

Considerazioni sul concorso mediante omissione dei sindaci nei fatti di bancarotta fraudolenta.

di *Francesco Camplani*

CASSAZIONE PENALE, SEZ. V, 10 MAGGIO 2016 (UD. 9 FEBBRAIO 2016), N. 19470

PRESIDENTE LAPALORCIA, RELATORE AMATORE

Sommario: **1.** Premessa: le questioni trattate dalla sentenza in esame - **2.** Il concorso omissivo: caratteri essenziali - **3.** Obblighi di vigilanza, di custodia o di mera sorveglianza e il loro rapporto con il concorso - **4.** La delimitazione degli obblighi d'agire ascrivibili ai sindaci - **5.** Il rilievo di una confusione tra cariche ai fini della *Ingerenz* - **6.** Conclusioni sul livello di compartecipazione al reato - **7.** Conclusioni sull'intensità del dolo.

1. Premessa: le questioni trattate dalla sentenza in esame

La sentenza che qui si presenta interviene nel corso di un anno giudiziario che già ha visto venire alla luce importanti sentenze sulla responsabilità penale dei sindaci¹. Essa si distingue, pur costituendo sintetica espressione di giudicato cautelare, per l'elevata densità di questioni che da tempo interessano il dibattito penalistico e che negli ultimi anni, a livello sia nazionale che internazionale, si sono dimostrate di grande attualità.

Infatti, dal momento che oggetto del procedimento sono i fatti di reato contestati a tre sindaci, accusati di aver concorso mediante la propria inattività alle condotte di bancarotta preferenziale poste in essere dagli amministratori della società per la quale prestavano la propria opera, viene in considerazione il tema dell'ampiezza della posizione di garanzia ai fini di un'omissione cd. impropria e della configurabilità di un concorso, appunto, consistente non in un apporto di condotte attivamente collaborative bensì nell'inattività nell'esercizio delle prerogative connesse alla funzione sindacale. Il tema è di grande interesse, specie in considerazione della scarsa letteratura di cui gode la questione del concorso omissivo in Italia².

¹ Cfr. Cass., Sez. III pen., 26 aprile 2016, n. 17121; Cass., Sez. III pen., 4 maggio 2016, n. 18499.

² Questa scarsa attenzione viene denunciata *in primis* da G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, p. 665. Effettivamente, una rapida ricognizione della più autorevole manualistica di parte generale consente immediatamente di notare che il tema venga molto spesso pretermesso; nel caso in cui sia trattato, lo spazio ad esso dedicato risulta spesso quantomai esiguo. Si farà perciò riferimento anche alla dottrina tedesca.

A ciò s'aggiunga che, fra le circostanze che rilevavano ai fini del giudizio, vi è il fondamentale indizio che, nel complesso di un quadro di fatto che configura una bancarotta cd. preferenziale, due dei sindaci imputati erano contemporaneamente in servizio presso la società fallita e presso una delle società beneficiarie della condotta preferenziale stessa. Una siffatta condotta, a detta della Corte, esplicherebbe la propria rilevanza soprattutto quale indizio della possibilità di comprendere la portata delle iniziative dell'amministratore infedele e consentirebbe di deporre quindi per l'integrazione di un elemento psicologico di dolo – la cui configurabilità viene ritenuta astrattamente ventilata, come specificato in un *obiter dictum*, anche nella forma del dolo eventuale.

Un riferimento al diritto penale tedesco - al quale chi scrive ha dedicato una particolare attenzione negli ultimi anni - si rende particolarmente utile al fine di considerare tale situazione, ancor prima che sotto il profilo soggettivo del dolo, sul piano della omissione e della configurabilità della posizione di garanzia: il riferimento è diretto, in particolare, alla rilettura di questo aspetto del fatto dal punto di vista della teoria della *Ingerenz*, particolarmente cara alla dottrina e alla giurisprudenza tedesche e al contempo non ignorata dalla scienza penalistica italiana.

2. Il concorso omissivo: caratteri essenziali

La sentenza in esame, come si ricordava poc'anzi, fa riferimento ad una situazione complessiva caratterizzata dall'inattività dei sindaci a fronte dell'attività scientemente e volutamente dannosa degli amministratori della stessa società, i quali avrebbero operato cospicui trasferimenti patrimoniali in favore di altre due società, cagionando così il dissesto finanziario della prima. Da questa inattività discenderebbe l'accusa di concorso omissivo che renderebbe necessaria l'applicazione di misure cautelari ai suddetti sindaci, cassando quindi la sentenza del Tribunale del Riesame. Tale sentenza si contestualizza perfettamente in una corrente giurisprudenziale che conta su un retroterra piuttosto nutrito³.

L'istituto del concorso mediante omissione si presta particolarmente bene quale punto di partenza di una disamina critica, considerati l'evanescente consistenza naturalistica del fenomeno che dovrebbe venire in esso sussunto – consistente fondamentalmente in una inazione, la quale tuttavia dovrebbe risultare idonea a fondare la compartecipazione del soggetto inattivo all'azione e alla responsabilità d'altri - e la peculiare combinazione di clausole estensive della responsabilità penale che lo genera: è evidente, di conseguenza, la necessità di improntare l'analisi e l'eventuale applicazione ad un elevato livello rigore.

³ Cfr. per tutte Cass., Sez. II pen., 12 febbraio 2009, n. 20515, in *Guida al Diritto*, 2009, pag. 83: «(...) i sindaci possono essere chiamati a rispondere a titolo di concorso nel reato commesso dall'amministratore, perché, in quanto titolari di una funzione di controllo e di vigilanza (artt. 2403 e 2403 bis cod. civ.), devono ritenersi obbligati 'ex lege' ad impedire la commissione del reato, secondo l'espressa previsione dell'art. 40, secondo comma, cod. pen.».

La bancarotta e le figure di reato ad essa connesse, peraltro, sono tutte fattispecie descritte in forma attiva, per giunta con un elevato livello di tipizzazione della condotta (o *rectius* delle condotte). Per quanto ciò non osti alla configurabilità del concorso – che rimane, invece, una fattispecie a forma essenzialmente libera – sicuramente comporta dei problemi alla valutazione giuridica dell’omissione.

Com’è possibile, pertanto, combinare i due istituti “estensivi” senza scadere nella repressione di una mera connivenza, quindi in un’inaccettabile manifestazione di *Willensstrafrecht*? La dottrina maggioritaria di parte generale sembra indicare una chiave di lettura volta ad agire in senso ulteriormente limitativo sui contenuti della posizione di garanzia⁴. Dal momento che il garante si ritroverebbe a non essere imputato, a causa della propria omissione, della responsabilità diretta dell’evento, bensì di un concorso in una fattispecie plurisoggettiva, non sarebbe sufficiente né un obbligo di protezione del bene giuridico (custodia) né di controllo su una “fonte di pericolo” (vigilanza) che potrebbero assumere le forme più varie: si rende bensì necessaria una garanzia che abbia, quale proprio specifico contenuto, l’impedimento del reato altrui, unita ovviamente alla concreta possibilità di intervento e ad un livello di apporto causale che arrivi a configurare la necessità dell’apporto omissivo. Ricorrendo ad una formula, si potrebbe quindi affermare che solo in presenza di un omesso impedimento di reato si potrà configurare un concorso mediante omissione⁵: esclusivamente in questa misura si può correttamente argomentare che l’omissione sia tale da rappresentare un livello di contributo causale all’azione altrui idoneo a configurare concorso.

Il pregio di suddetta tesi è evidente: come avrebbe riconosciuto anche giurisprudenza risalente⁶, si evita in tal modo di allargare i confini della responsabilità penale oltre i limiti dell’accettabile, dal momento che sostenendo una tesi differente – che si accontentasse di rinvenire un presupposto del concorso mediante omissione in una qualsiasi posizione di garanzia - si investirebbe di responsabilità concorsuale un novero di soggetti potenzialmente molto ampio, in considerazione del fatto che la

⁴ Cfr., in dottrina, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2015, pp. 518-522; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2011, p. 440; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2013, pp. 504-505; G. MARINUCCI- E. DOLCINI- G. L. GATTA, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Milano, 2015, pp. 470-471; A. NAPPI, *Guida al codice penale. Parte generale*, Milano, 2008, pp. 660-661; A. CADOPPI – P. VENEZIANI, *Manuale di diritto penale. Parte generale e Parte speciale*, Padova, 2007, p. 431. In giurisprudenza, si segnala per la sua chiarezza Cass., sez. VI pen., 26 novembre 2002, n. 61 (Rv. 222976), “Delle Grottaglie”, che sottolinea peraltro l’importanza dell’influsso causale dell’omissione sul decorso degli eventi: «*Sicché solo quando implichi la violazione di un obbligo di garanzia, vale a dire l’obbligo di impedire il reato commissivo altrui, l’omissione può assumere rilevanza come condotta concorsuale*».

⁵ La terminologia che qui si riprende è quella di L. BISORI, *L’omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pp. 1363-1364, nonché di MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., e di G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, p. 666.

⁶ Cfr. Cass., Sez. III pen., 20 maggio 1963, in *Riv. Pen.* 1963, II, p. 471.

stessa posizione di garanzia non è certo un concetto circoscritto a poche tassative ipotesi⁷.

La stessa applicabilità di una posizione di garanzia ai sindaci è un tema che la giurisprudenza dimostra troppo frequentemente di dare per scontato, quando invece – come si vedrà in seguito – ciò appare fortemente discutibile⁸.

Qualora si ritenesse comunque opportuno estendere le ipotesi di responsabilità concorsuale mediante omissione dei sindaci da confini così rigorosi, prescindendo in parte dal dato degli obblighi ascrivibili *ex lege* o *ex contractu* ai sindaci, autorevole dottrina specifica introduce criteri altrettanto rigorosi intesi a ricomprendere ipotesi i cui l'omissione sia il frutto di una deliberazione dal contenuto doloso particolarmente intenso: dovrebbe infatti sussistere, oltre ad un nesso causale fra l'inazione dei sindaci e l'evento criminoso, la coscienza e la volontà di influire positivamente, mediante la propria omissione, sul decorso causale che porterà alla verificazione dell'evento stesso⁹. Teoria anch'essa di notevole pregio, apprezzabile nel suo intento di estendere senza esagerare i presupposti per la punibilità dei sindaci che rimangono inattivi di fronte alla perpetrazione di reati: ma da applicare entro canoni di grande rigore.

Ben diverso, naturalmente, è il caso dei sindaci che si accordano con altri attori della compagine sociale al fine di omettere i propri controlli. In tal caso, si darà una fattispecie di concorso che finisce per assumere una delle più classiche vesti del concorso attivo¹⁰.

3. Obblighi di vigilanza, di custodia o di mera sorveglianza e il loro rapporto con il concorso

Altra considerazione cui, per ora, si ritiene utile attribuire rilevanza è quella della natura della posizione di garanzia che si potrebbe ipotizzare in capo ai sindaci.

A tal fine, è fondamentale interpretare correttamente l'oggetto del controllo dei sindaci e la sua posizione: esso potrebbe essere identificato negli amministratori e nella loro attività, da un lato; nella società per la quale i sindaci prestano la propria attività, dall'altro. Inoltre, è fondamentale comprendere se ed in quale misura un simile oggetto si qualifichi come bene giuridico meritevole di protezione (*Rechtsgut*) ovvero come fonte di pericolo sottoposta a vigilanza (*Gefahrenherd, Gefahrenquelle*).

⁷ Piuttosto esplicitiva, sul punto, è la lettura di C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Vol. II- *Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München, 2003, pp. 712 ss.: il celebre studioso tedesco rende molto bene l'idea delle problematiche che nella storia si sono incontrate, e che tutt'ora si riscontrano, nel circoscrivere i presupposti della *Garantenstellung*.

⁸ Cfr. per tutti la nota sentenza Cass., Sez. V pen., 24 maggio 2006, n. 36764: la quale, ai fini dell'impedimento di reati societari, assimila la posizione dei sindaci a quella degli amministratori.

⁹ Cfr. A. TRAVERSI-S. GENNAI, *Diritto penale commerciale*, Padova, 2012, pp. 18-20.

¹⁰ Cfr. I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, pp. 380-382; E. M. AMBROSETTI – E. MEZZETTI – M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2012, p. 110.

La dogmatica tedesca, nella sua particolare attenzione al tema della posizione di garanzia, ha costruito intorno a questo specifico profilo un sistema che raggruppa le posizioni di garanzia (elemento facente parte della tipicità del fatto) ed i relativi obblighi (elemento contestualizzato nell'antigiuridicità)¹¹ fra posizioni e obblighi del custode (*Obhutsgarantenstellung, Obhutspflichten*) e posizioni e obblighi del vigilante (*Überwachungsgarantenstellung, Überwachungspflichten*)¹², aggiungendo poi due categorie ulteriori per quelle forme di obblighi di controllo più deboli, caratterizzate da un potenziale impeditivo indiretto, che rilevano solo in quanto esplicitamente previsti: vale a dire, gli obblighi di attivarsi e gli obblighi di sorveglianza (*Aufsichtspflichten*)¹³.

Il sostrato di tale distinzione affonda le proprie radici nella teoria "formale" di matrice ottocentesca, la quale attribuiva un peso fondamentale alla fonte formale dalla quale si potessero considerare promananti gli obblighi di garanzia¹⁴; ma ha ottenuto la sistemazione che segue ancor oggi – almeno, nelle sue linee fondamentali - grazie soprattutto alla teoria "sostanzialistico-funzionale" (*Funktionenlehre*) cui principale sostenitore è Armin Kaufmann¹⁵. La posizione e gli obblighi di custodia individuano quale oggetto di controllo un bene giuridico sottoposto alla protezione del custode, da questi dipendente in quanto non idoneo a difendersi da sé (*Hilflosigkeit des Rechtsgutes*); quelli di vigilanza, invece, individuano quale oggetto affidato al controllo del garante una fonte di pericolo i pericoli promananti dalla quale a danno di terzi (*zu schaden Dritter*) dovranno quindi essere prevenuti ed impediti dal vigilante¹⁶.

Suddetta categorizzazione, originariamente intesa in senso più rigido e dirimente, è stata conservata negli ultimi tempi per la sua efficacia interpretativa, venendo

¹¹ Cfr. C. FAHL- K. WINKLER, *Definitionen und Schemata Strafrecht*, München, 2013, p.15.

¹² Cfr. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Vol. II, cit., pp. 712 ss.; U. MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, München, 2013, pp. 431 ss.; R. RENGIER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, München, 2015, p. 481 ss.

¹³ Nella dottrina italiana, cfr. I. LEONCINI, voce *Reato omissivo*, in *Il Diritto. Enciclopedia Giuridica*, Vol. 13, Milano, 2007, pp. 41-42. Riguardo al diritto tedesco, l'argomento che qui si presenta è ricavabile soprattutto dalla previsione del § 130 del *Ordnungswidrigkeitengesetz*, norma tratta dall'ambito del diritto penale-amministrativo tedesco: sebbene autorevole dottrina (ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Vol. II, cit., pp. 758-759) faccia leva su tale norma per individuare un ulteriore caso di *Überwachungsgarantenstellung* nell'ambito delle strutture d'impresa, letteratura più moderna e specificamente incentrata sul diritto penale dell'economia (H. BRETTEL- H. SCHNEIDER, *Wirtschaftsstrafrecht*, Baden- Baden, 2014, p. 106) confina i poteri connessi a siffatti obblighi in una posizione molto più debole e generalmente irrilevante ai fini del reato omissivo improprio.

¹⁴ Cfr. P. J. A. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland peinlichen Rechts*, Gießen, 1812, p. 26 (§ 24); C. C. STÜLBEL, *Über die Teilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen*, Dresden, 1828, p. 61.

¹⁵ Cfr. ARM. KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959, in particolare pp. 282-283.

¹⁶ Cfr. MURMANN, *Grundkurs*, cit., pp. 434-435 e 439; RENGIER, *Strafrecht*, cit., pp. 482-483; T. FISCHER, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, München, 2016, p. 97.

tuttavia attenuata nel suo rigore classificatorio: nell'alveo disegnato anche dalla "teoria del dominio sulle cause dell'evento" (*Herrschaft über den Grund des Erfolges*) ideata da Bernd Schünemann e avallata da Claus Roxin, infatti, sono sorte interpretazioni che rendono particolarmente agevole comprendere quanto sia possibile dare una lettura eclettica del fenomeno, osservando quanto sia frequente nella realtà la possibilità di cumulare le due posizioni in capo al garante e le due qualità in capo all'oggetto dell'attività di controllo¹⁷. Nel caso di specie, d'altronde, è possibile almeno ipotizzare che la posizione dei sindaci si presti a cumulare le due posizioni: qualora ai loro poteri si riconosca un contenuto particolarmente intenso, infatti, essi potrebbero essere considerati sia custodi del bene giuridico rappresentato dalla società sottoposta alla loro opera, sia vigilanti nei confronti della fonte di pericolo rappresentate dagli organi di vertice della società stessa.

La "terza via" seguita per lo più dalla dottrina italiana fra teoria formale e teoria sostanzialistico-funzionale impone tuttavia di prestare grande attenzione anche alla fonte formale da cui discenderebbero gli obblighi di garanzia: si fa nuovamente riferimento al criterio dell'individuazione di una fonte formale, essenziale ai fini di garantire il rispetto del principio della stretta legalità, che sia in grado di delimitare un contenuto specifico degli obblighi di garanzia, nel rispetto del principio di determinatezza; al contempo, si richiede come necessaria la corrispondenza di tali obblighi ad una effettiva funzione di garanzia del bene da tutelare¹⁸.

Sempre la dottrina tedesca si è occupata di studiare a fondo la correlazione i due tipi di posizione di garanzia con le differenti forme che può assumere il concorso, con le corrispondenti ripercussioni sull'intensità del dolo. Per quanto sia evidente che ciò è favorito da una codificazione che conferisce una veste tipica a differenti forme di concorso – quali sono la co-autoria (*Mittäterschaft*) in posizione di sostanziale parità con l'autoria, da un lato; la determinazione (*Anstiftung*) e l'assistenza (*Beihilfe*) quali posizioni di compartecipazione secondaria, dall'altro¹⁹ - una sintetica analisi delle teorie sviluppatesi sul tema può fornire utili indicazioni per una lettura del caso in esame (e non solo).

Bisogna innanzitutto dar conto della teoria obiettivo- formale della "lesione dell'obbligo giuridico" (*Pflichtdeliktslehre*), sviluppata da Claus Roxin, la quale pone in un rapporto molto diretto la lesione degli obblighi conseguenti alla posizione

¹⁷ Cfr. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Vol. II, cit., pp. 713 e 717-719. Un esempio particolarmente amato dalla manualistica tedesca (fra gli altri, K. KÜHL, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, München, 2012, § 18 par. 69) per provare la profonda e concreta razionalità di queste teorie "eclettiche" è quello dell'attività della *babysitter*: essa, nell'esercitare le proprie funzioni di protezione del bambino affidatole dai pericoli che potrebbero nuocergli (in altre parole, esercitando funzioni di custodia), sarà nei fatti responsabile anche della protezione della generalità dai danni che potrebbero promanare dal bambino stesso (esercitando, dunque, anche funzioni di sorveglianza).

¹⁸ Cfr. A. S. VALENZANO, *Modelli organizzativi ed organismo di vigilanza nel sistema della responsabilità dell'ente per fatti di reato*, Roma, 2007, pp. 102 ss.

¹⁹ Per la scelta dei termini con cui tradurre si è fatto riferimento a MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 506-507.

di garanzia e la qualità di (co)autore²⁰. Tale lettura viene solitamente superata, da dottrina e giurisprudenza, sulla base della normativa dello *StGB*, che in più passi dimostra inequivocabilmente di prendere in considerazione l'ipotesi del concorso mediante omissione²¹.

La giurisprudenza del *Bundesgerichtshof*, dal canto suo, ha seguito nel corso della sua storia almeno due differenti indirizzi²². Il primo dei due, che gode di maggiori seguito e tradizione, è basato sulla teoria "soggettiva" per la distinzione fra (co)autore e compartecipante secondario. Essa muove da presupposti logici pressoché diametralmente contrapposti a quelli della lesione dell'obbligo giuridico: autore o coautore sarebbe colui che vuole il fatto come proprio, mentre il compartecipante secondario agisce con la sola intenzione di concorrere (*Teilnehmerwille* o *animus socii*). In relazione al concorso mediante omissione, dal momento che il soggetto inattivo lederebbe una posizione di garanzia che si configura come "personalissima" (*hochtspersönliche*), sarebbe impossibile configurare altra forma di partecipazione se non la co-autoria: in tal senso, si può notare come le due teorie pur opposte si incontrino sul terreno degli effetti. Il secondo, minoritario, è basato sulla "considerazione globale" (*Gesamtbetrachtung*) che tenta di sintetizzare le due opposte teorie poc'anzi esposte: da un lato rilevano elementi obiettivi come il grado di dominio sul fatto (*Tatherrschaft*), il proprio interesse alla verifica del fatto e il proprio concreto contributo (nel caso che qui interessa, omissivo) all'azione; dall'altro, elementi soggettivi come la conoscenza delle circostanze di fatto e, nuovamente, la configurazione dell'elemento volitivo rispetto alla verifica dell'evento (in altri termini, la presenza di un *animus auctoris* o di un *animus socii*). Questo secondo orientamento sembra porsi a discapito del principio di determinatezza nella particolare prospettiva della distinzione fra (co)autore e compartecipante secondario, al punto di rendere difficilmente prevedibile quale sarà il grado di partecipazione che potrebbe venir riconosciuto al partecipante omissivo.

Considerata la scarsa idoneità delle teorie testé prospettate a risolvere il problema, la dogmatica si è orientata verso la ricerca di soluzioni che pongano al centro il grado di dominio sul fatto (cd. *Tatherrschaftsgedanken*): l'idea è quella di un garante che "avrebbe potuto prendere in mano la situazione" (cd. *in-den-Händen-halten*) ma ha

²⁰ Cfr. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Vol. II, cit., pp. 671-675.

²¹ Cfr. M. KRÜGER, *Beteiligung durch Unterlassen an fremden Straftaten. Überlegung aus Anlass des Urteils zum Compliance Officer*, in *ZIS*, 2011, pp. 2-3. L'argomentazione fa leva del tenore letterale dei §§ 8 e 9 *StGB*: tali norme, pur focalizzate sugli elementi del tempo e del luogo della condotta, prospetterebbero esplicitamente la possibilità che l'omittente possa anche partecipare al reato in qualità di concorrente. Un'argomentazione analoga si potrebbe costruire, nell'ordinamento italiano, a partire dal tenore letterale della norma dell'art 116 c. p.: il concorrente risponde del reato diverso da quello che avrebbe voluto se l'evento è "conseguenza della sua azione od omissione".

²² Per un'analisi sistematica e al contempo sintetica di tali indirizzi si è fatto riferimento a KRÜGER, *Beteiligung durch Unterlassen*, cit., pp. 3-4. Altro riferimento fondamentale è rappresentato da T. WEIGEND, § 13-*Begehen durch Unterlassen*, in AA. VV., *Leipziger Kommentar StGB*, Berlin, 2007 (12° ed.), parr. 92-93.

preferito non farlo, il che degrada il dominio sul fatto ad un fattore meramente potenziale e che non consente affatto di distinguere fra partecipazione a titolo di (co)autore e di compartecipante secondario²³.

Il concetto di *Tatherrschaft* ha ricevuto un'autorevole sistemazione concettuale e contenutistica sempre da parte di Roxin.: il quale ritiene che il dominio sul fatto qualifichi il partecipante come (co)autore quando padroneggi il decorso causale che porta alla verifica dell'evento, mentre il compartecipante secondario esercita il suo influsso senza poter essere determinante²⁴. Dottrina più recente critica questa distinzione ritenendo che una siffatta teoria non possa portare a risultati particolarmente produttivi, dal momento che Roxin stesso la considera un criterio guida che si conforma diversamente a seconda del caso²⁵; la distinzione, pertanto, dovrebbe assumere rilievo in tale maniera: il livello di influenza che la condotta può esercitare sul decorso causale degli eventi qualifica il dominio sul fatto; quindi, in tal misura, la posizione del partecipante²⁶. Anche ai fini di questa visione la distinzione fra differenti posizioni di garanzia - quindi fra custodia e vigilanza - assume ad un valore argomentativo molto forte ai fini del discorso sulla partecipazione al reato.

Anche sul punto si sono misurate differenti teorie. Da un lato, la "teoria formale del garante" (*formelle Garantentheorie*) opta per identificare il garante di custodia, che deve difendere un bene giuridico in suo dominio dagli attacchi che può ricevere dall'esterno, come (co)autore omissivo, in virtù del ruolo decisivo che la sua condotta omissiva può avere nel consentire la lesione al bene; il garante di vigilanza, che esercita il suo dominio su una fonte di pericolo in suo dominio, si configurerebbe quale concorrente secondario rispetto al terzo che attivamente 'sprigiona il potenziale' della fonte medesima. Questa teoria è stata criticata perché sembra postulare gradi di partecipazione differenti a fronte di obblighi analoghi, nonché per la rigidità dovuta al suo formalismo tendenzialmente aprioristico nell'applicare il riconoscimento della posizione di garanzia²⁷.

Quale sintesi delle posizioni confrontate, la teoria "eclettica" sulla posizione di garanzia sembrerebbe avvicinarsi ad un modello più sostanzialistico per la distinzione fra gradi di partecipazione al reato promosso da dottrina più recente: la quale, nella misura in cui viene negata una definizione *a priori* di una posizione di garanzia (le quali sussisterebbero entrambe contemporaneamente, e dal caso si

²³ Cfr. KRÜGER, *Beteiligung durch Unterlassen*, cit., p. 4; WEIGEND, § 13, cit., par. 94.

²⁴ Cfr. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Vol. II, cit., pp. 9-10; ID. approfondisce il tema nella sua celebre monografia *Täterschaft und Tatherrschaft*, Berlin- New York, costantemente aggiornato nelle sue nove edizioni dal 1963 al 2015.

²⁵ Cfr. KRÜGER, *Beteiligung durch Unterlassen*, cit., p. 4.

²⁶ Cfr. KRÜGER, *Beteiligung durch Unterlassen*, cit., pp. 4-5.

²⁷ Tale opinione viene criticamente riportata da KRÜGER, *Beteiligung durch Unterlassen*, cit., p. 6, nonché da B. SCHÜNEMANN, *sub § 25 StGB*, in AA. VV., *Leipziger Kommentar*, cit., par. 211; autorevoli posizioni dottrinali che si schierano in tal senso sono state espresse da R. D. HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlin- New York, 1972, pp. 257 ss., in particolare 261- 262.

comprenderebbe il rilievo dell'una o dell'altra), nega un legame *a priori* fra posizioni di garanzia e grado di partecipazione al reato; la distinzione si basa su obblighi di garanzia che risultino, in relazione alla specifica situazione da garantire, connessi (*situationsbezogene Garantenpflicht*) o indipendenti (*unabhängige -*), anch'esse intercambiabili e da distinguersi a posteriori. La prima delle due situazioni postulerebbe un grado di dominio sul fatto più debole, e quindi una partecipazione in qualità di concorrente; la seconda un dominio più forte e la qualità di (co)-autore²⁸. Anche quest'ultima teoria presenta delle criticità connesse alla sua eccessiva indeterminazione a priori, che affida al giudice una discrezionalità decisionale che confina con l'arbitrio. Per quanto sia esperienza comune il fatto che le posizioni di garanzia, effettivamente, possono presentare un certo grado di intercambiabilità nella situazione concreta, è d'altronde vero che è in via di norma possibile individuare quale delle due prevalga: il che è decisivo ai fini dell'individuazione del grado di partecipazione al reato²⁹.

Matthias Krüger, in un suo scritto recente, parte esattamente da suddetta critica per sintetizzare le due teorie, rovesciando per certi versi i risultati della teoria formale del garante: la posizione di garanzia di vigilanza, infatti, dal momento che pone degli obblighi in virtù dei quali il garante, per avere un completo dominio sul fatto, deve limitarsi a controllare un'entità sottoposta alla sua sfera di azione, sarebbe da collegarsi ad una partecipazione in qualità di autore; quella di custodia, che impone la protezione del bene oggetto di protezione da aggressioni promananti dalle fonti più disparate, le quali non sono in alcun modo controllabili dal garante, ha un dominio sul fatto molto inferiore, ed in tal misura non può essere più che un concorrente secondario. Tale teoria presenta il vantaggio di essere idonea sia a rispettare esigenze di concretezza che le definizioni che la dottrina dà sia delle posizioni di garanzia che delle forme di partecipazione al reato³⁰.

Il "sugo" che si può trarre da questa sintetica disamina, pur se concepita in relazione ad un ordinamento che struttura il concorso in modo molto diverso dal nostro, consente tuttavia di raggiungere una conclusione molto utile per la presente analisi: il concorso mediante omissione richiede che si presti particolare attenzione al livello di dominio sul fatto che si possa riconoscere in capo al garante, il quale tuttavia opta per un'inazione volta a consentire la perpetrazione di un reato; la posizione di garanzia in concreto rivestita e quindi l'atteggiarsi dell'oggetto del controllo del garante possono essere molto indicativi di tale livello di dominio sul fatto, ovvero – invertendo i termini – il livello di dominio sul fatto potrebbe risultare decisivo al fine di dedurre una posizione di garanzia. Nel caso del concorso mediante omissione, dato che l'obbligo si dovrebbe spingere fino all'impedimento dell'altrui reato – e non semplicemente al generico impedimento di un evento – si renderà necessario riscontrare un livello di *Tatherrschaft* piuttosto elevato.

²⁸ Cfr. K. HOFFMAN- HOLLAND, *Die Beteiligung des Garanten am Rechtsgutsangriff: Zur Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe durch Unterlassen*, in *ZStW*, 2006, pp. 620- 638.

²⁹ Cfr. KRÜGER, *Beteiligung durch Unterlassen*, cit., p. 7.

³⁰ Cfr. KRÜGER, *Beteiligung durch Unterlassen*, cit., pp. 7-8.

4. La delimitazione degli obblighi d'agire ascrivibili ai sindaci

Premesse queste considerazioni, lo specifico profilo soggettivo dei soggetti imputati nel procedimento che ha dato luogo alla sentenza in esame rende utile, ai fini della presente indagine, un'attenta analisi degli obblighi che il nostro ordinamento pone in capo ai membri del collegio sindacale.

L'analisi dei poteri e degli obblighi degli organismi societari è un tema sul quale, specie a seguito dell'introduzione della previsione della responsabilità "para-penale" degli enti, si è concentrata una copiosa produzione dottrinale. In particolare, discussioni caratterizzate da un livello di problematicità pressoché drammatico si sono concentrate sugli organi di controllo³¹, in particolare su quelli di nuovo conio quale l'organismo di vigilanza (sul quale chi scrive ha concentrato molto della sua pur ancora breve attività di ricerca): in relazione a siffatti organi, infatti, vi è una minore evidenza di poteri di intervento tali da rappresentare una possibilità di incidere sul decorso causale che possa arrivare a configurare una posizione di garanzia rispetto a quanto non avvenga per l'organo di vertice.

La posizione del collegio sindacale, in quest'ambito, assume comunque un ruolo del tutto particolare. Per quanto tale organo rientri a pieno titolo nell'impianto di controllo societario, esso gode di un *parterre* di stratificazione legislativa, storica e dogmatica³² che sicuramente non riguarda altri organi progressivamente sorti dalla prassi economico-imprenditoriale, in particolare di origine statunitense – quali l'*internal audit* e il già rimembrato organismo di vigilanza.

Anche la posizione occupata nell'organigramma del cd. sistema di controllo interno si caratterizza per la peculiarità di rappresentare un organo che vi contribuisce dall'esterno: le competenze di controllo esercitate dal collegio sindacale, infatti, oltre a comprendere una serie di atti dalla rilevanza più strettamente interna, si esplicano anche su una serie di atti e di documenti dalla rilevanza eminentemente esterna³³. In generale, il profilo dei sindaci stessi – considerati *uti singuli* – è quello di soggetti indipendenti, rigorosamente esterni alla società (art. 2397 c. c.) che pur tuttavia vengono immessi in un rapporto di dipendenza con la società per cui lavorano - sia pure in forma di prestazione d'opera intellettuale – al fine di espletare attività di controllo dell'amministrazione ed ispezione e di vigilanza sulla conformità alla legge e all'atto costitutivo (art. 2403 c.c.³⁴) che vengono distinte, da autorevole dottrina, in

³¹ Fra le più complete trattazioni in merito, cfr. F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penali*, Milano, 2009.

³² In argomento, cfr. A. SCIUMÈ, voce *Sindaci (collegio dei) - Storia*, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XLII, Milano, 1990, pp. 706-729.

³³ Cfr. P. BASTIA, *Sistemi di pianificazione e controllo*, Bologna, 2008, p. 260; per una compiuta analisi della tematica del sistema di controllo interno dal punto di vista del suo valore ai fini del diritto penale, cfr. S. CORBELLA- L. POZZA, «Modello 231» e «Sistema di controllo interno»: aree di sovrapposizione e profili di differenziazione, in AA. VV. (a cura di F. Centonze e M. Mantovani), *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, Bologna, 2016, pp. 51-85.

³⁴ Su tale norma, come si è potuto osservare anche grazie alla lettura di Cass., Sez. II pen., 12 febbraio 2009, n. 20515, cit., fa spesso leva la giurisprudenza al fine di desumere la posizione di garanzia *ex lege* dei sindaci.

tre “fasi”: a) una fase “ispettiva o ricognitiva”, nella quale rientrano tutte le competenze e gli obblighi previsti in capo agli altri organi sociali volti all’assunzione di informazioni nel contesto della compagine sociale; b) una fase “valutativa”, nella quale i sindaci analizzano i dati raccolti e, conseguentemente, esprimono un giudizio; c) una fase “comminatoria”, o si potrebbe dir anche “esecutiva”, nella quale i sindaci deliberano in merito alla reazione rispetto a quanto sia stato notato³⁵ ed eventualmente sporgono denuncia presso il tribunale (art. 2409, ult. co., c. c.). Lo standard di diligenza richiesto è, riprendendo l’espressione della vecchia formulazione, quello del mandatario e si prevede una forma di responsabilità solidale con gli amministratori “per i fatti o le omissioni di questi, quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità” agli obblighi previsti a loro carico (art. 2407 c. c.).

È in relazione alla terza fase dell’attività di controllo che la dottrina tradizionale nota le maggiori carenze della disciplina legislativa: vi è tuttavia chi ne deduce una volontà del legislatore che si esprimerebbe in senso limitativo dei poteri del collegio sindacale, che si ridurrebbe quindi all’informazione dei soci ovvero – se esplicitamente previsto – di organismi di controllo, affinché siano essi ad assumere i provvedimenti ritenuti necessari³⁶.

Dal momento che anche analisi approfondite mettono in luce la complessiva debolezza dei poteri di controllo dei sindaci ai fini dell’impedimento delle condotte altrui – il che consente, con l’esperimento di un procedimento logico di prognosi postuma, di escludere che il loro intervento avrebbe potuto esplicare effetti realmente impeditivi - si può tendenzialmente escludere, in via generale, che ad essi sia riconducibile una qualsiasi posizione di garanzia³⁷: non quella di vigilanza sugli amministratori, dal momento che i sindaci potrebbero tutt’al più imprimere un impulso al fine di attivare gli organi competenti per l’*impeachment* dei componenti dell’organo di vertice, ai quali spetterà dunque la decisione finale; né tantomeno quella di custodia sul bene giuridico-società, per ragioni sostanzialmente analoghe.

³⁵ Cfr. F. VASSALLI, voce *Sindaci (collegio dei) – diritto commerciale*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol XLII, Milano, 1990, p. 735.

³⁶ VASSALLI, *op. cit.*, p. 736 (in particolare la nota 57).

³⁷ Cfr. VASSALLI, *op. cit.*, p. 743, N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Padova, 2003, pp. 141-299 e 445. Una simile conclusione viene raggiunta anche da F. FOGLIA MANZILLO, *Collegi societari e responsabilità penale*, Torino, 2012, pp. 190-210, il quale opera una sintetica analisi dei poteri dei sindaci e dei membri di altri organi di controllo per arrivare a dimostrare la problematicità del riconoscimento di una posizione di garanzia in capo agli amministratori privi di poteri esecutivi, specie a seguito di trasferimento di funzioni. Contro tale opinione si pongono invece G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983, pp. 357-359, il quale tuttavia nota che «si richiede un mero “controllo dall’esterno, un intervento cioè meno penetrante ed assiduo di quello richiesto agli amministratori che sono “i protagonisti dell’impresa sociale”» e limita la posizione di garanzia dei sindaci alle “particolari mansioni” poste in risalto dall’art. 2403 c. c.; S. CANESTRARI – L. CORNACCHIA – G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, che invece arrivano addirittura a ritenere configurabile una «specifica posizione di garanzia (...) in capo ad amministratori e sindaci».

A maggior ragione si può escludere un obbligo dal contenuto più pregnante richiesto dall'imputazione di concorso mediante omissione, com'è quello di impedimento del reato altrui³⁸.

D'altronde, i concetti di "controllo" e di "vigilanza" che solitamente si applicano ai sindaci non assumono quella specifica valenza semantica che attribuisce loro l'ordinamento penale. Si tratta piuttosto di concetti strettamente afferenti all'ambito civilistico, tesi peraltro a favorire, in prima istanza, forme di intervento endosocietario³⁹; in tal misura, essi sono piuttosto riconducibili al concetto penalistico di "sorveglianza" (*Aufsicht*).

Del pari limitata ai fini del diritto civile appare essere la responsabilità solidale prevista dall'art. 2407, co. 2 c. c.: tale ambito di diritto, diversamente da quello del diritto penale, può infatti ascrivere forme di responsabilità che prescindano da una causalità diretta come quella richiesta ai fini della responsabilità penale. Nel caso di un giudizio penale di responsabilità, al contrario, appare del tutto fuori luogo prescindere da un apporto causale che possa risultare direttamente connesso alla perpetrazione del reato, tanto più nel caso di concorso mediante omissione: per cui, in assenza di obblighi e poteri tipici che risultino concretamente idonei ad impedire l'altrui reato, la trasformazione di una responsabilità "solidale" in responsabilità "concorsuale" diventa espressione pratica di un'applicazione di responsabilità oggettiva⁴⁰.

Né appare corretto inferire la sussistenza di una siffatta posizione dall'esistenza di fattispecie di parte speciale volte a sanzionare specificamente l'inazione dei sindaci – appunto, un'omissione di sorveglianza - come pure è stato autorevolmente argomentato⁴¹: le forme di responsabilità omissiva propria sottengono ragioni da considerarsi strettamente connesse ai reati che le prevedono, ancor più quando prevedono forme di responsabilità omissiva in relazione a fattispecie che non risulterebbero rilevanti in via generale *ex art. 40 cpv. c. p.*⁴². Vale, insomma, l'antica lezione *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*.

Quanto fin qui esposto non può che condurre ad esprimersi in termini critici sull'assunto della corte in base al quale, «in termini generali e ricostruttivi», sarebbe configurabile il concorso dei sindaci nel reato dell'amministratore «anche a titolo di omesso controllo sull'operato di quest'ultimo o di omessa attivazione dei poteri loro

³⁸ Cfr. I. CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, Padova, 2005, pp. 618-619.

³⁹ Cfr. C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, Padova, pp. 173-174; G. D. MOSCO, *Rafforzamento dei controlli interni ed indebolimenti sistematici degli organi di sorveglianza*, in *AGE*, 2006, p. 37 ss.

⁴⁰ Cfr. AMBROSETTI – MEZZETTI – RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., p. 108.

⁴¹ Cfr. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Vol. II, cit., pp. 758-759, il quale fa leva sulla previsione della già citata fattispecie di illecito penale-amministrativo di cui al § 130 *OWiG* (*Aufsichtspflichtverletzung*), nonché ad altre norme di legislazione speciale, per inferire una posizione di garanzia.

⁴² Cfr. PISANI, *Controlli sindacali*, cit., p. 450.

riconosciuti dalla legge» - argomento che peraltro viene suffragato *per relationem*, limitandosi ad un rinvio a decisioni recenti della stessa sezione della Suprema Corte. La presente indagine, tuttavia, non può certo limitarsi ad una simile presa d'atto. Non appare infatti irragionevole quanto asserito dai giudici di legittimità nell'immediato prosieguo: «sussiste la responsabilità, a titolo di concorso nel reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale, del componente del collegio sindacale qualora sussistano puntuali elementi sintomatici» di un'omissione di controllo tale da rappresentare – come sembrerebbe desumibile dal caso di specie – una compartecipazione dal carattere intensamente doloso⁴³.

Lo stesso art. 223 l. fall., del resto, al comma 2 n. 2 mira a tipizzare una fattispecie di concorso che, descrivendo una condotta dal contenuto molto più libero, potrebbe prestarsi a ricomprendere anche fattispecie come quella in esame. Chiaramente, ciò comporta un radicale ripensamento dell'impianto logico-argomentativo con cui giungere a formulare la sentenza di condanna, con tutte le conseguenze che possono conseguire in merito alla prognosi della pena applicabile e al decorso sia del giudicato cautelare, sia del procedimento principale.

5. Il rilievo di una confusione tra cariche ai fini della *Ingerenz*

Un elemento di innegabile gravità, nella condotta dei sindaci imputati nel procedimento *de quo*, è rappresentato dal loro cumulo di cariche in più società che si ponevano in una situazione di conflitto di interessi – com'è evidente dal fatto che la seconda società nella quale operavano avrebbe beneficiato delle condotte distrattive degli amministratori. Una simile circostanza non consente di chiudere l'indagine basandosi su quanto enunciato poc'anzi, suggerendo piuttosto di rinvenire un'altra strada – logicamente più corretta – per concludere comunque nel senso di una responsabilità per concorso mediante omissione. Chiaramente, un simile lavoro di ridefinizione renderà necessario riformulare anche parte dell'impianto logico e delle conclusioni che si pongono “a valle”.

Nell'intento di non prescindere del tutto da una connessione con la posizione di sindaco, ma ad ogni modo uscendo dal novero tipico dei poteri e delle funzioni previsti *ex lege* o *ex contractu*⁴⁴, un suggerimento utile proviene, ancora una volta, dalle fonti dottrinarie tedesche, le quali con grande rigore si sono dedicate all'analisi e alla classificazione delle fonti della posizione di garanzia.

Di grande interesse, in particolare, è la cd. *Ingerenz*, articolazione della cd. posizione di garanzia di vigilanza (*Überwachungsgarantenstellung*): secondo la definizione ‘formulare’, essa è caratterizzata da un’“attività precedente” (*vorgegangenes Tun o Vorverhalten*) il cui risultato sia consistito nella “creazione di una nuova fonte di

⁴³ Cfr. TRAVERSI- GENNAI, *Diritto penale commerciale*, cit., pp. 18-20.

⁴⁴ In merito all'importanza della scelta di prescindere dalla modalità di partecipazione ai fini della tipicità concorsuale, cfr. AMBROSETTI – MEZZETTI – RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., pp. 108-109.

pericolo” (*Schaffung einer neuen Gefahrenquelle*)⁴⁵. L’inclusione della precedente attività pericolosa ed illegittima fra le fonti che possono dar luogo a posizione di garanzia trova accoglimento anche in autorevole dottrina italiana⁴⁶ e in una ricca corrente giurisprudenziale⁴⁷.

Avendo riguardo al caso di specie, la scelta dei sindaci di accettare un incarico in una società rivelatasi in conflitto di interessi con quella fallita – al punto di essere oggetto della condotta preferenziale – rappresentava fin dall’inizio una situazione potenzialmente dannosa per quest’ultima. Lo stesso ordinamento ne ha preso atto in più tempi: in tempi più risalenti, in modo più ‘neutrale’, con l’art. 2400 c. c.; in tempi più recenti, esprimendo un giudizio più spiccatamente negativo, con l’art. 148-bis del d. lgs. 58/1998 (TUIF). Inoltre, il decorso del fatto non lascia adito a particolari dubbi sul legame che congiungerebbe il cumulo di incarichi alle condotte attive degli amministratori, dal momento che la presenza di sindaci complici appare essere stata un apporto causale di grande importanza perché le operazioni non venissero denunciate.

La sommaria definizione cui si è fatto riferimento necessita, ovviamente, di alcuni elementi ulteriori al fine di poter essere opportunamente delimitata: non ogni situazione di pericolo causalmente riconducibile ad un soggetto può, ovviamente, fondare una posizione di garanzia.

Sul piano dell’elemento oggettivo, ad opinione della dottrina tedesca prevalente, si rende necessario che l’agire pericoloso fosse anche obiettivamente contrario agli obblighi (*pflichtwidrig*) ascrivibili al soggetto imputato e posti a tutela del bene giuridico messo in pericolo⁴⁸. Nel caso di specie, l’assunzione di incarichi sindacali presso differenti società non sarebbe di per sé illecito; lo diventa senz’altro nel

⁴⁵ Cfr. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Vol. II, cit., p. 759; RENGIER, *Strafrecht*, cit., p. 498.

⁴⁶ Cfr., nella manualistica, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, p. 370; nella letteratura specifica, G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, p. 204; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, p. 104.

Contro una siffatta posizione si pongono invece GRASSO, *Il reato omissivo*, cit., p. 277-290: il quale, a seguito di un’approfondita disamina della dogmatica tedesca da Stülbel agli anni ’80 del Novecento, fa leva sulla previsione dell’art. 133 co. 3 e sull’esistenza di una serie di previsioni di reato omissivo proprio (qui è, a parere di chi scrive, il fallo) per dimostrare *ex absurdo* il potenziale effetto distorsivo e confusionario dell’applicazione dello *Ingerenzgedanke* nel nostro ordinamento; LEONCINI, voce *Reato omissivo*, cit., la quale ritiene la precedente attività pericolosa ed illegittima del tutto inidonea a costituire obblighi di agire, dal momento che la situazione della creazione di una fonte di pericolo rientrerebbe piuttosto nell’ambito di applicazione oggettiva del tentativo; ne conseguirebbe che, *ex art. 56 co. 3*, la scelta di prevenire i pericoli promananti da tale fonte rappresenterebbe un’ipotesi di recesso, istituto che nel nostro ordinamento varrebbe come onere e non come obbligo.

⁴⁷ Cfr. Cass., Sez. IV pen., 20 aprile 1983, in *Cass. pen.*, 1985, pp. 628-629; Id., 5 novembre 1983, n. 9176, “Bruno”; Id., 1 ottobre 1993, n. 11356, “Cocco”; Id., 21 maggio 1998, n. 8217, “Fornari”; Id., 12 ottobre 2000, n. 12781, “Avallone”; Id., 16 dicembre 2003, n. 7214.

⁴⁸ Cfr. J. WESSELS- W. BEULKE- H. SATZGER, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, Heidelberg, 2014, p. 318; RENGIER, *Strafrecht*, cit., pp. 498-499.

momento in cui le società stesse per le quali si riveste tale ruolo siano in aperto ed evidente conflitto d'interessi tra di loro.

Nota inoltre autorevole dottrina italiana quanto in realtà l'esercizio di precedente attività pericolosa ed illegittima operi come causa attiva per la verifica dell'evento⁴⁹: una simile notazione sottolinea la necessità di valutare attentamente le circostanze del caso al fine di verificare se si tratti davvero di *Ingerenz* o di attività preparatoria del reato. Nel caso di specie, la condotta attiva di accettazione dei plurimi incarichi sindacali non si pone in un rapporto di immediata correlazione con l'illecito contestato: il nesso causale, infatti, affiora piuttosto dalla condotta inattiva mantenuta successivamente, mentre gli amministratori mantenevano le condotte attive.

Sul piano dell'elemento soggettivo, il panorama del diritto vivente tedesco pone l'osservatore di fronte a due teorie opposte: una prima, sostenuta soprattutto dalla giurisprudenza, che ritiene che la situazione di pericolo causata con dolo escluda la *Ingerenz*, in quanto non sarebbe nient'altro che un metodo per perseguire la commissione in senso attivo; conclusione avversata da autorevole dottrina, la quale anzi nota – condivisibilmente - quanto una simile posizione finirebbe per escludere forme di concorso mediante omissione, in relazione alle quali il dolo è anzi necessario⁵⁰. Proprio l'elemento del dolo, peraltro, è particolarmente valorizzato dalla norma dell'art. 223, co. 2, n. 2 l. fall: la quale, da un lato, apre ad un insieme potenzialmente molto vasto di condotte atipiche (a differenza del n. 1), restringendone però la rilevanza a quelle connotate da un grado di dolo particolarmente accentuato⁵¹.

Il dolo, nel caso di specie, si è manifestato in una maniera che non lascia adito a particolari dubbi. La compresenza degli imputati negli organi di controllo di entrambe le società rende infatti piuttosto difficile ipotizzare che essi ignorassero la predisposizione dei trasferimenti patrimoniali dalla società in seguito fallita a quella beneficiaria dei medesimi o che potessero dirsi in buona fede all'oscuro dell'illegalità degli stessi, o che fossero in qualsiasi modo in errore su tali circostanze.

La teoria della *Ingerenz* presenterebbe un ricco spettro di sviluppi ulteriori che, in questa sede, non risulta particolarmente utile trattare: tanto è sufficiente ai fini della possibilità di raggiungere, almeno sul punto della omissione, una conclusione che vada in tal senso. Ciò modifica, e non di poco, il carattere dell'omissione che connota l'apporto dei sindaci al reato degli amministratori: la quale viene ad essere, pertanto, una lesione di obblighi di vigilanza, non di custodia, il che non manca di espletare conseguenze di una certa importanza sul livello di compartecipazione al fatto di reato altrui e sulla particolare forma di configurabilità del dolo.

⁴⁹ Cfr. PAGLIARO, *Principi*, cit., p. 370.

⁵⁰ Cfr. WESSELS- BEULKE- SATZGER, *op. cit.*, p. 318.

⁵¹ Cfr. A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, Torino, 2014, p. 154.

6. Conclusioni sul livello di compartecipazione al reato

La conclusione per una posizione di garanzia del vigilante derivante da una precedente attività pericolosa ed illegittima può comporsi adeguatamente anche con il livello di dominio sul fatto che il caso in esame sembra prospettare. Se infatti la sola posizione di sindaco, in sé e per sé considerata, non dota chi la riveste del corredo dei poteri necessari affinché si possa ascrivere una qualsiasi posizione di garanzia - quindi a maggior ragione quella richiesta per ravvisare un concorso mediante omissione - il 'raddoppio' della stessa in diverse società, una delle quali beneficiaria dei trasferimenti illeciti, rendeva possibile ai sindaci imputati azionare i propri poteri di denuncia presso entrambe contemporaneamente; si sarebbe data anche la possibilità di optare per un ricorso all'autorità giudiziaria *ex art. 2409 c. c.* particolarmente incisivo, che sarebbe scaturito nella redazione di una denuncia particolarmente ben circostanziata nell'indicare tutte le coordinate dei trasferimenti illegali, nonché gli evidenti propositi in essi riposti.

Il livello di dominio sul fatto in concreto dimostrato, pertanto, nel caso di specie effettivamente giustifica il riconoscimento di una posizione di garanzia così pregnante da postulare l'obbligo di impedimento dell'altrui reato; di conseguenza, non erra la Corte nel ravvisare un caso di concorso mediante omissione, cassando così una ordinanza di Riesame probabilmente troppo bonaria.

Rimane tuttavia pienamente oggetto di critica la scelta di contestualizzare una simile decisione in un orientamento giurisprudenziale che applica troppo a cuor leggero una posizione di garanzia ai sindaci, ritenendola sussistente addirittura "in via di norma": essa appare frutto di una logicamente poco raffinata equipollenza fra i concetti civilistici e penalistici di "vigilanza" e "controllo", nonché di una sovrapposizione fra quelli di "solidarietà" e "concorso". Il livello di analisi richiesto per un fatto dalla consistenza storico-naturalistica così evanescente dovrebbe essere molto più approfondito e orientato alla ricognizione delle peculiarità che si danno nel singolo caso, senza nutrirsi di eccessivi automatismi che rischiano di sfociare in presunzioni.

7. Conclusioni sull'intensità del dolo

Una breve considerazione merita di essere svolta anche riguardo alle brevi affermazioni della Corte sull'elemento soggettivo. La responsabilità del sindaco a titolo di concorso nel reato di fatti di bancarotta fraudolenta patrimoniale, si afferma nella sentenza, si può considerare sussistente qualora l'omissione del potere di controllo "esorbiti dalla dimensione meramente colposa per assurgere al rango di elemento dimostrativo di dolosa partecipazione, sia pure nella forma del dolo eventuale".

La concreta natura del reato nel quale i sindaci concorrono rende necessaria un'attenta critica di una simile affermazione. Volendo aderire all'autorevole opinione in base alla quale "il dolo di concorso è coscienza e volontà del fatto tipico plurisoggettivo del concorso: cioè di concorrere con altri alla realizzazione del reato

di parte speciale”⁵², non sembra che in relazione al concorso in un fatto di bancarotta fraudolenta si possa considerare sufficiente il dolo eventuale.

La bancarotta fraudolenta – come desumibile già dal *nomen*; ancor più avendo riguardo al fatto che le condotte descritte dalla fattispecie dell’art. 216 l. fall. (cui l’art. 223 rinvia) descrivono fatti talmente distanti dalla ordinaria gestione dell’impresa che non possono che essere concepiti in danno della stessa, quindi in danno dei soci e dei creditori – richiede infatti un livello di dolo particolarmente qualificato, “arricchito”: che quindi esclude il dolo eventuale, in relazione al quale è prevista la più mite fattispecie di bancarotta semplice⁵³.

A maggior ragione dev’essere informata da un dolo particolarmente intenso e specifico la scelta di astenersi dall’intraprendere iniziative al fine di concorrere nel fatto degli amministratori: di fronte a sindaci che agiscono in tal modo, infatti, è difficile ipotizzare che essi si siano limitati a ‘prospettarsi’ e ad ‘accettare’ le conseguenze della loro omissione; volendo comunque ragionare per assurdo, un simile atteggiamento ‘possibilista e favorevole’ sarebbe agevolmente derubricabile da concorso a mera connivenza. Né avrebbe rilevanza un dolo generico focalizzato sulla stessa omissione dei poteri di controllo: si rende strettamente necessario il fine ulteriore di agevolare, con la propria inazione, la commissione del reato altrui.

Anche il tema del dolo, pertanto, sia in relazione a questioni di parte speciale come i reati di bancarotta, sia ad istituti di parte generale come il concorso, ancor più il concorso mediante omissione, richiede una riflessione particolarmente attenta, per evitare di allargare i confini della punibilità fino a ricomprendere soggetti che nella commissione del fatto ripongono un impegno, nel complesso, piuttosto marginale e financo passivo.

⁵² MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 525.

⁵³ Cfr. FIORELLA – MASUCCI, *Gestione dell’impresa e reati fallimentari*, cit., pp. 85 ss.