari, 2017.
- FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2019.
- FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, Volume 1, Zanichelli, Torino, 2017, 128.
- FIORELLA A., *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Nardini Editore, Firenze, 1985.
- FLICK G. M., *Problemi attuali e profili costituzionali del diritto penale dell'impresa*, Prolusione tenuta in occasione dell'apertura dell'anno accademico 1982-1983, presso l'Università LUISS, di Roma, poi pubblicato in *Riv. dir. pen. e proc.*, 1983, 433 ss.
- FLICK G. M., *Problemi e prospettive del diritto penale dell'impresa all'alba del nuovo secolo: il nodo dei beni protetti*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, Tomo II, Giuffrè, Milano, 2002, 1303 ss.
- FLORA G., *Profili penali in materia di imposte dirette ed Iva*, Cedam, Padova, 1979, 157.

- FLORA G., *Verso una «nuova stagione» del diritto penale fallimentare?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, 4, 891 ss.
- FLOREANI A., *Introduzione al risk management. Un approccio integrato alla gestione dei rischi aziendali*, Rizzoli Etas, Milano, 2005.
- FOFFANI L., *Reati societari*, in *Manuale di diritto penale dell'impresa*, in C. PEDRAZZI-A. ALESSANDRI-L. FOFFANI-S. SEMINARA-G. SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, 1999, 336.
- FONDAROLI D., *Organismo di vigilanza ex art. 6, d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: profili di responsabilità penale*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, VINCIGUERRA S.-DASSANO F. (a cura di), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2010, 318 ss.
- FONDAROLI D., *Diritto penale, vittimizzazione e «protagonismo» della vittima*, in *Riv. Crim., Vitt. e Sic.*, 2014, 1, 74 e ss.
- FONDAROLI D., *L'accertamento della responsabilità penale secondo il paradigma del «caso per caso» ed il «circo mediatico-giudiziario». Il nuovo particolarismo giuridico*, Relazione al Convegno *Saperi scientifici e nuove tecnologie nel diritto e nel processo penale*, Ravenna, 18 novembre 2011, in *Arch. pen.*, 2014, 1 e ss.
- FONDAROLI D., *Principio di legalità e regola del «caso concreto»*, in *Scritti in onore di Luigi Strorioni*, MANTOVANI M.-CURI F.-TORDINI CAGLI S.-TORRE V.-CAIANIELLO M., Bononia University Press, Bologna, 2016, 197 e ss.
- FONDAROLI D., *Reati ambientali e accertamento della responsabilità penale secondo il paradigma causale del «caso concreto»*, in *Emergenze ambientali e tutela giuridica*, LUPOI M. A. (a cura di), Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, Rimini, 2017, 249 e ss.
- FONDAROLI D., *Le insidie del linguaggio giuridico*, in *Incertezze interpretative e insidie nel linguaggio giuridico*, FONDAROLI D. (a cura di), Cacucci, Bari, 2019, 3 e ss.
- FONTANA E., *Limiti alla responsabilità omissiva dell'amministratore privo di delega*, in *Dir. e Giust.*, 2016, 33, 19
- FORTE G., *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1990, 201.
- FORTE G., *Ai confini fra dolo e colpa: dolo eventuale o colpa cosciente?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 1, 228.
- FORTE G., *Dolo eventuale tra divieto di interpretazione analogica ed incostituzionalità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, 2, 836.
- FORTI G., *La «chiara luce della verità» e «l'ignoranza del pericolo». Riflessioni penalistiche sul principio di precauzione*, in *Scritti per Federico Stella*, BERTOLINO M.-FORTI G. (a cura di), *Scritti per Federico Stella*, BERTOLINO M.-FORTI G. (a cura di), Vol. 1, Jovene, Napoli, 2007, 657 ss.
- FORTI G.-CENTONZE F., *Diritto e sapere scientifico in campo sanitario: un progetto di integrazione multidisciplinare*, 2011, 4-5, 915 ss.
- FORTUNATO S., *I controlli nella riforma del diritto societario*, intervento al Convegno organizzato dal Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale tenutosi a Courmayeur, settembre 2002, pubblicato in *Riv. soc.*, 2003, 4, 863 ss.; in *Soc.*, 2003, 2 bis, 303 ss.
- FORTUNATO S., *Il dirigente preposto ai documenti contabili nel sistema dei controlli societari*, in *Soc.*, 2008, 4, 404 ss.
- FORTUNATO S., *Il «sistema dei controlli» e la gestione dei rischi (a quindici anni dal T.UF.)*, in *Riv. soc.*, 2015, 2-3, 253.

FORTUNATO S., *Codice della crisi e Codice civile: impresa, assetti organizzativi e responsabilità*. Relazione tenuta il 25 febbraio 2019 presso la Cassazione al Convegno su «Il Codice della crisi e della insolvenza», in *Riv. Soc.*, 2019, 5, 952 ss.

FORTUNATO ST., *Risk management e corporate governance: confronto tra normative dei principali paesi industrializzati*, in *Riv. dott. comm.*, 2009, 3, 539 ss.

FOX L., *Enron: the rise and fall*, NY, Wiley, 2003.

FRANCHI A., *La responsabilità degli amministratori non esecutivi di società di diritto comune e di società bancarie*, in *ilSocietario*, 29 giugno 2018.

FRANZONI M., *Le responsabilità degli amministratori e dei sindaci*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, GALGANO F. (diretto da), Cedam, Padova, Vol. 19, 1994.

FRANZONI M., *Gli amministratori e i sindaci, Le società. Trattato diretto da F. Galgano*, Utet, Torino, 2002, 577 ss.

FRASCHETTI F. M., *La Cassazione sulla responsabilità omissiva degli amministratori privi di delega: rivoluzione di sistema o riscoperta di «vecchi principi»? in Cass. Pen.*, 2014, 3, 1025.

FRAUD S., *Psicoanalisi della società moderna. (Psicologia collettiva e analisi dell'io)*, nella traduzione di C. GALASSI-J. SANDERS, Newton, Roma, 2010.

FRÈ G., *Società per azioni, sub artt. 2325-2461*, in *Commentario del codice civile. Libro del lavoro*, SCIALOJA A.-BRANCA G. (a cura di), Zanichelli, Bologna, 1982, 566.

FREDDI M.-FREDDI A. Nota a Corte d'Appello di Milano, 13 giugno 1990, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1992, 2, 129.

FREGONARA E.-CAVANNA M., *Il collegio sindacale*, in *Diritto del governo delle imprese*, M. IRRERA (diretto da), Giappichelli, Torino, 2016, 421 ss.

FREGONARA E.-CAVANNA M., *La revisione contabile*, in *Diritto del governo delle imprese*, M. IRRERA (diretto da), Giappichelli, Torino, 2016, 466 ss.

FREGONARA E.-CAVANNA M., *La struttura e il funzionamento. (L'amministrazione)*, in *Diritto del governo delle imprese*, IRRERA M. (diretto da), Giappichelli, Torino, 2016, 162 ss.

FRIGENI C., *Prime considerazioni sulla normativa bancaria in materia di «organo con funzione di supervisione strategica»*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, 1, 485 ss.

FRIGENI C., *La governance delle società bancarie*, in *Regole e mercato. Convegno conclusivo del progetto PRIN 2010-2011*, tenutosi a Siena il 7-9 aprile 2016, 14-15.

FUGGETTI C., *Dagli impulsi dell'Unione Europea alla normativa antiriciclaggio*, in *Riciclaggio e obblighi dei professionisti*, BERNASCONI C.- GIUNTA F., (a cura di), Giuffrè, Milano, 2011, 20 ss.

FUSCO E.- FRAGASSO B., *Sul presunto obbligo di impedimento in capo all'Organismo di Vigilanza: alcune note a margine della sentenza BMPS*, in *Sistema Penale web*, 2020, 10, 113 ss.

GALGANO F., *La società per azioni. Le altre società di capitali. Le cooperative*, Zanichelli, Bologna, 1978.

GALGANO F., *Le società per azioni*, in *Trattato di diritto civile*, GALGANO F. (diretto da), Vol. 8, Padova, 1988, 248 e ss.

GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico*, GALGANO F. (diretto da), Vol. 29, Padova, Cedam, 2003, 296 ss.

GALGANO F.-GENGHINI R., *Il nuovo diritto societario. Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2006, 521 ss.

GALLO M., *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Giuffrè, Milano, 1957.

GALLO M., *Colpa penale. Diritto vigente*, in *Enc. Dir.*, Vol. 7, Giuffrè, Milano, 1960, 633.

GALMARINI S., *I «nuovi» presidi organizzativi antiriciclaggio per gli intermediari*, in *Il quot. giur.*, 23 giugno 2020.

GAMBARDELLA M., *I reati di bancarotta: inquadramento dogmatico, opzioni interpretative e prospettive di riforma*, in *Cass. pen.*, 2018, 8, 2316 ss.

GAMBARDELLA M., *Il nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: un primo sguardo ai riflessi in ambito penale*, in *Dir. pen. cont.*, pubblicato online [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 2018.

GAMBARDELLA M., *Il Codice della crisi di impresa: nei delitti di bancarotta la liquidazione giudiziale prende il posto del fallimento*, in *Cass. pen.*, 2019, 2, 488-519.

GANDINI G.-GENNARI F., *Funzione di compliance e responsabilità di governance*, Paper presentato alla 2nd European Risk Conference «Risk and Governance», Milano, 11-12 Settembre 2008, in banca dati *Unibs.it*.

GARAVAGLIA E., *Posizioni di garanzia proprie degli amministratori e obbligo di impedire i reati*, in *Giur. comm.*, 2009, 3, 455.

GAREGNANI G. M., *Etica d'impresa e responsabilità da reato. Dall'esperienza statunitense ai «modelli organizzativi di gestione e controllo*, Giuffrè, Milano, 2008, 189 ss.

GAREGNANI G. M.-PASCALI A., *I compiti del comitato per il controllo interno e la revisione contabile definiti dall'art. 19 del d.lgs. n. 39/2010, così come modificato dal d.lgs. n. 135/2016*, in *Riv. dott. comm.*, 2017, 2, 243 ss.

GARGANI A., *Ubi culpa, ibi omissio. La successione dei garanti in attività inosservanti*, in *Ind. pen.*, 2000, 3, 599 ss.

GASPARRI G., *I controlli interni nelle società quotate. Gli assetti di della disciplina italiana e i problemi aperti*, in *Quaderni giuridici*, Consob, 4, settembre 2013.

GHEZZI F., *Art. 2409 novies*, in *Commentario alla riforma delle società. Sistemi alternativi di amministrazione e controllo*, MARCHETTI P.-BIANCHI L.A.-GHEZZI F.-NOTARI M. (diretto da), Egea, Milano, 2005, 52 ss.

GHEZZI F.-RIGOTTI M., *Art. 2409 octiesdecies*, in *Commentario alla riforma delle società. Sistemi alternativi di amministrazione e controllo*, MARCHETTI P.-BIANCHI L.A.-GHEZZI F.-NOTARI M. (diretto da), Egea, Milano, 2005, 248 e ss.

GIANI A., *La funzione di compliance*, in *Atti del Convegno AIDA, La compliance nelle assicurazioni: l'adeguamento alla nuova normativa*, 3 ottobre 2008.

GIANSANTE P., *Internal auditing. Contenuto, struttura e processo*, EUR, Roma, 2009.

GIORDANENGO G., *Riflessioni in materia di responsabilità civile e penale dei sindaci di società per azioni*, in *Giur. comm.*, 2010, 6, 1095 ss.

GIORDANENGO G.-RESTANO F., *Riflessioni in materia di responsabilità civile e penale dei sindaci di società per azioni*, in *Giur. comm.*, 2010, 6, 1095 ss.

GIUDICI P., *La revisione legale*, in *Corporate governance e «sistema dei controlli» nella S.P.A.*, TOMBARI U. (a cura di), Giappichelli, Torino, 2013, 133 ss.

GIUNTA F., *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, 5, 620.

GIUNTA F., *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006, 3, 612 ss.

GIUNTA F., *La responsabilità penale dei sindaci per i reati degli amministratori*, in *Dir. prat. soc.*, 2007, 6 ss.

GIUNTA F., *Legibus solutum. Ovvero, la legge del giudice penale*, testo destinato al volume *Diritto penale tra ragione e prevaricazione. Dialogando con Gaetano Insolera*, in corso di pubblicazione, ora pubblicato sulla rivista online *DisCrimen*, 22 novembre 2020.

GRASSETTI C., *I poteri di controllo degli amministratori «di minoranza» (membro del comitato esecutivo con «voto consultivo»?)*, in *Giur. comm.*, 1980, 1, 807.

GRASSO G., *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Giuffrè, Milano, 1983.

GRASSO G., *sub art. 254*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di CRESPI F.-FORTI A.-ZUCALÀ G., Cedam, Padova, 2008, 620 ss.

GRECO E., *Gestione del rischio clinico e attività medica svolta in regime di plurisoggettività. Imputazione dell'evento per colpa e delega di funzioni in campo sanitario*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 3, 1036 ss.

GRISPIGNI F., *Diritto penale italiano*, Vol. 2, Giuffrè, Milano, 1950, 233.

GUERINI T., *Diritto penale ed enti collettivi. L'estensione della soggettività penale tra repressione, prevenzione e governo dell'economia*, Giappichelli, Torino, 2018.

GUERINI T., *Autonomia della responsabilità dell'ente e concorso di persone giuridiche nell'illecito amministrativo da reato*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2, 2017, 37 ss.

GUERINI T., *Note di commento sulla sentenza della Corte d'Assise d'Appello di Torino sul caso Thyssen*, 2013, 231 ss.

GUERINI T., *Il ruolo del modello di organizzazione, gestione e controllo nella prevenzione del rischio da reato colposo*, *Resp. amm. soc. enti*, 2012, 4, 83 ss.

GUIZZI G., *Gestione dell'impresa e interferenze di interessi. Trasparenza, ponderazione e imparzialità nell'amministrazione delle s.p.a.*, Giuffrè, Milano, 2014.

HANSEN C. H.-HANSEN R. D., *Finding the face in the crowd: An anger superiority effect*. *Journal of Personality and Social Psychology*, 1998, 54, 917 ss.

HOUBEN M., *Operazioni con parti correlate con soggetti collegati: confini e sovrapposizioni. Le interferenze soggettive e oggettive nelle banche quotate*, in *Banca borsa*, 2014, 4, 447 ss.

IACOVIELLO F. M., *La responsabilità degli amministratori nella formulazione di fondi occulti*, in *Cass. Pen.*, 1995, 3561.

IACOVIELLO F. M., *Il falso in bilancio nei gruppi di società: come il processo penale modifica il diritto penale*, in *Cass. Pen.*, 1998, 1704.

IADECOLA G., *Il problema del rapporto tra responsabilità civile e responsabilità penale degli amministratori e dei sindaci*, in *Giust. pen.*, 2, 1995, 236.

INGRASSIA A., *La Suprema Corte e il superamento di una responsabilità di posizione per amministratori e sindaci: una decisione apripista? Nota a Cass. Pen. Sez. V, 8 giugno 2012 (dep. 2 novembre 2012), n. 42519, Pres. Oldi, Rel. Micheli*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2013, 2.

INSOLERA G., *Nozione individuale e collettiva della responsabilità penale*, in *Ind. pen.*, 1996, 261.

INSOLERA G., *Il concorso di persone nei reati fallimentari*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, 3, 816.

INSOLERA G., *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo e delle composizioni extragiudiziali della crisi d'impresa*, in *Giur. Comm.*, 2006, 3, 459 ss.

IORIO A., *Antiriciclaggio con nuovi «oneri»*, *IlSole24Ore*, 28 maggio 2019.

IRRERA M., *Le delibere del consiglio di amministrazione. Vizi e strumenti di tutela*, Giuffrè, Milano, 2000.

- IRRERA M., *La patologia delle delibere consiliari nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 5, 2004, 1132.
- IRRERA M., *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Giuffrè, Milano, 2005, 243.
- IRRERA M., *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari nella legge sul risparmio e nel decreto correttivo*, in *Giur. comm.*, 2007, 4, 485 ss.
- IRRERA M., *Le interrelazioni degli organi deputati al controllo e i relativi flussi informativi*, in *Il Nuovo diritto delle società*, 2009, 1, 52 ss.
- IRRERA M., *Profili di corporate governance della società per azioni tra responsabilità, controlli e bilancio*, Giuffrè, Milano, 2009, 39 ss.
- IRRERA M., *Assetti organizzativi e sistema monistico*, in *Giur. comm.*, 2015, 3, 526 ss.
- IRRERA M.-FREGONARA E., *I sistemi di controllo interno*, in *Diritto del governo delle imprese, Diritto del governo delle imprese*, IRRERA M. (diretto da), Giappichelli, Torino, 2016, 500 ss.
- IRRERA M.-FREGONARA E., *L'organismo di vigilanza*, in *Diritto del governo delle imprese*, IRRERA M. (diretto da), Giappichelli, Torino, 2016, 531 ss.
- IRRERA M.-SPIOTTA M.-CAVANNA M., *Gli obblighi e i doveri*, in IRRERA M. (diretto da), *Diritto del governo delle imprese*, Giappichelli, Torino, 2016, 245.
- IRRERA M.-SPIOTTA M.-CAVANNA M., *I requisiti*, in *Diritto del governo delle imprese*, IRRERA M. (diretto da), Giappichelli, Torino, 2016, 66 ss.
- IULIANO E., *Bias attentivi nell'elaborazione di stimoli emotigeni: paradigmi sperimentali, modelli teorici e implicazioni cliniche nei disturbi d'ansia*, in *Cognitivism Clinico*, 14, 1, 2017, 60 ss.
- LA ROSA M., *Il «controllo» nelle società per azioni: profili penalistici*, in *Scritti di diritto penale dell'economia*, SIRACUSANO P. (a cura di), Giappichelli, Torino, 2007, 87.
- LACHTER J.-FORSTER K. I.-RUTHRUFF E., *Forty-Five Years After Broadbent (1958): Still No Identification Without Attention*, in *Psychological Review*, 2004, 111, 4, 880 ss.
- LAGHI E., *Il modello organizzativo e di gestione ex D.Lgs. 231/2001: un approccio integrato ai sistemi di controllo interno in una logica di risk management*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, IRRERA M. (diretto da), Zanichelli, Bologna, 2016, 836.
- LANZI A., *Taluni aspetti della responsabilità dell'ente in relazione ai reati che riguardano la sicurezza nel lavoro*, in *Sicurezza nel lavoro*, F. CURI (a cura di), Bononia University Press, Bologna, 2009, 41 ss.
- LAPENNA R., Nota a Cass. Civ. Sez. I, 29 novembre 1996, 10668, in *Dir. fall.*, 1997, 2, 1150.
- LAUFER W. S., *Corporate bodies and guilty minds. The failure of Corporate Criminal Liability*, Chicago, 2006.
- LAWRENCE P. R.-LORSCH J. W., *Organization and Environment*, Boston, Mass., Harvard Business School Press, 1967.
- LEDDA F.-GHINI P., *Organismo di Vigilanza: nomina e aspetti teorici e pratici*, *Resp. amm. soc. enti*, 2008, 1, 213 e ss.
- LEDOUX J. E., *Emotion: Clues from the brain. Annual Review of Psychology*, 1995, 46, 209 ss.
- LEMME G., *Amministrazione e controllo nella società bancaria*, Milano, Giuffrè, 2007.
- LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Giappichelli, Torino, 1999, 27.

LEONCINI I., *L'obbligo di impedire l'infortunio*, in *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, GIUNTA F.-MICHELETTI D. (a cura di), Giuffrè, Milano, 2010.

LIBERTINI M., *La funzione di controllo nell'organizzazione della società per azioni con particolare riguardo ai c.d. sistemi alternativi*, in *Dialogo sul sistema dei controlli nelle società*, ABBADESSA P. (a cura di), Giappichelli, Torino, 2015, 33 ss.

LUBRANO DI SCORPANIELLO M., *Gli assetti nelle società quotate*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, IRRERA M. (diretto da), Zanichelli, Bologna, 2016, 544.

LUBRANO DI SCORPANIELLO M., *False comunicazioni sociali e limiti dell'informativa contabile*, in *Giur. comm.*, 2019, 4, 655 ss.

LUCANTONI P., *Il collegio sindacale nelle banche: l'attività di controllo e il raccordo funzionale con la Banca d'Italia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2002, 2, 166 ss.

LUCANTONI P., *sub art. 52*, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, BELLI F.-CONTENTO G.-PATRONI GRIFFI A.-PORZIO M.-SANTORO V. (a cura di), Zanichelli, Bologna, 2003, 736 ss.

LUCIANO A. M., *Amministratori indipendenti e incarichi esecutivi*, in *Riv. soc.*, 2012, 354.

LUGANO R.-NESSI M., *La nuova disciplina della revisione legale prevista dal d.lgs. 27 gennaio 2010 n. 39*, in *Riv. dott. comm.*, 2010, 2, 325 ss.

MACEY J. R., *Corporate Governance. Promises kept, promises broken*, Princeton University Press, NJ, 2008.

MACK A.-ROCK I., *Inattentive blindness*, Cambridge, MA, MIT Press, 1998.

MACRÌ M., *Responsabilità medica: unico criterio metodologico processuale di accertamento della sussistenza del nesso causale per i reati omissivi e commissivi* in *Resp. civ. e prev.*, 2003, 1, 105.

MADRICK J.-PARTNOY F., *Should Some Bankers be Prosecuted?*, in *New York Review of Books*, 2011.

MAIELLO V., *Legge e interpretazione nel «sistema» di Dei delitti e delle pene*, scritto destinato agli *Studi in onore di Lucio Monaco* e ora pubblico sulla rivista online *DisCrimen*, 18 novembre 2020.

MAINIERI N., *Cassazione: omissione di segnalazioni sospette ed elemento psicologico del riciclaggio*, in *Dir. e Giust.*, 8 aprile 2016.

MANCINELLI F., *Novità nei controlli del collegio sindacale: il modello latino*, in *Soc.*, 2003, 10, 1314 ss.

MANCUSO F., *Commento art. 2409-octiesdecies c.c.*, in *Codice delle S.p.A.*, PORTALE G. B.- ABBADESSA P. (diretto da), Giuffrè, Milano, 2016, Vol. 1, 1987 ss.

MANCUSO F., *Il comitato per il controllo sulla gestione nel modello monistico: problemi in tema di responsabilità dei componenti e di invalidità delle decisioni*, in *Riv. Soc.*, 2017, 4, 778 ss.

MANDELLI L., *I «sindaci» di S.p.A. tra doveri di sorveglianza e posizioni di garanzia*, in *Banca borsa tit. credito*, 4, 2009, 444 ss.

MANES P., *Prime considerazioni sulla responsabilità del dirigente preposto alla redazione dei documenti societari*, in *Cont. e imp.*, 2008, 4, 1120 ss.

MANES V., *Recensione a N. Pisani, «Controlli sindacali e responsabilità penali nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento»*, in *Ind. pen.*, 2004, 2, 796 ss.

MANES V., *La nuova disciplina delle comunicazioni sociali*, *Commento agli artt. 2621-2621bis-2621ter-2622 c.c.*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, PORTALE G. B.-ABBADESSA P. (diretto da), Giuffrè, Milano, 2016, 3499 ss.

MANES V.-TRIPODI A. F., *L'idoneità del modello organizzativo*, in *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, CENTONZE F.-MANTOVANI M. (a cura di), Il Mulino, Bologna, 2016, 137 ss.

MANNA, A. *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, 511 ss.

MANNA A., *I soggetti in posizione di garanzia*, in *Dir. Inf.*, 2010, 6, 779 ss.

MANTOVANI F., *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, 4, 984.

MANTOVANI F., *Diritto penale PG*, Cedam, Padova, 2017.

MANTOVANI F., *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, 2, 343.

MARABINI M., *Gli amministratori non delegati di banca rispondono in modo del tutto automatico degli illeciti commessi dagli amministratori con delega?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 5, 1690.

MARCHETTI P., *Note sulla nozione di controllo nella legislazione speciale*, in *Riv. soc.*, 1992, 12

MARCHETTI P., *Sul controllo e sui poteri della controllante*, in *AA.VV.*, *I gruppi di società*, Milano, 1996, 1547 ss.

MARCHETTI P., *Corporate governance e disciplina vigente*, in *Riv. soc.*, 1996, 422 ss.

MARCHETTI P., *Le Raccomandazioni della Consob in materia di controlli societari: un contributo alla riforma*, in *Riv. soc.*, 1997, 193.

MARCHETTI P., *Il nuovo codice di autodisciplina delle società quotate*, in *Riv. soc.*, 2012, 1, 37 ss.

MARCHETTI P., *Tanto tuonò che piovve. Intesa Sanpaolo e il monistico*, in *S.P.A. e sistema monistico: tu vuoi 'fa' l'americano*, M. CERA-G. PRESTI (a cura di), A.G.E., 1/2016, 9 ss.

MARCHETTI P.-GHEZZI F.-VENTORUZZO M.-MOSCA C.-BIANCHI M.-MILIC M., *Aggiornamento sulla governance delle società quotate italiane*, in *Riv. Soc.*, 4, 2019, 859 ss.

MARCONI G., *Stato (delitti contro la personalità internazionale dello)*, in *Digesto pen.*, XIII, Torino, 1997, 603 ss.

MARIA G.-CORTELLAZZI V., *Corporate governance note in tema di whistleblowing*, in *Riv. dott. comm.*, 2019, 2, 227 ss.

MARINO G., *Paradisi societari e paradisi fiscali: norme di contrasto o contrasto tra norme?*, in *Riv. dir. trib.*, 2007, 11, 967 ss.

MARINONI M. A., *Regulation internazionale in tema di Corporate Governance. Il sistema dei controlli aziendali*, in *Riv. dott. comm.*, 2013, 4, 831.

MARINUCCI G., *Politica criminale e codificazione del principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 430.

MARINUCCI G., *Causalità reale e causalità ipotetica nell'omissione impropria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 2, 523.

MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2020.

MARINUCCI G.-ROMANO M., *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in *Il diritto penale delle società commerciali*, NUVOLONE P. (a cura di), Giuffrè, Milano, 1971, 111 ss.

MASERA L., *Il modello causale delle Sezioni Unite e la causalità omissiva*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, 493.

- MASSA T., *Le Sezioni unite davanti a «nuvole ed orologi»: osservazioni sparse sul principio di causalità*, in *Cass. pen.*, 2002, 12, 3661.
- MASUCCI M., «Fatto» e «valore» nella definizione del dolo, Giappichelli, Torino, 2004.
- MAURO R., *La riscoperta della volontà nel dolo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, 4, 1925.
- MAZZACUVA F., *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Giappichelli, Torino, 2017.
- MAZZACUVA N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo*, Giuffrè, Milano, 1983.
- MAZZACUVA N., *Bene giuridico e tecniche di tutela nel diritto penale societario* in *Politica del diritto*, 1984, 1, 103 ss.
- MAZZACUVA N., *Problemi attuali di diritto penale societario*, in *Giur. comm. Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Giuffrè, Milano, 1985.
- MAZZACUVA N., *La legislazione penale in materia economica: normativa vigente e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1987, 507.
- MAZZACUVA N., *La responsabilità penale dei sindaci*, in *Società*, 1989, 379.
- MAZZACUVA N., *Il diritto penale giurisprudenziale*, Intervento alla tavola rotonda sul tema *Il diritto penale giurisprudenziale*, Università di Trento, 13 maggio 1988, in *Dei delitti e delle pene*, 1991, 2, 73 ss.
- MAZZACUVA N., *I reati societari*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, DI AMATO A. (diretto da), Vol. 2, Cedam, Padova, 1992.
- MAZZACUVA N., *Il futuro del diritto penale*, in *Critica del diritto*, 2000, 2, 122 ss.
- MAZZACUVA N., *Il falso in bilancio. Casi e problemi*, Giuffrè, Milano, 2004.
- MAZZACUVA N., *La tutela penale dell'informazione societaria*, in, *Diritto penale commerciale (Giurisprudenza sistematica di diritto penale)*, BRICOLA F.-ZAGREBELSKY G. (diretto da), Vol. 2, Utet, Torino, 1990, 43.
- MAZZACUVA N., *Le mutazioni normative (e non) in tema di false comunicazioni sociali*, in *La legislazione penale compulsiva*, G. INSOLERA (a cura di), Cedam, Padova, 2006, 244 ss.
- MAZZACUVA N., *Il "diritto penale massimo": l'incremento dei reati e delle pene tra diritto penale legislativo e diritto penale giurisprudenziale*, Intervento al Convegno *Abuso di pubblici poteri e tutela dei diritti del cittadino*, Bologna, 25 novembre 2016, in *Ind. pen.*, 2017, 3, 994 ss.
- MAZZACUVA N.-AMATI E., *Diritto penale dell'economia. Problemi e casi*, Cedam, Trento, 2013.
- MAZZACUVA N.-AMATI E., *Diritto penale dell'economia*, Cedam, Padova, 2018.
- MAZZOTTA G.-D'AVIRRO A., *Profili penali del controllo nelle società commerciali. Sindaci, revisori, autorità indipendenti*, Giuffrè, Milano, 2006.
- MELCHIONDA A., *Mercato dei valori mobiliari (Tutela penale del)*, in *Enc. Giuridica Treccani*, XX, Roma, 1990.
- MELCHIONDA A., *La responsabilità penale dei sindaci di società commerciali: problemi attuali e prospettive di soluzione*, in *Ind. pen.*, 2000, 48.
- MENARDO N., *La responsabilità penale omissiva degli amministratori privi di delega. Recenti approdi giurisprudenziali e spunti di riflessione*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)
- MERCONE G., *L'obbligo di garanzia degli amministratori privi di deleghe e la funzione probatoria dei c.d. segnali d'allarme*, Nota a *Cass. pen.*, Sez. V, Ud. 19 ottobre 2010 (dep. 22 novembre 2010), n. 41136, Pres. Colonnese, Rel. Marasca in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).
- MERENDA I., *Sulla responsabilità penale dell'amministratore senza delega. Alcune considerazioni dopo la riforma del diritto societario*, in *Cass. pen.*, 3, 2011, 1182.

- MERUZZI G., *I flussi informativi endosocietari nella società per azioni*, Cedam, Trento, 2012.
- METRANGELO S., *La posizione di garanzia non basta per la responsabilità penale*, in *Giur. Pen. Web*, 2018, 10.
- MICIELI N., *Gli amministratori indipendenti nel comitato parti correlate*, in *Giur. comm.*, 2014, 5, 1027 ss.
- MICIELI N., *Denuncia di gravi irregolarità di gestione e operazioni con parti correlate*, in *Giur. comm.*, 2015, 5, 1027 ss.
- MICOSSI S., *Il punto sugli amministratori indipendenti*, in *Assonime*, 2010, in [www.assonime.it](http://www.assonime.it)
- MILANO G., *Responsabilità degli amministratori non esecutivi per colpa nella conoscenza e colpa nella attivazione* in *Soc.*, 2018, 691 ss.
- MILITELLO V., *La colpevolezza nell'omissione: il dolo e la colpa nel fatto omissivo*, in *Cass. Pen.*, 1998, 985.
- MILLI M., *L'amministratore indipendente nel sistema di corporate governance delle s.p.a.*, Giappichelli, Torino, 2013.
- MINERVINI G., in *I poteri di controllo degli amministratori «di minoranza» (membro del comitato esecutivo con «voto consultivo»?)*, *Giur. comm.*, 1980, 1, 785.
- MINICUCCI G., *Limiti della posizione di garanzia e del dolo degli amministratori «non operativi»*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, 951.
- MINICUCCI G., *Il dolo nella bancarotta: alla ricerca della tipicità soggettiva della fattispecie patrimoniale*, Firenze University Press, Firenze, 2018.
- MINTO A., *Assetti organizzativi adeguati e governo del rischio nell'impresa bancaria*, in *Giur. comm.*, 2014, 6, 1165.
- MINTO A., *La speciale natura dell'incarico amministrativo in banca tra limitazioni alla discrezionalità organizzativa e vincoli sull'agire in modo informato*, in *Giur. comm.*, 2015, 1, 30.
- MIOTTO L., *La funzione di revisione legale: intersezione fra disciplina dell'attività e dei soggetti*, *Riv. soc.*, 2018, 2, 433 e ss.
- MIRIAM G., *I principi di corretta amministrazione e di adeguatezza dell'assetto organizzativo e i doveri di vigilanza dei sindaci di banche sul sistema dei controlli interni*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2020, 4, 586 ss.
- MIRONE A., *I sistemi alternativi di amministrazione e controllo: il sistema dualistico e il sistema monistico*, in *Diritto commerciale*, CIAN M. (a cura di), Vol. 2, Giappichelli, Torino, 2014, 530 ss.
- MIRTO P., *Diritto penale delle società*, Cedam, Milano, 1954.
- MONDINI P. F., *Il ruolo dell'organo di controllo nelle nuove regole sulla corporate governance e sul sistema dei controlli interni*, in *Banca impresa società*, 2015, 1, 47 ss.
- MONGILLO V., *L'organismo di vigilanza nel sistema della responsabilità da reato dell'ente: paradigmi di controllo, tendenze evolutive e implicazioni penalistiche*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2015, 4, 102 ss.
- MONGILLO V., *La vigilanza sull'attuazione del sistema aziendale di prevenzione dei reati in Italia e nei principali ordinamenti ispanoparlanti: circolazione dei modelli e specificità nazionali, in La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni anche in una comparazione con i sistemi sudamericani. In memoria di Giulio Vassalli*, FIORELLA A.-GAITO A.-VALENZANO A. S. (a cura di), Sapienza Editrice, Roma, 2018, 296 ss.
- MONTALENTI P., *La società quotata*, in *Trattato di diritto commerciale*, COTTINO G. (diretto da), Vol. 4, tomo 2, Cedam, Torino, 2004, 208 ss.

MONTALENTI P., *Art. 2381*, in *Il nuovo diritto societario*, COTTINO G.-BONFANTE G.-CAGNASSO O.-MONTALENTI P. (diretto da), Vol. 2/1, Zanichelli, Torino 2004, 683.

MONTALENTI P., *Il sistema dei controlli interni nelle società di capitali. La tutela del risparmio: l'efficienza del sistema*. Atti del Convegno organizzato ad Alba, 20 novembre 2004, pubblicati in *Soc.*, 2005, 3, 297.

MONTALENTI P., *Responsabilità degli amministratori nell'impresa globalizzata*, in AA. VV.,  *Mercati finanziari e sistema dei controlli*, a cura del Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Giuffrè, Milano, 2005.

MONTALENTI P., *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, ABBADESSA P.-PORTALE G. B. (diretto da), Vol. 2, Utet, Torino, 2006, 835 ss.

MONTALENTI P., *La riforma del diritto societario. Dottrina, giurisprudenza, prassi applicative alla luce dei dati statistici: spunti di riflessione*, Giuffrè, Milano, 2006, 511 ss.

MONTALENTI P., *Conflitto di interessi e funzioni di controllo: collegio sindacale, consiglio di sorveglianza, revisori*, in *Giur. comm.*, 2007, 5, 562 ss.

MONTALENTI P., *Il sistema dualistico: il consiglio di sorveglianza tra funzioni di controllo e funzioni di alta amministrazione*, in *Banche e sistema dualistico. Forme, funzioni e finzioni*, CERA M.-PRESTI G. (a cura di), Vol. II, Il Mulino, Bologna, 2007, 280 ss.

MONTALENTI P., *Il modello dualistico: alta amministrazione e funzioni di controllo tra autonomia privata e regole imperative*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, 6, 689.

MONTALENTI P., *Organismo di vigilanza e sistema dei controlli*, in *Giur. comm.*, 2009, 4, 643 ss.

MONTALENTI P., *Le operazioni con parti correlate tra efficienza gestionale nei gruppi e rischi di conflitto di interessi: quale disciplina?*, in *La crisi finanziaria: banche, regolatori, sanzioni*, a cura del Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Giuffrè, Milano, 2010, 298. ss.

MONTALENTI P., *I controlli societari: recenti riforme, antichi problemi*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, 5, 535 ss.

MONTALENTI P., *Le operazioni con parti correlate*, in *Giur. Comm.*, 2011, 1, 330 ss.

MONTALENTI P., *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Riv. soc.*, 2013, 1, 42 ss.

MONTALENTI P., *Corporate governance e «sistema dei controlli»*, in *Corporate governance e «sistema dei controlli» nella S.P.A.*, TOMBARI U. (a cura di), Giappichelli, Torino, 2013, 9 ss.

MONTALENTI P., *Corporate governance, sistema dei controlli e procedure antiriciclaggio*, in *Riciclaggio e corruzione: prevenzione e controllo tra fonti interne e internazionali*, Giuffrè, Milano, 2013, 80 ss.

MONTALENTI P., *Modello «231» e organismo di vigilanza nel sistema dei controlli societari: un quadro d'insieme*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2014, 2, 7 ss.

MONTALENTI P., *Amministratori e controllo nella società per azioni tra codice civile e ordinamento bancario*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2015, 6, 712 ss.

MONTALENTI P., *Corporate governance, sistema dei controlli interni e ruolo della Consob: da garante della trasparenza a presidio della correttezza della gestione?*, in *Riv. soc.*, 2015, 1, 120 ss.

MONTALENTI P., *Impresa, società di capitali, mercati finanziari*, Giappichelli, Torino, 2017.

MONTALENTI P., *Diritto della crisi, diritto societario concorsuale, diritto societario della crisi: appunti*, in *Giur. Comm.*, 2018, 1, 62 ss.

MONTALENTI P., *Investitori istituzionali e gruppi di società: i flussi informativi*, in *Informazione societaria e corporate governance nella società quotata*, U. TOMBARI (a cura di), Giappichelli, Torino, 2018, 65 ss.

MONTALENTI P., *L'interesse sociale: una sintesi*, in *Riv. Soc.*, 2018, 2, 303 ss.

MONTALENTI P.-AMBROSINI S., *Il controllo sulla gestione*, in ABRIANI N.-AMBROSINI S.- CAGNASSO O.-MONTALENTI P., *Le società per azioni*. Trattato di diritto commerciale, COTTINO G. (a cura di), Vol. V, Cedam, Padova, 2010, 691 ss.

MONTALENTI P.-BALZOLA S., *La società per azioni quotata*, Zanichelli, Bologna, 2010.

MONTALENTI P.-RIGANTI F., *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in *Giur. comm.*, 5, 2017, 784.

MONTANELLI I.-CERVI M., *L'Italia degli anni di fango. 1978-1993*, Bur Rizzoli, Milano, 2015.

MORETTI M.-SILVESTRI P., *Titolarità della funzione dell'Organismo di Vigilanza: opportunità e dubbi applicativi a seguito delle recenti modifiche*, in *Resp. amm. soc. e enti*, 2012, 2, 63 ss.

MOSCO G. D.-LOPREIATO S., *Doveri e responsabilità di amministratori e sindaci nelle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2019, 1, 731 ss.

MOSCO G. D., *Cognosco, ergo sum. L'informazione e la nuova identità del collegio sindacale*, in *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, ALESSI R.- ABRIANI N.- MORERA U. (a cura di), Giuffrè, Milano, 2007.

MOST S. B., *What's «inattentiona» about inattentional blindness?* in *Consciousness and Cognition: An International Journal*, 2010, 19, 4, 1102 ss.

MUCCIARELLI F., *La tutela penale del capitale sociale e delle riserve obbligatorie per legge*, in *Il nuovo diritto penale delle società. D.lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, ALESSANDRI A. (a cura di), Ipsoa, Milano, 2002, 329.

MUCCIARELLI F., *Omissione e causalità ipotetica: qualche nota*, in *D&Q*, 2010, 10, 136.

MUCCIARELLI F., *Funzioni de responsabilità dell'organismo di vigilanza*, in *La responsabilità degli enti collettivi a dieci anni dal d.lgs. 231/2001*, in STILE A. M.-MONGILLO V.-STILE G. (a cura di), Jovene, Roma, 2013, 207 ss.

MUCCIARELLI F., *Rilievi penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: lineamenti generali*, in *Dir. pen. e proc.*, 9, 2019, 1193 ss.

MURTULA E., *Sul dovere di vigilanza degli amministratori di società di capitali*, in *Dir. fall.*, 1968, 2, 69.

MUSCO E., *La società per azioni nella disciplina penalistica*, in COLOMBO G. E.-PORTALE G. B. (a cura di), *Trattato delle società per azioni*, Utet, Torino, 1994, Vol. 9, 472.

MUSCO E., *I nuovi reati societari*, Giuffrè, Milano, 2004.

NANNUCCI U., *La responsabilità dei sindaci*, in *Il fisco*, 1985, 744.

NAPOLEONI V., *Nota a Corte d'Appello di Milano*, 13 giugno 1990, in *Cass. Pen.*, 1991, 2059.

NAPOLEONI V., *Reati societari. Falsità nelle comunicazioni sociali e agiotaggio societario*, Vol. 3, Giuffrè, Milano, 1996.

NAZZICONE L.-PROVIDENTI S., *Società per azioni amministrazione e controlli*, in LO CASCIO G. (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Vol. 5, Giuffrè, Milano, 2003, 35 ss.

NEGRI-CLEMENTI A., *Gli indicatori di efficacia degli assetti di governo societario con specifico riferimento al sistema delle deleghe*, in *Il sistema delle deleghe di funzioni gestorie*, NEGRI-CLEMENTI A (a cura di), Egea, Milano, 2013, 412.

NEGRI-CLEMENTI A., *Il sistema delle deleghe nei modelli di amministrazione e controllo diversi da quello tradizionale*, in *Il sistema delle deleghe di funzioni gestorie*, NEGRI-CLEMENTI A. (a cura di), Egea, Milano, 2013, 271 ss.

NICODANO G., *Asimmetria informativa*, in *Diz. eco. e fin.*, Treccani online, 2012

NIGRO A., «Principio» di ragionevolezza e regime degli obblighi e della responsabilità degli amministratori di s.p.a., in *Giur. comm.*, 2013, 3, 475 ss.

NIGRO G. L., *Società di capitali: necessario il pericolo di danno per la denuncia ex art. 2409 c.c.*, in *Quotidiano giur.*, 7, 2019, 30428 ss.

NISCO A., *Responsabilità amministrativa degli enti: riflessioni sui criteri ascrittivi "soggettivi" e sul nuovo assetto delle posizioni di garanzia nelle società*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, 1-2, 293 ss.

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

NISCO A., *Compliance e posizioni di garanzia: prime indicazioni dalla giurisprudenza tedesca*, in *Cass. pen.*, 2010, 2448 ss.

NISCO A., *Recenti evoluzioni (e involuzioni) in tema di bancarotta: ruolo dell'insolvenza e adeguatezza economica delle operazioni antecedenti*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2015, 4, 851 ss.

NISCO A., *Posizioni di garanzia e sicurezza sul lavoro. Note a margine delle Sezioni unite Thyssenkrupp*, in *Ordine pubblico e sicurezza nel governo della città*, CURI F. (a cura di), Bononia University Press, Bologna, 2016, 163 e ss.

NISCO A., *Responsabilità degli enti, antiriciclaggio e autoriciclaggio: virtuose sinergie e problematiche interferenze*, in *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico*, BORSARI R. (a cura di), Padova University Press, Padova, 2016, p. 327 ss.

NOTO SARDEGNA G., *I reati in materia di fallimento*, Priulla, Palermo, 1940.

NUVOLONE P., *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure fallimentari*, Giuffrè, Milano, 1955.

NUVOLONE P., *La responsabilità penale degli amministratori e sindaci di società di capitali in materia tributaria e valutaria*, in *Il diritto penale degli anni '70*, Cedam, Padova, 1982.

ÖHMAN A.- FLYKT A.-ESTEVEVES F., *Emotion drives attention: Detecting the snake in the grass*. *Journal of Experimental Psychology: General*, 2001, 130, 466 ss.

OLIVIERI G., *I controlli «interni» nelle società quotate dopo la legge sulla tutela del risparmio*, in *Giur. comm.*, 2007, 4, 409 ss.

ONADO M., *Imprese, banche, agenzie di rating nella crisi del terzo millennio*, Testo della Relazione presentata al Convegno  *Mercati finanziari e sistema dei controlli*, Courmayeur, 1-2 ottobre 2004, pubblicata in AA.VV., *Mercati finanziari e sistema dei controlli* Giuffrè, Milano, 2005, 19 ss.

ONADO M., *Gli scandali societari Italiani*, in *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Convegni di studio «Enrico de Nicola». Problemi attuali di diritto e procedura penale, Giuffrè, Milano, 2009, 59.

ONADO M., *I nodi al pettine: la crisi finanziaria e le regole non scritte*, Laterza, Bari, 2009.

ONADO M., *La crisi finanziaria internazionale: le lezioni per i regolatori*, in *Banca, Imp. e soc.*, 2009, 1.

ONORI A., *Gli organi di controllo aziendale. I rapporti di collaborazione del «sistema di controllo interno»*, documento edito dalla Fondazione Nazionale dei Commercialisti, 15 settembre 2016, in [www.fondazionenazionalecommercialisti.it](http://www.fondazionenazionalecommercialisti.it).

OPPEDISANO F., *Il posizionamento organizzativo dell'internal audit*, in *Riv. dott. comm.*, 2009, 2, 333 ss.

PADOVANI T., *La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 114 ss.

PADOVANI T., *I soggetti responsabili per i reati tributari commessi nell'esercizio dell'impresa*, in *Riv. it. dir e proc. pen.*, 1985, 368.

PADOVANI T., *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. pen. e proc.*, 1992, 420 ss.

PADOVANI T., *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, in *Ind. pen.*, 1999, 535.

PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2003.

PALAZZO F., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Cedam, Padova, 1979.

PALAZZO F., Nota a Corte Cost. 247/1989, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1194.

PALAZZO F.-VIGANÒ F., *Diritto penale una conversazione*, Il Mulino, Bologna, 2018, 7.

PALAZZO G.-KRINGS F.-HOFFRAGE U., *Ethical blindness*, in *Journal of Business Ethics*, 2012, 109 ss.

PALIERO C. E., *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, 821 ss.

PALIERO C. E., *La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la «Parte Generale» di un Codice Penale dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, 490.

PALIERO C. E., *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1993, 1021 ss.

PALIERO C.E., *La società punita: del come, del perché, e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 4, 1516 ss.

PALIERO C. E., *Responsabilità degli enti e principio di colpevolezza al vaglio della Cassazione: occasione mancata o definitivo de profundis?*, in *Soc.*, 2014, 4, 476 ss.

PALIERO C. E.-TRAVI A., *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Giuffrè, Milano, 1988.

PALIERO C. E.-PIERGALLINI C., *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, 167 ss.

PAOLUCCI M. G., *Commento all'art. 2409 c.c.*, in *Commentario breve al Diritto delle Società*, MAFFEI ALBERTI A. (a cura di), Cedam, Milano, 2015, 874 ss.

PAONESSA C., *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, in *Criminalia* 2012, 670.

PAONESSA C., *Il ruolo dell'Organismo di Vigilanza nell'implementazione dei Modelli organizzativi e gestionali nella realtà aziendale*, in *Modelli organizzativi ai sensi del d.lgs. 231/2001 e tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, FONDAROLI D.-ZOLI C., Giappichelli, Torino, 2014, 94 ss.

PAPPONE M., *Amministratori non esecutivi e profili di responsabilità penale alla luce dei recenti arresti giurisprudenziali*, in *Arch. pen.*, *Osservatorio sulla responsabilità penale degli enti*, disponibile anche in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it).

PARMEGGIANI F., *Il collegio sindacale e il comitato per il controllo interno: una convivenza possibile?*, in *Giur. comm.*, 2009, 2, 306 ss.

PARROTTA A.-MELONI F., *La responsabilità del dirigente preposto alla formazione del bilancio: dalle funzioni al fatto-reato penalmente rilevante*, in *Arch. pen.*, 2017, 1, 1 ss.

PARTNOY F., *Financial Systems, Crises, and Regulation*, in *Oxford Handbook of Financial Regulation*, Chapter 5, *San Diego Legal Studies Paper* n. 14-154, 2014, reperibile su [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com).

- PARTNOY F., *Delaware and Financial Risk*, in *San Diego Legal Studies Paper* n. 17-280, 2017, reperibile su [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com).
- PARTNOY F., *Missing account of progressive corporate criminal law*, in *New York University Law and Business*, 2017, V. 14, reperibile su [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com).
- PATALANO A., *La responsabilità penale di amministratori e sindaci*, in *Il Fisco*, 1983, 2535.
- PAVARINI M., *Lo scopo della pena*, in *Introduzione al sistema penale*, INSOLERA G.-MAZZACUVA N.-PAVARINI M.-ZANOTTI M. (a cura di), Vol. 1, Giappichelli, Torino, 2006, 356 ss.
- PECORELLA G., *Societas delinquere non potest*, in *Riv. giur. lav.*, 4, 1977, 367.
- PEDRAZZI C., *Corporate governance e posizioni di garanzia: nuove prospettive?*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, Tomo II, 1367.
- PEDRAZZI C., *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. soc.*, 1962, 220.
- PEDRAZZI C., *I reati societari in regime di amministrazione collegiale*, in *Studi in onore di F. Antolisei*, Milano, 1965, 425.
- PEDRAZZI C., *Problemi di tecnica legislativa*, in *Comportamenti economici e legislazione penale. Atti del Convegno AREL del 17 marzo 1978*, PEDRAZZI C. (a cura di), Giuffrè, Milano, 1979, 1 ss.
- PEDRAZZI C., *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1988, 127 ss.
- PEDRAZZI C., *Società commerciali (disciplina penale)*, *Digesto delle discipline penalistiche*, Vol. 13, Utet, Torino, 1997, 347 ss.
- PEDRAZZI C., *La disciplina penale delle società commerciali*, in *Dig. disc. pen.*, XIII, Utet, Torino, 1998, 348.
- PEDRAZZI C., *Reati fallimentari*, in PEDRAZZI C.-ALESSANDRI A.-FOFFANI L.-SEMINARA S.-SPAGNOLO G., *Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte generale e reati fallimentari*, Bologna, 1999, 136 ss.
- PEDRAZZI C., *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, 4, 1265 ss.
- PEDRAZZI C.-SGUBBI F., *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, Zanichelli, Bologna, 1995.
- PELISSERO M., *Il concorso doloso mediante omissione*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza). Atti del convegno nazionale 7-8 maggio 2009*, R. BARTOLI (a cura di), Firenze University Press, Firenze, 2010, 390 ss.
- PELISSERO M., *Il concorso doloso mediante omissione: tracce di responsabilità di posizione*, in *Giur. It.*, 2010, 4, 978.
- PIAZZA P., *La Cassazione torna sulla responsabilità degli amministratori senza deleghe: problemi risolti e questioni ancora aperte*, in *Giur. comm.*, 2017, 5, 842 ss.
- PICCIONE F., *Il confine tra dolo eventuale e colpa cosciente nel contesto dei reati d'impresa*, in *Cass. Pen.*, 2016, 4, 1785B ss.
- PICONE L., Nota a Cass. Civ. Sez. I, 23 giugno 1998, 6244, in *Le società*, 1998, 1419.
- PIERDONATI M., *Crisi dell'impresa e responsabilità penale del vertice nelle società: verso "nuovi equilibri" giurisprudenziali*, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, 8, 966.
- PIERGALLINI C., *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, 571 ss.
- PIERGALLINI C., *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Giuffrè, Milano, 2004, 355.

PIERGALLINI C., *I reati presupposto della responsabilità dell'ente e l'apparato sanzionatorio*, in *Reati e responsabilità degli enti*, LATTANZI G. (a cura di), Giuffrè, 2010, Milano, 251 ss.

PISANI N., *Controlli sindacali e responsabilità nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Giuffrè, Milano, 2003.

PISANI N., *I requisiti di autonomia e indipendenza dell'Organismo di Vigilanza istituito ai sensi del d.lgs. 231/2001, Resp. amm. soc. enti*, 2008, 1, 155 ss.

PISANI N., *Crisi d'impresa e diritto penale*, Il Mulino, Bologna, 2018.

POLICARO G. A., *Il collegio sindacale*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, M. IRRERA (a cura di), Zanichelli, Bologna, 2016, 282 ss.

POLICARO G. A., *La crisi d'impresa e gli strumenti di monitoraggio nel disegno di legge di riforma fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2017, 6, 1038 ss.

POMELLI A., *Sull'indipendenza dei consiglieri di sorveglianza di società*, in *Giur. comm.*, 2009, 5, 970 ss.

PORTALE G. B., *La corporate governance delle società bancarie*, in *Riv. Soc.*, 2016, 1, 48 ss.

POWER M., *The Audit Explosion*, Demos, Londra, 1994.

POWER M., *The Audit Society. Rituals of Verification*, ovvero *La società dei controlli. Rituali di verifica*, ed. italiana a cura di PANOZZO F., ED. COMUNITÀ, Torino, 2002.

PRATTO F.-JOHN O.P., *Automatic vigilance: The attention grabbing power of negative social information*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, 1991, 61, 380 ss.

PRIORI M., *Istituzione e nomina delle funzioni di controllo*, in *Osservatorio di diritto bancario, Il Sole24Ore*, 13 novembre 2013.

PROSDOCIMI S., *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, Giuffrè, 1993, 228.

PROVASOLI A., *Razionalizzazione del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi*, in *Riv. dott. comm.*, 2012, 3, 603 ss.

PROVERBIO D., *Brevi note in tema di responsabilità penale degli amministratori senza delega*, in *Riv. it. trim. dir. e proc. pen.*, 1998, 572 ss.

PROVIDENTI S., *Il sistema monistico di amministrazione e controllo, Le società commerciali: organizzazione, responsabilità e controlli Profili applicativi a dieci anni dalla «Riforma Vietti»*, VIETTI M. (a cura di), Utet, Trento, 2014, 447 ss.

PUCCI E., *Il parere degli amministratori indipendenti nelle operazioni con parti correlate: profili funzionali*, in *Riv. Soc.*, 2-3, 2014, 336 ss.

PULITANÒ D., *Posizioni di garanzia e criteri di imputazione personale nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1982, IV, 186.

PULITANÒ D., *Appunti sul principio di colpevolezza come fondamento della pena: convergenze e discrasie tra dottrina e giurisprudenza*, in *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, STILE A. M. (a cura di), Jovene, Napoli, 1991, 106.

PULITANÒ D., *La Giustizia penale alla prova del fuoco*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, 1 ss.

PULITANÒ D., *Diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2007.

PULITANÒ D., *Amministratori non operativi e omesso impedimento di delitti commessi da altri amministratori* in *Le Società*, 2008, 7, 899.

PULITANÒ D., *I confini del dolo. Una riflessione sulla moralità del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 1, 22 ss.

PULITANÒ D., *Intervento al Convegno La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, pubblicato in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 21 dicembre 2016.

RABITTI M., *Responsabilità da deficit organizzativo*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, IRRERA M. (diretto da), Zanichelli, Bologna, 2016, 989 ss.

RAMPELLA G., *In tema di bancarotta fraudolenta patrimoniale: la Cassazione precisa i confini del concorso omissivo dei sindaci nelle condotte distrattive degli amministratori*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 11 gennaio 2019.

RANIERI S., *Il concorso di più persone in un reato*, Giuffrè, Milano, 1949.

RAZZANTE R., *La regolamentazione antiriciclaggio in Italia*, Giappichelli, Torino, 2011.

RAZZANTE R., *Codice della normativa antiriciclaggio. Annotato con legislazione, dottrina e giurisprudenza*, Maggioli Editore, Rimini, 2018.

REBOA M., *Il monitoring board e gli amministratori indipendenti*, in *Giur. comm.*, 2010, 4, 657 ss.

REGOLI D., *Gli amministratori indipendenti*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, ABBADESSA P.- PORTALE G. B. (diretto da), Vol. 2, Utet, Torino, 2006, 383 ss.

REGOLI D., *Gli amministratori indipendenti nei codici di autodisciplina europei*, in *Riv. dir. soc.*, 2008, 429.

REGOLI D., *Gli amministratori indipendenti e i codici di autodisciplina*, in *La governance delle società di capitali. A dieci anni dalla riforma*, VIETTI M. (diretto da), Egea, Milano, 2013, 150 ss.

REGOLI D., *Poteri di informazione e controllo degli amministratori non esecutivi*, in *Società, banche e crisi d'impresa*. Liber amicorum Pietro Abbadessa, CAMPOBASSO M.-CARIELLO V.-DI CATALDO V.-GUERRERA F.-SCIARRONE ALIBRANDI A. (diretto da), Vol. 2, Utet, Torino, 2014, 1146 ss.

REGOLI D., *Gli amministratori indipendenti: alcune considerazioni per un efficace funzionamento di questo strumento di governance nel sistema dei controlli sulla gestione*, in *Dialogo sul sistema dei controlli nelle società*, ABBADESSA P. (a cura di), Giappichelli, Torino, 2015, 63.

REGOLIOSI C.-D'ERI A., *La qualità della revisione interna in Italia. Primi risultati di un'indagine*, in *Riv. dott. comm.*, 2011, 4, 767 ss.

REGOLIOSI C., *Corporate Governance e organismi di controllo nelle imprese quotate italiane. Alcune riflessioni*, in *Riv. dott. comm.*, 2009, 2, 223 ss.

RENDE D., *Saggio di una teoria del reato collegiale*, in *Commentario del codice civile. Libro del lavoro*, SCIALOJA A.-BRANCA G. (a cura di), Zanichelli, Bologna, 1943, 463.

RESCIGNO P., *Codice civile, sub art. 2407 c.c.*, Giuffrè, Milano, 1992, 2550.

RESCIO G. A., *L'adeguamento degli statuti delle banche alle disposizioni di vigilanza 4 marzo 2008 in materia di organizzazione e governo societario (con particolare riferimento alle banche a sistema dualistico)*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2008, 6, 730 ss.

RIGANTI F., *Il controllo interno nelle banche tra collegio sindacale e funzioni aziendali*, in *Giur. comm.*, 2019, 6, 1447 ss.

RIGHINI E., *Nota a Trib. Milano, 28 novembre 1987*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1989, 2, 622.

RIGOTTI M., *Art. 2403 Doveri del collegio sindacale*, in *Collegio sindacale. Controllo contabile*, GHEZZI F. (a cura di), Giuffrè, Milano, 2005, 167 ss.

RIMINI E., *Brevi note sulla responsabilizzazione del ruolo degli amministratori indipendenti alla luce del nuovo regolamento Consob sulle operazioni con parti correlate*, in *Il nuovo Diritto delle Società*, 2010, 12, 38 ss.

RIMINI E., *Gli assetti e le operazioni con parti correlate*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, IRRERA M. (diretto da), Zanichelli, Bologna, 2016, 551 ss.

RIMINI E., *Il comitato amministratori indipendenti (e gli amministratori indipendenti)*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, IRRERA M. (diretto da), Zanichelli, Bologna, 2016, 358 ss.

RINALDI L.-FASCINA P., *Giurisprudenza e attualità in materia di diritto commerciale articoli la relazione del collegio sindacale nelle società quotate. Primi risultati di una ricerca empirica*, in *Riv. dott. comm.*, 2, 2018, 255 ss.

RIOLFO G., *Assetti e modelli organizzativi della società per azioni: i flussi informativi*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, IRRERA M. (diretto da), Zanichelli, Bologna, 2016, 477 ss.

RIOLFO G., *Il nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza e le modifiche al codice civile: il diritto societario tra «rivisitazione» e «restaurazione»*, in *Cont. e impr.*, 2019, 2, 399 ss.

RISICATO L., *La partecipazione mediante omissione a reato commissivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 1267.

RISICATO L., *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Giuffrè, Milano, 2001.

ROMANO B., *Dal diritto penale fallimentare al diritto penale della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Arch. pen.*, 2019, 2, 1-9.

ROMANO M., *Diritto penale in materia economica, Riforma del codice, abuso di finanziamenti pubblici*, in *Comportamenti economici e legislazione penale*, in *Comportamenti economici e legislazione penale*, collana Rivista delle Società, Giuffrè, Milano, 1979.

ROMANO M., «Meritevolezza di pena», «bisogno di pena» e teoria del reato, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1, 1992, 39 ss.

ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. 1, Giuffrè, Milano, 2004.

ROMANO M., *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche in diritto penale*, in *Scritti per Federico Stella*, BERTOLINO M.-FORTI G. (a cura di), Vol. 1, Jovene, Napoli, 2007, 891 ss.

ROMANO M.-GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. 2, Giuffrè, Milano, 2005.

ROMOLOTTI T. E., *Prove d'ingegneria genetica sull'organismo di vigilanza: il nuovo ruolo previsto dalla normativa antiriciclaggio*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2008, n. 1, 87 ss.

RORDORF R., *Scandali finanziari e regole di mercato (appunti a margine dei casi Cirio e Parmalat)*, in *Quest. giust.*, 2004, 567.

RORDORF R., *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari*, in *Soc.*, 2007, 10, 1209 ss.

RORDORF R., *Doveri e responsabilità degli organi di società alla luce del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. Soc.*, 2019, 5, 929 ss.

ROSSI A., *La nuova disciplina del collegio sindacale nelle società con azioni quotate in un mercato regolamentato*, in *Impresa*, 1998, 10, 2031 ss.

ROSSI A., *Art. 2392 c.c. Responsabilità verso la società*, in *Il nuovo diritto delle società. Commento sistematico al D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 aggiornato al D.lgs. 28 dicembre 2004, n. 310*, MAFFEI ALBERTI A. (a cura di), Vol. 1, Cedam, Padova, 2005, 807 ss.

ROSSI A., *I criteri per l'individuazione dei soggetti responsabili nell'ambito delle società*, in *Reati societari*, ROSSI A. (a cura di), Utet, Torino, 2005, 140 ss.

ROSSI A., *La responsabilità del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili e il sistema sanzionatorio*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, 4, 24 ss.

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

ROSSI G., *Il mito della Corporate Governance*, in *Le nuove funzioni degli organi societari: verso la Corporate Governance?*, Atti del Convegno svoltosi a Courmayeur, 28 e 29 settembre 2001, Giuffrè, 2002, 13 ss.

ROSSI G., *Il conflitto epidemico*, Adelphi, Milano, 2003.

ROSSI G., *Informazione nel mercato finanziario*, *Dig. comm.*, 2012, in banca dati *DeJure*.

ROSSI VANINI A., *La responsabilità penale di amministratori e sindaci*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, GALGANO F. (diretto da) Vol. 19, Cedam, Padova, 1994, 323.

RUSSO R., *Collegio sindacale e prevenzione della crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, 2018, 1, 119 ss.

RUSSO R., *Inasprimento del regime di responsabilità dei sindaci e applicazione di sanzioni amministrative*, in *Giur. comm.*, 2019, 2, 357 ss.

SACCHI D., *La responsabilità penale, civile e disciplinare dell'Organismo di Vigilanza*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2019, 1, 167 ss.

SACCHI R., *Amministratori deleganti e dovere di agire in modo informato* in *Giur. comm.*, 2008, 2, 369.

SALAFIA V., *La legge sul risparmio*, in *Soc.*, 2006, 2, 141 ss.

SALAFIA V., *La condizione di non punibilità per responsabilità amministrativa, delle società ed enti, nel recente intervento della Corte di cassazione*, in *Soc.*, 2014, 4, 479 ss.

SALERNO A., *La responsabilità penale del sindaco di una società per omessa vigilanza in Il societario.it*, 2018, 9.

SALVINI O., *Il contrasto all'abuso del sistema finanziario per scopi di riciclaggio e finanziamento del terrorismo: la IV Direttiva (UE) 2015/849, tra coordinamento e cooperazione*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2016, 1, 147 ss.

SANDULLI M., *I sindaci delle banche quali ausiliari di vigilanza*, in *Impresa e società. Studi dedicati a Federico Martorano*, BASSI A.- BELVISO U.-BOCCHINI E.-BUONOMO D.-DI SABATO F.- LAURINI G.-SANDULLI M. (a cura di), Ed. Scient. It., Napoli, 2006, 967 ss.

SANFILIPPO P.M., *Il presidente del consiglio di amministrazione della società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, ABBADESSA P.-PORTALE G. B. (diretto da), Vol. 2, Torino, Utet, 2006, 456 ss.

SANTORIELLO C., *La bancarotta fraudolenta patrimoniale dell'imprenditore individuale e dell'amministratore societario*, in *Le Società*, 2013, 5, 580.

SANTORIELLO C., *Omesso esercizio dei poteri/doveri di controllo sul contenuto della gestione sociale*, in *Il fallimentarista.it*, 24 giugno 2019.

SANTORIELLO C., *La nuova responsabilità delle società per i reati tributari*, in *ilsocietario.it*, 2020.

SANTOSUOSSO D. U., *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari nell'organizzazione delle società per azioni*, in *Riv. dir. soc.*, 2007, 3, 142 ss.

SCARPA D., *Asimmetrie informative interorganiche nelle società quotate*, in *Giur. comm.*, 2009, 3, 499 ss.

SCARPA D., *Organizzazione societaria come sistema informativo e riflessi sull'agere amministrativo*, in *Giur. comm.*, 2010, 1, 73 ss.

SCHIRÒ D. M., *La premialità nel diritto penale della crisi di impresa e dell'insolvenza: primi nodi interpretativi*, in *Arch. pen.*, 2019, 2, 1-7.

SCHIUMA L., *Il sistema dualistico. I poteri del consiglio di sorveglianza e del consiglio di gestione*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, ABBADESSA P.-PORTALE G. B. (diretto da), Vol. 2, 2007, Utet, Torino, 2007, 687 ss.

SCIALOJA A.- LEMBRO M., *Antiriciclaggio*, Maggioli Editore, Rimini, 2013.

SCOTTI CAMUZZI S., *I poteri di controllo degli amministratori «di minoranza» (membro del comitato esecutivo con «voto consultivo»)*, in *Giur. comm.*, 1989, 1, 789.

SCOTTI CAMUZZI S., *Specificità dei compiti di controllo dei sindaci sull'amministrazione delle banche*, in *riv. dir. priv.*, 1996, I, 32 ss.

SCOTTI CAMUZZI S., *Attività di rischio delle banche nelle relazioni con soggetti correlati e disciplina dei conflitti di interessi*, in *Contratto e Impr.*, 2011, 3, 734 ss.

SELVAGGI N., *La tolleranza del vertice d'impresa. La responsabilità penale ai confini tra omissione e commissione*, Ed. Sc. It., Napoli, 2012.

SEMINARA S., *Nuovi illeciti penali e amministrativi nella legge sulla tutela del risparmio*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, 550 ss.

SERAFINI S., *Responsabilità degli amministratori non operativi: dal dovere di vigilanza al dovere di informarsi solo in presenza di segnali di allarme*, in *Soc.* 2017, 2, 218 ss.

SFAMENI P., *Organizzazione dell'impresa, uffici di controllo e responsabilità. Appunti, in Corporate governance e «sistema dei controlli» nella S.P.A.*, TOMBARI U. (a cura di), Giappichelli, Torino, 2013, 6 ss.

SFAMENI V., *Il sistema monistico nell'amministrazione e controllo della s.p.a.*, in *Soc.*, 2006, 12, 1465 ss.

SGUBBI F., *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Cedam, Padova, 1975.

SGUBBI F., *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, Giuffrè, Milano, 1980.

SGUBBI F., *Depenalizzazione e principi dell'illecito amministrativo*, Relazione svolta al Convegno di studi sulla legge 689 del 1981, organizzato dalla facoltà di giurisprudenza, Ferrara, 15 maggio 1982, in *Ind. pen.*, 1983, 2, 253 ss.

SGUBBI F., *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Il Mulino, Bologna, 1990.

SGUBBI F., *Il diritto penale giurisprudenziale*, Intervento alla tavola rotonda sul tema *Il diritto penale giurisprudenziale*, Università di Trento, 13 maggio 1988, in *Dei delitti e delle pene*, 1991, 2, 68 ss.

SGUBBI F., *Il diritto penale incerto ed efficace*, Relazione al ciclo di incontri Lavori in corso, Università di Macerata, 12 marzo 2001, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, 4, 1193 ss.

SGUBBI F., *Premessa*, in *La legislazione penale compulsiva*, INSOLERA G. (a cura di), Padova, 2006.

SGUBBI F., *Crisi d'impresa, procedure di salvataggio e reati fallimentari*, Relazione al Convegno *Economia e diritto penale nel tempo della crisi*, Palermo, 15-16 novembre 2013, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, 2, 665 ss.

SGUBBI F. et al., *Voluntary Disclosure. Profili Penalistici. Diritto Italiano e Diritto Svizzero*, La Tribuna, Piacenza, 2015.

SGUBBI F., *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Il Mulino, Bologna, 2019.

SGUBBI F.-ASTROLOGO A., *Responsabilità dell'ente*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, LEVIS M.-PERINI A. (a cura di), Zanichelli, Bologna, 2014, 154 ss.

SGUBBI F.-FONDAROLI D. (a cura di), *Strumenti di corporate governance e responsabilità degli enti ai sensi del D.lgs. n. 231/2001*, Bononia University Press, Bologna, 2010.

SGUBBI F., FONDAROLI D., TRIPODI A. F., *Diritto penale del mercato finanziario. Abuso di informazioni privilegiate, manipolazione del mercato, ostacolo alle funzioni di vigilanza della CONSOB, falso in prospetto. Lezioni*, Dott. Antonio Milani, Padova, CEDAM, 2013.

SICLARI D., *European Capital Markets Union e ordinamento nazionale*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2016, 4, 481 ss.

SIMONS D.- CHABRIS C. F., *Gorillas in our midst: sustained inattentive blindness for dynamic events*, Department of Psychology, Harvard University, in *Perception*, 1999, 28, 9, 1059 ss.

SIMONS D.-CHABRIS C. F., *The invisible gorilla. How our intuition deceives us*, stampato anche nella traduzione italiana *Il gorilla invisibile. E altri modi in cui le nostre intenzioni ci ingannano*, IlSole24Ore, Milano, 2012.

SIMPSON S. S., *Comparing predictors of corporate anti-and pro-social environmental behaviour: implications for corporate crime control*, in *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Convegni di studio «Enrico de Nicola». Problemi attuali di diritto e procedura penale, Giuffrè, Milano, 2009.

SOTTORIVA C., *La riforma del controllo contabile delle società in Italia: una prima lettura coordinata del decreto legislativo n. 39/2010 in tema di svolgimento della revisione legale dei conti*, in *Riv. dott. comm.*, 2010, 3, 565 ss.

SOTTORIVA C., *Il comitato di controllo interno e per la revisione contabile introdotto dall'art. 19 del d.lgs. 39/2010: riflessioni in sede di prima istituzione alla luce delle indicazioni dell'Unione europea*, in *Riv. dott. comm.*, 2011, 1, 129 ss.

SPADA P., *Diritto commerciale. II. Elementi*, Cedam, Padova, 2009.

SPIOTTA M.-CAVANNA M., *I sistemi dualistico e monistico*, in *Diritto del governo delle imprese*, IRRERA M. (diretto da), Giappichelli, Torino, 2016, 574 ss.

SPOLIDORO M. S., *Procedure di allerta, poteri individuali degli amministratori non delegati e altre considerazioni sulla composizione anticipata della crisi*, in *Riv. Soc.*, 2018, 171 ss.

SPOLIDORO M. S., *Note critiche sulla «gestione dell'impresa» nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, in *Riv. Soc.*, 2019, 2, 253 ss.

SPRICIGO B., *Un approccio «responsivo» per le ipotesi di illecito colposo in ambito medico*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 1, 108-109 ss.

STELLA F., *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1988, 1256.

STELLA F., *Leggi scientifiche e spiegazione casuale nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2000.

STELLA F., *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza della causalità delle sezioni unite della Suprema Corte di cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. open.*, 2002, 767.

- STELLA F.-PULITANÒ D., *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, 551.
- STELLA RICHTER Jr. M., *I comitati interni all'organo amministrativo*, in *Riv. soc.*, 2007, 260.
- STELLA RICHTER Jr. M., *Brevi osservazioni sulla proposta di disciplina regolamentare in materia di operazioni con parti correlate*, in *Riv. Soc.*, 2008, 4, 846 ss.
- STELLA RICHTER Jr. M., *La funzione di controllo del Consiglio di amministrazione nelle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 2012, 4, 663 ss.
- STELLA RICHTER Jr. M., *Il controllo all'interno dell'organo amministrativo*, *Corporate governance e «sistema dei controlli» nella S.P.A.*, TOMBARI U. (a cura di), Giappichelli, Torino, 2013, 29 ss.
- STELLA RICHTER Jr. M., *Il comitato controllo e rischi, già comitato controllo interno*, in *Dialogo sul sistema dei controlli nelle società*, ABBADESSA P. (a cura di), Giappichelli, Torino, 2015, 115 ss.
- STELLA RICHTER Jr. M., *L'inoppugnabilità delle deliberazioni degli organi sociali*, in *Riv. soc.*, 2017, 2-3, 283.
- STELLA RICHTER Jr. M., *I sistemi di controllo delle banche tra ordinamento di settore e diritto comune. Notazioni preliminari*, in *Riv. Soc.*, 2018, 2, 320.
- STORTONI L., *I contabili: da garanti a capri espiatori. Il ruolo del «preposto ai documenti» in cerca di statuto penale*, in *D & G*, 2006, 26, 112 ss.
- STRAMPELLI G., *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili nella governance societaria*, in AA. VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum Antonio Piras*, 2010, Giappichelli, Torino, 544 ss.
- STRAMPELLI G., *La revisione contabile nell'Unione europea: i risultati della consultazione della Commissione sul Libro verde del 2010*, in *Riv. soc.*, 2011, 2-3, 432 ss.
- STRAMPELLI G., *Sistema di controllo e indipendenza nelle società per azioni*, Egea, Milano, 2013.
- STRAMPELLI G., *Commento all'art. 154 bis TUF*, in *Le Società per Azioni. Codice civile e norme complementari*, ABBADESSA P.-PORTALE G. B. (diretto da), Vol. 2, Giuffrè, Milano, 2016, 4354 ss.
- STRAMPELLI G., *I flussi informativi nelle società quotate: poteri e doveri del collegio sindacale*, in *Riv. dir. priv.*, 2017, 79 ss.
- SUTHERLAND E. H., *Il crimine dei colletti bianchi*, traduzione italiana a cura di G. FORTI, pubblicata in *Criminologia, Politica criminale, Diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1987.
- TAGLIARINI F., *Aspetti problematici degli illeciti di amministratori e sindaci di società commerciali commessi a fine di frode fiscale*, in *Il diritto penale delle società commerciali*, P. NUVOLONE (a cura di), Giuffrè, Milano, 1971, 279.
- TARUFFO M., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza, Roma, 2009.
- TERRANOVA G., *Controllo giudiziario e tutela delle minoranze nelle società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, ABBADESSA P. - PORTALE G. B. (diretto da), Utet, Torino, 2006, Vol. 3, 134.
- TOMBARI U., *Verso uno «statuto speciale» degli amministratori indipendenti (Prime considerazioni sul d.lgs. n. 303/2006 e sulle modifiche al Regolamento Consob in materia di emittenti)*, in *Riv. soc.*, 2007, 3, 51 ss.
- TOMBARI U., *Sistema dualistico e potere di «alta amministrazione» del consiglio di sorveglianza*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2008, 6, 709 ss.

TOMBARI U., *Amministratori indipendenti, «sistema dei controlli» e corporate governance: quale futuro?*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, 5, 517.

TOMBARI U., *Governo societario, compliance e «indagini interne» nella s.p.a. quotata*, in *La Corporate Compliance: una nuova frontiera per il diritto?*, G. ROSSI (a cura di), *Riv. Soc.*, Giuffrè, Milano, 2017, 263 ss.

TONDO M., *Sulla natura del “reato collegiale” quale fattispecie descritta da talune disposizioni penali in materia di società*, in *Riv. pen.*, 1951, 275.

TORRE V., *La responsabilità penale dell’organo di controllo sulla amministrazione e dell’organo di controllo contabile*, in *Giur. comm.*, 2012, 4, 564 ss.

TRAVAGLINI G., *Brevi note in tema di responsabilità concorrente dei sindaci in caso di mancato esercizio dei loro poteri reattivi. Il requisito necessario del nesso causale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 5, 1618 ss.

TREISMAN A., *Selective attention in man*, in *British Medical Bulletin*, 1964, 20, 12 ss.

TRIPODI A. F., *Situazione organizzativa e colpa di organizzazione: alcune riflessioni sulle nuove specificità del diritto penale dell’economia*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, 1-2, 483 ss.

TROINA G., *Revisione interna: riflessioni di primo approccio*, Liguori, Napoli, 1989.

TROINA G., *Le revisioni aziendali*, Francoangeli, Milano, 2013.

TROYER L.-INGRASSIA A., *Vi è una posizione di garanzia in capo ai membri dell’Organismo di Vigilanza? Spunti di riflessione*, in *Riv. dott. comm.*, 2008, 6, 1266 ss.

TROYER L.-INGRASSIA A., *Prime riflessioni sullo statuto penale del revisore legale a seguito del d.lgs. n. 39/2010*, in *Riv. dott. comm.*, 2010, 3, 595 ss.

TROYER L.-ZANCAN M., *Giurisprudenza e attualità in materia di diritto penale dell’impresa articoli l’attuazione in Italia della Quarta Direttiva Antiriciclaggio. Uno sguardo d’insieme e prospettive future. Brevi riflessioni su obblighi (e ruolo) dei professionisti nella normativa di prevenzione del riciclaggio*, in *Riv. dott. comm.*, 2018, 3, 521 ss.

ULISSI R., *Interessi extrasociali e operazioni con parti correlate*, in *Le società commerciali: organizzazione, responsabilità e controlli. Profili applicativi a dieci anni dalla «Riforma Vietti»*, VIETTI M. (a cura di), Utet, Trento, 2014, 281 ss.

VALENSISE P., *Appunti sul dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari*, in *Banca, corsa e tit. cred.*, 2016, 1, 63 ss.

VALENSISE P., *Organi di controllo nelle procedure di allerta*, in *Giur. comm.*, 2019, 4, 583 ss.

VALENTE P., *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, IRRERA M. (diretto da), Zanichelli, Bologna, 2016, 337 ss.

VANONI S., *L’art. 2409 c.c. e il ruolo del collegio sindacale*, in *Società, banche e crisi d’impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, CAMPOBASSO M.-CARIELLO V.-DI CATALDO V.-GUERRERA F.-SCIARRONE ALIBRANDI A. (diretto da), Vol. 2, Utet, Torino, 2014, 1193 ss.

VASSALLI F., *Sindaci (collegio dei)* in *Enc. dir.*, Vol. 42, Milano, 1990, 729.

VASSALLI F., *I controlli sindacali nella s.p.a. «tradizionali»*, *Le società commerciali: organizzazione, responsabilità e controlli*, in *Le società commerciali: organizzazione, responsabilità e controlli. Profili applicativi a dieci anni dalla «Riforma Vietti»*, VIETTI M. (a cura di), Utet, Trento, 2014, 402 e ss.

VASSALLI G., *La responsabilità penale per il «fatto dell’impresa»*, in *Organizzazione dell’impresa e responsabilità penale nella giurisprudenza*, D. IORI (a cura di), Nardini, Firenze, 1981.

VASSALLI G., *Sul concorso di persone nel reato*, in *La riforma della parte generale del codice penale*, STILE A. M. (a cura di), Jovene, Napoli, 2003, 345.

VELLA F., *Il nuovo governo delle banche nelle disposizioni di vigilanza: spunti di riflessione*, COSTI R.-VELLA F. (a cura di), *Banche, governo societario e funzioni di vigilanza*, in *Quaderno di ricerca giuridica della consulenza legale*, Roma, 2008, 28.

VELLA F., *Banche e assicurazioni: le nuove frontiere della corporate governance*, in *Banca, impresa, società*, 2014, 2, 289 ss.

VELLA F.-PRESTIPINO M., *sub art. 52*, in *Testo unico bancario: commentario*, PORZIO M.-BELLI F.-LOSAPPIO G.-RISPOLI FARINA M.-SANTORO V. (a cura di), Giuffrè, Milano, 2010, 462 ss.

VEZEZIANI P., *La responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento: problemi attuali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, 1143.

VENTORUZZO M., *Commento all'art. 2391 bis c.c.*, in *Commentario alla riforma delle società. Amministratori*, MARCHETTI P.-BIANCHI L.A.-GHEZZI F.-NOTARI M. (diretto da), Egea, Milano, 2005, 469 ss.

VERRICO A., *Le insidie al rispetto di legalità e colpevolezza nella causalità e nella colpa: incertezze dogmatiche, deviazioni applicative, possibili confusioni e sovrapposizioni*, in *Cass. Pen.*, 2011, 1, 101.

VICARI A., *Organo amministrativo e funzione di risk management nella società di gestione del risparmio*, in *Giur. comm.*, 2016, 1, 25 ss.

VITARELLI T., *Delega di funzioni e responsabilità penali*, Giuffrè, Milano, 2006.

VITARELLI T., *Profili penali della delega di funzioni. L'organizzazione aziendale nei settori della sicurezza del lavoro, dell'ambiente e degli obblighi tributari*, Giuffrè, Milano, 2008.

WENDELL HOLMES Jr. O., *Desiderio di vendetta e forme primitive di responsabilità*, in *La giustizia vendicatrice*, DI LUCIA P.-MANCINI L. (a cura di), Edizioni ETS, Pisa, 2015, 35 ss.

WILLIAMS J. M. G.-WATTS F. N.-MACLEOD C.-MATHEWS A., *Cognitive psychology and emotional disorders*, 1997, Chichester, England, Wiley.

ZAMPERETTI G. M., *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, Giuffrè, Milano, 2005, 325 ss.

ZAMPERETTI G. M., *Prime significative applicazioni del sistema dualistico*, in *Soc.*, 2006, 10, 1194 ss.

ZANARDO A., *La ripartizione delle competenze in materia di assetti organizzativi in seno al consiglio di amministrazione*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, IRRERA M. (diretto da), Zanichelli, Bologna, 2016, 274 ss.

ZANNOTTI R., *Il nuovo diritto penale dell'economia. Reati societari e reati in materia di mercato finanziario*, Giuffrè, Milano, 2008.

ZANOTTI M., *Nota a Trib. Milano*, 28 novembre 1987, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1989, 2, 622.

ZANOTTI M., *Principio di determinatezza e tassatività*, in *Introduzione al sistema penale*, INSOLERA G.-MAZZACUVA N.-PAVARINI M.-ZANOTTI M. (a cura di), Vol. 1, Giappichelli, Torino, 2012, 224.

ZINGALES D., *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*, in *Cass. pen.*, 2020, 2, 550 ss.

ZINGARELLI N.-CANNELLA M.-LAZZARINI B., *Vocabolario della lingua italiana*, Zanichelli, Milano, 2017.

ZUCCALÀ G., *Il delitto di false comunicazioni sociali*, Cedam, Padova, 1954.