

ORIENTAMENTI

La posizione di garanzia del collegio sindacale nell'evoluzione giurisprudenziale

Micaela Raimondo

1. Le questioni in gioco

La tradizione giurisprudenziale, oramai consolidata, che reagisce all'inettitudine dei controlli sindacali (predisposti dall'ordinamento allo scopo di garantire la legalità dell'azione sociale, ma nei fatti incapaci di arginare il fenomeno dei *white collar crimes*), afferma la responsabilità penale dei sindaci per concorso omissivo nei reati commessi dagli amministratori, sulla base di una lettura combinata degli articoli 110 e 40, co. 2, c.p. e sul presupposto che i primi siano titolari di un'autentica posizione di garanzia, ossia di un obbligo giuridico di impedimento penalmente rilevante, il cui fondamento viene rintracciato nel generale dovere di vigilare sulla legalità dell'azione sociale ex art. 2403 c.c. e nel principio solidaristico che governa la responsabilità civile degli stessi ex art. 2407, co. 2, c.c.

In assenza di un *numerus clausus* di obblighi giuridici di impedimento –dal momento che l'art. 40, co. 2, c.p. si pone come una clausola di rinvio in bianco che va letta in combinato disposto con quelle norme extrapenali che un simile obbligo sanciscono– spetta all'interprete il delicato compito di individuare quei doveri extrapenali di attivarsi che siano suscettibili di tradursi in obblighi di impedimento penalmente rilevanti, in quanto accompagnati dalla contestuale attribuzione di poteri reattivi, ovvero di poteri che presentino caratteristiche tali che il loro esercizio possa configurarsi come causa necessaria alla salvezza del bene penalmente protetto: solo in questa ipotesi potrà affermarsi che «il bene giuridico è proprio nelle mani dell'obbligato ⁽¹⁾» e equipararsi la condotta omissiva a quella attiva.

In un caso emblematico, la Suprema Corte ⁽²⁾ ha sollecitato l'attenzione sulla questione della sussistenza degli elementi idonei a fondare la responsabilità dei sindaci da compartecipazione omissiva nei reati degli amministratori preoccupandosi, da un lato, di tracciare gli esatti confini dell'obbligo giuridico di impedimento gravante su di essi e, dall'altro lato, di accertare che l'evento di reato sia stato da questi ultimi previsto e voluto come conseguenza del loro comportamento omissivo (ex art. 43 c.p.).

2. I limiti del controllo sindacale e i confini della posizione di garanzia esigibile dal sindaco *uti singulus*

⁽¹⁾ Citazione testuale da FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1985, 201.

⁽²⁾ Cass., Sez. II, 12 febbraio 2009, Frattini, in *Guida dir.*, 2009, 25, 83.

La clausola di rinvio in bianco *ex art. 40, co. 2, c.p.* impone all'interprete di effettuare «un'operazione di cesello» ⁽³⁾, ossia di ricostruire esattamente il contenuto dei doveri e dei poteri che il legislatore civilistico attribuisce al collegio sindacale allo scopo di individuare i limiti della posizione di garanzia esigibile dai sindaci *uti singuli* per non incorrere in una «dilatazione incontrollata della responsabilità» ⁽⁴⁾ dei controllori, ossia in un'indebita moltiplicazione delle posizioni di garanzia degli stessi, palesemente in contrasto con il principio di personalità della responsabilità penale *ex art. 27* della Costituzione: rischio – quest'ultimo – in cui è incorsa la giurisprudenza a cavallo tra gli anni ottanta e gli anni novanta allorquando «l'esistenza in capo ai sindaci di un obbligo penalisticamente rilevante rappresentò un postulato assunto in via del tutto acritica» ⁽⁵⁾, senza indagare affatto sugli effettivi poteri di intervento che la legge attribuisce a tali soggetti allo scopo di scongiurare la lesione di un determinato bene e così limitandosi a constatare la violazione dei doveri civilistici di vigilanza, parificati *tout court* agli obblighi di garanzia ⁽⁶⁾.

Contrariamente a quanto potrebbe affermarsi sulla base degli sconfinati doveri di vigilanza previsti dall'art. 2403 c.c. – considerato che «il controllo si estende a tutta l'attività sociale al fine di assicurare che la stessa venga svolta nel rispetto della legge e dell'atto costitutivo» ⁽⁷⁾ e non è, quindi, limitato all'attività dell'organo gestorio – non si è ritenuto però che la posizione di garanzia dei sindaci sussista rispetto ai reati commessi da qualunque soggetto nell'ambito dell'attività sociale: è opinione condivisa che l'obbligo giuridico di impedimento penalmente rilevante sussista solo in relazione ai reati commessi dagli amministratori, in considerazione del fatto che la responsabilità civile dei sindaci è limitata alle conseguenze pregiudizievoli derivanti da fatti ed omissioni degli amministratori, «quando il danno non si sarebbe prodotto se

⁽³⁾ Così espressamente CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2007, 123.

⁽⁴⁾ ALESSANDRI, *Corporate Governance nelle società quotate: riflessi penalistici e nuovi reati societari*, in *Giur. comm.*, 2002, vol. II, 540.

⁽⁵⁾ PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, Milano, 2003, 4.

⁽⁶⁾ A tal proposito si veda Cass., Sez. V, 28 febbraio 1991, Cultrera, in *Cass. pen.*, 1991, 1849. Nel caso di specie i sindaci venivano condannati per omesso impedimento del reato di «fraudolenta valutazione esagerata dei conferimenti in occasione dell'aumento di capitale» (*ex art. 2629*, oggi abrogato) commesso dagli amministratori senza tenere in considerazione che il dovere di controllo della relazione di stima redatta dall'esperto giurato nel caso di conferimenti in natura o di crediti – previsto dal vecchio testo dell'art. 2343 c.c. – andava esercitato dai sindaci a seguito della delibera assembleare che approvava l'aumento di capitale e quindi in un momento successivo a quello in cui eventualmente si consumava l'evento di reato.

⁽⁷⁾ CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. Diritto delle società*, vol. II, Torino, 2006, 399.

essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica (ex art. 2407 c.c.)». I giudici di legittimità ritengono che l'obbligo di attivarsi in capo ai sindaci in funzione di impedimento sussista non solo in relazione ai reati propri degli amministratori, ma anche in relazione agli illeciti comuni e ciò non soltanto in considerazione degli ampi doveri di vigilanza ex art. 2403 c.c., ma anche in ragione del fatto che i reati comuni sono in grado di ledere interessi rispetto ai quali i sindaci sono considerati garanti ⁽⁸⁾. Sulla base dell'art. 2407 c.c. si ritiene infatti che i sindaci siano garanti non solo rispetto all'interesse della società e dei creditori sociali a che il patrimonio sociale non sia depauperato, ma anche rispetto ad interessi patrimoniali propri dei singoli soci e dei terzi: lo testimonierebbe il fatto che il comma terzo dello stesso articolo –a seguito della riforma del diritto societario del 2003– nel dettare la disciplina dell'azione di responsabilità contro i sindaci rinvia anche all'art. 2395 c.c., il quale prevede il diritto del socio o del terzo, danneggiati da atti dolosi o colposi degli amministratori, ad esperire l'azione indipendentemente dal fatto che vi sia stata o meno lesione del patrimonio sociale.

Nel condannare il Presidente di un collegio sindacale per concorso nel delitto di peculato commesso dai vertici aziendali, la giurisprudenza pone attenzione ad ogni aspetto dell'attività sociale, imponendo ai sindaci di intervenire ogniqualvolta nell'espletamento dell'attività gestionale gli amministratori violino la legge in generale ed in particolare la legge penale ⁽⁹⁾. Le pronunce della Corte di cassazione in tale materia, si fondano sul presupposto che i sindaci sono chiamati per legge a vigilare sul rispetto dei principi di corretta amministrazione, ossia sono tenuti a valutare criteri e modalità seguiti dagli amministratori nel prendere le decisioni gestionali, alla luce dei parametri offerti dalla scienza aziendale, allo scopo di evitare che le loro scelte “assumano i profili di operazioni di mero rischio” ⁽¹⁰⁾ –ovvero siano palesemente irragionevoli– senza entrare nel merito delle stesse sindacando, cioè, sulla loro opportunità e

⁽⁸⁾ Si veda, a titolo esemplificativo, Cass., Sez. Fer., 31 agosto 1993, Minelli, in *Cass. pen.*, 1994, 716, in cui la Cassazione afferma che è potenzialmente ammissibile il concorso omissivo dei sindaci nel reato di costruzione abusiva commesso dagli amministratori di una società, in considerazione del fatto che sui primi grava un obbligo di attivarsi al fine di impedire un pregiudizio per il patrimonio sociale ex art. 2407 c.c. e che il delitto in questione potrebbe arrecare offesa proprio al bene protetto dalla normativa civilistica.

⁽⁹⁾ Cass., Sez. II, 12 febbraio 2009, Frattini, cit., si tratta di una posizione diffusa già nella giurisprudenza più risalente nel tempo, come testimoniano pronunce quali Cass., Sez. V, 26 giugno 1990, Bordoni, in *Cass. pen.*, 1991, vol. I, 828; Id., Sez. V, 28 febbraio 1991, Cultrera e altri, in *Mass. Uff.*, n. 186890; Id., Sez. V, 22 aprile 1998, Bagnasco e altri, *ivi*, n. 211368.

⁽¹⁰⁾ Citazione testuale da NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale*, Bologna, 2009, 332.

convenienza. Orbene, sulla questione concernente il contenuto dei doveri gravanti sui sindaci, la Corte di cassazione ⁽¹¹⁾ evidenzia che «l'obbligo di vigilanza non è limitato al mero controllo contabile, ma deve anche estendersi al contenuto della gestione, ricomprendendo anche il c.d. "controllo di legalità" e cioè la rispondenza dei dati acquisiti ai parametri previsti dalla legge; controllo che, pur non potendo spingersi sul terreno dell'opportunità e della rischiosità dell'attività di gestione –di stretta competenza degli amministratori– non può certo limitarsi ad un controllo meramente estrinseco e formale dell'attività degli amministratori» e non può di conseguenza trascurare i doveri che fanno capo agli amministratori medesimi.

Il momento valutativo del controllo sindacale –logicamente successivo a quello ricognitivo, di raccolta delle informazioni necessarie al fine dell'espletamento della funzione di vigilanza– «non si esaurisce pertanto in una mera verifica formale, quasi a ridursi ad un riscontro contabile nell'ambito della documentazione messa a disposizione degli amministratori, ma comprende il riscontro tra la realtà e la sua rappresentazione» ⁽¹²⁾. A sostegno della suddetta tesi, si ricorda che il collegio sindacale è investito dalla legge di appositi poteri-doveri –i quali devono essere adempiuti «con la diligenza e la professionalità richiesta dalla natura dell'incarico (ex art. 2407 c.c.)» – tra i quali rileva, *in primis*, il potere dei sindaci di chiedere agli amministratori notizie sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari (ex art. 2403 *bis* c.c.). Non meno rilevante, in relazione alla tipologia di controllo che i sindaci sono chiamati a svolgere sull'attività dell'organo gestorio, è la previsione che impone al collegio di tenere conto nella propria relazione all'assemblea (ex art. 2429 c.c.) delle eventuali denunce che siano state ad esso presentate da soci che ritengano sussistere fatti censurabili: a tal proposito, si evidenzia che sussiste un vero e proprio obbligo di indagare senza indugio sui fatti denunciati e di presentare le proprie conclusioni ed eventuali proposte all'assemblea (ex art. 2408 c.c.) laddove la denuncia provenga da un numero di soci che rappresenti un quorum significativo.

Ancora, il collegio sindacale –al quale va comunicato il bilancio– è chiamato a riferire all'assemblea sui risultati dell'esercizio sociale e fa proposte ed osser-

⁽¹¹⁾ Cass., Sez. II, 12 febbraio 2009, Frattini, cit.

⁽¹²⁾ Sulla necessità di procedere al riscontro tra rappresentazione e realtà nell'esercizio della funzione di vigilanza si vedano anche Cass., Sez. V, 22 aprile 1998, Bagnasco e altri, cit.; Id., Sez. V, 13 dicembre 2006, Martone, in *Mass. Uff.*, n. 236630; Id., Sez. V, 4 novembre 2009, La Rosa e altri, *ivz*, n. 246911; Id., Sez. V, 5 febbraio 2010, Tacconi e altri, *ivz*, n. 246956; Id., Sez. V, 1 luglio 2011, Checchi, *ivz*, n. 250555.

vazioni in ordine al bilancio e alla sua approvazione (*ex art. 2429 c.c.*).

Si tratta, come è evidente, di un controllo dalla portata ampia che «deve essere tanto più analitico, quanto più gravi ed evidenti sono i segnali di “sospetto”, ovvero quanto più inusuali e atipiche siano le condotte dell’amministrazione controllata». Ovviamente, non basta accertare la violazione dei doveri civilistici di controllo così delineati per fondare la responsabilità penale dei membri del collegio sindacale. Per evitare che questi ultimi siano chiamati a rispondere per un fatto altrui è infatti necessario verificare *ex post* la concreta efficacia impeditiva che avrebbe avuto l’esercizio dei poteri giuridici di impedimento messi a disposizione dei sindaci dalla legge.

In diverse occasioni, la Corte di cassazione non ha mancato di evidenziare la necessità che il nesso eziologico tra violazione dei doveri di vigilanza e consumazione del reato sia provato in maniera rigorosa, verificando che il mancato attivarsi da parte del sindaco «abbia avuto effettiva incidenza di contributo causale nella commissione del reato da parte degli amministratori» ⁽¹³⁾. Solo procedendo in questo modo si possono arginare le critiche di chi ritiene che la posizione di garanzia dei sindaci non rappresenterebbe altro che un *escamotage* adottato dalla giurisprudenza per aggirare la prova del contributo concorsuale e incriminare condotte di partecipazione colpevole da parte dei sindaci ⁽¹⁴⁾. Occorre pertanto evitare il ricorso a criteri di flessibilizzazione di cui aveva fatto abuso la giurisprudenza più risalente per provare gli elementi idonei a fondare la responsabilità penale: si ricordi infatti che sovente il nesso tra omesso controllo ed evento di reato è stato dai giudici considerato in *re ipsa*, come presunto, senza verificare affatto se il sindaco avrebbe potuto atti-

⁽¹³⁾ CAMMAROTO, *Responsabilità penale dei sindaci supplenti*, nota a Cass., Sez. V, 10 novembre 2005, Barrasso, in *Cass. pen.*, 2007, 735 ss. Più di recente la Corte di cassazione –pronunciandosi sul ricorso proposto avverso un’ordinanza del Tribunale di Prato che, in funzione di giudice di appello de libertate, disponeva l’applicazione di una misura cautelare nei confronti di alcuni membri di un collegio sindacale nell’ambito di un procedimento penale riguardante l’ipotesi di bancarotta e altri reati societari– non ha mancato di evidenziare che “l’ipotesi del coinvolgimento dei sindaci non può poggiare, acriticamente, sulla loro posizione di garanzia e discendere, *tout court*, dal mancato esercizio dei doveri di controllo, ma postula l’esistenza di elementi sintomatici, dotati del necessario spessore indiziario, della partecipazione, in qualsiasi modo dei sindaci, all’attività degli amministratori”; in altri termini, occorre sempre provare che l’omesso controllo sia stato *condicio sine qua non* dell’evento di reato commesso dai vertici aziendali così Cass., Sez. V, 5 febbraio 2010, Tacconi e altri, cit.

⁽¹⁴⁾ Di questa opinione Pisani, il quale ritiene che il collegio sindacale sia gravato di una mera obbligazione di mezzi e non di risultato, non accompagnata dalla contestuale attribuzione di poteri normativi idonei, già in astratto, ad impedire la realizzazione dell’illecito e –pertanto– assolutamente priva di rilievo penale. Ciononostante, non si esclude la possibilità che il mancato esercizio dei poteri previsti dalla legge possa tradursi in un contributo positivo da parte dei sindaci alla realizzazione dell’altrui reato: si evidenzia la necessità di provare rigorosamente il nesso di causalità. Così si legge in PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, cit., pagg. 444-450 e 464-466.

vare nel caso di specie poteri idonei ad impedire l'evento. In tal modo si intendevano superare le difficoltà di una prova rigorosa del nesso eziologico il cui accertamento è reso complesso dal fatto che i sindaci non sono dotati di poteri reattivi in grado di sanare direttamente le eventuali irregolarità riscontrate nell'espletamento del controllo. Al collegio sindacale sono semmai attribuiti poteri reattivi mediati, idonei ad innescare dei meccanismi sottoposti al controllo di altri organi, sociali o extrasocietari, e finalizzati a ricondurre l'azione sociale nell'alveo della legalità (quali il potere di impugnazione delle delibere del CDA e di quelle dell'assemblea non prese in conformità della legge o dello statuto, il potere di attivare il procedimento giudiziario ex art. 2409 c.c. o, ancora, la facoltà di convocazione dell'assemblea, laddove si ravvisino fatti censurabili di rilevante gravità e vi sia l'urgenza di provvedere ex art. 2406 c.c.). La prova del nesso di causalità desta inoltre difficoltà maggiori se si volge lo sguardo alla tipologia dei poteri di reazione messi a disposizione del sindaco *uti singulus*, si tratta in tal caso di facoltà cui viene riconosciuta una qualche "attitudine impeditiva" ⁽¹⁵⁾ -la quale dovrà essere sempre verificata in concreto *ex post*- quali il potere-dovere di partecipare attivamente alle riunioni dell'organo gestorio richiamando i manager al rispetto della legge e sollevando dubbi e perplessità in ordine alla legittimità di certe operazioni, o ancora la facoltà di presentare all'assemblea una relazione di minoranza al fine di segnalare la presenza di operazioni sospette e di prendere le distanze dall'operato dell'organo gestorio e dalla linea di condotta dello stesso collegio sindacale ⁽¹⁶⁾.

3. La prova del dolo: rilevanza penalistica dei c.d. "segnali d'allarme"

Nel tempo la giurisprudenza ha saputo discostarsi dal ricorso a ragionamenti presuntivi rispetto alla prova non soltanto del nesso causale, ma anche

⁽¹⁵⁾ V. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., 281. Va tuttavia evidenziato che una maggiore incisività sotto il profilo comminatorio-sanzionatorio viene riconosciuta ai poteri attribuiti ai sindaci nell'ambito delle società quotate. In tal caso infatti, i sindaci non devono necessariamente attendere una deliberazione dell'organo collegiale che avvii un'operazione di contrasto, potendo essi stessi procedere individualmente alla convocazione dell'organo gestorio e -almeno in due- alla convocazione dell'assemblea.

⁽¹⁶⁾ Quanto al potere-dovere di intervento attivo alle riunioni del CDA e del comitato esecutivo, la dottrina ritiene che esso sia implicitamente riconosciuto dalla norma che impone ai sindaci doveri di presenza (art. 2405 c.c.). A tal proposito, si osserva che "non avrebbe senso prescrivere che i sindaci assistano muti alle riunioni per esprimere a posteriori l'eventuale proprio dissenso", FORTUNATO, *Poteri e doveri del collegio sindacale nelle società quotate*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, 52.

dell'elemento soggettivo di reato, attuando i principi costituzionali che governano la responsabilità penale -legalità, determinatezza e personalità della responsabilità- anche nell'ambito del concorso omissivo dei sindaci nei reati degli amministratori. A lungo il dolo è stato dai giudici presunto a partire dal mancato ottemperamento dei doveri di riunione e di presenza (ex artt. 2404 e 2405 c.c.) e a quelli di controllo (ex art. 2403 c.c.). La stessa Corte di cassazione ha considerato infatti l'omesso attivarsi in funzione conoscitiva come volontà di porsi in una situazione di non percezione di eventuali segnali di pericolo e dunque di consapevole accettazione del rischio del verificarsi di condotte illecite ⁽¹⁷⁾. Ma -come è stato acutamente osservato- "il non avere appreso ciò che si sarebbe potuto conoscere, se il dovere di vigilanza fosse stato adempiuto, fonda un addebito di colpa" ⁽¹⁸⁾ e non ne può derivare un'affermazione di responsabilità penale, laddove quello specifico reato non sia previsto nella forma colposa. Ciò che si rimprovera alla giurisprudenza, in sintesi, è di avere fornito una lettura del dolo eventuale (nel quale il momento rappresentativo è più accentuato rispetto a quello volitivo) che altera la struttura del reato doloso e che porta a presentare la colpa sotto "le mentite spoglie del dolo" ⁽¹⁹⁾. In tal modo, si è accolta una lettura del dolo eventuale come consapevole accettazione del rischio del verificarsi di un determinato evento, confondendo però il dolo eventuale con la colpa cosciente: in entrambi i casi "il soggetto non si rappresenta come certo l'evento accessorio" legato alla propria condotta, ma "lo ritiene soltanto possibile" e accetta il rischio del suo realizzarsi ⁽²⁰⁾. Al contrario, il punto di discriminare tra dolo eventuale e colpa cosciente dovrebbe essere ravvisato nel fatto che nel primo caso alla consapevole accettazione del rischio si accompagna "un atteggiamento di disprezzo verso quel bene particolare e concreto che viene offeso dall'evento in questione" ⁽²¹⁾; nel secondo caso -invece- chi agisce, seppure si rappresenta come possibile il verificarsi di un certo evento, confida nel fatto che il risultato lesivo non si realizzerà.

All'inizio, la giurisprudenza non solo non ha aderito alla suddetta imposta-

⁽¹⁷⁾ Così, si esprime la Corte di cassazione nella sentenza sul caso Ambrosiano, ove tutti i sindaci e gli amministratori senza delega dell'Istituto di credito bancario venivano condannati per concorso omissivo nel reato di bancarotta fraudolenta commesso dagli amministratori delegati Cass., Sez. V, 22 aprile 1998, Bagnasco e altri, cit.

⁽¹⁸⁾ PULITANO, *Amministratori non operativi e omesso impedimento di delitti commessi da altri amministratori*, in *Le Società*, 2008, 904.

⁽¹⁹⁾ Così espressamente PEDRAZZI, *Tramonto del dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1266.

⁽²⁰⁾ Quanto ai tratti di differenziazione tra dolo eventuale e colpa cosciente, si veda per tutti PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 279.

⁽²¹⁾ Così PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., 283.

zione, ma ha altresì desunto la prova della consapevole rappresentazione di un evento di reato dalla dimostrazione della presenza di qualsiasi possibile spia di allarme, ossia di qualunque elemento idoneo a segnalare il pericolo di condotte illecite. Per la conformità al principio costituzionale di colpevolezza, la dottrina ritiene però che «i segnali di allarme assumono valore indiziante solo in quanto effettivamente e adeguatamente percepiti, e intesi nella loro attitudine evocativa... in quanto si profilano in termini abbastanza univoci da indirizzare la reazione impeditiva ⁽²²⁾». In base a tale impostazione, i sindaci devono pertanto avere la piena percezione della presenza di spie di allarme idonee a segnalare in maniera lineare e chiara che è in corso d'opera un'aggressione a beni penalmente protetti, rispetto ai quali i controllori sono garanti e hanno l'obbligo di intervenire in funzione impeditiva; solo in questo caso potrà infatti parlarsi di consapevole accettazione del rischio del verificarsi dell'evento.

Di recente, la giurisprudenza ha accolto i suggerimenti dottrinali e ha virato rotta evidenziando come non sia sufficiente la dimostrazione della consapevole condotta di omissione per dedurre la necessaria rappresentazione dell'evento pregiudizievole che si ha l'obbligo giuridico di impedire, ma che occorra altresì la prova che colui che per legge è tenuto ad uno specifico "*devoir d'alerte*" abbia avuto piena percezione di segnali d'allarme, «intesi come momenti rivelatori, avuto riguardo al bagaglio di esperienza e cognizione professionale proprio del preposto alla posizione di garanzia, del pericolo dell'evento» ⁽²³⁾. Il concorso omissivo, secondo l'orientamento giurisprudenziale, da parte di chi si trova in posizione di garanzia «non richiede alcun previo accordo con l'autore materiale del reato essendo sufficiente la consapevolezza che con il proprio silenzio si agevolerà la consumazione del reato» ⁽²⁴⁾.

4. Il ruolo creativo della giurisprudenza come risposta al deficit dei controlli sindacali.

In conclusione -senza volere nascondere le difficoltà che i giudici incontrano nel costruire un sistema di responsabilità rispettoso dei principi costituzionali in assenza di obblighi di garanzia tipizzati dal legislatore- condivisibili appaio-

⁽²²⁾ PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, cit., 1277.

⁽²³⁾ Così in Cass., Sez. V, 3 ottobre 2007, Mazzotta e altri, in *Mass. Uff.*, n. 238498.

⁽²⁴⁾ Cass., Sez. II, 12 febbraio 2009, Frattini, cit.

no le più recenti soluzioni giurisprudenziali. Esse, nella ricostruzione dei confini della posizione di garanzia esigibile dai sindaci, rifiutano infatti presunzioni e massime di esperienza e richiedono il massimo rigore logico per la prova degli elementi –oggettivo e soggettivo– idonei a fondare la responsabilità penale; così ottenendo il duplice effetto di conformarsi all’art. 27 Cost. e di indurre e stimolare i sindaci ad un adempimento puntuale e sollecito dei propri doveri civilistici di vigilanza dietro la minaccia di una sanzione penale. È evidente che si assiste ad un rafforzamento dell’efficacia di prevenzione generale legata all’uso dello strumento penale, laddove alla responsabilità penale dei sindaci per reati propri (espressamente contemplati dal legislatore) viene a sommarsi la responsabilità (ricavata in via interpretativa) degli stessi per omesso impedimento dei reati degli amministratori. In definitiva, per tale via la giurisprudenza ha dato un importante contributo alla costruzione di un adeguato livello di protezione dei molteplici interessi coinvolti nella gestione sociale (si pensi all’interesse della società, dei singoli soci, dei creditori sociali e dei risparmiatori) contro possibili condotte opportunistiche dei manager, dal momento che solo un controllo sindacale effettivo e puntuale può ridurre i rischi connessi a quei rapporti di *agency* (nati dalla scissione tra proprietà azionaria e gestione sociale e dalla negoziazione di titoli finanziari sul mercato) che si manifestano all’interno delle società di capitali e che si presentano ogniqualvolta il benessere di un soggetto (mandante) dipenda dagli atti posti in essere da un altro soggetto (mandatario) che si teme possa tradire il rapporto fiduciario privilegiando i suoi personali interessi.

Non a caso, i controlli sindacali sono stati concepiti dal legislatore come “pratiche di riduzione del rischio” ⁽²⁵⁾ a favore del mandante, individuato ora nel socio, ora nel risparmiatore. Ciononostante, essi si sono dimostrati incapaci di assicurare questi ultimi sulla verificabilità della condotta dei manager, per una molteplicità di ragioni, tra le quali spicca sia la situazione di asimmetria informativa e di dipendenza conoscitiva in cui si trova l’organo di controllo, sia l’eccessiva ampiezza della funzione di vigilanza, sia il meccanismo di nomina e di reclutamento dei sindaci da cui discende la paradossale circostanza che i controllori e i controllati appaiono entrambi portatori di interessi riconducibili alla figura del socio di maggioranza. I sindaci sono infatti nominati dall’assemblea, la quale in genere risulta controllata da uno stretto gruppo di soci che detengono il pacchetto azionario maggioritario e che gestiscono direttamente la società, o provvedono alla nomina degli amministratori.

⁽²⁵⁾ In termini POWER, *La società dei controlli. Rituali di verifica (trad. it.)*, Torino, 2002, 9.

In definitiva, può dirsi che nell'affermazione della responsabilità dei sindaci per omesso impedimento dei reati dei gestori la giurisprudenza ha individuato un utile strumento per assicurare l'effettività del controllo sindacale. Non-dimeno, la *ratio* sottesa all'intervento giurisprudenziale rischia di essere vanificata, se non contestualmente accompagnata da interventi legislativi finalizzati ad assicurare il corretto funzionamento dei controlli endosocietari e ad eliminare le ragioni che ne hanno determinato il fallimento.