

La posizione di garanzia dei sindaci. Commento a Cass. Pen., 15 maggio 2009, n.20515

Autore: Paziienza Stefano

In: Diritto penale

Questa recente pronuncia della Cassazione ripropone un tema molto dibattuto sia in dottrina che in giurisprudenza, ovvero la vexata quaestio della responsabilità dei sindaci di Spa per omesso impedimento del reato commesso da altri (nel caso di specie dagli amministratori).

Questo il fatto.

L'imputato veniva chiamato a rispondere del delitto di peculato, perché, nella sua qualità di membro e presidente del collegio sindacale della società ALFA, aveva sistematicamente omesso di rilevare frodi che emergevano dalla contabilità sociale, così consentendo agli amministratori della stessa società di dilatare artificiosamente i costi di gestione di una discarica, gestione che era in pratica l'unico oggetto sociale, al fine di ottenere dalla Pubblica Amministrazione la liquidazione di una tariffa di volta in volta maggiore di quella predeterminata nella concessione; così appropriandosi di denaro pubblico per un importo non inferiore a 150 miliardi di lire, pari alla differenza tra quanto corrisposto dall'Amministrazione Pubblica a titolo di compenso alla concessionaria per il servizio di smaltimento dei rifiuti solidi urbani (sulla società gravava l'obbligo di rendicontazione annuale alla regione Lombardia del reale costo del servizio stabilito nella Convenzione) e quanto avrebbe dovuto invece esserle corrisposto sempre sulla base della Convenzione, nel caso in cui fosse stato presentato, come dovuto, un rendiconto reale.

Tra i motivi di ricorso presentati dalle difese, e giudicati infondati dalla Corte, la maggior parte attengono all'individuazione dei canoni della responsabilità ex art. 40 cpv. del codice penale.

La Cassazione, in linea con l'orientamento giurisprudenziale predominante, afferma anzitutto senza mezzi termini come in capo ai sindaci sia configurabile una posizione di garanzia.

Come più volte affermato dai giudici di legittimità in materia di reati fallimentari (per tutte vedasi Cass.

15850/90) dal disposto degli artt. 2403 e 2404 c.c. si può evincere come il sindaco, anche individualmente, abbia il dovere di intervenire tutte le volte in cui gli amministratori della società (facendo od omettendo) violino la legge in generale ed in particolare la legge penale.

L'obbligo di vigilanza dei sindaci e del collegio sindacale non è limitato al mero controllo contabile, ma deve estendersi al contenuto della gestione, ricomprendendo anche il c.d. controllo di legalità e cioè la rispondenza dei dati acquisiti ai parametri previsti dalla legge, controllo che, pur non potendo spingersi sul terreno della opportunità e della rischiosità dell'attività di gestione (di stretta competenza degli amministratori) non può certo limitarsi al controllo meramente estrinseco e formale dell'attività degli amministratori e non può trascurare i doveri che fanno capo agli amministratori medesimi.

In altri termini i sindaci hanno il potere-dovere di chiedere agli amministratori notizie sull'andamento delle operazioni quando queste possono suscitare, per le modalità delle loro scelte o della loro esecuzione, perplessità e dubbi, e tali poteri devono essere tanto più analitici e penetranti quanto più circostanze specifiche o particolari ragioni di sospetto lo richiedano (come nel caso di specie, in cui le violazioni erano macroscopiche e costanti).

Il controllo sindacale, quindi, a parere della Corte, se non investe direttamente le scelte imprenditoriali, neppure si esaurisce in una mera verifica formale, quasi a ridursi ad un riscontro formale nell'ambito della sola documentazione messa a disposizione dagli amministratori, ma comprende il riscontro tra la realtà e la sua rappresentazione, e abilita i sindaci a chiedere notizie sull'andamento delle operazioni, a ricevere denunce da parte dei soci su fatti censurabili nell'esercizio d'impresa, e li obbliga a riferire nella relazione al bilancio sui concreti ed effettivi risultati dell'esercizio sociale.

In pratica, la Cassazione, dopo aver evidenziato come il potere di vigilanza affidato al collegio sindacale - ed ai singoli sindaci- dalla normativa civilistica concretizzi una posizione di garanzia in grado di ingenerare responsabilità penale ex art. 40 cpv. c.p., afferma che nella specie le violazioni compiute dagli amministratori erano talmente macroscopiche da non poter essere ignorate dal sindaco (e qui la Corte utilizza la famosa formula del "non poteva non sapere" che tante perplessità continua a suscitare in dottrina), afferma inoltre che la mancata attivazione del sindaco è stata causa (o meglio concausa) dell'evento dannoso e che il nesso di causalità è da scorgersi in re ipsa in base ad un giudizio fattuale già operato dalla corte di merito.

A parere di chi scrive due sono i punti della sentenza che suscitano maggiore perplessità e che forse avrebbero necessitato di un ulteriore approfondimento da parte dei giudici di legittimità:

-la questione della posizione di garanzia in capo ai sindaci, e soprattutto dei poteri impeditivi dell'evento reato;

-la problematica dell'accertamento del nesso di causalità tra la mancata attivazione del garante e l'evento lesivo.

Quanto al primo punto, la questione che la Cassazione ha sorvolato concerne proprio la diversità concettuale tra la nozione di "obbligo di vigilanza" e quella di "obbligo di impedimento dell'evento".

Come la miglior dottrina non ha mancato di evidenziare (per tutti v. PUILITANO') i due concetti non sono affatto sovrapponibili. I poteri di vigilanza, invero, sono condizione sì necessaria, ma assolutamente non sufficiente per fondare una posizione di garanzia.

Per una pronuncia di colpevolezza per concorso omissivo improprio è infatti necessario indagare se il soggetto (in questo caso il sindaco) fosse titolare di un potere che, se correttamente esercitato, avrebbe impedito la commissione del reato.

Ebbene, stando alla disciplina civilistica sui poteri di vigilanza dei sindaci, non pare potersi ravvisare un vero e proprio potere impeditivo, ciò perché tutti i loro poteri di ingerenza, compresi quelli più forti come il potere di convocazione dell'assemblea ed il potere di denuncia al Tribunale, non sono poteri capaci di assicurare il risultato di impedimento dell'evento, ma al massimo possono portare all'attivazione di ulteriori poteri in capo ad altri soggetti (ad esempio l'assemblea convocata dai sindaci o il Tribunale da loro adito) che a loro volta possono assicurare questo risultato.

E' ovvio che una segnalazione del sindaco può, in concreto, spingere l'amministratore a cessare il proprio comportamento antidoveroso, ma ciò avviene, per così dire, accidentalmente, perché i sindaci non hanno alcun potere che possa garantire il raggiungimento del risultato (che, come si è detto, potrebbe comunque ottenersi nel caso concreto).

In altri termini il potere di vigilanza comporta che il soggetto possa attivare una procedura che teoricamente potrebbe portare all'impedimento dell'evento lesivo, ma per fondare una responsabilità penale per omesso impedimento è necessario che il soggetto sia fornito di poteri tali da assicurare tale risultato semplicemente con le proprie forze, senza che debbano entrare in gioco altri soggetti.

Quanto al secondo punto, bisogna, in via liminare, osservare come l'accertamento del nesso di causalità sia il vero punto debole della teoria del reato omissivo improprio, perché richiede un giudizio controfattuale (processo di eliminazione mentale) che non ha riguardo al mondo reale, ma ad una situazione immaginaria che il giudice deve figurarsi nel processo.

Un esempio può essere di aiuto.

In ambito commissivo, per dire se un corto circuito ha causato un incendio, il giudice dovrà eliminare mentalmente l'antecedente "corto circuito" e verificare se l'evento "incendio" si sarebbe verificato ugualmente, quantomeno nelle modalità esatte in cui si è storicamente avverato.

Nel caso di reati omissivi impropri, invece, il giudizio controfattuale è sicuramente più complicato, perché il giudice ha il compito di ricostruire il nesso di causalità basandosi non sul contegno effettivamente tenuto dall'imputato ma su quello che avrebbe dovuto tenere.

In pratica, il giudice dovrebbe prima immaginare il comportamento doveroso non tenuto (nella specie l'attivazione dei poteri di vigilanza) e poi verificare se, in presenza del comportamento doveroso del soggetto, l'evento lesivo si sarebbe o meno verificato.

Come è facilmente intuibile, l'accertamento del nesso di causalità in ambito omissivo improprio è certamente molto arduo, e non a caso la giurisprudenza tende a trascurarlo, o peggio, a considerarlo risolto attraverso mere enunciazioni di principio.

Nella sentenza in esame, ad esempio, la Corte liquida il problema dell'accertamento eziologico (sollevato dalle difese con autonomo motivo di ricorso) tra l'omissione dell'amministratore e l'evento-reato di peculato, commesso dall'amministratore, semplicemente affermando che il nesso condizionalistico è in re

ipsa, ovvero è individuabile attraverso la mera enunciazione dei fatti.

Ancora una volta, su di un argomento di primaria importanza, la Cassazione riporta indietro le lancette dell'orologio di almeno mezzo secolo, incanalandosi in quel filone giurisprudenziale, tanto criticato dalla migliore dottrina (STELLA), che afferma come siano gli stessi fatti a spiegare il nesso di causalità, senza che il giudice abbia alcun obbligo ulteriore di indagine, quando invece la Corte avrebbe dovuto provare esplicitamente che, se il sindaco avesse agito in conformità degli obblighi posti dalla legge, l'amministratore non avrebbe avuto modo di perpetrare il delitto di peculato.

Come ultima notazione critica si può solo notare come la Cassazione affermi esplicitamente che l'indagine sul nesso di causalità si risolva in un'indagine sulla sussistenza dell'elemento psicologico del reato da parte dell'imputato. In questo modo il nesso condizionalistico scolora in un accertamento sulla colpevolezza, quando invece i due piani dovrebbero essere tenuti separati, poiché il nesso di causalità dovrebbe essere individuato in sede di accertamento dell'elemento oggettivo del reato; sovrapporre di due piani significa invece restringere (e non di poco) le possibilità difensive dell'imputato.

Stefano Paziienza

<https://www.diritto.it/la-posizione-di-garanzia-dei-sindaci-commento-a-cass-pen-15-maggio-2009-n-20515/>