

## SOCIETÀ *IN HOUSE* E REVISIONE LEGALE: RIFLESSIONI SULLA POSIZIONE DI GARANZIA DEL REVISORE DEI CONTI

di Angelo Mangione  
(*Professore associato di diritto penale,*  
*LUMSA*)

Sommario: 1. Premessa. - 2. L'informativa contabile e l'ambivalente natura della revisione legale. - 2.1. La «buona qualità» della revisione e i paradossi della fiducia. - 2.2. La revisione legale fra «disciplina privatistica» e «interessi pubblici». - 3. Dalle società pubbliche a quelle *in house providing*. - 4. La natura giuridica delle società *in house* e la disciplina applicabile. - 5. Società *in house* e interesse pubblico: una questione 'dolente' in punto di qualifiche soggettive. - 6. Poteri e doveri del collegio sindacale e del revisore dei conti della società *in house*. - 7. La pretesa posizione di garanzia dei revisori dei conti. - 8. Le ragioni che escludono la posizione di garanzia del revisore dei conti. - 8.1. La necessità di distinguere fra «obblighi generici» e «obblighi specifici». - 8.2. Rapporto organico e persona giuridica: le ricadute sul piano della individuazione dei garanti e del contenuto dei rispettivi poteri. - 9. Anamorfofi della posizione di garanzia: il potere di 'allerta' e 'segnalazione' del fatto illecito altrui. - 10. *Mauvaises pensées* e incubatori giurisprudenziali: l'art. 239 del d.lgs. 10 agosto 2000, n. 267, e l'«obbligo di denuncia all'autorità giudiziaria». - 11. Una esemplare sentenza del Tribunale di Palermo a presidio della legalità penale. -11.1. Una riflessione conclusiva: la «cura delle norme» e i doveri dell'ermeneutica giuridica.

1. La centralità assunta dall'informazione e dalla trasparenza societaria nell'ambito dei mercati finanziari e della moderna economia capitalistica ha quale naturale risvolto la progressiva attenzione verso i sistemi e le funzioni di controllo. È noto come sullo sfondo della veridicità dell'informazione societaria e contabile si collochino molteplici interessi: non solo di rango individuale ma anche, se non soprattutto, di dimensione e pregnanza istituzionale, quali l'integrità del mercato e la efficiente allocazione e circolazione della ricchezza. Senza voler qui entrare nella dibattuta questione relativa alla qualificazione della trasparenza societaria quale bene giuridico meritevole di per sé di tutela penale<sup>1</sup>, l'esperienza empirico-criminologica desumibile dagli ultimi scandali finanziari e dalle relative appendici giudiziarie ne testimonia comunque la rilevanza, quantomeno in chiave di 'avamposto' per il corretto funzionamento dei

---

<sup>1</sup> Una efficace sintesi è in S. Seminara, *Diritto penale commerciale*, II, *I reati societari*, Torino 2021, 3 ss.

mercati e dell'economia. Pur a prescindere dagli aspetti patologici - che interessano più da vicino il penalista -, la trasparenza e l'informativa, societaria e contabile, svolgono un ruolo anche sul versante degli assetti di *corporate governance* e del rapporto fra poli tematici - *shareholder's primacy vs. stakeholderism* - aggregativi di interessi e posizioni di valore potenzialmente non coincidenti. Di certo, la trasparenza e l'informazione rappresentano, nelle economie più avanzate, strumenti di salvaguardia della buona salute delle strutture istituzionali delle società commerciali.

Anche per queste ragioni, in ispecie nell'ultimo ventennio, si è dato corso ad una proliferazione di figure e organi deputati al controllo dei più svariati profili attinenti alla gestione e all'organizzazione dell'impresa: al punto da dar vita ad una «esplosione dei controlli» attraverso la creazione di un coacervo di attribuzioni e competenze destinate spesso a sovrapporsi<sup>2</sup>. Emblematica è la posizione assunta da sindaci e revisori contabili ove, solo di recente, si è cercato di segnare con forza i rispettivi ambiti d'intervento attribuendo ai primi il controllo generale sulla gestione e sulla conformità alla legge e allo statuto degli atti compiuti dagli amministratori, e ai secondi - in via esclusiva - il controllo prettamente contabile. La demarcazione di compiti e attribuzioni tuttavia non esclude possibili interferenze determinate: da un lato, dalla tendenziale convergenza di profili omogenei che spesso rendono difficile distinguere le differenze connesse ai doveri del collegio sindacale e dell'organo di revisione; dall'altro lato, dai numerosi momenti di contatto e confronto, anche attraverso lo scambio di informazioni, funzionali ad assicurare una maggiore efficacia del controllo in generale.

È quest'orizzonte ondivago e poroso a costituire, come si vedrà, la principale fonte degli equivoci sorti sulla responsabilità omissiva dei revisori. Sulla scorta della posizione di garanzia tradizionalmente cucita addosso al collegio sindacale, l'interrogativo sulla titolarità in capo ai revisori di un obbligo di impedimento del reato altrui non ha mai smesso di affiorare in dottrina e giurisprudenza. Sarà dunque necessario provare a fare chiarezza, già sul piano degli assetti normativi delineati in ambito societario, sulle competenze e sulle interferenze che segnano l'agire del controllo sindacale e di quello contabile.

Focalizzando l'attenzione sulla funzione di revisione legale dei conti, la sua importanza deriva dalla diffusione asimmetrica dell'informazione societaria e dalle

---

<sup>2</sup> G. Rossi, *Il mercato d'azzardo*, Milano 2008, 75 s.; N. Abriani, *Collegio sindacale e "Comitato per il controllo interno e la revisione contabile" nel sistema policentrico dei controlli*, in *RdS* 2013, 2 ss.

diversificate possibilità di accesso e interpretazione del significato dei dati contabili. Com'è stato efficacemente sottolineato, il revisore è «*the most pervasive of all the gatekeepers*» poiché con la sua reputazione – spesa in giudizi e valutazioni – riduce il *gap* informativo e di affidabilità fra domanda e offerta di capitali e strumenti finanziari<sup>3</sup>. Il riflesso più immediato è l'emersione, sul piano penale, dell'esigenza di presidiare la correttezza dell'attività di revisione e la trasparenza del sottostante rapporto con la società revisionata, a protezione delle esigenze informative del mercato dai possibili pregiudizi derivanti dall'uso distorto delle funzioni dei revisori<sup>4</sup>.

L'esercizio dell'attività di revisione è stato sempre presidiato dalla sanzione penale, la quale, sin dal d.p.r. 31.3.1975 n. 136, è apparsa focalizzata sul bisogno di garantire la genuinità della certificazione del bilancio<sup>5</sup>. Il decreto legislativo 27.1.2010 n. 39 – in recepimento della direttiva 2006/43/CE – ha dettato una riforma organica della revisione legale dei conti, provvedendo a riordinare anche il comparto sanzionatorio che – a partire dalla riforma dei reati societari (d.lgs. n. 61/2002) e col di poco successivo intervento con la legge sul risparmio (l. n. 262/2005) – aveva finito con l'assumere una dimensione priva di sistematicità e coerenza. Ciò nondimeno, volgendo lo sguardo alla prassi, si nota come i reati del revisore non abbiano mai brillato nei repertori di giurisprudenza: anche dopo la novella del 2010 – ove spiccano i reati di falso in relazione o comunicazioni (art. 27), corruzione dei revisori (art. 28), impedito controllo (art. 29), compensi illegali (art. 30) e illeciti rapporti patrimoniali con la società assoggettata a revisione (art. 31)<sup>6</sup> – il gendarme penalistico ha tendenzialmente assunto le sembianze del concorso omissivo degli *auditors* nei reati finanziari e fallimentari commessi da amministratori, direttori generali e sindaci. Le ragioni sono molteplici e tutte di intuitiva percezione: da un lato, le non poche criticità che

---

<sup>3</sup> L'espressione è di James D. Cox ed è ripresa da G. Presti, *La responsabilità dei revisori*, in *Banca, borsa e tit. credito* 2007, 160.

<sup>4</sup> F. Consulich, *Corruzioni private e pubblico risparmio. Riflessioni teoriche sul nuovo statuto penale del revisore contabile*, in *GComm.* 2009, I, 796 ss.

<sup>5</sup> Per un'analisi del quadro normativo ante riforma del 2010, si vedano gli scritti di N. Mazzacuva, *L'attività di revisione contabile e di certificazione dei bilanci: profili penali*, in *GComm.* 1987, 529 ss.; M. Romano, *Profili penali della certificazione del bilancio*, ivi 1996, 695 ss.; Id., *Sulla recente normativa penale (e sviluppi nelle proposte dello «Schema Mironi» in tema di società di revisione contabile*, ivi 2000, I, 851 ss. In giurisprudenza, v. Cass., Sez. Un., 23.6.2011, n. 34476 (Deloitte Touch S.p.A.).

<sup>6</sup> Per una lettura d'insieme, F. Centonze, *La nuova disciplina penale della revisione legale dei conti*, in *DPP* 2010, 661 ss.; F. Consulich, *Revisione contabile e responsabilità penale tra riforme e controriforme*, in *Le Società, (Gli speciali: d.lgs. n. 39/2010: la revisione legale)*, 2010, 45 ss.; A.M. Dell'Osso, *I reati in materia di revisione legale dei conti*, in *Reati in materia economica*, a cura di A. Alessandri, Torino 2017, 86 ss. Più di recente, A.M. Dell'Osso, L. Orsi, *Profili penali dell'attività di revisione legale dei conti*, in *Sistemapenale.it*, 2/2023.

contrassegnano i reati propri previsti dal d.lgs. n. 39/2010, destinate fra l'altro a scaricarsi sul terreno processuale; dall'altro lato, l'estrema plasticità e 'maneggevolezza' processuale della responsabilità omissiva, grazie a una costante opera di erosione e flessibilizzazione della meccanica congegnata nel capoverso dell'art. 40 Cp.

A tali fattori si aggiunge adesso l'enorme diffusione delle società di capitali a partecipazione pubblica (esclusiva o prevalente), e l'evoluzione dei servizi pubblici che - soprattutto negli ultimi anni - ha occupato una fetta significativa dell'economia di mercato. Ruotando l'attenzione su quest'ultimo asse, lo 'statuto' penale dei revisori dei conti rischia di uscirne profondamente trasfigurato. Esso si situa ai margini di un crocevia solcato dalla prevalenza dell'interesse pubblico: se i suoi riflessi non sono mai scomparsi del tutto dall'orbita della funzione della revisione legale dei conti, adesso assumono il ruolo di catalizzatori tali da incidere non solo sul versante della qualificazione soggettiva pubblicistica, ma persino su quella piattaforma che innerva la situazione di garanzia.

Di qui, una nuova prospettiva: il concorso omissivo del revisore nei delitti dei pubblici agenti.

2. Preliminarmente, è necessario chiarire che non sempre un'ampia informativa costituisce un bene desiderabile: essa comporta costi non indifferenti i quali, a seconda delle dimensioni dell'impresa, possono non apparire ragionevoli. Di ciò è consapevole il legislatore che, sulla spinta del diritto europeo, col d.lgs. n. 169/2015 ha proceduto per le piccole e medie imprese a una semplificazione degli obblighi informativi. Uno sguardo anche superficiale alla prassi consente di appurare come in queste realtà economiche il valore informativo dei documenti e dei bilanci sia spesso estremamente ridotto, anche in virtù dell'uso diffuso di programmi informatici di contabilità ove i contenuti-base si limitano a perifrasiare le regole codicistiche. Sicché può già subito evidenziarsi come - ad eccezione delle società quotate, di quelle sottoposte a vigilanza e delle società chiuse di medio-grandi dimensioni - il mercato dell'informazione e della trasparenza contabile sia segnato da consistenti aree di opacità: ad una valutazione complessiva, il panorama dell'informazione è caratterizzato da una trasparenza «a macchia di leopardo»<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> M. Lubrano di Scorpaniello, *False comunicazioni sociali e limiti dell'informativa contabile*, in *GComm.* 2019, I,

Se si assume il punto di vista del destinatario dell'informazione contabile e lo si raffronta col dato normativo, ci si rende immediatamente conto di come l'interesse alla chiarezza, pertinenza, rilevanza e intellegibilità dei documenti contabili e bilancistici muti sensibilmente e prospetticamente di contenuto. Semplificando è possibile racchiudere in tre macro-categorie gli interessati all'informativa societaria e contabile: i soci, i creditori e i terzi.

I vari 'tipi sociali' delineano già una piattaforma differenziata in punto di diritto all'informativa del socio: il perimetro è molto ampio nelle società personali e si riduce progressivamente nelle società di capitali. Può anche distinguersi a seconda della natura e degli obiettivi sottesi alla partecipazione sociale: nella gran parte dei casi, il 'socio-imprenditore' – titolare di una quota maggioritaria o comunque rilevante del capitale - è effettivamente interessato ad una informativa costante sulla gestione e sullo sviluppo industriale dell'impresa; là dove il 'socio-investitore' è solitamente più attento all'informativa relativa al risultato di periodo in vista del rendimento del titolo o della partecipazione sociale<sup>8</sup>.

Per quanto concerne la posizione dei creditori, l'area dell'informativa si risolve nel contenuto dei bilanci che, una volta approvati, vanno depositati presso il registro delle imprese. Per i creditori delle società quotate e degli emittenti, il perimetro è più ampio giacché l'informativa viene resa anche in altre occasioni nel corso dell'esercizio. Anche qui si riscontra una differenziazione dell'interesse all'informativa contabile: si pensi, ad esempio, all'interesse dei creditori a conoscere il dettaglio dei conti bancari e le forme delle disponibilità liquide dell'attivo, la composizione delle immobilizzazioni immateriali, ovvero ancora il rispetto dello scadenziario nella liquidazione delle imposte; là dove, come ben si sa, nel bilancio l'informazione su tali voci è rarefatta all'essenziale e i redattori si limitano a riportare le mere poste numeriche. È possibile che i creditori vincolino, sin dalla nascita del rapporto obbligatorio, la prosecuzione o la modificazione delle prestazioni a specifici obblighi di *disclosure*: qui

---

668.

<sup>8</sup> Quest'ultima categoria di soci tende a esercitare i diritti di informativa in assemblea attraverso richieste di chiarimento sulle voci di bilancio. Com'è noto, l'informativa eventualmente resa dagli amministratori in sede assembleare – a prescindere dalle questioni connesse alla verbalizzazione: se obbligatoria o facoltativa, analitica o sintetica - non sana le eventuali lacune e dunque i vizi del bilancio: agli effetti civilistici, la sola informativa rilevante è dunque quella cristallizzata ufficialmente nelle scritture e nei documenti bilancistici. Per approfondimenti, G.E. Colombo, *Il bilancio di esercizio*, in *Trattato delle società per azioni*, dir. da G.E. Colombo e G.B. Portale, VII, Torino 1994, 140 ss.; S. Fortunato, *Clausole generali e informazione contabile fra interpretazione giurisprudenziale e integrazione professionale*, in *Contr. e impr.* 2010, 488 ss.; G. Strampelli, *Del bilancio*, in *Le società per azioni*, dir. da P. Abbadessa e G.B. Portale, I, Milano 2016, 2180 ss.

l'approfondimento dell'informazione contabile è determinato dalla forza contrattuale che consente alla parte di avere accesso privilegiato ad una conoscenza più completa e precisa. Eccettuata questa ipotesi del tutto peculiare, i soggetti esterni e lontani dall'impresa hanno possibilità estremamente ridotte di accedere all'informazione contabile: il che vale soprattutto per i potenziali investitori. Anche qui vi è però una differenza non da poco: in questa ampia platea si collocano gli analisti e le società di *rating*, ossia operatori professionali che detengono strumenti d'analisi, anche quantitativa, capaci di effettuare previsioni estremamente accurate sull'affidabilità e sulle performance di una determinata impresa o di un dato mercato. Sembra paradossale, ma questa categoria - la più distante dagli '*interna corporis*' della società - è quella dotata di maggiore capacità di analisi e lettura dei dati contabili e di bilancio di un'impresa<sup>9</sup>.

Vi è un ultimo profilo che merita di essere considerato: l'informativa contabile è resa in un linguaggio tecnico altamente specialistico. Se in teoria l'informazione e la trasparenza devono consentire a chiunque di farsi una idea precisa sulle condizioni economiche, patrimoniali e finanziarie della società, l'esigenza di fornire una informazione veritiera e corretta può essere assolta unicamente attraverso l'applicazione di un reticolo di norme codicistiche e principi di revisione - nazionali e internazionali - di complessa e non agevole intellegibilità<sup>10</sup>. A poco rileva il terzo comma dell'art. 2423 Cc.: norma che, nell'aprire alle informazioni complementari e necessarie al fine di assicurare gli obiettivi di verità e correttezza del bilancio, si pone su un crinale, denso di discrezionalità, fra esigenze di riservatezza e doveri di chiarezza degli amministratori.

Questa rapida carrellata consente di toccare con mano come il quadro dell'informativa contabile e della trasparenza societaria sia alquanto composito e non riducibile ad omogeneità. Ben lungi dall'essere un monolite dell'economia moderna, l'informazione e la trasparenza - al pari della veridicità e correttezza del bilancio e dei suoi contenuti - non sono valori apprezzabili in una dimensione assoluta e ipostatizzabile bensì e in qual certa misura si rivelano necessariamente 'relativi'. E contrariamente ad ogni assunto ideale, il loro apprezzamento passa necessariamente attraverso un 'filtro' costituito dal possesso di un qualificato strumentario tecnico e

---

<sup>9</sup> M. Lubrano di Scorpaniello, *False comunicazioni sociali e limiti dell'informativa contabile*, cit., 672.

<sup>10</sup> L.A. Bianchi, *Le clausole generali della "chiarezza" e della "rappresentazione in modo veritiero e corretto" del bilancio di esercizio (art. 2323 c.c.)*, in *Bilanci, operazioni straordinarie e governo dell'impresa*, Milano 2013, 24 ss.; G. Strampelli, *Del bilancio*, cit., 2178 s.



conoscitivo.

2.1. In questo contesto, la diffusione e l'estensione dell'attività di revisione trova la propria legittimazione e ragion d'essere nel garantire le aspettative di fiducia sulla completezza, veridicità e accuratezza dei bilanci, delle transazioni economiche e dei prodotti finanziari<sup>11</sup>: in una parola nel porsi al servizio dell'informazione e dei suoi destinatari istituzionali. E invero, i giudizi dei revisori consentono agli emittenti di strumenti finanziari di accedere più facilmente sul mercato grazie alla spendita della reputazione degli *auditors*, e al contempo riducono le asimmetrie informative e dunque i costi di agenzia della *corporate governance* e infine concorrono, sia pur in maniera indiretta e ancillare, ad assicurare un ottimale svolgimento della vigilanza pubblica<sup>12</sup>.

Sono dunque la progressiva estensione delle asimmetrie informative e la complessità del linguaggio tecnico-giuridico, a determinare la centralità e la rilevanza della revisione legale. Gli *auditors*, come detto, incarnano il ruolo di «intermediari reputazionali» che concorrono ad assicurare una maggior efficienza del mercato e delle scelte di allocazione della ricchezza<sup>13</sup>. Questi attori del controllo sono così divenuti i «diffusori di fiducia sistemica, cioè di fiducia nell'efficace funzionamento dell'economia di mercato e delle sue regole»<sup>14</sup>. Ciò rende immediatamente evidente come la revisione legale si colori di connotazioni in qualche misura pubbliche, giacché essa assume un ruolo istituzionale a presidio di interessi collettivi<sup>15</sup>: ben oltre i confini giuridici delle singole organizzazioni coinvolte – società di revisione e società sottoposte a revisione –, l'*auditing* si traduce nella produzione di un bene pubblico<sup>16</sup>.

---

<sup>11</sup> J.C. Coffee jr., *Gatekeepers: The Professions and Corporate Governance*, Oxford 2006, 108 ss.

<sup>12</sup> G. Presti, *La responsabilità del revisore*, cit., 160 ss.; S. Fortunato, *La revisione contabile nella tutela del risparmio*, in *RdS* 2007, 31 ss.; Id., *Il controllo dei rischi: informativa del mercato e revisione contabile*, in *Riv. soc.* 2009, 1095 ss.

<sup>13</sup> Il considerando n. 9 della direttiva 17.5.2006/43/CE, afferma infatti che «una vasta comunità di persone ed istituzioni fa affidamento sulla qualità del loro lavoro. La buona qualità della revisione contabile contribuisce al regolare funzionamento dei mercati, migliorando l'integrità e l'efficienza dei bilanci pubblicati».

<sup>14</sup> A. Mutti, *Le inerzie della fiducia sistemica*, in *Rass. it. soc.* 2004, 426. Sul ruolo della «fiducia» nei processi sociali ed economici, L. Pelligra, *I paradossi della fiducia. Scelte razionali e dinamiche interpersonali*, Bologna 2007, 167 ss., 235 ss.

<sup>15</sup> S. Seminara, *Le falsità nell'attività di revisione contabile*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A. Giarda e S. Seminara, Padova 2002, 351 s.

<sup>16</sup> Profilo, questo, già ben colto da N. Mazzacuva, *L'attività di revisione contabile e certificazione dei bilanci: profili penali*, in *GComm.* 1987, I, 529 ss. Altresì, si v. il considerando n. 1 del regolamento UE n. 537/2014, relativo alla revisione degli enti di interesse pubblico: «La funzione di interesse pubblico della revisione legale dei conti implica che un vasto bacino di persone ed enti fa affidamento sulla qualità dell'attività svolta dal revisore legale».

Quale riflesso si pone la cornice edittale dell'art. 147-ter t.u.f., per l'appunto più severa rispetto a quella delle false comunicazioni sociali provenienti da società quotata.

In una prospettiva endosocietaria, la riforma operata dal d.lgs. n. 6/2003 ha collocato il tema dell'informazione al centro della *corporate governance*: da un lato, il principio dell'adeguatezza organizzativa, amministrativa e contabile e, dall'altro, il principio dell'agire informati (art. 2381 Cc.). Una lettura sistematica di tali principi consente di individuare le potenti connessioni col tema dell'informazione: gli adeguati assetti organizzativi sono funzionali ad assicurare un flusso costante, completo e chiaro delle informazioni nell'ottica di una maggiore efficacia sia della gestione d'impresa sia dell'attività di controllo. Nella struttura corporativa della società i soggetti che ne conformano l'organizzazione diventano in sostanza un «un bacino costante di informazione»<sup>17</sup>. Le informazioni acquisite dai revisori nell'espletamento del controllo contabile diventano rilevanti nella prospettiva della funzione di alta vigilanza rimessa dalla riforma al collegio sindacale. Quest'ultimo ha il potere-dovere di sindacare l'indirizzo e la rispondenza dell'attività di gestione alla legge e agli obiettivi espressi nel patto sociale, nonché l'obbligo di valutare dinamicamente l'adeguatezza anche dell'assetto informativo, gestionale e contabile<sup>18</sup>. Gli incaricati della revisione, in questo contesto, offrono agli organi di controllo interno un importante riferimento indipendente e qualificato anche sull'attendibilità del sistema contabile, consentendo soprattutto al collegio sindacale di poter vigilare adeguatamente.

Al contempo, il revisore sta sul mercato quale operatore economico in virtù della sua «*reputation*» e della «buona qualità» dei servizi resi alle società. Ciò determina una ambivalenza di fondo della attività di revisione, la quale si muove in parallelo alla tendenza – ravvisabile in tutte le economie capitalistiche – al progressivo trasferimento di funzioni di controllo e prevenzione della criminalità d'impresa dal versante pubblico a quello privato<sup>19</sup>. La contabilità di un'impresa e ancor prima il capitalismo moderno

---

o dall'impresa di revisione contabile. Una revisione di buona qualità contribuisce al regolare funzionamento dei mercati in quanto rafforza l'integrità e l'efficienza dei bilanci. Per tale motivo, i revisori legali ricoprono un ruolo sociale particolarmente importante».

<sup>17</sup> E. Mattei, *L'obbligo di informativa tra collegio sindacale e revisore legale dei conti*, in *Le Società* 2012, 1323.

<sup>18</sup> V. Colantuoni, *I doveri del collegio sindacale*, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino 2003, 543 ss.; M. Irrera, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano 2005, 275 ss.

<sup>19</sup> A. Melchionda, *Genesi, sviluppo e caratteri attuali del diritto penale dell'economia*, in *RtrimDpenEc* 2023, 486 ss. Un contributo rilevante, in tal direzione, è certamente fornito dall'auto-normazione e dallo sviluppo della *compliance*: le imprese hanno l'obbligo di auto-organizzarsi, dotandosi di strumenti, regole e presidi finalizzati sia ad assicurare il mantenimento nel tempo del loro valore in sé, sia a prevenire possibili effetti distorsivi e soprattutto la commissione di illeciti. Si pensi: alla prevenzione di condotte costituenti reato di cui al d.lgs. n.



sono – piaccia o meno - al centro di potenziali conflitti d'interesse che, inevitabilmente, contribuiscono a stimolare la tentazione di scorribande speculative e manipolazioni informative<sup>20</sup>. La revisione contabile è resa da un soggetto privato – persona fisica o società – sulla base di una relazione contrattuale con il controllato, il quale, oltre a scegliere l'*auditor*, provvede anche alla sua remunerazione: è la naturale conseguenza della privatizzazione dei controlli alla cui radice vi è l'idea neoliberista dell'autosufficienza del mercato e dei suoi protagonisti.

La medaglia ha tuttavia il suo rovescio: il sovradimensionamento delle aspettative rimesse sui revisori. Una funzione istituzionale – ossia il controllo - rimessa al gioco delle parti ben corrisponde all'idea di un mercato capace di ricercare equilibri ottimali anche neutralizzando gli *agency costs*. E tuttavia ciò non scioglie la contraddizione insita nella forzosa convivenza fra la dimensione macro-economica dei doveri istituzionali che informano la revisione e la dimensione micro-economica della sottostante relazione fra operatori economici privati<sup>21</sup>.

A ciò si aggiunga il fatto che le società di revisione hanno progressivamente ampliato l'offerta dei propri servizi investendo sulle attività «non-audit», le quali, essendo più lautamente remunerate, hanno assunto un peso preponderante nel loro portafoglio<sup>22</sup>. E anzi, grazie alla pandemia da Covid-19, hanno creato un nuovo e ricchissimo «mercato della consulenza» offrendo servizi e assistenza persino agli Stati e a svariate istituzioni pubbliche<sup>23</sup>. Di qui, il rischio sempre latente di condizionamenti – sul

---

231/2001; alla prevenzione e contrasto al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo (d.lgs. n. 231/2007); alla organizzazione della sicurezza e alla prevenzione degli infortuni sul lavoro (d.lgs. n. 81/2008); alle politiche fiscali di *tax cooperative compliance* per la prevenzione del rischio evasione (d.lgs. n. 128/2015; d.lgs. n. 221/2023); alla prevenzione dei rischi di non indipendenza dei revisori (art. 10, d.lgs. n. 39/2010); alla prevenzione della crisi d'impresa (d.lgs. n. 14/2019 e successivi decreti correttivi) e della crisi delle società pubbliche (d.lgs. n. 175/2016); alla protezione dei dati e dunque della *privacy* (reg. UE 2016/679). Con riflessioni di ampio respiro, F. Consulich, *Controllo del comportamento economico deviante ed evoluzione del diritto penale d'impresa*, in *RtrimDpenEc* 2024, 1 ss.

<sup>20</sup> Costituisce ormai un 'classico' della letteratura il saggio di G. Rossi, *Il conflitto epidemico*, Milano 2003.

<sup>21</sup> F. Consulich, *Corruzioni private e pubblico risparmio. Riflessioni teoriche sul nuovo statuto penale del pubblico risparmio*, in *GComm.* 2009, I, 799.

<sup>22</sup> M. La Rosa, *Black-out nei controlli: stato dell'arte e prospettive di riforma in tema di revisione contabile*, in *GComm.*, 2005, I, 191 s.

<sup>23</sup> Pochi dati sono sufficienti per dare un'idea, anche solo approssimativa, delle dimensioni del fenomeno. A livello globale, il mercato della revisione è dominato dalle cd. *big four* (Pricewaterhouse-Cooper, Deloitte, Kpmg, Ernst & Young), le quali operano in 130 paesi e si avvalgono di circa 400.000 collaboratori. Si aggiungono, nel solo settore della consulenza gestionale, le cd. «tre grandi» (McKinsey, Boston Consulting Group, Bain & Company): il 96% del loro fatturato è concentrato negli Stati Uniti e in Europa. Il settore della consulenza globale negli ultimi anni ha registrato una crescita di valore senza precedenti: nel 1999, i ricavi delle società di consulenza erano stimati, a livello globale, fra i 100 e i 110 miliardi di dollari; nel 2010, la stima è di 350 miliardi di dollari e

duplice piano 'micro' e 'macro' economico - che possono far svanire quella terzietà che deve contraddistinguere il ruolo e l'attività del revisore legale. Il volto del conflitto d'interessi è dunque animato da una ampia pletora di maschere: e la revisione rappresenta il «nervo scoperto della disciplina giuridica del mercato»<sup>24</sup>. Seppur in parte ciò contribuisce a dar conto del perché, nonostante la caotica 'moltiplicazione' degli attori del controllo, gli scandali finanziari degli ultimi vent'anni<sup>25</sup> abbiano rivelato agli occhi della comunità degli affari - e ancor prima alle tasche dei risparmiatori - il «fallimento dei controlli»: un fallimento che, nella sua ciclicità e soprattutto nelle sue dimensioni, può senza remore definirsi sistemico<sup>26</sup>. Non per caso la riforma del 2010, come si vedrà, è intervenuta anche su tali fronti mirando a recidere, sul nascere, i possibili conflitti d'interesse.

2.2. In passato, l'attribuzione del potere di «certificazione» del bilancio e il potere della Consob di approvazione della delibera di conferimento dell'incarico potevano dar luogo a indici sintomatici della 'pubblicizzazione' dell'attività di revisione legale: essa sembrava assumere le vesti di una funzione, esplicantesi anche attraverso l'esercizio di poteri di certificazione, tesa a coadiuvare il controllo pubblico rimesso all'autorità di

---

nel 2021 oscilla fra i 700 e i 900 miliardi di dollari. Nel biennio della pandemia (2020-2022) i ricavi hanno registrato una impennata ulteriore: basti pensare che, nel 2020, la McKinsey si è aggiudicata dal governo federale statunitense contratti per oltre 100 milioni di dollari; nel 2021, la Deloitte ha stipulato col Regno Unito contratti per 320 milioni di euro; in Italia, il governo si è avvalso della consulenza della McKinsey per la gestione dei fondi (191,3 milioni di euro) assegnati dall'Unione europea nell'ambito del programma *Next Generation Eu* e delle misure di sostegno per la ripresa. Per questi e altri dati, ancorché in una prospettiva più ampia tesa a rimarcare lo svuotamento di funzioni e capacità essenziali dello Stato e delle istituzioni, cfr. M. Mazzuccato, R. Collington, *Il Grande imbroglio*, Bari 2023, 4 ss. e 26 ss.

<sup>24</sup> Così, E. La Rosa, *Corruzione privata e diritto penale. Uno studio sulla concorrenza come bene giuridico*, Torino 2018, 239.

<sup>25</sup> L'elenco è tristemente lungo: alcuni operatori economici sono falliti, altri se la son cavata con salatissime sanzioni pecuniarie, altri ancora sono stati assorbiti o ristrutturati, e infine vi è chi è stato ricapitalizzato con l'intervento dello Stato o delle Banche centrali (con ulteriore e paradossale danno per la collettività). Quel che li accomuna è il «fallimento dei controlli»: né i revisori, né le autorità di vigilanza, né gli analisti, né le banche d'affari hanno intercettato i segnali di *default* e/o le numerose operazioni illecite, quali frodi e manipolazioni contabili, corruzioni, riciclaggio, distrazioni etc. Senza pretesa di completezza, si possono ricordare quantomeno: Enron, Worldcom, Tyco International, JP Morgan Chase, Aig, Adelphia, Bristol-Myers, Squibb, Global Crossing, Barclays, Bear Sterns, Fannie Mae, Freddie Mac, Lehman Brothers, Ftx, Royal Bank of Scotland, Northern Rock, Maxwell, Marconi, Vivendi, Berliner Bank, Wirecard, Danske Bank, Hbos, Xerox, Cirio, Parmalat, Monte dei Paschi di Siena, Banca Popolare di Vicenza, Bibop-Carire, Carige, Veneto Banca, Banca Popolare di Bari, etc.

<sup>26</sup> M. Catino, *Gatekeepers miopi? Aspetti organizzativi nel fallimento dei controlli*, in *Stato e Mercato*, 2, 2010, 219 ss.; F. D'Alessandro, *Regolatori del mercato, enforcement e sistema penale*, Torino 2014.

vigilanza<sup>27</sup>.

L'indubbia presenza di tratti pubblicistici non ha mai oscurato la natura privatistica, anche agli effetti penali, della revisione dei conti<sup>28</sup>. Nonostante una contraria e isolata posizione, è sempre prevalsa la tesi volta ad escludere la titolarità di qualifiche soggettive pubblicistiche<sup>29</sup>. Numerose le ragioni: l'incarico trae fonte da un contratto ed è sottoposto alla disciplina del diritto privato; gli illeciti dei revisori sono costruiti secondo lo schema tipico dei reati propri d'impresa; in caso di fatti censurabili, l'art. 155 t.u.f. prevede per i revisori soltanto obblighi di comunicazione e informazione al collegio sindacale e alla Consob: scelta, questa, che non avrebbe alcun senso se i revisori fossero pubblici agenti (giacché in tal caso sarebbero destinatari dell'obbligo di denuncia ex art. 361 Cp.)<sup>30</sup>. Si era inoltre evidenziato come i revisori non svolgessero alcuna attività delegata dall'autorità pubblica di vigilanza, e soprattutto che l'apposito reato di falso di cui all'allora art. 14 d.p.r. n. 136/1975 era stato introdotto onde sopperire ad un vuoto di tutela determinato, per l'appunto, dall'insussistenza della qualifica pubblicistica che impediva di ricorrere ai comuni delitti contro la fede pubblica commessi dai pubblici agenti<sup>31</sup>. Infine, si era osservato come l'art. 176 t.u.f., nel sanzionare la violazione del divieto di utilizzo o rivelazione delle notizie apprese nell'esercizio dell'attività di revisione, condizionasse la procedibilità alla querela di parte: evidente sintomo della volontà legislativa «di ritenere i revisori estranei allo statuto penale della pubblica amministrazione»<sup>32</sup>.

La conclusione secondo la quale i revisori non rivestono alcuna qualifica pubblicistica ha trovato, più di recente, ulteriori e solidi appigli. Anzi tutto, nel fatto che l'incarico alla società di revisione è interamente rimesso all'assemblea dei soci, essendosi soppresso il pregresso potere della Consob di fissare i criteri generali per la determinazione del corrispettivo, nonché il potere di autorizzazione del conferimento del predetto incarico. In secondo luogo, nel passaggio dalla «certificazione» alla

---

<sup>27</sup> Giova ricordare come l'art. 13 del r.d. 24.7.1936 n. 1548, testualmente attribuisse al revisore la qualifica di pubblico ufficiale «a tutti gli effetti di legge».

<sup>28</sup> S. Seminara, *Diritto penale commerciale*, cit., 188; E. La Rosa, *Corruzione privata e diritto penale*, cit., 237 ss.

<sup>29</sup> La minoritaria tesi della natura pubblicistica dell'attività di revisione è stata sostenuta da F. Vassalli, *Sulla qualifica di pubblico ufficiale del revisore*, in AA.VV., *L'attività di revisione e certificazione: aspetti giuridici*, Milano 1978, 135; e da C. Paterniti, *Diritto penale dell'economia*, Torino 1995, 219 s.

<sup>30</sup> M. Romano, *Profili penali della certificazione del bilancio*, cit., 697 ss.; Id., *Sulla recente normativa penale (e sviluppi nelle proposte dello «Schema Mirone» in tema di società di revisione contabile*, cit., 855 ss.

<sup>31</sup> A. Crespi, *Comunicazione*, in AA.VV., *L'attività di revisione e certificazione: aspetti giuridici*, cit., 131 ss.; N. Mazzacava, *L'attività di revisione contabile e di certificazione dei bilanci: profili penali*, cit., 530.

<sup>32</sup> S. Seminara, *I reati dei revisori dei conti nel d.lgs. n. 58 del 1998 e nel «Progetto Mirone»*, in *Banca, borsa e tit. credito* 2000, 431.

«valutazione» del bilancio il mutamento linguistico non solo sterilizza ogni possibile evocazione dell'esercizio di poteri certificativi tipici della pubblica funzione amministrativa, ma esprime più adeguatamente la natura di giudizio valutativo e dunque di *opinion* qualificata rimessa a un intermediario privato<sup>33</sup>. Infine, anche l'assetto di tutela prescelto dal d.lgs. n. 39/2010 offre l'ennesima conferma: com'è agevole desumere dal ricorso al modello della corruzione fra privati.

Il quadro normativo sin qui delineato è tuttavia destinato a subire una torsione là dove la società sottoposta a revisione sia, in tutto o in parte, a partecipazione pubblica oppure *in house providing*. Come si vedrà, in siffatte ipotesi emergono due questioni che, inevitabilmente, incidono sullo statuto penale del revisore contabile. La prima e più evidente risiede nella attrazione nell'orbita applicativa dei delitti dei pubblici agenti: vuoi mediante la riesumazione della qualifica pubblicistica in capo al revisore, vuoi attraverso il concorso di quest'ultimo nel reato dell'amministratore, a sua volta qualificato quale incaricato di pubblico servizio. La seconda e meno evidente consiste nella disciplina applicabile in materia di revisione legale dei conti, se cioè il d.lgs. n. 39/2010 ovvero quella speciale prevista dal d.lgs. 18.8.2000 n. 267, contenente il testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (t.u.e.l.): la differenza non è priva di conseguenze, giacché quest'ultima normativa ritaglia in capo al revisore una costellazione di doveri e poteri ben diversa da quella 'comune' stabilita dal d.lgs. n. 39/2010.

3. Per lungo tempo l'intervento statale in economia è stato affidato alla mano - poco discreta, per la verità - degli enti pubblici economici. Il quadro inizia a mutare con l'avvio delle privatizzazioni e in particolare dei quattro enti economici più importanti - Enel, Eni, Iri, Ina: trasformati in società per azioni, con capitale detenuto per intero dal Ministero del Tesoro - e delle relative partecipate<sup>34</sup>. Un ruolo centrale, in questo processo, è stato svolto dal diritto comunitario - che perseguiva l'obiettivo di assicurare un libero mercato e dunque un regime di effettiva concorrenza - e da ragioni legate al contenimento del deficit pubblico. Tutto ciò ha dato vita a una sterminata proliferazione di società a capitale pubblico, eterogenee fra loro ma accomunate tutte dalla forma societaria prescelta e dalla partecipazione pubblica (esclusiva o prevalente)

---

<sup>33</sup> V. Torre, *La responsabilità penale dell'organo di controllo sulla amministrazione e dell'organo di controllo contabile*, in *GComm.* 2012, I, 587.

<sup>34</sup> G. Guarino, *Sistema delle partecipazioni statali e controlli*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Milano 1970, 433 ss.

al capitale sociale. Operazione, questa, resa possibile dall'art. 1, comma 1-bis, l. n. 241/1990 a tenore del quale la «pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente».

La creazione delle società a partecipazione pubblica ha ben presto posto il problema della rispettiva natura giuridica: se cioè per esse potesse ancora valere una nozione – ancorché ampia – di pubblica amministrazione, o se il ricorso a tale strumento giuridico ed economico si rivelasse tale da recidere del tutto il cordone ombelicale col 'pubblico'. Per un verso, lo scopo di lucro tipico della società di capitali appariva in contrasto con la pretesa natura pubblica dell'ente giuridico; per altro verso, la società a partecipazione pubblica – al di là del modello privatistico prescelto – veniva intesa quale strumento di efficiente perseguimento dell'interesse pubblico. In questo contesto, segnato da posizioni inconciliabili, si è inserita la giurisprudenza europea, la quale ha tracciato un differente itinerario ermeneutico: la natura – pubblica o privata – di un ente non dipende dal suo *status* formale bensì dagli istituti giuridici che, di volta in volta, vengono in considerazione nel corso della sua attività. Al contempo, al fine di evitare facili aggiramenti della normativa europea in materia di appalti pubblici<sup>35</sup>, è stata elaborata la figura dell'«organismo di diritto pubblico» quale soggetto distinto rispetto alla società *in house*, ancorché al pari di quest'ultima costituito con la forma della società di capitali<sup>36</sup>: pur non essendo una pubblica amministrazione in senso stretto, esso deve soggiacere alla disciplina pubblicistica e, in caso di scelta del contraente, alle regole della cd. evidenza pubblica<sup>37</sup>.

In attuazione della legge delega n. 124/2015, è stato adottato il d.lgs. 19.8.2016 n. 175 (recante il testo unico delle società a partecipazione pubblica – t.u.s.p. -, poi modificato col d.lgs. n. 100/2017) con lo scopo di pervenire a una disciplina più razionale e organica di un fenomeno che nel frattempo si era sviluppato in maniera incontrollata e confusa, spesso secondo logiche e obiettivi occasionali. La riforma del 2016 è improntata a una scelta ben precisa: restituire le società a partecipazione pubblica al diritto privato, sia pure con talune limitate deroghe.

---

<sup>35</sup> Corte Giust. 10.11.1998, C-360/96; Corte Giust. 10.5.2001, C-260/1999; CdS., Ad. Plen., 28.6.2016 n. 13.

<sup>36</sup> In attuazione della direttiva 2014/24/UE, gli elementi costitutivi dell'organismo di diritto pubblico (da interpretarsi con approccio funzionalistico e non formale) sono: il soddisfacimento di esigenze di interesse generale, con esclusione di quelle aventi carattere industriale o commerciale; la personalità giuridica; l'attività deve essere finanziata, con carattere di prevalenza, dallo Stato o da altri enti pubblici e/o organismi di diritto pubblico, ai quali deve essere affidato il controllo sulla gestione.

<sup>37</sup> CdS. 12.12.2018 n. 7031.



E invero la stagione delle liberalizzazioni e il mutato ruolo dell'intervento statale in economia aveva già avviato un processo di evoluzione dei servizi pubblici di rilevanza economica<sup>38</sup>, successivamente sfociato nel massiccio ricorso all'«*in house providing*» quale nuovo e performante modello di auto-organizzazione e gestione dei servizi pubblici locali<sup>39</sup>. Questo sviluppo ha voluto superare i limiti del modello tradizionale delle partecipazioni statali e in particolare ha inteso soddisfare l'esigenza di maggiore libertà, da parte della pubblica amministrazione, nella scelta sull'esternalizzazione dei servizi di interesse pubblico. Nella individuazione del modello legale ed economico, si è optato per l'affidamento del servizio a un soggetto *ad hoc* dotato di personalità giuridica e autonomia patrimoniale e, tuttavia, assoggettato a un potere di condizionamento simile a quello esistente per le articolazioni interne dell'ente pubblico<sup>40</sup>.

L'assetto attualmente vigente, derivante dalla normativa europea sull'*in house providing*<sup>41</sup>, è disciplinato ora dall'art. 7 d.lgs. 31.3.2023 n. 36, recante il nuovo codice dei contratti pubblici<sup>42</sup>, e dall'art. 16 d.lgs. n. 175/2016: esso consente alla pubblica amministrazione di concedere in affidamento diretto le attività di cui all'art. 4, comma 2, lett. *a, b, d, e*, del d.lgs. n. 175/2016<sup>43</sup>. Tutto ciò a condizione che i soggetti affidatari

---

<sup>38</sup> G. Corso, voce *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, in *Dizionario di diritto pubblico*, dir. da S. Cassese, IV, Milano 2006, 3492 ss.; altresì, sulla trasformazione del ruolo dello Stato – da 'proprietario' a 'regolatore' – si veda l'ormai 'classico' di G. La Spina, G. Marrone, *Lo Stato regolatore*, Bologna 2000; nonché M. D'Alberti, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna 2008.

<sup>39</sup> F. Goisis, *Società a partecipazione pubblica*, in *Dizionario di diritto pubblico*, VI, cit., 5604 ss.

<sup>40</sup> Nella vastissima letteratura italiana in materia di società *in house*, senza alcuna pretesa di completezza, ci si limita a rinviare ai contributi di M. Libertini, *La società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività e autonomia statutaria*, in *RdS* 2012, 199 ss.; V. Donativi, *I "confini" (ancora incerti) del controllo analogo congiunto in materia di in house providing*, in *GComm.* 2014, I, 765 ss.; L. Imparato, *Il modello della società in house: art. 16 del Testo Unico e altre disposizioni dell'ordinamento*, in *Le società pubbliche*, a cura di F. Fimmanò, e A. Catricalà, I, Napoli 2016, 235 ss.; E. Codazzi, *La società in house. La configurazione giuridica tra autonomia e strumentalità*, Napoli 2018; F. Guerrera, *Considerazioni in tema di controllo pubblico, controllo congiunto e controllo analogo nella disciplina del TUSP*, in *RdS* 2018, 517 ss.; M. Dugato, *La società in house*, in *Le imprese a partecipazione pubblica*, a cura di G. Presti e M. Renna, Milano 2018, 63 ss.; M. Cian, *I requisiti qualificatori della società in house*, in *GComm.* 2019, I, 196 ss.; G. D'Attorre, *Lagovernance delle società pubbliche*, ivi 2020, I, 262 ss.; C. Garilli, *Le società in house nel quadro della nozione europea e nazionale di impresa di gruppo*, in *RdS* 2020, 877 ss.

<sup>41</sup> In ambito europeo, le previsioni sull'affidamento diretto *in house* sono oggi contenute nelle direttive europee in materia di appalti (art. 12, direttiva 2014/24/UE), concessioni (art. 17, direttiva 2014/23/UE) e settori speciali (art. 28, direttiva 2014/25/UE), le quali, dettando norme di identico tenore, codificano – con alcuni elementi di novità – i principi elaborati dalla giurisprudenza europea.

<sup>42</sup> Il nuovo codice dei contratti pubblici ha sostituito, non senza polemiche, la previgente disciplina di cui al d.lgs. 18.4.2016 n. 50, il cui art. 5 conteneva le disposizioni rilevanti ai fini della concessione di appalti *in house providing*.

<sup>43</sup> Ai sensi dell'art. 4, comma 4, t.u.s.p., le società *in house* hanno come oggetto esclusivo una o più delle attività



soddisfino tassativamente taluni requisiti. In primo luogo, la sussistenza del «controllo analogo» da parte del socio pubblico o del cd. «controllo congiunto» in caso di pluralità di soci pubblici; in sostanza, si richiede la capacità di esercitare sulla società partecipata un controllo 'equivalente' a quello che l'ente pubblico esplica sui propri uffici o organi<sup>44</sup>. In secondo luogo, è necessario che almeno l'80% dell'attività della partecipata sia svolta nei confronti del committente pubblico<sup>45</sup>. A questi requisiti, di segno positivo, se ne aggiunge uno a carattere negativo: il divieto statutario di partecipazione al capitale di soci privati, salvo che la legge preveda altrimenti. Dovendo tener conto delle deroghe speciali che consentono l'ingresso di privati, la regola assume allora un duplice significato: sia quale divieto 'quantitativo' ossia sulla misura della partecipazione al capitale, sia in termini 'qualitativi' cioè sul terreno della gestione dell'impresa sociale. L'obiettivo è che, ove ammesso, il partner privato non debba mai esercitare una influenza determinante sulla società partecipata<sup>46</sup>. La società

---

menzionate dal precedente secondo comma, lett. a), b), d) ed e). E in particolare: produzione di servizi di interesse generale (cd. SIG), ivi inclusi i servizi di interesse economico generale (cd. SIEG) (lett. a); progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche (lett. b); autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti (lett. d); erogazione di servizi di committenza apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e amministrazioni aggiudicatrici (lett. e).

<sup>44</sup> Il *leading case* in tema di «controllo analogo» è rappresentato dalla ormai celebre sentenza 'Teckal' del 1999 resa dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (18.11.1999, C-107/98), che ha stabilito un principio poi consolidatosi nella giurisprudenza successiva: Corte Giust., 7.12.2000, C-94/99, ARGE Gewässerschutz; Corte Giust. 13.10.2005, C-458/03, Parking Brixen; Corte Giust. 10.11.2005, C-29/04, Mödling; Corte Giust. 11.5.2006, C-340/04, Carbotermo e Consorzio Alisei; Corte Giust. 8.5.2014, C-15/13, Datenlotsen Informationssysteme GmbH. Nella giurisprudenza italiana, fra le tante: Cass. civ., Sez. Un., 13.9.2018 n. 22409; Cass. civ., Sez. Un., 28.6.2018 n. 17188.

<sup>45</sup> Corte Giust. 11.5.2006, C-340/04, Carbotermo e Consorzio Alisei; Corte Giust. 8.12.2016, C-553/15, Undis c. Comune di Sulmona. Nella giurisprudenza domestica: Cass. civ., Sez. Un., 5.2.2019 n. 3330; Corte Conti Lombardia, Sez. contr., delib. 8.3.2019, n. 87, in *dejure*; CdS. 16.11.2018 n. 6549, ivi; Tar Lombardia (Milano), 6.12.2018, n. 2746, ivi.

<sup>46</sup> In coerenza con la normativa eurounitaria (già recepita dall'art. 5, comma 1, lett. c, d.lgs., n. 50/2016), il t.u.s.p. ha perciò stabilito che le società possano ricevere affidamenti diretti dalle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo «solo se non vi è partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata» (art. 16, comma 1, t.u.s.p.). La norma si discosta, in realtà, dall'art. 5, comma 1, lett. c, del previgente codice degli appalti, che, invece, faceva riferimento a «forme di partecipazione di capitali previste dalla legislazione nazionale» (là dove l'art. 12 direttiva 24/2014/UE richiede che la normativa nazionale «prescriva»). In considerazione del dato letterale delle direttive (cfr. direttiva 23/2014/UE, considerando n. 46), prevale la tesi secondo cui la partecipazione dei privati alla società *in house* debba essere imposta – e non meramente facoltizzata – dalla normativa interna: cfr. Corte Giust. 6.2.2020, C-89/19 e C-91/19 Rieco S.p.A. Di diverso avviso era stato il Consiglio di Stato, il quale aveva stabilito che la presenza del socio privato – lungi dal costituire un obbligo – potesse essere ammessa soltanto alle condizioni stabilite dalla normativa statale o regionale (8.11.2018 n. 2583, in *GI*. 2019, 1187 ss., con nota di C. Lamberti, *Il partner privato nell'in house: un'apertura sin troppo prudente*).

*in house*, dunque, sembra costituire una sorta di *species* del *genus* società a partecipazione pubblica, e la sua caratteristica specializzante risiede nel requisito del «controllo analogo» che, per l'appunto, sembra evocare i tratti relazionali interni tipici dell'ente pubblico.

Come era prevedibile, il tema dell'accesso del socio privato ha sollevato non poche questioni, dando così vita a un articolato dibattito<sup>47</sup>. In un primo momento, tale possibilità sembrava esclusa dalla preminenza dell'interesse pubblico e dalla sua proiezione sullo scopo e finalità perseguite dalla società *in house*, nonché dalla natura stessa del «controllo analogo»<sup>48</sup>. Successivamente, l'interpretazione giurisprudenziale di quest'ultimo requisito – via via declinato nelle forme del controllo «indiretto», «invertito», «orizzontale» e «congiunto» – ne ha stemperato di gran lunga gli iniziali riflessi ostativi. Al contempo, la giurisprudenza europea ha riconosciuto che la presenza del socio privato, a talune condizioni, non incide negativamente sull'interesse pubblico e anzi può persino concorrere ad una sua più efficiente realizzazione<sup>49</sup>. Si è così delineato un possibile modello di contemperamento e coesistenza – rimesso alla scelta del legislatore nazionale – caratterizzato comunque dalla prevalenza dell'interesse pubblico: assicurata, come già detto, dal divieto per il socio privato di poter esercitare un'influenza dominante nella gestione e organizzazione della società *in house*.

4. Nonostante l'ingombrante presenza dell'interesse pubblico, le società *in house* – al pari delle società miste, e di quelle a prevalente partecipazione pubblica – sono soggetti di diritto privato<sup>50</sup>. La natura giuridica di un istituto, com'è noto, non è il frutto di preconcrete prese di posizione dell'interprete né tantomeno dipende dalla specifica collocazione in un settore o branca dell'ordinamento giuridico: piuttosto è

---

<sup>47</sup> Per una panoramica, v. R. Minnino, *La partecipazione del socio privato alla società a capitale misto pubblico-privato*, in *RdS* 2022, 833 ss.

<sup>48</sup> Corte Giust. 11.1.2005, C-26/03, Stadt Halle e RPL Lochau, la quale aveva affermato che la presenza del socio privato, per un verso, avrebbe determinato uno sviamento dell'attività economica dalle finalità pubbliche e, per altro e correlativo verso, avrebbe finito con l'alterare il regime di libera concorrenza (nella medesima direzione: Corte Giust. 18.1.2007, C-220/05, Jean Auroux. Nella giurisprudenza domestica, CdS. 26.5.2015 n. 2660, Cineca, in *Giorn. dir. amm.* 2015, 787 ss., con nota di L. Annibaldi, *Ancora sulla partecipazione privata all'in house*).

<sup>49</sup> Corte Giust. 19.6.2014, C-574/12, Servico de Utilizacao Comun dos Hospitais.

<sup>50</sup> Ai sensi dell'art. 1, comma 3, t.u.p.s. tutte le società a partecipazione pubblica – a prescindere dalla configurazione in società mista, a prevalente partecipazione pubblica o *in house* – sono sottoposte alle norme del codice civile e alle disposizioni generali di diritto privato, salvo per quanto sia diversamente disposto. Giurisprudenza pacifica: per le società miste v. CdS. 31.1.2018 n. 655; per le società a partecipazione pubblica v. Cass. civ. 14.2.2018 n. 3566; Cass. civ., Sez. Un., 31.7.2006 n. 17287.

determinata dalle norme e dai principi che lo disciplinano.

Già la relazione al codice civile del '42 (§ 998), con riferimento all'art. 2449 in tema di società a partecipazione pubblica, aveva cura di osservare che l'opzione, da parte dello Stato o di altri enti pubblici, di avvalersi, nel perseguimento delle proprie finalità o per l'espletamento di servizi d'interesse generale, di strumenti del diritto privato comportava l'applicazione della relativa disciplina privatistica. A maggior ragione se la forma giuridica prescelta sia quella della società di capitali che, come tale, è dotata di personalità giuridica e autonomia patrimoniale perfetta anche rispetto all'ente partecipante al capitale: «è lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge delle società per azioni per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici»<sup>51</sup>. La soggezione al diritto privato, del resto, è in linea con i principi desumibili dall'art. 97 Cost. giacché la economicità e l'efficienza dell'azione amministrativa e la tutela della concorrenza sono, al contempo, il riflesso del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione.

Nel medesimo solco s'inserisce la normativa più recente. Dapprima, l'art. 4, comma 3, d.l. 6.7.2012 n. 95 (convertito con legge 7.8.2012 n. 135) – norma definita di «interpretazione autentica e di chiusura»<sup>52</sup> – si premura di affermare l'applicabilità della disciplina generale delle società di capitali alle società a partecipazione pubblica. Successivamente, la soluzione è confermata dal testo unico in materia di partecipate pubbliche che all'art. 1, comma 3, ribadisce: «Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato».

Anche fra gli studiosi della materia non sembrano sussistere più dubbi sulla natura privatistica delle società *in house*.

Si è infatti osservato che manca una norma che espressamente – e finanche implicitamente – le equipari a una pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 7, comma 2, del codice del processo amministrativo. E quindi: «cessata la fase pubblicistica data dagli atti amministrativi prodromici alla costituzione della società e alla scelta dell'eventuale socio, gli atti successivi che ne regolano la vita sono ordinariamente di diritto comune»<sup>53</sup>. E si è aggiunto che la società *in house* «non è un

---

<sup>51</sup> Relazione cit. Sul principio della «parità di trattamento» stabilita dal codice civile del '42, fra società a partecipazione pubblica e privata, v. M.T. Cirenei, *Riforma delle società, legislazione speciale e ordinamento comunitario: brevi riflessioni sulla disciplina italiana delle società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Dir. comm. int.* 2005, 43 ss.

<sup>52</sup> Così, Cass. civ. 7.2.2017 n. 3196.

<sup>53</sup> F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma 2018, 1004.

tipo giuridico di società, disciplinata da norme sue proprie e differenti rispetto a quelle contenute nel codice civile e nelle norme generali di diritto privato», e che anzi sono proprio queste ultime a ritenersi «applicabili anche alle società destinate ad ottenere (e che ottengono) affidamenti in house di commesse pubbliche»<sup>54</sup>.

Né è di ostacolo alla generale soggezione alla disciplina di diritto comune la sua possibile attrazione nell'ambito delle società «di diritto singolare»<sup>55</sup>.

L'art. 1, comma 4, t.u.s.p., prevede infatti che, anche successivamente alla sua entrata in vigore, restino ferme «le specifiche disposizioni, contenute in leggi o regolamenti governativi o ministeriali, che disciplinano società a partecipazione pubblica di diritto singolare costituite per l'esercizio della gestione di servizi di interesse generale o di interesse economico generale o per il perseguimento di una specifica missione di interesse pubblico». Il che – secondo la tesi preferibile – esclude l'applicazione di quelle sole norme del t.u.s.p. incompatibili con la disciplina speciale prevista dalla normativa istitutiva delle società di diritto singolare: di rimando, sono applicabili tutte le restanti disposizioni di diritto societario contenute nel codice civile o nello stesso testo unico<sup>56</sup>. Del resto, ancor prima dell'adozione del t.u.s.p., sia in letteratura che in giurisprudenza si era affermata l'opinione che la qualificazione di società di diritto «singolare» comportasse, comunque, un rinvio dinamico alle disposizioni dettate dal codice civile (nei limiti della loro compatibilità con quelle speciali presenti nella normativa istitutiva della società)<sup>57</sup>.

Una volta chiarito che le società *in house* sono soggetti di diritto privato - e fermo restando il limite della compatibilità con le disposizioni speciali - ne discende che alle stesse si applicano le regole e i principi comuni<sup>58</sup>: e in particolare, il diritto concorsuale (ieri la legge fallimentare del '42, oggi il nuovo Codice della crisi d'impresa e

---

<sup>54</sup> G. Caia, *Le società in house: persone giuridiche private sottoposte a peculiare vigilanza e tutela amministrativa*, in *GComm.* 2020, 457 ss.

<sup>55</sup> In tal senso, Trib. Roma 15.1.2020 n. 903, in *Le Società* 2020, 1101 ss., con nota di M. Perrino, *Società di diritto «singolare» e clausole derogatorie sul rimborso di azioni per cause statutarie di recesso ulteriori a quelle legali*. Sul tema, per approfondimenti: C. Ibba, *Società di diritto speciale*, in *Trattato delle società per azioni*, dir. da G.E. Colombo e G. Portale, VIII, Torino 1998, 526 ss.; F. Santonastaso, *Le società di diritto speciale*, in *Trattato di diritto commerciale*, dir. da V. Buonocore, IV, Torino 2009.

<sup>56</sup> In tal direzione, Trib. Como 27.3.2018, in *Pluris*; e M. Perrino, *Società di diritto «singolare» e clausole derogatorie*, cit.

<sup>57</sup> P. Pizza, *Società per azioni di diritto singolare, diritto comune della società per azioni e libera circolazione di capitali: il caso Volkswagen*, in *Riv. dir. pubb. comunit.*, 2008 1177 ss.; M.G. Della Scala, *Le società legali pubbliche*, in *Dir. amm.* 2005, 391.

<sup>58</sup> Cass. Sez. Un., n. 7795/2005.

dell'insolvenza)<sup>59</sup>; la disciplina giuslavoristica in materia di reclutamento e gestione del personale<sup>60</sup>; le norme e i principi del diritto societario in tema di funzionamento degli organi sociali, poteri/doveri e responsabilità degli stessi. La giurisdizione, per gli atti interni (ad es., impugnative di deliberazioni assembleari) e per quelli a valenza esterni, infine, è del giudice ordinario<sup>61</sup>.

5. La natura privatistica delle società per azioni a capitale misto e l'interesse pubblico che ne colora obiettivi e finalità innescano dinamiche destinate a reagire diversamente nell'incontro col diritto penale. In estrema sintesi, può dirsi che se nella prospettiva del diritto privato l'interesse pubblico resta confinato lungo le retrovie, non altrettanto accade ogni qual volta si assuma la visuale del diritto penale. L'interesse pubblico ritorna prepotentemente alla ribalta grazie alla estrema sensibilità dei ricettori del gendarme penalistico: condizione, questa, che neppure la presa di distanza dalla concezione ontologica, operata dalla riforma (legge n. 86 del 1990) delle norme definitorie dell'esercente una pubblica funzione e dell'incaricato di pubblico servizio, è riuscita a scalfire. Per quanto la riformulazione degli artt. 357 e 358 Cp. abbia recepito la nozione funzionale-oggettiva, calibrata sulla regolamentazione dell'esercizio della funzione e della prestazione del servizio, la giurisprudenza continua a mantenersi restia all'idea di abbandonare l'usurato paradigma 'sintomatologico' degli indici pubblicistici dell'attività: con l'effetto di dar vita ad una incontrollata espansione delle qualifiche pubblicistiche, anche in tema di amministratori e organi di controllo delle società per azioni a partecipazione pubblica, cui consegue fatalmente l'applicazione dello statuto penale dei pubblici agenti.

Venendo più da vicino alle società per azioni *in house providing*, la Suprema Corte rinviene la disciplina pubblicistica dell'attività in una serie di indici. In particolare: l'art. 113 d.lgs. n. 267/2000, che consente agli enti locali la possibilità di erogare pubblici servizi mediante la costituzione *ad hoc* di società di capitali<sup>62</sup>; il cd. controllo analogo; la partecipazione totalitaria o maggioritaria dell'ente pubblico e comunque l'assenza

---

<sup>59</sup> Cfr. art. 14 t.u.s.p.: «le società a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi di cui al d.lgs. n. 270/1999 e al d.l. n. 347/2003 convertito con modificazioni dalla legge n. 39/2004». In giurisprudenza, Cass. civ., sent. n. 3196/2017.

<sup>60</sup> Cass. civ. 22.2.2019 n. 5346.

<sup>61</sup> CdS., sent. n. 5361/2003; Tar Toscana, sent. n. 4677/2005.

<sup>62</sup> Sul punto, si v. ora il d.lgs. 23.12.2022 n. 201, recante il riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, contenente modifiche al d.lgs. n. 267/2000.



del potere di influenza dominante da parte dell'eventuale socio privato (art. 2 d.lgs. n. 175/2016, e oggi l'art. 7 d.lgs. n. 36/2023); la natura pubblica del destinatario – sia esso esclusivo o prevalente - delle prestazioni e dei servizi erogati dalla società *in house*<sup>63</sup>. Infine e di recente, un ulteriore indice sintomatico è ravvisato nella circostanza che anche le società *in house* sono sottoposte dall'Anac all'applicazione della normativa sulla prevenzione della corruzione<sup>64</sup>.

Il tema della perimetrazione delle qualifiche pubblicistiche nel settore economico costituisce, da tempo, uno dei nervi scoperti nei rapporti fra dottrina e giurisprudenza<sup>65</sup>. Per vero il barometro non ha mai smesso di annunciare burrasca: dalla turbolenta stagione dello statuto degli operatori bancari si è passati a quella degli organi di società di capitali a partecipazione pubblica. La complessità delle questioni, se ne impedisce in questa sede una compiuta analisi, non esime tuttavia da alcune cursorie riflessioni.

Indubbiamente il rinvio offerto dagli artt. 357 e 358 Cp. alle «norme di diritto pubblico» non aiuta l'interprete, che anzi si ritrova schiacciato su concetti inevitabilmente aperti e ambigui<sup>66</sup>. Un'analisi attenta degli itinerari giurisprudenziali rivela tuttavia un 'problema' anche metodologico che, a ben vedere, poco o nulla ha a che fare con i pur noti limiti definitori del testo di legge. E precisamente: anche là dove risulti evidente la natura privatistica delle norme disciplinanti l'attività o quel suo

---

<sup>63</sup> Fra le tante, Cass. 27.11.2019 n. 1826; Cass. 13.7.2017 n. 36874; Cass. 7.7.2016 n. 49286; Cass. 12.11.2015 n. 6405. Ancora di recente, Cass. 30.6.2021 n. 37076, nonché Cass. 11.1.2023 n. 1957. Nella giurisprudenza di merito, v. App. Catania 10.7.2019 n. 2402; Gup Trib. Palermo 3.5.2021 n. 636; App. Palermo 28.2.2024 n. 1087. Pressoché isolata è rimasta Cass. 31.10.2013 n. 6145, che aveva escluso la configurabilità dell'art. 358 Cp. in capo all'amministratore delegato di una società per azioni a capitale interamente pubblico (Sac Service S.p.A.).

<sup>64</sup> Cass. 30.6.2021 n. 37076.

<sup>65</sup> Persino stucchevole sarebbe qui riportare una letteratura ormai sterminata. La migliore riprova del fatto che si tratti di un problema endemico e irrisolto risiede nella persistente attualità di taluni acuti e risalenti scritti: G. Marinucci, *Gestione d'impresa e pubblica amministrazione*, in *RDPP* 1988, 424 ss.; A. Crespi, *Il nuovo testo dell'art. 358 c.p. e un preteso caso di corruzione punibile*, ivi 1992, 1239 ss.; A. Carmona, *Dagli enti pubblici economici alle public companies: un problema insoluto negli artt. 357 e 358*, ivi 1993, 187 ss.; M. Corradino, *Il parametro di delimitazione esterna delle qualifiche pubblicistiche: la nozione di diritto pubblico*, ivi 1992, 1316 ss.; e A. Mangione, *Società concessionarie di pubblico servizio e qualifiche pubblicistiche: fra "nuovi" e "vecchi" paradigmi giurisprudenziali*, ivi 1997, 1024 ss. Più di recente, comunque, si v. A. Vallini, *Gli incerti confini tra pubblico e privato nelle qualifiche soggettive*, ivi 2024, 545 ss.; M. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano 2019, 6 ss.; Id., *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati. Le qualifiche soggettive pubblicistiche*, Milano 1992, 225 ss.; A. Sessa, *Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione. Prospettive di riforma*, Napoli 2006, 102 ss.; M. Catenacci, *Le qualifiche di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio*, in *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di M. Catenacci, Torino 2011, 21 ss. Nella manualistica, per tutti: G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale*, p. sp., I, Bologna 2021, 166 ss.

<sup>66</sup> N. Amore, *Pubblico e privato nei delitti a soggettività ristretta*, Torino 2022, 55 ss.



segmento che ha dato luogo al fatto di reato, la giurisprudenza oblitera il risultato utilizzando i criteri sintomatici dell'interesse pubblico. In parole povere, si svaluta l'esito del primo momento dell'accertamento attribuendo invece peso decisivo e assorbente al secondo profilo, deliberatamente orientato su valutazioni finalistiche e ontologiche<sup>67</sup>. L'infertilità ermeneutica di siffatto criterio è indirettamente confermata dall'attuale dibattito sul futuro della impresa azionaria: e segnatamente dalla messa in discussione della *shareholder primacy* e dal tentativo di implementare nel tipo sociale ulteriori scopi di segno collettivo, fra cui la «sostenibilità» sociale e ambientale e la cura degli interessi della comunità di riferimento (i cd. «fattori ESG» e il cd. *stakeholderism*)<sup>68</sup>. In sostanza, nessuno dubita che la tendenza ad una più fitta compenetrazione, nel *business purpose*, di profili collettivi e di interesse generale, sia un processo che lasci inalterata la natura privatistica delle società commerciali e la relativa disciplina.

Ad una lettura d'insieme, non sfugge la sensazione che – a prescindere dagli argomenti richiamati di volta in volta dai giudici – la 'caccia' all'interesse pubblico nelle società per azioni e, più in particolare, la conseguenziale espansione pretorile delle qualifiche pubblicistiche sembrano costituire la spia di un malessere più profondo e generale: frutto, per un verso, della oltranzistica affermazione di un modello interpretativo tutt'ora ancorato, anche culturalmente, a una 'precomprensione' incapace di fare i conti con i nuovi assetti, legali ed economici, della partecipazione pubblica all'economia di mercato; e per altro verso, di una opzione politico-criminale orientata alla deterrenza che ravvisa – sempre e comunque – nei delitti dei pubblici agenti l'unico modello adeguato ad assicurare una effettiva tutela agli interessi

---

<sup>67</sup> Emblematica, fra le tante, una vicenda giudiziaria ove il fatto ascritto all'amministratore delegato di una società per azioni *in house* era contestato, nell'editto accusatorio, in violazione degli artt. 2489, 2391, 2423-bis, 1709 Cc.: nonostante l'indiscutibile natura privatistica delle disposizioni disciplinanti l'attività nel cui 'concreto esercizio' era stato commesso il fatto, la qualifica soggettiva pubblicistica è stata dai giudici desunta in 'astratto' e in 'generale' invocando l'esistenza del cd. controllo analogo e la natura di ente pubblico del destinatario esclusivo dei servizi erogati dalla società *in house* (decreto di sequestro preventivo disposto da Gip Trib. Palermo 12.3.2018; ordinanza di conferma emessa da Trib. Palermo 24.5.2018 n. 115).

<sup>68</sup> Per una panoramica: U. Tombari, "Potere" e "interesse" nella grande impresa azionaria, Milano 2019; M. Libertini, *Un commento al manifesto della responsabilità sociale d'impresa nella Business Roundtable*, in *OdC* 2019, 589 ss.; E. Barcellona, *La sustainable corporate governance nelle proposte di riforma del diritto europeo: a proposito dei limiti strutturali del cd. stakeholderism*, in *Riv. soc.* 2022, 1 ss. Nella letteratura anglosassone, ove il dibattito è sorto, cfr. L.A. Stout, *The Shareholder Value Myth*, San Francisco 2012; C. Mayer, *Prosperity. Better Business Makes The Greater Good*, Oxford 2018; A. Edmans, *Grow the Pie. How Great Companies Deliver Both Purpose and Profit*, Cambridge 2020.

economici in campo<sup>69</sup>.

Il che, ovviamente, non elide affatto i numerosi rilievi critici cui si espone il granitico formante giurisprudenziale.

Il ricorso alla modellistica del *Sonderdelikt*, com'è noto, esprime anche teleologicamente le note di una peculiare offensività verso il bene protetto. E se, con riferimento ai nuovi moduli di intervento pubblico nell'economia di mercato, ciò potrebbe giungere ad avvalorare un processo di slittamento del piano degli interessi protetti – dal buon andamento e imparzialità, alla tutela della fiducia generale rimessa sulla integrità dei titolari di pubblici poteri –, occorre considerare come lo statuto penale della revisione legale (d.lgs. n. 39/2010) sia già costruito sul modello del reato proprio<sup>70</sup>: nel cui 'fuoco' rientrano vuoi la speciale fiducia riposta dal mercato e dai suoi attori – *stakeholders* e *shareholders* – sull'attività di revisione, vuoi la esplicita previsione di reati preposti a sanzionare le più gravi forme di tradimento di siffatta fiducia (esplorando le varianti della corruzione privata)<sup>71</sup>.

Su un piano generale, poi, v'è da sottolineare che il ricorso allo statuto penale della pubblica amministrazione presuppone un soggetto che non si pone sullo stesso piano degli altri operatori di mercato. Trasferita nel contesto economico questa prospettiva poteva mantenere un significato a fronte di modelli ispirati al dirigismo pubblico<sup>72</sup>, ormai superati da tempo e del tutto alieni all'attuale dimensione dell'*in house providing* e delle società a capitale misto. Tant'è vero che siffatte società agiscono *iure privatorum* e adottano gli stessi modelli organizzativi e le medesime procedure di gestione delle 'comuni' società di capitali: fra cui paradossalmente anche quelli ex d.lgs. n. 231/01, la cui disciplina – come ben noto – non si applica agli enti pubblici. Piuttosto, è da dire che se si intende rispettare il principio di legalità, non è tanto l'interesse collettivo – sempre presente sullo sfondo – ad essere decisivo, quanto il regime giuridico dell'attività che di volta in volta segna la concreta condotta del soggetto. L'avvenuta

---

<sup>69</sup> Per tutti, V. Manes, *Servizi pubblici e diritto penale. L'impatto delle liberalizzazioni sullo statuto penale della pubblica amministrazione*, Torino 2010, 123 ss., spec. 178 ss.

<sup>70</sup> Cass. 21.5.2002 n. 23449.

<sup>71</sup> A dispetto di quanto indicato in rubrica, va precisato come in realtà le situazioni di corruzione dei revisori siano spalmate fra le diverse fattispecie incriminatrici previste dal d.lgs. n. 39/2010, e precisamente: oltre che nell'art. 28 anche nei commi 4 e 5 dell'art. 27 (falso in revisione commesso per denaro o altra utilità; accordi rivelatori di illeciti interessi), nell'art. 30 (i compensi ulteriori vietati per evitare che essi possano celare il prezzo di atti contrari ai doveri dei revisori) e nell'art. 31 (la trasparenza dei rapporti patrimoniali è funzionale a impedire forme di retribuzione occulta per il compimento di atti contrari ai doveri). Si può quindi affermare che, nell'assetto penalistico prescelto, la tutela della trasparenza dei rapporti è funzionale a preservare l'affidamento sulla correttezza dell'attività di revisione. Sul punto, S. Seminara, *Diritto penale commerciale*, cit., 196, 201, 204.

<sup>72</sup> Già C. Pedrazzi, *Problemi e prospettive del diritto penale dell'impresa pubblica*, in *RDPP* 1966, 370 ss.

trasformazione del ruolo dello Stato nell'economia impone una rilettura dell'art. 358 Cp. che si riveli aggiornata e più adeguata al nuovo contesto. Il settore delle *public utilities*, anche in forza degli obiettivi imposti dal diritto eurounitario, è ormai parte di un «mercato concorrenziale» e i profili di regolamentazione speciale – pur presenti – non possono *sic et simpliciter* fungere da catalizzatori verso una prospettiva ancorata al vecchio e tradizionale modello di pubblica amministrazione<sup>73</sup>.

Lo scollamento del diritto penale vivente è dunque radicale: sordo all'evoluzione legislativa ed economica, quel che continua ad assumere un peso assorbente è che le società pubbliche, miste o *in house*, ancorché attraverso lo strumento privatistico della società per azioni, svolgono un'attività economica nell'interesse prevalente della pubblica amministrazione, dalla quale ricevono – poco importa se in parte e se quale corrispettivo per le prestazioni contrattualizzate – risorse finanziarie<sup>74</sup>. Piaccia o meno, la giurisprudenza cuce addosso all'amministratore di società *in house* l'abito dell'incaricato di pubblico servizio, così applicando i correlativi delitti contro la pubblica amministrazione. Non stupisce, allora, se in questo contesto emergano di recente iniziative giudiziarie tese a coltivare l'idea che persino il revisore legale della società pubblica o *in house* sia da annoverare fra gli incaricati di pubblico servizio: una qualifica 'in proprio' dunque, originaria e autonoma, che prescinde dalla funzione estensiva espletata dagli artt. 110 e 117 Cp. in sede di concorso commissivo od omissivo dell'*extraneus* nel reato proprio dell'amministratore<sup>75</sup>.

6. In linea di principio, la sottoposizione alle norme del codice civile e alle disposizioni privatistiche dell'attività svolta dalle società *in house providing* ha quale naturale conseguenza che l'attività di revisione legale, in assenza di norme derogatorie, segue la medesima disciplina<sup>76</sup>. La prassi delle società per azioni pubbliche e *in house* è univoca in tal senso: il conferimento dell'incarico al revisore legale dei conti ha quale oggetto contrattuale l'espletamento dell'attività disciplinata dal d.lgs. n. 39/2010.

Come si è già anticipato, l'istituto della revisione legale dei conti è stato interamente riformato, in attuazione della direttiva 2006/43/CE, dal d.lgs. 27.1.2010, n. 39 – recentemente novellato dal d.lgs. n. 135/2016, in esecuzione della direttiva 2014/56/CE

---

<sup>73</sup> V. Manes, *Servizi pubblici e diritto penale*, cit., 188 ss.

<sup>74</sup> Per tutti, A. Fiorella, *I principi generali del diritto penale dell'impresa*, in *Il diritto penale dell'impresa*, a cura di L. Conti, Padova 2001, 53 ss.

<sup>75</sup> Ad esempio: Procura della Repubblica presso il Tribunale di Palermo, Richiesta di rinvio a giudizio del 30.10.2018, proc. pen. n. 15195/2016 r.g.n.r.

<sup>76</sup> Corte dei Conti Emilia-Romagna 28.7.2021 n. 131.

–, il quale ha raccolto in un unico testo normativo anche le disposizioni che in precedenza erano contenute agli artt. 2409-*ter* e ss. Cc., adesso abrogate dal medesimo decreto. Nel portare a compimento il processo di separazione dell'attività di controllo sulla gestione societaria da quello di natura contabile – quest'ultimo, in precedenza, rimesso al collegio sindacale – l'art. 2409-*bis* Cc. dispone oggi che la revisione legale delle società non quotate è esercitata da un revisore (o da una società di revisione) esterno al controllato, regolarmente iscritto nell'apposito registro dei revisori legali dei conti<sup>77</sup>. In ogni caso, l'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 175/2916, ribadisce che per le società soggette a controllo pubblico la revisione legale non può essere affidata al collegio sindacale.

L'art. 11 d.lgs. n. 39/2010 stabilisce i principi della revisione e opera un rimando a quelli adottati dalla Commissione europea ai sensi dell'art. 26, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/43. I principi di revisione articolano la predetta attività in tre fasi – la «pianificazione», la «verifica periodica» e il «giudizio sul bilancio» – avendo cura di circoscrivere il controllo e le relative procedure nell'orizzonte della *accountable opinion* finale sul bilancio, ossia sul documento sociale e contabile più significativo e rilevante nella gestione dell'impresa. I parametri esterni che governano l'attività del revisore sono individuati nella «ragionevole certezza» della propria *opinion* – positiva o negativa che sia – e nella esclusione di «errori significativi» nel documento bilanciistico asseverato<sup>78</sup>.

Nel dettaglio, la funzione principale del revisore legale consiste nell'esprimere un giudizio sul bilancio di esercizio (e su quello consolidato, ove redatto) e nel controllare la regolare tenuta della contabilità.

Più in particolare, il revisore, ai sensi dell'art. 14 d.lgs. n. 39/2010, esprime in un'apposita relazione un *giudizio* sul bilancio e illustra agli organi sociali i risultati della revisione legale<sup>79</sup>; verifica che nel corso dell'esercizio la contabilità è stata

---

<sup>77</sup> Sono fatte salve le disposizioni speciali per i cd. enti di interesse pubblico di cui all'art. 16 d.lgs. n. 39/2010: società emittenti valori mobiliari negoziati su mercati regolamentati italiani e dell'Unione europea; banche e imprese di assicurazione di cui all'art. 1, comma 1, lett. u), del codice delle assicurazioni private; imprese di riassicurazione (art. 1, comma 1, lett. cc), del codice delle assicurazioni private) aventi sede legale in Italia, nonché le imprese extracomunitarie aventi sede secondaria in Italia (*ex art. 1, comma 1, lett. cc-ter*, codice delle assicurazioni private). Inoltre, si consideri che per le società che non sono tenute alla redazione del bilancio consolidato, lo statuto può demandare la attività di revisione legale al collegio sindacale. La revisione legale delle società quotate è invece disciplinata dalle disposizioni previste nel t.u.f.

<sup>78</sup> E. Mattei, *L'obbligo di informativa tra collegio sindacale e revisione legale dei conti*, cit., 1329 ss.

<sup>79</sup> Ai sensi degli artt. 14, comma 2, e 11 d.lgs. n. 39/2010, la relazione – che dev'essere redatta in conformità ai principi di revisione – deve contenere: un paragrafo introduttivo che illustra il bilancio (d'esercizio o consolidato) sottoposto a revisione e il quadro normativo sull'informazione finanziaria applicato alla redazione; una

regolarmente tenuta e che correttamente è avvenuta la rilevazione dei fatti di gestione nelle scritture contabili. L'art. 1, comma 1, lett. m), d.lgs. n. 39/2010 si premura di precisare che il giudizio contabile, contenuto nell'apposita relazione, è effettuato in conformità alle disposizioni del codice civile e dello stesso decreto legislativo del 2010. In tal caso, l'attività di revisione è prioritariamente diretta ad esprimere una valutazione sul bilancio il cui esito può essere graduato in: «senza rilievi», «con rilievi», «negativo». In casi ancor più estremi il revisore può adottare la «dichiarazione di impossibilità di esprimere il giudizio».

Nelle ultime tre ipotesi, l'art. 14, comma 3, d.lgs. n. 39/2010, stabilisce che il revisore nel corpo della relazione deve illustrare analiticamente le ragioni del giudizio. Nella prassi, il «giudizio con rilievi» si ha quando il revisore abbia accertato significative mancanze, discordanze o scostamenti di conformità alle norme civilistiche in materia di redazione del bilancio, disaccordi con gli amministratori in ordine all'applicazione dei criteri bilancistici, inadeguatezza dell'informativa resa nel bilancio, fatti incerti non adeguatamente rappresentati nei loro possibili risvolti. Il «giudizio negativo» si ha quando l'intensità dei precedenti rilievi è tale da pregiudicare nel complesso l'attendibilità del bilancio. Infine, la dichiarazione di «impossibilità di esprimere alcun giudizio» comprende quelle situazioni in cui vuoi per gli ostacoli frapposti dall'amministratore vuoi per la presenza di una pluralità di incertezze non sia possibile rilasciare il giudizio in quanto, rispettivamente, mancano nel complesso gli elementi indispensabili per la valutazione oppure l'incertezza è tale da porre in discussione l'attendibilità del bilancio nel suo insieme.

Per quanto attiene alla attività di verifica della regolare tenuta della contabilità e della corretta rilevazione dei fatti di gestione nelle scritture, l'art. 14 d.lgs. n. 39/2010 – come già dapprima l'art. 2409-ter Cc. – impone al revisore di appurare che i fatti di gestione siano stati rappresentati dalla società in conformità delle disposizioni di legge e dei principi contabili che regolano la materia. È necessario precisare che, da un lato,

---

descrizione della portata ed estensione della revisione effettuata, con l'indicazione specifica dei principi di revisione applicati; un giudizio sul bilancio dal quale emerga con chiarezza se questo è difforme al quadro normativo di disciplina e se rappresenta in modo veritiero e corretto la situazione patrimoniale e finanziaria della società e il risultato economico d'esercizio; gli eventuali richiami di informativa sottoposti dal revisore all'attenzione dei destinatari del bilancio; una valutazione sulla coerenza fra la relazione sulla gestione ed il bilancio; una dichiarazione, rilasciata sulla base delle circostanze conosciute nel corso dell'attività di revisione, sull'eventuale sussistenza di errori significativi nella relazione sulla gestione, nonché su eventuali incertezze relative a fatti e situazioni che potrebbero sollevare dubbi significativi sulla capacità della società revisionata di mantenere la continuità aziendale. La relazione, che deve contenere i dati identificativi del revisore, va depositata a norma degli artt. 2429, comma 3, e 2435, comma 1, Cc., o in caso di quotata ai sensi dell'art. 154-ter t.u.f.

il controllo sulle registrazioni contabili avviene sempre *a posteriori*, ossia successivamente alla verifica dei fatti di gestione: il che rende subito evidente come il revisore non possa avere una conoscenza immediata degli accadimenti aziendali, ma solo cronologicamente successiva e di certo eventuale. Dall'altro lato, il controllo del revisore è perimetrato sui profili contabili e in particolare si esplica sulla corrispondenza fra i fatti e la loro rappresentazione nelle scritture. Il che consente di acquisire pacificamente due dati. Il primo: al revisore non compete alcun controllo di legittimità sulla gestione degli amministratori, né sull'adeguatezza organizzativa anche contabile della società: compiti, invece, attribuiti entrambi al collegio sindacale. Il secondo: il controllo del revisore si esplica esclusivamente su singoli atti e non sull'attività.

Già avviata con la riforma societaria di cui al d.lgs. n. 6/2003, la separazione fra controllo contabile e controllo di legittimità è stata ulteriormente rimarcata dal d.lgs. n. 39/2010. Quest'ultimo è stato riservato, in via esclusiva, al collegio sindacale che, a norma dell'art. 2403 Cc., vigila sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione e in particolare sull'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili adottati dalla società nonché sul loro concreto funzionamento. Il collegio sindacale può 'cumulare' anche il controllo contabile soltanto nell'ipotesi di cui all'art. 2409-bis, terzo comma, Cc.: disposizione speciale che – lo si è detto – non trova però applicazione in tema di società soggette a controllo pubblico stante il chiaro divieto di cui all'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 175/2016.

Se quella appena descritta individua la funzione principale della revisione, la legge prevede, relativamente a talune operazioni particolari o straordinarie, che il revisore svolga anche attività 'consulenziale'. Questi è infatti tenuto a: esprimere parere sulla distribuzione di acconti sui dividendi (art. 2433-bis, comma 5, Cc.) e sulla determinazione del valore delle azioni in caso di recesso (art. 2437-ter, comma 2, Cc.); redigere una relazione di congruità sul rapporto di cambio nelle operazioni straordinarie di fusione e scissione (artt. 2501-sexies, 2506-ter Cc.) nonché sul progetto di fusione a seguito di indebitamento (art. 2501-bis, comma 5, Cc.); asseverare, nei casi di cui all'art. 2503 Cc., che le situazioni patrimoniali e finanziarie delle società coinvolte in operazioni di fusione non richiedano garanzie a tutela dei creditori; redigere, in caso di patrimoni destinati ad uno specifico affare, la relazione di cui all'art. 2447-novies Cc., ovvero la relazione in caso di bilancio finale di liquidazione di cui all'art. 2492,



comma 2, Cc.<sup>80</sup>.

Nell'espletamento delle sue funzioni, il revisore ha diritto ad ottenere, da parte degli amministratori, tutti i documenti e le notizie utili ai fini dell'attività di revisione e a tal fine - ai sensi dell'art. 14, comma 6, d.lgs. n. 39/2010 - ha il potere di procedere ad accertamenti e controlli per l'esame degli atti e della documentazione. L'art. 2409-septies Cc, sopravvissuto alla riforma del 2010, stabilisce poi l'opportuno raccordo fra l'attività dei revisori e quella dei sindaci: i quali sono tenuti a scambiarsi reciprocamente informazioni rilevanti per l'espletamento delle rispettive funzioni<sup>81</sup>. Si tratta di un momento di 'contatto' e 'collaborazione', finalizzato alla miglior resa degli obiettivi rimessi all'attività di alta vigilanza e al sindacato anche di legittimità attribuiti all'organo sindacale. Ciò vale anche per le interlocuzioni e i contatti preliminari con gli amministratori, che possono rivelarsi opportuni e talvolta necessari: al fine di assicurare, nella dinamica endoconsiliare, l'effettività dell'agire informati che connota il dovere e la responsabilità degli amministratori; onde pervenire una più puntuale calibratura del giudizio sul bilancio e, infine, per ottimizzare l'espletamento degli ulteriori e accessori compiti di natura 'consulenziale' dei revisori legali. All'esito di questi momenti è ben possibile che i revisori e i consulenti degli amministratori concordino determinate soluzioni o applicazioni dei criteri, ritenute dai primi opportune o necessarie per l'adozione di una relazione immune da rilievi<sup>82</sup>.

In ogni caso, non vengono meno l'autonomia e l'indipendenza dei revisori, e soprattutto la loro estraneità ai processi decisionali della società. È questo un punto fermo della disciplina che si estende sino a contrastare il fenomeno - diffuso in precedenza - delle cd. «*revolving doors*». Ancora di recente, la Corte di Giustizia, con la sentenza 24.3.2021, n. 950, ha sottolineato come il considerando n. 8 della direttiva 2014/56 vieti espressamente al revisore di ricoprire cariche sociali o dirigenziali nella società revisionata: divieto che vale anche in epoca successiva alla cessazione della revisione, ai sensi dell'art. 22-bis, paragrafo 1, della direttiva 2006/43, per un periodo temporale appropriato. L'art. 10 d.lgs. n. 39/2010 recepisce tale principio e vieta espressamente che il revisore possa essere coinvolto in alcun modo nel processo

---

<sup>80</sup> Per tutti, A. Bertolotti, *Il collegio sindacale e la revisione legale dei conti*, in *Le nuove s.p.a.*, a cura di O. Cagnasso e L. Panzani, Torino 2014, 980 ss.; nella manualistica, G.F. Campobasso, *Diritto commerciale. Diritto delle società*, II, Torino 2020, 419.

<sup>81</sup> S. Ambrosini, *La revisione legale dei conti*, in *Trattato di diritto commerciale*, IV, *Le società per azioni*, dir. da G. Cottino, Padova 2010, 809 ss.

<sup>82</sup> M. Bussoletti, *Revisori contabili: alle volte, più reticenze che informazione. Una risposta in cerca di smentita*, in *Dir. banca e mercato fin.* 2007, 552 ss.

decisionale della società revisionata. Pertanto, anche le necessarie interlocuzioni e i contatti con gli amministratori, indispensabili per l'espletamento dell'attività di revisione non implicano affatto una condivisione né tantomeno, sul piano penale, assumono il significato di approvazione successiva di un atto sociale che è e resta estraneo alla sfera del revisore.

Di qui, la chiara emersione del principio della estraneità, indipendenza e autonomia dagli organi sociali e dalla società che contrassegna la piattaforma di poteri e doveri funzionali all'attività di revisione legale dei conti: anche perché – è bene rammentarlo – il revisore non è un organo sociale.

7. Chiarita la corona di poteri e doveri che connotano *ex lege* l'esercizio dell'attività di revisione legale e definito il panorama degli interessi in gioco, si tratta di verificare se questa complessa piattaforma consenta di ravvisare gli elementi costitutivi di una posizione di garanzia finalizzata all'impedimento di reati da parte di amministratori e sindaci. Come si sa, stabilita l'equivalenza fra cagionare e non impedire e ribadita la giuridicità dell'obbligo, il capoverso dell'art. 40 Cp. non dice altro: ossia non individua né i presupposti in presenza dei quali sorge il predetto obbligo né tantomeno le forme e i contenuti dello stesso, i quali devono essere giocoforza desunti in via ermeneutica. La norma penale si limita ad effettuare un «rinvio in bianco» alle fonti normative coinvolte nell'attività. Del tutto naturale che, in ambito societario, si cerchi allora di ancorare la situazione di garanzia alla disciplina dettata dal codice civile o dalla legislazione speciale. Non si tratta, come ben noto, di una operazione agevole e scontata: non foss'altro perché le disposizioni civilistiche rispondono ad altre esigenze e perseguono obiettivi che non sempre appaiono sovrapponibili a quelli sottesi alla *Garantenstellung*. Come si vedrà, il rischio è di attribuire a doveri e obblighi disegnati dal codice e dalla legge civile un significato improprio e ultroneo, sottoponendoli a una inammissibile torsione non solo semantica ma anche funzionale.

Ciò detto, una parte autorevole della letteratura è orientata a ravvisare in capo ai revisori un modello di responsabilità omissiva sostanzialmente analogo a quello accolto per i componenti del collegio sindacale.

Secondo quest'indirizzo la posizione di garanzia dei revisori nasce anzi tutto dalla particolare connotazione 'pubblicistica' ossia dal rilievo della loro funzione che, come già visto, è protesa a garantire azionisti, *stakeholders* e più in generale il mercato sulla affidabilità economica e finanziaria della società sottoposta a controllo contabile e

sulla completezza delle informazioni dalla stessa rilasciate<sup>83</sup>. La fiducia e la reputazione di cui godono sul mercato questi *gatekeepers* trova riscontro in una valutazione normativa di affidamento, in chiave di protezione, di interessi e beni giuridici. Pertanto, se la connotazione *lato sensu* pubblicistica degli interessi, pur persistenti sullo sfondo dell'attività di revisione legale, non è sufficiente a determinare l'insorgenza della qualifica di pubblico agente, è invece adeguata a fondarne il rapporto di protezione e dunque a costituire la situazione di garanzia e le sue istanze preventive a tutela di determinati interessi giuridici. In tal senso, si era invocato – *ratione temporis* – il contenuto dell'art. 2409-sexies, comma 1, Cc, che per l'appunto rinviava al modello di responsabilità civile previsto per i sindaci dall'art. 2407 Cc.: la risultante formula normativa – i «soggetti incaricati del controllo contabile» «rispondono per i fatti e le omissioni degli amministratori quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità agli obblighi della loro carica» – rappresentava la fonte dell'obbligo volto a impedire che nell'esercizio dell'attività d'impresa gli apicali commettessero reati. Una disposizione equivalente era poi prevista dall'art. 164, comma 1, d.lgs. n. 58/1998, per i revisori delle società quotate.

Entrambe le disposizioni sono state successivamente abrogate, e l'art. 15 d.lgs. n. 39/2010 si limita oggi a stabilire la responsabilità solidale dei revisori per i danni derivanti dall'inadempimento dei loro doveri. Ciò nondimeno – secondo la tesi in parola – nulla sarebbe cambiato: anche la nuova disciplina della responsabilità civile solidale confermerebbe l'assunto della posizione di garanzia. E anzi la riforma del 2010 avrebbe introdotto una ulteriore disposizione che consoliderebbe i revisori nel ruolo di garanti: l'art. 9 d.lgs. n. 39/2010, che stabilisce il principio dello «scetticismo professionale» al quale deve attenersi il revisore nell'espletamento dell'incarico<sup>84</sup>.

Passando ai poteri impeditivi, la dottrina in esame li desume dal dovere di comunicazione in ordine alle irregolarità e ai fatti censurabili appresi nel corso dell'attività di revisione: in siffatto materiale rientrano certamente i fatti costituenti reato. Nel dettaglio, l'art. 2409-septies Cc. e l'art. 155, comma 2, d.lgs. n. 58/98, rispettivamente, individuano quali destinatari della comunicazione il collegio sindacale e, per le società quotate, anche la Consob<sup>85</sup>. I revisori, pertanto, sono

---

<sup>83</sup> M. Romano, *Problemi penali della certificazione del bilancio*, cit., 703 ss.; Id., *Sulla recente normativa penale (e sviluppi nelle proposte dello «Schema Mirone»)*, cit., 863 ss.

<sup>84</sup> F. D'Alessandro, *Il concorso del revisore nel reato di bancarotta tra omesso impedimento e contributo attivo*, in *GI* 2024, 1661; F. Centonze, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento dei reati societari*, in *Riv. soc.* 2012, 331.

<sup>85</sup> In tal direzione anche F. Centonze, *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., 325 ss.

destinatari di un obbligo che determina la proiezione pubblica - oltre l'ambito societario cioè - delle irregolarità e delle illegalità riscontrate nell'esercizio delle funzioni: sia attraverso l'annotazione nel loro registro (oggi, peraltro, non più obbligatorio) sia, e soprattutto, attraverso l'informativa al collegio sindacale e all'autorità di vigilanza<sup>86</sup>. L'area dei doveri degli organi di controllo è dunque omogenea giacché anche i sindaci, ai sensi dell'art. 149 t.u.f, sono destinatari del medesimo obbligo di informare la Consob delle gravi irregolarità riscontrate nella gestione d'impresa. Non per caso a entrambi, sindaci e revisori, la legge attribuisce il potere-dovere di richiedere atti e documenti, nonché di procedere a verifiche e ispezioni.

In questa direzione - si insiste - assume un significato pregnante l'obbligo, gravante su revisori e sindaci, di reciproco scambio di informazioni: il cui adempimento non può che determinare, là dove si ravvisino fatti costituenti reato, una naturale convergenza verso l'attivazione del dovere di informativa a proiezione esterna. A nulla rileva che soltanto la violazione dell'obbligo dei sindaci è espressamente sanzionata (in via amministrativa: art. 193, comma 3, lett. a, d.lgs. n. 58/1998): la mancata previsione della sanzione per il corrispondente inadempimento del revisore costituisce una stravagante «singolarità» che non nasconde, comunque, quella che è una irragionevole disparità di trattamento<sup>87</sup>. In sostanza - conclude l'autorevole dottrina - la posizione di garanzia dei responsabili della revisione discende dalla simmetria normativa che, nella funzione di controllo per l'impedimento dell'altrui reato, il legislatore ha delineato rispetto alla posizione dei sindaci<sup>88</sup>.

Sempre in quest'orizzonte di pensiero, altri autori evidenziano più di recente che il carattere continuativo dell'attività di revisione consente una 'presa costante' sulla società revisionata: in siffatto contesto i contatti preliminari e informali con gli amministratori, in vista della relazione contenente il giudizio sul bilancio (d'esercizio o consolidato), rappresentano peculiari momenti in cui è possibile esercitare un potere di interdizione in senso lato. La possibilità di esprimere una *opinion* estremamente negativa sul bilancio (o addirittura la dichiarazione di impossibilità di pervenire al giudizio) possiede natura reattiva e impeditiva: essa, infatti, «potrebbe indurre i soci a

---

<sup>86</sup> M. Romano, *Sulla recente normativa penale*, cit., 858 s.

<sup>87</sup> M. Romano, *Sulla recente normativa penale*, cit., 860 s., che, a conferma della irragionevolezza del vuoto normativo, ricorda come l'obbligo di informazione sia invece presidiato da apposita sanzione «nel caso di revisori che operino presso banche».

<sup>88</sup> M. Romano, *Sulla recente normativa penale*, cit., 863.

non approvare quel bilancio»<sup>89</sup>. L'obbligo di esplicitare analiticamente le ragioni della valutazione negativa, o della impossibilità di esprimere il giudizio, consente poi al revisore di 'inchiodare' pubblicamente gli amministratori ed eventualmente anche i sindaci alle loro responsabilità, stante la valenza esterna della relazione. Altrettanto è a dirsi per quanto concerne le ulteriori comunicazioni e relazioni cui i revisori sono obbligati per legge in presenza di operazioni straordinarie (fusione, scissione; *merger leveraged by out*, etc.): «in tali casi una relazione che evidenzi i profili di illiceità in merito al piano economico e finanziario potrebbe risultare assai efficace anche a impedire il perfezionarsi di operazioni in pregiudizio dei creditori e quindi il danno patrimoniale a questi ultimi (art. 2629 c.c.)»<sup>90</sup>. Va da sé, poi, che qualora il revisore si accorga dell'illecito altrui solo in un momento successivo ha il dovere di correre ai ripari e dunque di revocare la precedente relazione, onde sostituirla con una di segno contrario nella quale si cristallizzi il reato altrui.

Sulla scorta di queste considerazioni, si ravvisa l'esistenza di una posizione di garanzia in capo ai revisori avente ad oggetto l'impedimento dei reati degli amministratori a protezione degli interessi patrimoniali della società, degli azionisti, dei creditori e dei potenziali investitori. L'azione doverosa pretesa dal garante, a seconda delle circostanze, può esplicarsi attraverso l'esercizio di poteri «mediati o di ostacolo» (quali la informativa diretta alla Consob e/o al collegio sindacale affinché attivino i propri poteri impeditivi)<sup>91</sup>, ovvero di «impedimento diretto» attraverso il giudizio negativo contenuto nella relazione finale sul bilancio o nelle comunicazioni previste per le operazioni straordinarie o più rilevanti indicate tassativamente dalla legge. Non manca la consapevolezza del fatto che le disposizioni di legge richiamate non attribuiscono, a rigore, poteri causalmente impeditivi al revisore: quel che è possibile desumere dal dettato normativo è solo un «potere potenzialmente impeditivo». Sicché tutto dipenderà dalle circostanze del caso concreto, ossia dalle evidenze disponibili nel processo e dalla possibilità di inferire, nella singola vicenda,

---

<sup>89</sup> F. Centonze, *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., 327 e 328 (da cui la citazione in testo; corsivo dell'A.).

<sup>90</sup> F. Centonze, *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., 329; Id., *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari*, cit., 331.

<sup>91</sup> Di recente, in tal direzione A.M. Dell'Osso, L. Orsi, *Profili penali dell'attività di revisione legale dei conti*, cit., 124 ss. Più in generale, in una parte della dottrina si è fatta strada la tesi della sufficienza, ai fini del riconoscimento della responsabilità omissiva ex art. 40, cpv, c.p., di poteri di mera sollecitazione finalizzati, a loro volta, ad attivare l'esercizio di poteri causalmente impeditivi da parte di un terzo garante: A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bologna 2009, 291 ss. Sul punto, v. comunque oltre § 9.

se l'attivazione di quei poteri potenziali avrebbe con certezza evitato l'evento e dunque il reato altrui<sup>92</sup>.

8. Che dal vigente dettato normativo possa ricavarsi l'esistenza di una posizione di garanzia in capo ai responsabili della revisione contabile è lecito dubitare.

Anzi tutto, e con pari autorevolezza, si è replicato che la comunicazione al collegio sindacale o alla Consob «concerne per definizione un fatto già accaduto, e quindi non più possibile oggetto di un obbligo di impedimento dello stesso», né tantomeno «si potrebbe porre a carico del revisore un obbligo di eliminare o quanto meno attenuare il danno causato dal fatto censurabile oggetto di comunicazione, in quanto ogni eventuale iniziativa che potrebbe essere utilmente assunta in proposito sarebbe comunque di esclusiva competenza, come è d'altronde ovvio, del destinatario della comunicazione, ossia della Consob (oltre che del collegio sindacale)»<sup>93</sup>.

Per le medesime ragioni, non può condividersi l'idea che risponderrebbe per mancato impedimento del reato *ex art. 40, cpv, Cp.*, il revisore che, accortosi solo successivamente dell'illecito, non corra subito dopo ai ripari sostituendo la precedente relazione positiva. Salvo che si tratti di fatti *in itinere*, una cosa è la responsabilità (omissiva) «equivalente» (a quella commissiva) che si fonda sulla mancata attivazione in chiave 'preventiva' – qual è quella sottesa alla *Garantenstellung* e comunque al capoverso dell'art. 40 Cp. – altra e ben diversa cosa è l'attivazione tardiva o successiva che avvenga cioè ad illecito commissivo già compiuto<sup>94</sup>. Nessuna responsabilità per mancato impedimento può mai sorgere se il controllore ha conoscenza del fatto oggetto di pretesa impeditiva solo in un momento posteriore alla sua realizzazione. Passando all'elemento soggettivo, l'obiezione appare ancor più solida: la rappresentazione e la volontà – come anche la riconoscibilità del pericolo, se si tratta di colpa – devono sorgere e sussistere in vista del fatto, accompagnandone la realizzazione<sup>95</sup>. La consapevolezza insorta solo dopo la sua consumazione ad opera di terzi non può di certo valere a sostituire il dolo o la colpa dell'omesso impedimento.

---

<sup>92</sup> F. D'Alessandro, *Il concorso del revisore nel reato di bancarotta tra omesso impedimento e contributo attivo*, cit., 1661.

<sup>93</sup> A. Crespi, *La pretesa «posizione di garanzia» del revisore contabile*, cit., 395.

<sup>94</sup> Sulla problematica ammissibilità del favoreggiamento omissivo, in senso critico: T. Padovani, voce *Favoreggiamento*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma 1989, 2, 6 ss.; D. Pulitanò, *Il favoreggiamento personale fra diritto e processo penale*, Milano 1984, 155.

<sup>95</sup> Sia pur in una prospettiva più ampia, per tutti: M. Caputo, *Dalla teoria dei "segnali di allarme" alla realtà dell'imputazione dolosa nel concorso dell'amministratore non esecutivo ai reati di bancarotta*, in *Banca, borsa e tit. credito* 2015, 927 ss.



Più in generale, si deve osservare che una cosa è l'obbligo del revisore di 'rettificare' la precedente relazione che, oggettivamente, in virtù del *novum* successivamente emerso, non corrisponde più a verità o comunque contiene valutazioni basate su fatti non veri; un'altra cosa è l'obbligo di impedire la commissione di quei fatti ai sensi del secondo comma dell'art. 40 Cp. La rettifica, essendo posteriore al fatto altrui, può soltanto rispondere a due scopi meritevoli di apprezzamento sul piano giuridico. Il primo: attenuare le conseguenze negative del fatto altrui. Il secondo: garantire che la relazione corrisponda sempre a verità ossia a fatti correttamente rappresentati. Nessuno dei due piani, a ben vedere, incrocia il perimetro preventivo e impeditivo, causalmente equivalente, disegnato dall'art. 40, cpv, Cp.

Appare poi estremamente problematico poter trarre dal contenuto dell'art. 2409-septies Cc. un obbligo di attivazione rilevante ai fini della responsabilità di cui all'art. 40, cpv, Cp. La disposizione, a ben vedere, si limita a stabilire un dovere di reciproco scambio delle informazioni rilevanti fra revisori e sindaci, che risponde a tutt'altre finalità ed esigenze. Altrettanto è a dirsi per quanto attiene alle eventuali interlocuzioni preventive e informali con gli amministratori: davvero non si riesce a individuare quale norma giuridica attribuirebbe in tali occasioni al revisore un - ancorché residuale - potere di impedimento o condizionamento preventivo. L'art. 10 d.lgs. n. 39/2010 è in tal senso chiaro nel ribadire l'autonomia e l'estraneità della sfera giuridica del revisore rispetto ai processi decisionali e ai conseguenti atti adottati dalla società revisionata. Certo, nulla esclude che il revisore possa in tali occasioni fornire un suggerimento concreto o compiere atti funzionalmente e consapevolmente diretti a consentire all'amministratore di realizzare il proprio obiettivo criminoso: ma qui non vi sarebbe materia per una asserita responsabilità omissiva nascente, in ipotesi, dal mancato impedimento dell'altrui illecito. Molto più banalmente l'addebito, in tal evenienza, si apprezzerà sul terreno del contributo commissivo - morale o materiale - rilevante ex art. 110 Cp.

Più in generale, giova ribadire che non è la violazione di qualsivoglia obbligo a fondare una responsabilità per mancato impedimento dell'evento o del reato altrui. Spunti e indicazioni utili possono allora venire da un'attenta analisi della natura, del contenuto e delle funzioni dei doveri che, al netto delle riforme, sono stati attribuiti ai protagonisti del controllo societario e cioè al collegio sindacale e ai revisori dei conti.

Orbene, l'avvenuta demarcazione di competenze, con l'attribuzione in via esclusiva ai revisori del controllo contabile, non ha fatto venir meno il dovere del collegio

sindacale di vigilare e valutare sia l'adeguatezza contabile degli assetti societari, sia il rispetto della normativa anche fiscale nelle appostazioni di bilancio. È sufficiente ricordare in tal direzione: l'art. 2426, n. 5, Cc., in ordine all'iscrizione all'attivo dei costi di ricerca, sviluppo e pubblicità con utilità pluriennale; l'art. 2426, n. 6, Cc., in merito all'iscrizione all'attivo del valore di avviamento; l'art. 2429, comma 2, Cc., circa le osservazioni e proposte sul bilancio e sulla sua approvazione anche con riferimento all'eventuale deroga di cui all'art. 2423 Cc., nonché al controllo della rispondenza agli schemi legali dello stato patrimoniale, del conto economico, della nota integrativa e della relazione sulla gestione. Queste disposizioni confermano chiaramente come i sindaci siano tenuti ad un controllo non solo formale ma soprattutto di «legittimità» che ha ad oggetto l'adeguatezza, anche contabile, delle informazioni veicolate nel bilancio.

Se ne desume, allora, una indicazione legislativa di previa selezione di aree legate o connesse all'informativa contabile, e di sottoposizione al penetrante controllo di legittimità: esse sono riservate ai soli sindaci. Sintomo evidente di una attribuzione specifica e selettiva, in termini di obbligo, e che ha come destinatario il solo organo di controllo interno. Si tratta, a ben vedere, della concretizzazione della regola generale che, a norma dell'art. 2403 Cc., impone al collegio la vigilanza sulla conformità a legge e statuto dell'agire degli amministratori nonché sul rispetto da parte di questi ultimi dei principi di corretta amministrazione. Per questa ragione la riforma pone i sindaci al centro del sistema informativo, stabilendo che essi – e non altri – costituiscono il crocevia di tutti i flussi informativi<sup>96</sup>. Lo scambio informativo con i revisori si inserisce e risolve in questa dinamica, senza con ciò assumere significato e portata impropri e

---

<sup>96</sup> In particolare, le fonti informative di cui il collegio sindacale è destinatario risultano essere: le notizie degli amministratori delegati circa il generale andamento della gestione e la sua prevedibile evoluzione, le operazioni straordinarie e quelle più rilevanti effettuate dalla società e dalle controllate (art. 2381, comma 5, Cc.); la denuncia, ad opera dei soci, di fatti censurabili compiuti dagli amministratori (art. 2408 Cc.); le notizie su tutti gli interessi degli amministratori in una determinata operazione sociale (art. 2391 Cc.); le notizie sull'eventuale dissenso di un amministratore rispetto alle deliberazioni del consiglio d'amministrazione (art. 2392 Cc.); la notifica dell'azione di responsabilità sociale esercitata dai soci (art. 2392-bis Cc.); la comunicazione dell'amministratore di rinuncia all'ufficio (art. 2385 Cc.); la relazione sul progetto di aumento di capitale con esclusione o limitazione del diritto d'opzione (art. 2441, comma 6, Cc.); la relazione in caso di diminuzione, per perdite, del capitale sociale oltre il terzo (artt. 2446, 2482-bis Cc.); il rendiconto finale del patrimonio destinato ad un singolo affare (art. 2447-novies Cc.); la relazione sulla gestione e sul bilancio (art. 2429 Cc.); le notizie provenienti dai collegi sindacali delle società controllate (art. 2403-bis Cc.). Infine, si consideri come il collegio sindacale riceva notizie: dall'organismo di vigilanza, dalla funzione di *internal audit*, dal dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili, dal revisore legale, nonché da tutti i possibili detentori di informazioni rilevanti che il collegio decida di audire ai sensi dell'art. 2403-bis Cc.

ultronei: anch'esso è cioè funzionale ad assicurare al collegio sindacale quell'ulteriore ed eventuale frammento conoscitivo e valutativo che consente di supportare e solidificare l'attività di alta vigilanza e sindacato sugli indirizzi gestori che la legge riserva all'organo di controllo interno.

Pertanto, il fatto che i revisori siano tenuti a veicolare informazioni in funzione dell'adempimento dei doveri del collegio sindacale non implica affatto la sussistenza di una posizione di garanzia in capo ai primi: semmai arricchisce il contenuto della base conoscitiva funzionale all'adempimento degli obblighi di attivazione dei sindaci. La tesi contraria sopravvaluta la reale portata del dovere di informativa dei revisori: esso è uno dei tanti in cui si concretizza il principio della circolazione delle informazioni, il quale però ruota attorno alla figura strategica del collegio sindacale che, per l'appunto, è il solo organo di controllo ad essere destinatario di *tutte* le informazioni. Di rimando, *a latere* dei revisori non si riscontra affatto un analogo reticolo di norme atte a imporre un corrispondente flusso informativo in entrata: ecco perché la pur breve vigenza della responsabilità dei revisori *ex art. 2407 Cc.* era manifestamente priva di razionalità.

Malfermo era poi – *ratione temporis* - il richiamo all'art. 164, comma 1, t.u.f., in quanto il rinvio da esso disposto era unicamente al primo comma dell'art. 2407 Cc., il quale, com'è noto, si limitava a stabilire che anche i revisori, come i sindaci, erano tenuti ad adempiere i loro doveri con la professionalità e diligenza richieste dalla natura dell'incarico: una limitazione, questa, che confermava la scelta del legislatore di non puntare sulla causalità omissiva e dunque di non voler accedere ad una equiparazione normativa fra le omesse rilevazioni contabili e i reati commessi dagli amministratori<sup>97</sup>. Come che sia, tanto l'art. 164, comma 1, t.u.f., quanto l'art. 2409-sexies Cc. sono stati abrogati e il vigente art. 15 d.lgs. n. 39/2010 ha abbandonato quella formula normativa (l'art. 2407 Cc. nella sua interezza) che, tradizionalmente, si assume a fondamento della posizione di garanzia dei sindaci: come è stato acutamente osservato, «la posizione di garanzia, prima derivante dall'assimilazione della responsabilità dei revisori legali a quella dei titolari di poteri di controllo interni alla società, è dunque venuta meno quanto all'enunciazione espressa dell'obbligo di impedire l'evento», né d'altra parte «la previsione di tale obbligo giuridico è ricavabile per altra via»<sup>98</sup>. L'abbandono della formula di cui all'art. 2407 Cc. trova la sua ragion

---

<sup>97</sup> N. Pisani, *Controlli sindacali e responsabilità penali nelle società per azioni*, Milano 2003, 309 s.

<sup>98</sup> S. Seminara, *Diritto penale commerciale*, cit., 189.

d'essere nel differenziato contenuto del dovere di controllo che distingue nettamente la sfera di competenze dei revisori da quella dei sindaci<sup>99</sup>: tant'è vero che la responsabilità solidale dei revisori con quella degli amministratori trova contenimento con la precisazione, quanto ai rapporti interni, che ciascun debitore solidale risponde nei limiti del contributo effettivo al danno cagionato<sup>100</sup>. E di certo i revisori, oltre ad operare in condizioni di piena autonomia e indipendenza dalla società, non sono destinatari dell'obbligo di alta vigilanza incombente invece sui soli sindaci<sup>101</sup>. Come ben scritto, il responsabile della revisione non vigila «sui «fatti» e sulle «omissioni» degli amministratori»<sup>102</sup>.

La verità è che lo specifico modello di imputazione di responsabilità di cui all'art. 2407 Cc. trova giustificazione in quanto ancorato ad una base conoscitiva ampia e generale: qual è – quantomeno in astratto – quella dei sindaci e quella delineata dall'art. 2381 Cc. per i componenti del consiglio di amministrazione<sup>103</sup>; e quale non è – né in

---

<sup>99</sup> In tal direzione, A. Crespi, *La pretesa «posizione di garanzia» del revisore contabile*, cit., 400 s., che ancor prima dell'abrogazione delle richiamate disposizioni, aveva colto la palese irrazionalità della estensione ai revisori del modello di responsabilità stabilito per il collegio sindacale (disposta dall'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 34/2004), definendola senza mezze misure «demenziale» (ivi, 401).

<sup>100</sup> L'art. 15, comma 1, d.lgs. n. 39/2010 disciplina la responsabilità della società di revisione, del responsabile della revisione e dei dipendenti, verso la società revisionata, i suoi soci e i terzi. A differenza di quanto generalmente praticato a livello internazionale, ove è previsto un *cap* - fisso o variabile - e non sussiste alcun vincolo di solidarietà, i revisori sono solidalmente responsabili nei limiti del contributo causalmente prodotto dal loro inadempimento. Per quanto attiene al riparto interno, la solidarietà è limitata al *quantum* corrispondente al contributo ossia a quella quota evitabile con la dovuta diligenza: nulla di diverso, quindi, rispetto al principio generale desumibile dall'art. 1223 Cc. Il secondo comma dell'art. 15 prevede poi una responsabilità civile diretta (in capo ai revisori e alle società di revisione) per i danni cagionati alla società revisionata derivanti da inadempimento o da fatto illecito: anche in tal caso, la responsabilità è solidalmente circoscritta nei limiti del contributo causale di ciascuno. A quanto pare, non si tratta di responsabilità parziaria o proporzionale: la limitazione non è dunque opponibile ai terzi. In letteratura, v. P. Giudici, *La responsabilità civile del revisore*, in *Le Società, (Gli speciali: d.lgs. n. 39/2010: la revisione legale)*, 2010, 36 s.; A. Stagno d'Alcontres, N. de Luca, *Le società*, Torino 2023, 634 s.

<sup>101</sup> Il che giustifica la scelta legislativa di delimitare la sanzione amministrativa alla sola omessa informativa dell'organo di controllo interno: così, S. Seminara, *La tutela penale del mercato finanziario*, in C. Pedrazzi, A. Alessandri, L. Foffani, G. Spagnolo, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna 2000, 572 ss. Vale la pena osservare che la puntuale replica di M. Romano, *Sulla recente normativa penale*, cit., 862, sembra aver perso d'attualità, trovando oggi risposta nell'introduzione del reato che punisce gli eventuali ostacoli frapposti alla revisione dagli amministratori.

<sup>102</sup> A. Crespi, *La pretesa «posizione di garanzia» del revisore contabile*, cit., 401.

<sup>103</sup> Ulteriore argomento può trarsi dall'avvenuta espunzione dell'obbligo di tenuta del libro dei revisori, che invece persiste per il collegio sindacale e per il consiglio d'amministrazione. Fra le funzioni svolte dalla tenuta dei libri vi è anzi tutto quella di consentire il monitoraggio e il controllo sul corretto adempimento dei doveri rimessi in capo all'organo sindacale e a quello amministrativo; di qui, secondo l'opinione prevalente, l'obbligatorietà della verbalizzazione delle motivazioni sottese alle scelte compiute in consiglio d'amministrazione: L. Marchegiani, *La motivazione delle deliberazioni consiliari*, Milano 2018, 241 ss.; D. Scano, *La motivazione delle decisioni nelle società di capitali*, Milano 2018, 175 ss.

astratto né in concreto – quella assicurata ai revisori. È il sapere che fonda il potere: senza il primo non può esservi il secondo.

8.1. A ulteriore riprova di quanto si vien discorrendo vi è che l'omessa comunicazione del revisore, così come la comunicazione mendace che non riferisca il fatto censurabile – in ipotesi penalmente rilevante – è autonomamente punita dall'art. 27 d.lgs. n. 39/2010 (e in precedenza dall'art. 2624 Cc.). E ciò a prescindere dall'eventuale e controversa configurazione del reato di ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza di cui all'art. 2638 Cc.: la genericità della nozione di «ostacolo» è, secondo taluni, tale da poter abbracciare anche l'omessa rappresentazione o la falsa rappresentazione, in tutto o in parte, del fatto<sup>104</sup>. Tuttavia quel che qui rileva è che la violazione degli obblighi comunicativi o informativi dei revisori trova espressa tipizzazione in una apposita fattispecie incriminatrice. Del tutto impropria, allora, si rivela la trasformazione di siffatto inadempimento in elemento costitutivo della – radicalmente diversa – responsabilità omissiva disegnata dall'art. 40, cpv, Cp.<sup>105</sup>.

La riforma, in particolare con l'abrogazione dell'art. 2409-ter Cc., ha espunto l'obbligo di controllare la conformità a legge della corrispondenza del bilancio alle risultanze delle scritture contabili. E parimenti è a dirsi in ordine al carattere periodico dell'attività di verifica: anch'esso non trova più esplicita enunciazione dopo la riforma. Se è vero che una parte della dottrina non dubita del fatto che l'attività di verifica contabile continui ad essere caratterizzata dalla periodicità, né che il giudizio sul bilancio possa fare a meno di una valutazione sulla correttezza delle appostazioni<sup>106</sup>; è anche vero che la mancata enunciazione di tali obblighi si spiega con la volontà del legislatore di attribuire tali questioni al dovere di controllo e alla responsabilità dei sindaci. Pertanto, il dato normativo, lungi dal consentire una sostanziale equiparazione fra sindaci e revisori, persegue al contrario un marcato

---

<sup>104</sup> A tal riguardo, S. Seminara, *Le falsità nell'attività di revisione contabile*, cit., 638; Id., *Diritto penale commerciale*, cit., 189; A. Alessandri, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza*, in *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di A. Alessandri, Milano 2002, 260; R. Zannotti, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza*, in *I nuovi reati societari*, a cura di A. Giarda e S. Seminara, cit., 586 s.

<sup>105</sup> In tal senso, con chiarezza: Cass. 30.11.2023 n. 47900. In direzione opposta, F. D'Alessandro, *Il concorso del revisore nel reato di bancarotta tra omesso impedimento e contributo attivo*, cit., 1659, il quale sostiene sia la natura omissiva del falso in relazione per occultamento di informazioni (art. 27, d.lgs. n. 39/2010), sia la sua ulteriore rilevanza quale modalità di concorso omissivo nella bancarotta societaria degli amministratori: con l'effetto di dar luogo, in capo ai revisori e per lo stesso fatto, ad un concorso di reati.

<sup>106</sup> F. Bava, A. Devalle, *Il processo di revisione*, in *Le Società, (Gli speciali: d.lgs. n. 39/2010: la revisione legale) 2010*, 11 ss.

«distanziamento» dei rispettivi statuti<sup>107</sup>. In ogni caso, l'interprete non può trascurare il fatto che la riforma ha eliso quegli appigli normativi su cui si voleva, in passato, ancorare la pretesa posizione di garanzia.

Non basta. V'è di più.

Anche a voler accedere ad una lettura estesa dei doveri di verifica - della corrispondenza dei fatti di gestione alla rappresentazione che la società ne dà nelle scritture contabili, e sulla regolare tenuta della contabilità - non è comunque dato ravvisare l'esistenza di specifici obblighi di impedimento dell'altrui reato. Per quanto espressamente rimesso ai doveri del collegio sindacale<sup>108</sup>, il revisore non può non tener conto - soprattutto nella fase di pianificazione dell'attività - dell'efficacia del sistema di contabilità e di controllo della società assoggettata a revisione: siffatta analisi risulta connessa alla valutazione del cd. «rischio di revisione», e il suo ridimensionamento è in funzione della corretta implementazione di un valido sistema di contabilità e controllo interni. Sarebbe però del tutto eccessivo trarre da ciò il sintomo di un potere impeditivo e, ancor prima, di una posizione di garanzia: si tratta semplicemente di un succedaneo funzionale al metro di valutazione del bilancio che, per l'appunto, si ritiene soddisfatto nella misura in cui garantisca l'inesistenza di «errori significativi» da parte dei redattori dello stesso. In ogni caso, si è in presenza di un obbligo di carattere ancora *generico* che, certamente, non presenta quella connotazione specifica che sola può fondare la responsabilità da posizione di garanzia.

Come è persino autoevidente, l'attività esercitata in corso d'esercizio sulla regolare rilevazione dei fatti contabili e sulla tenuta della contabilità attiene sempre e comunque a fatti già accaduti: nonostante lo 'scetticismo' che deve improntare l'attività di verifica, l'oggetto si identifica sempre in un dato pre-esistente e già rilevato contabilmente dalla società. Nel corso dell'attività, pertanto, il revisore può intercettare solo fatti già commessi e, davvero, non si vede come possa configurarsi, logicamente e materialmente, rispetto ad essi una attivazione in chiave preventiva. V'è poi da dire che la revisione è sempre perimetrata lungo l'orizzonte della corretta appostazione di dati contabili: per quanto anche tali operazioni siano frutto di stime e valutazioni - non sempre e non necessariamente giuridiche: la gran parte è di segno aziendalistico-ragionieristico -, ad esse sfugge la possibilità di intercettare buona parte

---

<sup>107</sup> Consapevole di tale aspetto è lo stesso F. Centonze, *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., 336.

<sup>108</sup> A seconda del modello di gestione prescelto, il controllo sull'adeguatezza organizzativa, amministrativa e contabile spetta: al collegio sindacale (art. 2403, comma 1, Cc.), al consiglio di sorveglianza (art. 2409-*terdecies*, comma 1, lett. c, Cc.), al comitato per il controllo sulla gestione (art. 2409-*octiesdecies*, comma 5, lett. b, Cc.).



dell'area del penalmente rilevante<sup>109</sup>. Non così invece per il collegio sindacale, il cui controllo di legittimità è calibrato volutamente sull'intera gestione sociale: quivi il sindacato, oltre ad essere diffuso, è anche penetrante e come tale idoneo, anche se solo in astratto, a intercettare qualsivoglia tipo d'illecito. La verifica dei revisori, poi, avviene a campione e costoro, a differenza dei sindaci, non partecipano alle sedute dell'organo amministrativo. Del resto, anche i poteri di accesso ed esibizione sono perimetrati in relazione all'oggetto del riscontro contabile: non potendo il revisore chiedere o visionare alcun documento diverso o ultroneo e, in definitiva, estraneo al perimetro contabile. La revisione non si appoggia su una vigilanza generale e diffusa: segno di una ulteriore delimitazione del controllo. Se ne deduce allora che è la stessa conformazione dei doveri dei revisori ad apparire distonica rispetto ad una asserita e pretesa funzione di garanzia simmetrica a quella dei sindaci. Quello dei revisori è un controllo su fatti che si esplica *ex post*: quale che ne sia il contenuto, i fatti sono destinati ad essere visionati solo tardivamente cioè in epoca successiva alla loro adozione. In buona sostanza, se il legislatore avesse voluto attribuire un diverso ruolo ai revisori avrebbe disegnato ben altra architettura di doveri-poteri funzionali e preventivi, adeguati cioè ad assicurare l'ulteriore presidio penalistico a valenza impeditiva del reato altrui.

8.2. L'aspetto più rilevante della funzione primaria attribuita dalla legge al revisore attiene al giudizio sul bilancio d'esercizio. Nessun dubbio che qui l'attività del revisore possiede una connotazione preventiva, giacché la conoscenza dei fatti contabili rilevati in corso d'esercizio si esplica e proietta in vista del giudizio finale sul progetto di bilancio trasmesso dagli amministratori e che dovrà essere approvato dall'organo assembleare. La conoscenza *ex ante* però non consente da sola di ravvisare una posizione di garanzia: la quale, come si sa, pretende che alla prima si accompagni un obbligo di reazione e soprattutto il corrispondente potere di impedimento. Occorre allora ricercare l'eventuale sussistenza di un potere dei revisori atto a impedire la venuta ad esistenza del bilancio: giacché è solo con la deliberazione assembleare di approvazione che il reato giunge a consumazione.

Per quanto si possa scavare qua e là, non si troverà alcuna norma – di *hard* e *soft law* – che attribuisca siffatto potere ai revisori dei conti. Al contrario, quel che si rinviene

---

<sup>109</sup> Anche chi – come M. Romano, *Sulla recente normativa penale*, cit., 863 – sostiene che i revisori sarebbero titolari di una posizione di garanzia, ne circoscrive il perimetro «al solo espletamento dei compiti istituzionali assegnati dalla legge alle società di revisione».

è la libertà giuridica di amministratori e sindaci di non accogliere gli eventuali rilievi, e ancor di più persiste la sovranità dell'organo assembleare tale da potersi determinare al voto anche a fronte di una *accountable opinion* estremamente negativa da parte dei revisori. Ovviamente amministratori, sindaci e soci sosterranno il peso delle eventuali conseguenze giuridiche ed economiche. Ma nella prospettiva della pretesa posizione di garanzia dei revisori resta ferma la inesistente efficacia impeditiva di un giudizio che, quand'anche negativo, non condiziona né impedisce l'approvazione del bilancio.

Sul piano dei principi generali appare problematico concepire una posizione di garanzia in capo a soggetti esterni ed estranei alla società, attribuendo loro la medesima posizione di un organo interno della persona giuridica. È vero che la revisione legale si pone lungo uno sfondo costellato da interessi istituzionali: ma a differenza del collegio sindacale la loro attività resta esterna alla dimensione, anche funzionale e organica, della società revisionata. Gli eventuali disallineamenti dai doveri su di essi gravanti, non per caso, trovano autonoma incriminazione in una costellazione di reati.

Non vi è nulla di stravagante in tutto ciò: si tratta della coerente conseguenza della sistematica e dei principi generali dell'ordinamento giuridico. Come potrebbe una figura (persona fisica o giuridica) esterna, vincolata contrattualmente con un incarico privatistico, essere titolare di poteri giuridici di interdizione e condizionamento dell'agire degli organi sociali di una società di capitali che è soggetto dotato di autonomia e personalità giuridica? *Incidenter tantum* mi limito a ricordare che è sulla scorta di questa considerazione che si esclude pacificamente, in dottrina e giurisprudenza, che gli amministratori della capogruppo possano rispondere, a titolo di garanti, per il mancato impedimento dei reati commessi dagli amministratori delle società controllate<sup>110</sup>. La controllante è soggetto giuridico distinto e autonomo dalle controllate: e viceversa. Gli amministratori della controllante non sono organi sociali delle controllate: né questi ultimi lo sono della prima. Se ne deduce che il disallineamento fra rapporto organico (e sottostanti doveri e poteri) e persona giuridica è sufficiente a recidere sul nascere la posizione di garanzia dei primi a protezione degli interessi delle controllate. Sicché, in perfetta coerenza con tale principio generale le valutazioni e le relazioni dei revisori – salvo che la legge non le assuma espressamente quali presupposti esterni di fattispecie complesse: è il caso delle

---

<sup>110</sup> A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, cit., 159; A. Gargani, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse*, cit., 526 s.

relazioni previste in caso di operazioni straordinarie – non assumono valore condizionante, incidente o pregiudiziale, in termini di autorizzazione o di approvazione, sulle determinazioni degli amministratori, delle deliberazioni del collegio sindacale e dell'assemblea dei soci. Semplicemente perché i revisori dei conti non sono organi sociali: e ciò incide in maniera determinante già sul piano della situazione di garanzia, ossia del rapporto di protezione con gli interessi altrui.

Le valutazioni dei revisori dei conti mirano unicamente a inviare un «messaggio» agli azionisti, ai creditori, e in generale al mercato: questa è la sola garanzia che da essi è lecito pretendere. I destinatari di siffatta 'garanzia' sono poi liberi di trarne le opportune conseguenze in termini di affidabilità economico-finanziaria della società, e di correttezza informativa e diligenza dei rispettivi amministratori. È su questo piano che la revisione legale esplica la funzione - istituzionale, se si vuole - di *wachtdog*: riduce le asimmetrie informative e orienta la fiducia degli attori economici; il che è cosa ben diversa dal farsi carico dell'obbligo di impedire eventuali reati da parte di amministratori e sindaci. La violazione della fiducia istituzionale loro accordata trova coerente reazione, oltre che nelle logiche di mercato, nelle fattispecie incriminatrici che vedono i revisori fra i soggetti attivi. L'omessa rilevazione, nel corpo della relazione che contiene il giudizio finale sul bilancio, degli illeciti riscontrati durante lo svolgimento dell'attività di revisione costituisce autonomo titolo di reato ai sensi dell'art. 27 d.lgs. n. 39/2010: nessun bisogno vi è di ricorrere ad una asserita responsabilità per il mancato impedimento degli illeciti altrui. La legge presidia già e abbondantemente la genuinità, la trasparenza, la correttezza e l'indipendenza dell'attività di revisione legale, incriminando una costellazione di condotte sia commissive che omissive.

In conclusione, può serenamente affermarsi che il revisore non è dotato di alcun potere-dovere giuridico di intervento causalmente idoneo a impedire l'adozione di un atto amministrativo o di una delibera del consiglio d'amministrazione: nell'ambito del sistema dei controlli societari, questi non riveste il ruolo di garante e non risponde in via omissiva del reato commesso dagli organi sociali<sup>111</sup>. Conclusione, questa, già valida sotto la previgente disciplina e che l'ultima stagione di riforme – fra cui il nuovo diritto

---

<sup>111</sup> A. Crespi, *La pretesa «posizione di garanzia» del revisore contabile*, cit., 393 ss.; S. Seminara, *Diritto penale commerciale*, cit., 188; V. Torre, *La responsabilità penale dell'organo di controllo sulla amministrazione e dell'organo di controllo contabile*, cit., 582 ss.; M. La Rosa, *Black-out nei controlli*, cit., 207 ss. In giurisprudenza, negli stessi termini Cass., 30.11.2023, n. 47900.

della crisi d'impresa - ha definitivamente consolidato<sup>112</sup>.

9. Si è nel vero quando si evidenzia che nel diritto societario e commerciale raramente è dato imbattersi in poteri giuridici di impedimento di un atto o una condotta altrui. Piuttosto, la trama civilistica è pensata per tutt'altri scopi ed esigenze e le norme che si occupano della responsabilità risarcitoria hanno come punto di riferimento organi collegiali: di qui, la regola della solidarietà. Tale pacifica constatazione impone estrema cautela allorché si tratti di stabilire se il contenuto di quelle medesime disposizioni possa essere assunto a fondamento della responsabilità per il mancato impedimento del reato altrui: anche perché al principio solidaristico del 'civile' si oppone il principio individualistico della responsabilità penale<sup>113</sup>.

È anche per ovviare a siffatti limiti che negli ultimi anni si è fatto strada un orientamento incline a comprendere fra i poteri impeditivi tutte le iniziative che possono rendere più difficoltoso il compimento del reato, ovvero quelle che si risolvono, in via mediata e indiretta anche all'interno di moduli procedurali, nel segnalare e/o sollecitare altri soggetti ad esercitare poteri causalmente impeditivi<sup>114</sup>.

---

<sup>112</sup> A ulteriore riscontro, si può qui evidenziare come neppure dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza – d.lgs. 12.1.2019 n. 14, e succ. correttivi – emergano novità significative in vista di una asserita posizione di garanzia del revisore dei conti. Anzi, può ben sostenersi il contrario ossia che la riforma della materia concorsuale, nell'aver posto al centro il principio di «adeguatezza organizzativa» quale strumento principale per la tempestiva rilevazione degli indici della crisi, individua nell'organo di controllo interno il destinatario dei flussi informativi rilevanti in tal prospettiva e il titolare di adeguati poteri di intervento: sul punto, per eventuali approfondimenti, A. Mangione, *Il d.lgs. 83/2022 e il nuovo diritto della crisi d'impresa e dell'insolvenza: riflessioni penalistiche*, in questa *Rivista* 9.4.2023, 33 ss., 36 ss. Antecedentemente ai correttivi apportati dal d.lgs. n. 83/2022, cfr. A. Nisco, *Note sulla responsabilità penale di sindaci e revisori alla luce dell'obbligo di segnalazione previsto dal codice della crisi d'impresa*, in *RtrimDpenEc* 2021, 572 ss., 584 ss. Per una panoramica, A. Melchionda, *Diritto penale fallimentare e nuova disciplina di gestione della crisi d'impresa. Innovazioni e limiti di una riforma "gattopardesca"*, in *AP*. 23.12.2022.

<sup>113</sup> Per una originale rimediazione del – risalente - tema del 'reato collegiale', cfr. L. Cornacchia, *Responsabilità penale negli organi collegiali. Il reato funzionalmente plurisoggettivo*, Torino 2021; F.M. de Martino, *Il reato collegiale. Profili di dommatica e di politica criminale*, Napoli 2020.

<sup>114</sup> A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario*, cit., 291 ss. Muovendo dell'adesione a questa chiave di lettura, vi è chi giunge a ravvisare la posizione di garanzia dei revisori dei conti su poteri di sollecitazione/attivazione di terzi garanti: A.M. Dell'Osso, L. Orsi, *Profili penali dell'attività di revisione legale dei conti*, cit., 121 ss.; in termini più dubitativi, A.M. Dell'Osso, *I reati in materia di revisione legale dei conti*, cit., 92. Altresì, v. N. Amore, *La responsabilità medica per mancata diagnosi. Contributo allo studio della cooperazione omissiva ipotetica*, in questa *Rivista* 27.6.2024, 40, per il quale l'omissione (di per sé sola non causale) potrebbe rilevare quale antecedente della mancata condotta impeditiva altrui: in sostanza, essa pur non essendo causale rispetto all'evento, acquista significato – quale contributo atipico ai sensi dell'art. 110 o dell'art. 113 Cp. – «qualora abbia condizionato il contegno degli agenti che ... avrebbero potuto compiere la condotta naturalisticamente impeditiva».

Quel che si propone è dunque una lettura tesa a flessibilizzare e allentare la ‘morsa causale’ esercitata dalla coppia «dovere-potere» che costituisce l’architrave della responsabilità omissiva delineata dal capoverso dell’art. 40 Cp. Al potere impeditivo, in sostanza, si intende sostituire o quantomeno affiancare il potere di allerta e segnalazione.

Questa lettura interpretativa non è immune da riserve: essa sembra voler segnare il congedo dalla legittimazione dommatica, oltre che politico criminale, della situazione di garanzia e della simmetrica responsabilità per l’evento-reato causato da un terzo e non impedito dal garante. La responsabilità nascente dalla equivalenza normativa fissata dal capoverso dell’art. 40 Cp., che per l’appunto chiama l’omittente a rispondere del reato commesso da altri, si giustifica esclusivamente su un duplice presupposto: l’esistenza di un «obbligo specifico» che vale a costituire un soggetto quale garante della tutela di interessi altrui; l’esistenza di un potere reale di impedimento, tale per cui l’omissione possa dirsi condizione necessaria e sufficiente<sup>15</sup>.

Lungo la prima direzione, si è acutamente sottolineato «che una cosa è il dovere giuridico di compiere un’azione il cui compimento può efficacemente scongiurare la commissione di un delitto», e cosa del tutto diversa è il «dovere giuridico di impedire il delitto»: il primo è un obbligo generico, il secondo è specifico. Soltanto la violazione di quest’ultimo può far sorgere una responsabilità del tutto equivalente a quella che discende dalla commissione del delitto: essa nasce dalla specifica attribuzione che investe un soggetto di quella tutela<sup>16</sup>. Di contro, la natura generica dell’obbligo può semmai fondare un rimprovero per la sola omissione dell’azione attesa: ma non anche per le ulteriori conseguenze, siano esse l’evento o il reato non impedito. Chi non presti soccorso a persona in pericolo risponderà per la sola deliberata inerzia ai sensi dell’art. 593 Cp., e le eventuali conseguenze peseranno unicamente sul *quantum* di pena. Parimenti, il revisore che si renda autore di una relazione con cui attesta il falso o comunque omette di rilevare il vero risponderà ai sensi dell’art. 27 d.lgs. n. 39/2010. Giacché in entrambi i casi, l’obbligo su di essi gravante non contiene alcuna specifica investitura della ulteriore tutela.

Lungo la seconda direzione, all’obbligo specifico deve necessariamente

---

<sup>15</sup> Nella manualistica, M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano 2004, 378 ss.; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale*, p.g., Bologna 2024, 635 ss.; G. De Vero, *Corso di diritto penale*, p.g., Torino 2024, 712 ss.; G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale*, p.g., Milano 2024, 301 ss.; C. Perini, *Il reato omissivo: la fattispecie oggettiva*, in *Il sistema penale*, a cura di C.E. Paliero, Torino 2024, 217 ss.

<sup>16</sup> A. Crespi, *La pretesa «posizione di garanzia» del revisore contabile*, cit., 397 s.

corrispondere un potere altrettanto specifico e peculiare: quello di evitare l'altrui realizzazione del reato. Soltanto questa simmetria fra doveri e poteri consente di giustificare una responsabilità che, anche sul piano del corredo editale, equivale a quella di chi ha cagionato quel fatto. In buona sostanza: non impedire equivale a cagionare se, e solo se, le due forme di condotta posseggono pari incidenza causale nel mondo esterno<sup>17</sup>. Se così è, non vi può essere dubbio che 'allertare' e 'sollecitare' non significano affatto impedire, né tantomeno assicurano di per sé il risultato atteso. Traslitterato nella semantica intrisa di valori che nutre il diritto penale, l'equivalenza normativa tra fare e omettere deve rinvenirsi sul terreno del disvalore: che per l'appunto presuppone pari «signoria sul fatto»<sup>18</sup>.

Accontentarsi della astratta idoneità dell'attivazione di una catena di eventi - peraltro tutti incerti perché rimessi a scelte autonome altrui e sovente condizionate da altre variabili esogene - significa, a conti fatti, anticipare il disvalore sul terreno della possibilità e dunque del pericolo. Sicché una responsabilità di matrice causale, polarizzata ora sull'«evento di danno» (in sede monosoggettiva) ora sul «fatto-reato» (in sede plurisoggettiva), si trasfigura in termini di mera possibilità lasciando che si risponda per una catena inferenziale di ipotesi: e dunque per un qualcosa che è molto lontano da un dato di realtà. Incamminandosi lungo tal via, la simmetria s'è smarrita. Di più: non essendovi nulla di realmente verificabile, ne consegue che il disvalore arretra interamente sul piano della condotta: la causalità omissiva si risolve in controfattuale fra dati ipotetici, condotto col metro dell'astratto agente modello<sup>19</sup>. In buona sostanza, si immagina cosa avrebbe dovuto fare il garante (accorto e avveduto), una volta ricevuta la sollecitazione ad attivarsi. A ben vedere, l'accertamento causale slitta nell'apprezzamento del dovere obiettivo di diligenza: la responsabilità omissiva viene fondata nel non aver fatto tutto quel che si poteva e dunque doveva fare. Essa è divenuta «modale». L'evento - ancorché colto nella dimensione fattuale del reato altrui - s'è definitivamente dissolto.

L'aspetto più dolente emerge con virulenza sul terreno della 'giustiziabilità' ossia non appena si cali tale tesi nella immane e concreta tragicità del processo penale: un siffatto modello, per definizione, non potrà mai ambire ad alcuna certezza limitandosi

---

<sup>17</sup> D. Brunelli, *Riflessioni sulla condotta nel reato omissivo improprio*, Pisa 2023, 35 ss.

<sup>18</sup> Con esemplare chiarezza, G. Fiandaca, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano 1979, 134, 162 ss., 166; F. Giunta, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *DPP* 1999, 623.

<sup>19</sup> Per tutti, C.E. Paliero, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.* 1992, 821 ss.



a partorire esiti in buona parte congetturali e dunque avvinti da dubbi più che ragionevoli<sup>120</sup>. La verità è che lo scorrere del tempo e delle idee non ha cancellato l'attualità dell'autorevole avvertimento: la «omissione di iniziative di esito incerto non basta a fondare un addebito di concorso»<sup>121</sup>.

Se così è quel che allora resta della teorica dei «poteri mediati» è una patente di legittimazione offerta a prassi più che discutibili e una stampella a processi di espansione incontrollata della responsabilità penale. Senza peraltro poter contare su una delimitazione della punibilità che il principio di proporzione pur pretende: non solo per il minor disvalore dell'omissione, ma a maggior ragione innanzi alla flessibilizzazione di una responsabilità che si vorrebbe adagiata sulla «semplice possibilità» di influire sul corso degli eventi grazie alla «sollecitazione» dell'altrui potere.

Ciò detto, non vi è dubbio che nell'ambito dell'impresa la responsabilità per il mancato impedimento del reato altrui si trasfigura sempre in concorsualità e dunque risulta attratta dalla funzione tipizzatrice degli artt. 110 e 113 Cp.<sup>122</sup>. La progressiva svalutazione del 'dogma causale', particolarmente accentuata sul versante del concorso di persone nel reato, ha condotto l'apprezzamento del contributo atipico sul terreno della limitrofa causalità agevolatrice: fenomeno al quale non è rimasta immune la causalità omissiva<sup>123</sup>. D'altra parte, quando oggetto della pretesa è l'intervento sul comportamento autonomo di terze persone, la causalità non può affidarsi a leggi scientifiche (qui pressoché inesistenti), e finisce con l'aggrapparsi a qualcosa di molto meno solido e afferrabile anche in sede processuale<sup>124</sup>. È un processo 'trasformativo'

---

<sup>120</sup> Cfr. F. Stella, *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali. L'attività medico-chirurgica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, Milano 2006, 1893 ss.

<sup>121</sup> C. Pedrazzi, *Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in C. Pedrazzi, F. Sgubbi, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, Bologna 1995, 283.

<sup>122</sup> G. De Francesco, *Brevi riflessioni sulle posizioni di garanzia e sulla cooperazione colposa nel contesto delle organizzazioni complesse*, in questa *Rivista* 3.2.2020; A. Gargani, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, in *RtrimDpenEc* 2017, 510 ss. In chiave critica, L. Risicato, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano 2001, 152 ss., 376 ss.; Ead., *L'ibridazione delle clausole generali di incriminazione suppletiva tra diritto interno e sovranazionale*, in *Diritto penale dell'Unione Europea e nell'Unione Europea. Studi in onore di Giovanni Grasso*, II, a cura di A.M. Maugeri, R. Sicurella, F. Siracusano, G.M. Vagliasindi, V. Scalia, A. Lucifora, Pisa 2023, 992 ss.

<sup>123</sup> G. De Vero, *Il nesso causale e il diritto penale del rischio*, in *Evoluzione e involuzioni delle categorie penalistiche*, a cura di G. De Francesco, A. Gargani, Milano 2017, 39 ss.; G. De Francesco, *Verso una lettura più articolata del fenomeno concorsuale: tra cause 'fondanti' ed ipotesi di esclusione della responsabilità dei partecipi*, in questa *Rivista* 23.1.2023.

<sup>124</sup> L. Risicato, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino 2007, spec. 73 ss.; nonché O. Di

ben colto dalla più attenta letteratura e che mantiene, quantomeno sul piano empirico-criminologico, una sua plausibilità in tema di «organizzazioni complesse»: ossia nei rapporti e nelle inter-relazioni fra unità funzionali inserite nell'organizzazione, chiamate a coordinarsi proceduralmente in base alle rispettive sfere di potere e sapere, per come delineate sia dalla *hard law* sia dalla normatività che sgorga dal potere di auto-organizzazione delle società di capitali <sup>125</sup>. È l'inserimento organico nell'organizzazione che può consentire di spostare il baricentro su una «pretesa d'insieme»: e così inquadrare l'allerta e la segnalazione in un quadro più ampio, per l'appunto organizzato e organizzativo.

A questa dimensione sfugge però la posizione di chi, come il revisore dei conti, è per definizione estraneo sia alla struttura organizzativa sia alle dinamiche che si sviluppano al suo interno, anche sul versante conoscitivo e decisionale. Se per le funzioni interne delle organizzazioni economiche la posizione di garanzia può assumere una dimensione collettiva e organizzativa, centrata su procedure, relazioni e interferenze non causali in senso stretto – bensì di segno funzionale –, non altrettanto può valere per chi come il revisore dei conti è e deve restare estraneo alla organizzazione d'impresa, alle sue complesse dinamiche inferenziali e soprattutto ai relativi processi decisionali. Anche perché il revisore – lo si è visto – non possiede il patrimonio conoscitivo e funzionale che invece è proprio degli organi e delle funzioni organizzative dell'impresa. È questa, a conti fatti, la discriminante che realmente vale a distinguere la posizione, la funzione e dunque la responsabilità del revisore rispetto a quella degli altri attori del controllo endosocietario (dagli amministratori non esecutivi e dai comitati interni sino al collegio sindacale e alle funzioni di *internal audit* della società per azioni).

10. Aver escluso che dal tessuto del d.lgs. n. 39/2010 e del codice civile possa individuarsi la trama di una posizione di garanzia del revisore dei conti non è ancora sufficiente. Il prisma dell'*in house providing* può offrire colori ancora diversi e persino sorprendenti. E infatti dalla inesauribile fantasia della prassi giudiziaria giungono segnali volti a sondare, nei confronti dei revisori di società per azioni *in house*,

---

Giovine, *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *RDPP* 2002, 658 ss.

<sup>125</sup> Per tutti, A. Gargani, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa. Profili sistematici del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse*, Pisa 2022; Id., *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, cit. Altresì, v. D. Pulitanò, *Diritto penale*, Torino 2019, 388 ss.

l'applicabilità di talune disposizioni contenute nella Parte II, Titolo VII "Revisione economico-finanziaria" (artt. 234-241) del d.lgs. n. 267/2000 (t.u.e.l)<sup>126</sup>: si tratta di una disciplina 'speciale', radicalmente diversa da quella 'comune' stabilita dal d.lgs. n. 39/2010, che prefigura poteri e doveri ben più pregnanti in capo ai revisori dei conti. È allora necessario fare sin d'ora chiarezza sul punto, giacché il 'rationale' di queste prove d'ingaggio è il tentativo giurisprudenziale di definire uno statuto penale «differenziato» del revisore contabile, ancora una volta sul versante della posizione di garanzia finalizzata all'impedimento dell'altrui reato. Come dire: la stagione della 'caccia' ai poteri impeditivi è sempre aperta.

L'art. 239 d.lgs. n. 267/2000 stabilisce che il collegio dei revisori dell'ente locale, oltre al generale dovere di collaborazione con l'organo consiliare, rende pareri in materia di: programmazione economico-finanziaria, bilancio di previsione, verifica degli equilibri economico-finanziari e variazioni di bilancio, modalità di gestione dei servizi pubblici e proposte di costituzione o partecipazione a organismi esterni, ricorso all'indebitamento, utilizzo di strumenti di finanza innovativa, riconoscimento di debiti fuori bilancio, regolamento di contabilità, economato-provveditorato, patrimonio e applicazione di tributi locali. Accanto a quest'attività consultiva-propositiva, la norma prevede: (a) il dovere di vigilanza sulla regolarità contabile, finanziaria ed economica della gestione, relativamente alle entrate e alle spese, nonché all'attività contrattuale, all'amministrazione dei beni, alla completezza della documentazione, agli adempimenti fiscali e alla regolare tenuta della contabilità; (b) il dovere di relazionare sullo schema e sulla proposta di approvazione del rendiconto sulla gestione, con particolare attenzione all'eventuale rendiconto consolidato, attestando la corrispondenza del rendiconto alle risultanze della gestione, nonché di relazionare sullo schema e sulla proposta di approvazione del bilancio consolidato, e di effettuare le dovute verifiche di cassa.

L'attività dei revisori che si estrinseca nella formulazione di pareri e proposte deve inoltre essere asseverata da un giudizio di motivata congruità, coerenza e attendibilità contabile delle previsioni di bilancio. I pareri, se del caso, devono contenere suggerimenti aventi ad oggetto le misure che assicurano l'attendibilità delle impostazioni contabili. In caso di mancata ottemperanza a tali suggerimenti, i revisori devono adottare le iniziative conseguenti: in alternativa, devono motivare le ragioni

---

<sup>126</sup> Procura della Repubblica presso il Tribunale di Palermo, Richiesta di rinvio a giudizio del 30.10.2018, proc. pen. n. 15195/2016 r.g.n.r.

dell'inerzia.

Tali doveri sono corredati da una penetrante corona di poteri, collegiali e individuali: i revisori sono titolari del diritto di accesso alla documentazione e ispezione presso gli uffici; hanno il diritto di partecipare alle assemblee dell'organo (consiliare ed esecutivo): a tal fine, è previsto che sia loro anticipato l'ordine del giorno, e che ovviamente sia messa a disposizione la documentazione relativa agli impegni di spesa. La norma, poi, si cura di specificare che anche *uti singuli* è loro attribuito il potere di procedere a ispezioni e controlli. L'art. 240 t.u.e.l., in punto di responsabilità, stabilisce che i revisori rispondono della veridicità delle loro attestazioni, adempiono ai loro doveri con la diligenza del mandatario, e hanno l'obbligo di riservatezza sui fatti e atti conosciuti per ragione del loro ufficio.

10.1. Ora, quel che in realtà stimola l'incubatore giurisprudenziale a insistere nel tentativo di estendere siffatta disciplina ai revisori di società pubbliche e *in house* è la parte in cui l'art. 239 stabilisce che i revisori sono tenuti a refertare eventuali irregolarità di gestione con contestuale obbligo di denuncia alla competente autorità giudiziaria qualora ravvisino estremi di responsabilità.

La norma conferma un preciso obbligo di attivazione del revisore dei conti: la denuncia all'autorità giudiziaria dei fatti illeciti rinvenuti nell'esercizio dell'attività. Come si sa, si tratta di un tema abbondantemente richiamato in giurisprudenza nell'ambito delle posizioni di garanzia degli amministratori non esecutivi o dei componenti del collegio sindacale. Il silenzio serbato dall'art. 40, cpv, Cp., e il rinvio alla legislazione sottostante non hanno impedito alla giurisprudenza di cogliere nella denuncia l'estremo rimedio impeditivo del reato altrui. La scarsa attenzione che - non per caso - si registra nelle motivazioni delle sentenze in punto di individuazione dei poteri impeditivi, ha consentito di sondare itinerari che di fatto individuano nel mare delle doverose possibilità di impedimento anche le più disparate e atipiche iniziative<sup>127</sup>. Notoria e risalente l'obiezione: la legge penale indica tassativamente i presupposti e i casi in cui sorge l'obbligo di denuncia, e fra questi non v'è modo di farvi rientrare i soggetti che popolano il mondo dell'impresa e delle società, ivi compresi i revisori dei conti. Il solo obbligo di denuncia all'autorità giudiziaria previsto dal diritto societario è quello di cui all'art. 2409 Cc., cui volendo può aggiungersi il potere dell'amministratore assente o dissenziente di impugnativa della deliberazione del

---

<sup>127</sup> In tal direzione, Sez. Un. 24.4.2014 n. 38343.

consiglio d'amministrazione ex art. 2388 Cc.: ipotesi che non vedono fra i legittimati il revisore dei conti.

Orbene, a differenza di quanto non previsto dal diritto 'comune' qui si è invece innanzi ad una norma speciale che espressamente impone ai revisori l'obbligo di denuncia all'autorità giudiziaria: dunque non si è più al cospetto di iniziative atipiche, né di un generico dovere di segnalazione all'autorità amministrativa di vigilanza<sup>128</sup>. Di qui, la riproposizione dell'idea che si sarebbe dinnanzi ad una posizione di garanzia, asseverata questa volta da adeguato potere-dovere di intervento dotato di efficacia impeditiva. Cui si aggrega, quale scontata variazione sul tema, la qualifica pubblicistica dei garanti: incaricati di pubblico servizio tanto l'amministratore della società *in house* quanto il revisore.

È a questo punto necessario recidere il nodo: stabilire se tale disciplina speciale sia applicabile all'attività dei revisori dei conti incaricati da società per azioni *in house* costituite o partecipate da enti locali. La risposta è netta ed è di segno negativo.

Ai sensi dell'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 267/2000, le disposizioni ivi contenute si applicano solo agli «enti locali» (comuni, province, città metropolitane, comunità montane e isolane, unioni di comuni), nonché ai consorzi cui partecipano gli enti locali. A scanso di possibili equivoci, il secondo comma della medesima disposizione di legge stabilisce che il decreto legislativo non si applica né ai consorzi che gestiscono attività aventi rilevanza economica e imprenditoriale né a quelli per la gestione dei servizi sociali. Ma anche a prescindere da tale delimitazione applicativa è la conformazione dei poteri e doveri dei revisori a confermare definitivamente l'estraneità e la non applicabilità del d.lgs. n. 267/2000 alle società per azioni pubbliche e *in house*. E invero, i revisori partecipano a tutti gli effetti ai momenti più significativi della gestione dell'ente locale, assumono funzioni propulsive per l'efficientamento dell'azione amministrativa, gestionale e contabile dell'ente; e soprattutto sono chiamati a svolgere attività che, da un lato, sono vietate dalla disciplina privatistica delle società per azioni: si pensi alla costituzione dei debiti fuori bilancio; e attività che sono radicalmente estranee alle società commerciali: si pensi agli aspetti inerenti alla riscossione dei tributi.

Al contrario, la disciplina speciale in esame sembra confermare le conclusioni cui si è giunti in precedenza. Se la positivizzazione espressa nell'art. 239 t.u.e.l. del potere-dovere di denuncia all'autorità giudiziaria costituisce indice sintomatico della

---

<sup>128</sup> Qual è, ad esempio, quello stabilito dall'art. 7 reg. UE n. 537/2014 per gli enti di interesse pubblico.

posizione di garanzia dei revisori, ne consegue che la mancata proposizione di analogo obbligo da parte del d.lgs. n. 39/2010 costituisce la riprova della assenza di una corrispondente posizione di garanzia per i revisori delle società di capitali anche pubbliche o *in house*.

A prescindere da queste considerazioni, è opportuno precisare in generale che il potere-dovere di denuncia all'autorità giudiziaria costituisce un ricettacolo di aspettative oltre modo eccessive, se intese nella prospettiva causale dell'impedimento del reato altrui. Come ben sottolineato dalla letteratura penalistica, lo strumento della denuncia non è affatto in condizione di esplicare una sicura efficacia preventiva a causa dei tempi e delle innumerevoli variabili che un procedimento penale comporta: gli illeciti denunciati dovranno trovare adeguato riscontro probatorio affinché il pubblico ministero possa richiedere e il giudice adottare le adeguate iniziative<sup>129</sup>; ed è alquanto probabile che le eventuali misure processuali vengano adottate solo successivamente alla commissione dell'illecito<sup>130</sup>. Se così è allora il potere-dovere di denuncia, più che rivelare una reale efficacia impeditiva in funzione preventiva, sembra assolvere una funzione probatoria inedita: la cristallizzazione processuale del dissenso del revisore rispetto a fatti e condotte di terzi.

Piuttosto, v'è da dire che la disciplina speciale contenuta nel d.lgs. n. 267/2000 delinea uno statuto pubblicistico della funzione di revisione legale: la commistione di atti autoritativi e di poteri certificativi e decisionali, interamente disciplinati da norme di diritto pubblico, costituisce sicura conferma della qualifica di pubblico agente che in tal caso riveste il revisore dei conti dell'ente locale. L'obbligo di denuncia di cui all'art. 239 d.lgs. n. 267/2000 trova allora la sua specifica ragion d'essere nel contesto della contabilità pubblica e della correlativa responsabilità anche erariale. La sua espressa previsione, lungi dal costituire un inutile duplicato dell'obbligo di cui all'art. 361 Cp., si impone in relazione al più ampio perimetro della responsabilità: il destinatario principale del dovere di denuncia è infatti la Procura della Corte dei Conti.

11. Capita talvolta di imbattersi in pronunce di merito che per equilibrio, chiarezza delle motivazioni e padronanza dei principi penalistici hanno ben poco da invidiare agli arresti della Suprema Corte. Se poi oggetto del giudizio sono vicende

---

<sup>129</sup> Per tutti, F. Centonze, *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., 195 s.

<sup>130</sup> Ovviamente, deve trattarsi di delitti che hanno raggiunto la soglia del tentativo (altrimenti il fatto non è ancora penalmente rilevante) ma non quella della consumazione: non essendovi più nulla, in tal ultima evenienza, da impedire.



emblematiche per complessità e attualità delle questioni trattate, esse meritano la dovuta considerazione da parte dei *doctores*: perché rappresentano la spia più genuina e immediata di quel che si agita nella concretezza della vita del diritto. È questo il caso di una recente sentenza emessa dal Tribunale di Palermo (sez. III 14.11.2022, dep. 12.1.2023, n. 7039; Pres. est. F. La Cascia), nel corpo della quale è stata affrontata la questione della posizione di garanzia del revisore contabile di una importante e strategica società per azioni *in house providing*.

La vicenda processuale prende le mosse dall'adozione di due determine con le quali l'amministratore unico di società *in house* si sarebbe indebitamente liquidato consistenti somme a titolo di indennità di risultato e di rimborso spese per vitto e alloggio, previa adozione – per quest'ultima ipotesi - di un nuovo regolamento societario per la disciplina di missioni e trasferte. Il carattere indebito dell'appropriazione derivava, in tesi d'accusa, dalle seguenti considerazioni: l'art. 1, comma 725, l. n. 296/2006 (come modificato dall'art. 61, l. n. 133/2008) – *ratione temporis* applicabile – prevedeva un tetto al compenso dell'amministratore delle società partecipate da enti pubblici; l'indennità di risultato (pari al doppio del compenso annuale lordo) era maturata nel corso di un esercizio ove l'imputato aveva dapprima ricoperto la carica di liquidatore della società *in house* e solo per qualche mese quella di amministratore; il regolamento societario per missioni e trasferte, predisposto dall'amministratore, contrastava con le disposizioni di cui all'art. 1, comma 727, l. n. 296/2006, e all'art. 82 d.lgs. n. 267/2000, nonché col contenuto di diverse circolari adottate dall'amministrazione regionale. Al revisore contabile veniva contestato il concorso, sia commissivo che omissivo, per aver apposto la propria sottoscrizione sulle determine di liquidazione delle somme. In particolare, la responsabilità omissiva dell'*auditor* veniva individuata dall'accusa nella violazione delle disposizioni del codice civile e del d.lgs. n. 39/2010, e soprattutto dell'art. 239 d.lgs. n. 267/2000 nella parte in cui attribuisce a detto organo le funzioni di vigilanza sulla regolarità contabile, finanziaria ed economica della gestione e della effettuazione delle spese. Per entrambi gli imputati, amministratore e revisore, il fatto contestato si assumeva commesso nell'esercizio di un pubblico servizio. Di qui, nell'editto accusatorio, l'accusa di peculato.

I giudici colgono subito e con geometrica precisione l'essenza delle questioni giuridiche sottoposte dall'accusa al loro scrutinio: la natura giuridica della società *in house* e le qualifica soggettiva del revisore; gli elementi costitutivi della posizione di

garanzia del revisore legale e la necessità di procedere ad un'attenta disamina dei relativi poteri e doveri; infine, la residuale valutazione dell'incidenza causale del contributo del revisore in termini commissivi secondo le regole generali del concorso di persone nel reato.

La decisione si lascia subito apprezzare per il corretto apprezzamento dei profili soggettivi relativi alla qualifica del revisore. Aderendo all'orientamento univoco che inquadra, agli effetti penali, l'attività dell'amministratore di società *in house* nell'ambito del pubblico servizio, i giudici escludono che anche il revisore contabile assuma le vesti dell'incaricato di pubblico servizio: semmai, potrebbe rispondere a titolo di *extraneus*, ex art. 117 Cp., in concorso nel reato proprio dell'amministratore. Gli interessi collettivi e istituzionali che pur connotano l'attività di revisione legale non possono sostituire i più stringenti parametri normativi dettati dall'art. 358 Cp., i quali rimandano alla natura della disciplina applicabile all'attività svolta. I giudici non hanno incertezze al riguardo: scartata subito la riconducibilità delle società per azioni pubbliche al perimetro applicativo del testo unico degli enti locali, procedono a ricavare il nucleo dei doveri e dei poteri di controllo contabile; l'analisi comparativa fra quanto stabilito dall'art. 239 d.lgs. n. 267/2000 e quanto invece previsto dal d.lgs. n. 39/2010, conferma il differente contenuto degli obblighi sanciti dalla disciplina privatistica del 2010. E invero, da un lato, «si pone un dovere di controllo che investe la generale gestione economica dell'ente, corredato peraltro dei relativi poteri di accesso a documenti, ispezione e denuncia agli organi giurisdizionali competenti e di tutti gli altri “mezzi necessari per lo svolgimento dei propri compiti”»; dall'altro lato, si prevede invece «un obbligo di verifica della mera corrispondenza formale tra i documenti inerenti alle voci di entrata e spesa sostenute dalla società e i dati riportati nel bilancio della medesima».

Anche l'analisi della disciplina codicistica dei doveri del collegio sindacale conferma come il d.lgs. n. 39/2010 abbia delineato per i revisori uno statuto giuridico non sovrapponibile a quello dell'organo interno di controllo: a differenza dei sindaci e dei revisori degli enti locali, l'attività disciplinata dal d.lgs. n. 39/2010 non attribuisce al revisore di società per azioni anche *in house* alcun potere di sindacato sulla legittimità delle scelte gestorie dell'amministratore.

Il passaggio della sentenza offre lo spunto per soffermarsi brevemente su un aspetto solitamente lasciato in ombra e che pure possiede la sua importanza: il «sindacato di legittimità» degli atti dell'amministratore nella sistematica dei controlli societari, che

talvolta risulta sovrachiato dalla tendenza a sovrapporre sfere di competenze limitrofe.

L'indennità di risultato appresa dall'amministratore e genericamente 'vistata' dal revisore – che nella vicenda processuale rappresentava la somma più consistente oggetto di contestazione – era maturata nel corso di un turbolento esercizio sociale ove l'assemblea in un primo momento aveva deliberato la messa in liquidazione della società, sia pure con la formula della 'continuità aziendale', per poi revocarla con ripristino della amministrazione ordinaria. Queste operazioni avevano ricevuto l'avallo espresso del collegio sindacale sulla scorta del principio della prevalenza della sostanza sulla forma. Fra l'altro, la decisione di procedere alla liquidazione con continuità aziendale era stata esplicitamente motivata sulla scorta dell'interesse istituzionale del socio pubblico, onde evitare che fosse sospesa l'erogazione dei servizi informatici – qualificati, nello statuto societario, come «essenziali» – in favore dell'amministrazione pubblica regionale.

Pertanto, il punto saliente dell'addebito coinvolgeva la seguente questione di diritto: se l'indennità di risultato dell'amministratore potesse giuridicamente maturare nel corso della predetta fase di liquidazione. Il tema – osservano correttamente i giudici – è estraneo alla sfera di competenze del revisore, e si traduce nella pretesa a un sindacato di legittimità che, in quanto tale, spetta al collegio sindacale – e all'assemblea sociale – ma non certamente al revisore contabile. Quest'ultimo, in realtà, è tenuto a riscontrare la sussistenza della voce di spesa e la sua corrispondente rilevazione nelle scritture contabili. Ed ecco il punto decisivo: la valutazione del revisore sulla corretta rilevazione della predetta spesa nelle scritture contabili implica a monte la soluzione di un quesito giuridico che non ha nulla di contabile – *id est*: l'origine eventualmente indebita della voce –, e che per di più apre l'apprezzamento all'interesse sociale e a quello del socio pubblico. Si delinea così un perimetro che ricade su materie e interessi estranei all'area di giudizio della revisione contabile, e che invece afferiscono alla sfera di alta vigilanza dei sindaci: ai quali, per l'appunto, spetta il potere-dovere di verificare che scelte e indirizzi gestori avvengano nel rispetto della legge e dello statuto.

Dopo aver chirurgicamente reciso il nodo, i giudici passano a verificare l'eventuale sussistenza in capo al revisore dell'obbligo giuridico volto all'impedimento dell'altrui reato. Non senza aver preliminarmente richiamato i presupposti normativi stabiliti dal capoverso dell'art. 40 Cp.: a) l'esistenza di «puntuali doveri di controllo sull'operato dell'amministratore»; b) la connotazione dei doveri nascenti dal potere di controllo, tali da estrinsecarsi nella dotazione «di poteri idonei ad inibire in concreto l'adozione

delle delibere in oggetto»; c) in caso di risposta affermativa, la necessità di «apprezzare il grado di rilevanza causale della sua omissione». La verifica del dettato normativo conduce ad un esito negativo. Non solo spicca, nella decisione in esame, l'attento scrutinio sul contenuto dei doveri e dei poteri del revisore contabile, ma soprattutto si segnala la consapevole adesione ad una lettura 'forte' della causalità omissiva accolta dal codice penale: la ricerca è infatti condotta sull'esclusivo terreno dei poteri di inibizione di atti e scelte dell'organo amministrativo.

Ulteriore profilo che merita interesse risiede nella natura ambivalente della condotta contestata nell'editto accusatorio. La avvenuta apposizione della sottoscrizione del revisore sulle determinate dell'amministratore lasciava residuare anche una contestazione di natura commissiva: sia nei termini di autorizzazione preventiva del revisore alla corresponsione dell'indennità, sia di mera agevolazione ossia quale contributo che ha reso meno difficoltoso per l'amministratore il conseguimento, da parte degli uffici amministrativi e finanziari della società, dalla materiale erogazione delle somme.

In primo luogo, i giudici evidenziano che il revisore è un soggetto esterno appositamente incaricato che, come tale, è sprovvisto di poteri giuridici di condizionamento degli organi della persona giuridica. Fra l'altro, il dettato dell'art. 2380-bis Cc. è oltremodo chiaro: nel riservare il potere di gestione dell'impresa all'organo amministrativo, esclude che altre figure od organi possano esercitare un «potere di codeterminazione» dello stesso. In misura corrispondente, si colloca l'art. 10 d.lgs. n. 39/2010 là dove «vieta il coinvolgimento del revisore (organo esterno e indipendente) nel processo decisionale della società e consente quindi di escludere ... che la sottoscrizione possa valere quale approvazione successiva» delle determinate dell'amministratore unico.

In secondo luogo, si prende atto dell'assenza di «poteri di autorizzazione preventiva» delle determinate dell'amministratore: la fattispecie concreta non ricade in alcuna delle tassative ipotesi in cui la legge attribuisce alla relazione del revisore il ruolo di elemento costitutivo e prodromico alla realizzazione di operazioni straordinarie o rilevanti. L'esame del dettato legislativo conduce, in definitiva, ad un solo risultato: la «carenza di poteri in grado di incidere sulle determinazioni assunte dall'amministratore unico della società, impedisce di attribuire alla condotta del revisore qualsivoglia efficacia causale rispetto ai delitti prospettati dall'accusa o di ritenerne in qualche modo agevolata la concreta realizzazione».

La sentenza conferma, per quest'aspetto, quanto sia divenuta sfuggente e mobile nel diritto penale delle società la distinzione fra condotte attive e omissive. Essa sembra aver perso significato e con sempre maggior frequenza si assiste nella prassi a sovrapposizioni e trasfigurazioni indebite dell'una nell'altra<sup>131</sup>: operazioni, queste, il più delle volte funzionali alla espansione della punibilità attraverso la duplicazione di titoli di reato in concorso formale fra loro<sup>132</sup>.

11.2. Fra i mali che affliggono il diritto penale vi sono di certo l'«ipertrofia» e l'«incertezza»<sup>133</sup>: troppo vasta e ondivaga è l'area della penalità. Del tutto naturale che ciò tenda a scaricarsi sui modelli di imputazione strutturati con clausole aperte, quali per l'appunto il concorso di persone e la posizione di garanzia. Così come è innegabile che gli interventi repressivi sul versante economico e imprenditoriale abbiano ovunque risentito di istanze e spinte moralizzatrici. Si farebbe un torto al lettore se si negasse quel che è noto a «chiunque svolga attività professionale, come avvocato, magistrato o viva il diritto penale quotidianamente discusso nei *mass media*», ossia che la separazione fra diritto penale e morale è soltanto ideale e che, nonostante la laicità del diritto e dello Stato moderno, l'interpretazione nella nostra materia continua ad essere fortemente condizionata da valori e prese di posizione<sup>134</sup>.

A parere di molti, è questo il volto contemporaneo della legalità ove al diritto si riconosce una forte connotazione di «*pratica sociale* orientata verso la giustizia», con la quale, in sostanza, si chiede al giurista di trovare quel che è «giusto nel caso

---

<sup>131</sup> A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, cit., 155 ss.

<sup>132</sup> Esempio per chiarezza è Cass. 13.10.2023 n. 47900, la quale ha annullato la decisione con cui la corte territoriale, nell'affermare la responsabilità dei revisori per concorso omissivo in bancarotta impropria societaria, aveva ravvisato nelle false attestazioni di regolarità dei bilanci una condotta attiva punibile ai sensi dell'art. 2624 Cc., e al contempo una condotta omissiva (cd. falso per omissione) ricavata «volgendo "in negativo" la condotta attiva: aver omesso di redigere una relazione veritiera [secondo i giudici distrettuali] significa aver redatto una relazione falsa; "non aver espresso un giudizio negativo" ... vuol dire aver espresso un giudizio positivo sapendolo falso». Di qui, la rilevanza di quest'ultima condotta, letta in negativo, ai sensi dell'art. 2621 Cc. e, per conseguenza, l'attrazione dei fatti, dopo il fallimento, nella bancarotta ex art. 223, comma 2, n. 1, L.F. Come correttamente censurato dal Supremo Collegio, si è in presenza di un coacervo confuso e contraddittorio di imputazioni per lo stesso fatto – una volta assunto quale commissivo, e subito dopo quale omissivo – che genera diversi titoli di reato e confonde forme di responsabilità distinte. Il tutto – per concludere – senza neppure prestare la dovuta attenzione «alla effettiva sussistenza dei poteri impeditivi» dei revisori che si pretendeva di ricavare da «profili marginali e privi di rilevanza» causale quali l'omessa comunicazione alla Consob, o l'omessa comunicazione ad amministratori e sindaci.

<sup>133</sup> M. Romano, *Ripensare il diritto penale (a dieci anni dalla scomparsa di Federico Stella)*, in *RDPP* 2017, 9 ss.

<sup>134</sup> M. Donini, *An impossible exchange? Prove di dialogo tra civil e common lawyers su legalità, morale e teoria del reato*, in *RDPP* 2017, 26 ss. Sul concetto di laicità, per tutti: V. Mormando, *Religione, laicità, tolleranza e diritto penale*, ivi 2005, 651 ss.

concreto»<sup>135</sup>. E certamente, spinte in tal direzione promanano sia dalla Corte di Strasburgo, ossia dall'idea che attraverso l'applicazione giudiziale del diritto possa accrescersene la conoscibilità, sia dall'interpretazione orientata ai valori costituzionali (oltre che convenzionali): i cui principi, come ben si sa, si apprezzano per l'*ethos* che li informa.

La «cura delle norme» non può divenire un «vessillo ideologico», nonostante il processo di trasformazione della legalità penale, e i bisogni sociali di pena ciclicamente emergenti, sembrano giustificare talune forme di creazionismo giudiziario<sup>136</sup>. Se l'ermeneutica giuridica possiede e rappresenta una raffigurazione identitaria e dunque una comunità, è alla sua sensibilità e ai sottostanti valori anche 'deontologici' che occorre far appello onde evitare di «utilizzare lo strumento penale oltre i suoi naturali limiti funzionali»<sup>137</sup>, nella consapevolezza che dietro il diritto punitivo si celano anche violenza e inganno<sup>138</sup>. Ecco, a me pare – in conclusione – che le innumerevoli tensioni che s'annidano dietro la questione della posizione di garanzia restituiscano un'immagine che s'inscrive appieno in questo stato di cose. La asserita responsabilità omissiva del revisore dei conti di società *in house providing* – sulla quale si è cercato qui di dar conto e ricercar ordine – costituisce l'emblematica cartina al tornasole, e testimonia quanto radicata possa essere la tentazione di «reagire verso *qualcuno*, contro cui indirizzare il “dito indice”, “assetato di biasimo”»<sup>139</sup> al quale accollare colpe e responsabilità per fallimenti organizzativi e sistemici.

Non resta, in definitiva, che confidare nell'uso accorto e sapiente dell'ermeneutica: i cui primi e sicuri passi devono essere mossi dalla giurisprudenza di merito, onde prevenire da subito le sofferenze che una ingiusta condanna comporta per il cittadino e per il diritto.

---

<sup>135</sup> M. Vogliotti, *Nuovi problemi e nuove soluzioni per la penalistica contemporanea. Contrasti diacronici e sincronici di giurisprudenza, cultura del precedente ed etica del limite*, in *Sistemapenale.it* 30.1.2024, 7, ove la citazione in testo (corsivo dell'A.).

<sup>136</sup> Seppur da prospettive differenti, L. Ferrajoli, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena 2018; A. Gargani, *La “flessibilizzazione” giurisprudenziale delle categorie classiche del reato di fronte alle esigenze di controllo penale delle nuove fenomenologie di rischio*, in *LP* 2011, 397 ss.; M. Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano 2011, 87 ss.; da ultimo, G. Fiandaca, *Considerazioni sul ruolo del giudice nella realtà contemporanea*, in *Diritto penale dell'Unione Europea e nell'Unione Europea. Studi in onore di Giovanni Grasso*, I, a cura di A.M. Maugeri, R. Sicurella, F. Siracusano, G.M. Vagliasindi, V. Scalia, A. Lucifora, Pisa 2023, 517 ss.

<sup>137</sup> F. Palazzo, *Legalità penale vs. creatività giudiziale*, in *RDPP* 2022, 996 s.

<sup>138</sup> W. Benjamin, *Angelus Novus. Saggi e frammenti*, trad. it., Torino 1976, spec. 5 ss.

<sup>139</sup> G. Forti, *La cura delle norme. Oltre la corruzione delle regole e dei saperi*, Milano 2018, 70 (corsivo ed enfasi dell'A.).