



Diritto Penale

I delitti di false informazioni e di ostacolo alle funzioni delle Autorità di vigilanza

di [Marco Gambardella](#)

17 novembre 2018

Sommario: 1. I soggetti attivi. Le Autorità di vigilanza. – 2. Le false informazioni all’Autorità di vigilanza. – 3. L’ostacolo alle funzioni dell’Autorità di vigilanza. – 4. Concorso di reati. Rapporto con gli illeciti amministrativi.

1. I soggetti attivi. Le Autorità di vigilanza

Una crescente importanza nella prassi giudiziaria ha assunto negli ultimi anni il reato di ostacolo all’esercizio delle funzioni delle Autorità pubbliche di vigilanza, contenuto nell’art. 2638 c.c. (si veda ad es. A. Nisco, *Il caso Bnl-Unipol: abuso di informazioni privilegiate e ostacolo alle funzioni di vigilanza*, in *Casi di diritto penale dell’economia*, a cura di L. Foffani-D. Castronuovo, il Mulino, 2015, p. 199 ss.).

Anzi, è possibile affermare che dopo la riforma del 2015, la quale ha rivitalizzato il reato di false comunicazioni sociali, almeno dal punto di vista del trattamento sanzionatorio, il sottosistema del diritto penale societario è oggi imperniato sulle due figure dell’ostacolo all’attività di vigilanza e del falso in bilancio.

Il sottosistema penalsocietario risulta, invece, ineffettivo per quanto concerne l’ambito della regolare gestione della società e soprattutto in relazione agli “abusi degli amministratori”,

nonostante la recente riforma del 2017 in materia di corruzione tra privati ex art. 2635 c.c. (in tal senso, v. A. Alessandri, *Art. 2621 c.c.: False comunicazioni sociali*, in *Reati in materia economica*, a cura di A. Alessandri, Giappichelli, 2017, p. 7 ss.).

Ora, con la riforma del diritto penale societario del 2002 si è optato per ricompattare nell'unica disposizione dell'art. 2638 c.c. le diverse figure di illecito in materia di vigilanza da parte di Autorità pubbliche sui mercati finanziari (cfr. S. Seminara, voce *Reati societari (le fattispecie)*, in *Enc. dir.*, Annali, IX, Giuffrè, 2016, p. 781 ss.; V. Saponara, in *Diritto penale dell'economia*, a cura di A. Cadoppi - S. Canestrari - A. Manna - M. Papa, Utet, 2017, p. 320 ss.; E. Musco, *I nuovi reati societari*, Giuffrè, 2007, p. 286 ss.). Si pensi, ad esempio, alla disciplina contenuta nei previgenti artt. 171 e 174 d.lgs. n. 58 del 1998 e nel t.u. bancario all'art. 134 (si veda B. Albertini, *sub art. 2638 c.c.*, in *I reati societari*, a cura di A. Lanzi e A. Cadoppi, Cedam, 2007, p. 287 ss.).

Nella sistemica del 2002 va inoltre tenuta presente, in corrispondenza con l'art. 2638 c.c., l'ulteriore fattispecie criminosa di impedito controllo interno di tipo privatistico di cui all'art. 2625 c.c. (cfr. A. Rossi, *Illeciti penali e amministrativi in materia societaria*, Giuffrè, 2012, p. 232 ss.; N. Mazzacava – E. Amati, *Diritto penale dell'economia*, Wolters Kluwer, 2018, p. 113 ss.; E.M. Ambrosetti-E. Mezzetti-M. Ronco, *Diritto penale dell'impresa*, Zanichelli, 2017, p. 234 ss.).

La scelta di incentrare in un'unica disposizione incriminatrice la tutela penale delle funzioni di vigilanza svolta da Autorità pubbliche è stata tuttavia contraddetta successivamente coll'introduzione di altre ipotesi di reato a protezione dell'attività di specifiche Autorità di vigilanza (ad esempio, l'art. 170-bis t.u.f.: su cui v. l'ultimo §).

Quanto al bene tutelato, si evidenzia la sua natura pubblicistica: il regolare funzionamento delle attività di vigilanza svolte da Autorità pubbliche (cfr. in proposito le considerazioni di S. Seminara, voce *Reati societari (le fattispecie)*, cit., p. 781 ss.).

In realtà nella stessa disposizione si individuano due autonome figure di reato, disciplinate, rispettivamente, dal primo e dal secondo comma dell'art. 2638 c.c.: (i) il delitto di false informazioni all'Autorità di vigilanza; (ii) il vero e proprio delitto di ostacolo alle funzioni dell'Autorità di vigilanza (cfr. M. Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Giappichelli, 2018, p. 141 ss.).

In entrambe le incriminazioni, il soggetto attivo è qualificato: pertanto, rientrano all'interno della categoria del reato proprio.

Il legislatore prende in considerazione due classi di soggetti attivi propri, collegati dalla congiunzione (coordinante copulativa) "e": anzitutto a) le persone che svolgono le loro funzioni

all'interno dell'ente societario (amministratori, direttori generali, dirigenti preposti alla redazione di documenti contabili, sindaci e liquidatori); poi b) "gli altri soggetti" sottoposti per legge alle autorità pubbliche di vigilanza: se il legislatore li identifica autonomamente, vuol dire che si tratta di soggetti che non svolgono la propria funzione all'interno della società o dell'ente. Potrebbero essere, per esempio, i promotori finanziari, i quali svolgono la loro attività anche fuori dalla società o dall'ente (in proposito, cfr. E. Montani, *Le attività di ostacolo*, in *Reati in materia economica*, a cura di A. Alessandri, cit., p. 198 ss.; R. Zannotti, *Diritto penale dell'economia*, Giuffrè, 2017, p. 194 ss.).

A questo punto, occorre verificare, in astratto, quali siano le figure riconducibili al concetto di "Autorità pubblica di vigilanza" (cfr. S. Seminara, voce *Reati societari (le fattispecie)*, cit., p. 782 ss.; R. Zannotti, *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 195 ss.). Non si pongono particolari problemi per quanto riguarda, ad esempio, la Consob o la Banca d'Italia, le quali rappresentano proprio il modello cui fare riferimento; più problematico è, invece, il discorso che riguarda le cosiddette *Authorities*.

Nel noto procedimento "Lande" si è precisato che sussiste la legittimazione della Consob a costituirsi parte civile nei procedimenti relativi al delitto di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza, trattandosi di ente pubblico dotato di soggettività esponenziale per la rappresentanza degli interessi diffusi propri del mercato mobiliare, affidati alla sua tutela e costituiti dalla salvaguardia della fiducia nel sistema finanziario, dalla tutela degli investitori, dalla stabilità e buon funzionamento del sistema finanziario, dalla competitività di esso e dall'osservanza delle disposizioni in materia finanziaria in ordine ai quali il legislatore le ha affidato compiti di vigilanza informativa previsti dall'art. 8 T.U.F. (Cass., sez. V, 3 febbraio 2015, n. 28157, in *C.E.D. Cass.*, n. 264915).

In dottrina, si nega che tali enti rientrino tra le Autorità pubbliche di vigilanza, quando sovrintendono settori che sono stati privatizzati, come quello dell'energia (cfr. A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, il Mulino, 2010, p. 270).

Il problema del significato da attribuire all'espressione "autorità pubbliche di vigilanza" è stato affrontato anche dalla giurisprudenza.

In una prima decisione, si è appunto sostenuto che non integra il delitto di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche l'omissione di comunicazioni dovute all'Autorità per l'energia elettrica ed il gas (Cass., sez. V, 11 febbraio 2013, n. 28070, in *C.E.D. Cass.*, n. 255565).

La giurisprudenza ha invece reputato configurabile il delitto di cui all'art. 2638 c.c. con riferimento alla omessa informazione obbligatoria alla Federazione Italiana Gioco Calcio da parte di un presidente di una squadra di calcio professionistica, giacché alla FIGC è riconosciuta la titolarità di un potere ispettivo e di controllo di rilevanza pubblicistica attinente alla regolarità della gestione delle società professionistiche di calcio (Cass., sez. V, 31 ottobre 2014, n. 10108, in *C.E.D. Cass.*, n. 262629).

Inoltre, si è ritenuto rientrante nella fattispecie di cui all'art. 2638 c.c., l'ostacolo frapposto all'esercizio delle funzioni della Commissione di Vigilanza sulle Società di Calcio Professionistiche (CO.VI.SO), organo che ai sensi dell'art. 20, comma 4, dello Statuto del C.O.N.I. assume specifica funzione pubblicistica; in un caso di bilancio infedele finalizzato a mascherare gli squilibri esistenti e a ottenere in tal modo l'iscrizione al campionato della società calcistica, nonché a trarre in inganno le verifiche della Commissione di Vigilanza (Cass., sez. III, 29 maggio 2013, n. 28164, in *C.E.D. Cass.*, n. 257142).

Con il d.lgs. n. 180 del 2015 si è aggiunto il (estemporaneo dal punto di vista della numerazione) comma 3-bis, secondo cui «agli effetti della legge penale, le autorità e le funzioni di risoluzione di cui al decreto di recepimento della direttiva 2014/59/UE sono equiparate alle autorità e alle funzioni di vigilanza».

Ai sensi del decreto di recepimento, ovvero il d.lgs. 30 dicembre 2016, n. 254, l'Autorità investita dei poteri di risoluzione è la Banca d'Italia; inoltre, per poteri di risoluzione si intendono quelli conferiti a tale Autorità per poter avviare, in caso di crisi di una banca, un processo di ristrutturazione, al fine di evitare l'interruzione nei servizi offerti e la liquidazione della stessa.

Le due ipotesi criminose sono punite con la medesima pena: la reclusione da 1 a 4 anni.

Al comma 3 vi è una circostanza aggravante specifica: infatti si legge che la pena è raddoppiata se si tratta di società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altri Stati dell'Unione europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell'art. 116 del d.lgs. n. 58 del 1998 (circostanza aggiunta dalla l. n. 262 del 2005).

2. Le false informazioni all'Autorità di vigilanza

Si configurano due distinte fattispecie alternative di realizzazione del delitto di false informazioni all'autorità di vigilanza (comma 1), connotate entrambe da una finalità specifica

(ostacolare le funzioni di vigilanza). Nelle comunicazioni alle Autorità di vigilanza “previste in base alla legge” (si è affermato in dottrina che nel concetto di “previste dalla legge” possono essere ricomprese anche le comunicazioni prescritte in via “regolamentare” o in via “particolare” dalle Autorità di vigilanza: E.M. Ambrosetti-E. Mezzetti-M. Ronco, *Diritto penale dell'impresa*, cit., p. 237): (a) l'esposizione (da parte dell'agente qualificato) di fatti materiali non rispondenti al vero, ancorché oggetto di valutazioni, sulla situazione economico-patrimoniale dell'ente; (b) l'occultamento con mezzi fraudolenti in tutto o in parte di fatti che (i soggetti attivi qualificati) avrebbero dovuto comunicare sulla medesima situazione (cfr. A. Rossi, *Illeciti penali e amministrativi in materia societaria*, cit., p. 242 ss.; R. Zannotti, *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 202 ss.; M. Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 143 ss.).

Si tratta di figure di reato a forma vincolata: la tecnica cui fa ricorso qui il legislatore per descrivere le condotte penalmente rilevanti è quella del c.d. “reato a forma vincolata”, esigendosi che esse siano realizzate con dettagliate modalità.

Nel comma 1 dell'art. 2638 c.c. l'interesse protetto – ossia l'ostacolo alle funzioni di vigilanza, al corretto funzionamento cioè degli organi pubblici di vigilanza posti dalla legge a tutela del mercato e del risparmio – viene fatto oggetto di un “fine (dolo) specifico” (descritto tramite l'inciso “al fine di ostacolare l'esercizio delle funzioni di vigilanza”), secondo un modello di tutela anticipata del bene giuridico; e si arretra la tutela perché, per definizione, il fine particolare per il quale il soggetto agisce non è necessario che si realizzi per l'integrazione dell'illecito penale. Si tratta pertanto di un reato di pericolo; un “pericolo concreto” giacché le condotte devono essere idonee a conseguire il fine (lo scopo) verso il quale si rivolge l'intenzione del soggetto agente per rispettare il principio di offensività (in tal senso in giurisprudenza, cfr. Cass., sez. V, 12 novembre 2015, n. 6884/2016, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3409, con nota di G. Stampanoni Bassi. Cfr. altresì A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, cit., p. 272; M. Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 144 ss.).

Nella motivazione della sentenza del Tribunale di Siena, 31 ottobre 2014, n. 762 (caso MPS) si legge testualmente «il bene giuridico tutelato appare identificabile con il corretto esercizio delle funzioni di vigilanza delle autorità pubbliche cui è affidato il controllo dei singoli segmenti del mercato finanziario, e dunque, consiste nella correttezza dei rapporti tra soggetto vigilato ed ente vigilante al fine di consentire la piena legittimità ed efficacia dell'azione di vigilanza. La norma, pertanto, tutela obblighi informativi che, se correttamente adempiuti, garantiscono il corretto esercizio delle funzioni di pubblica vigilanza [...]». In tal senso si è più volte pronunciata la Corte di cassazione, affermando che l'interesse tutelato dalla norma è appunto quello alla

«correttezza nei rapporti tra ente controllato ed ente controllante, al fine di consentire la piena legittimità ed efficacia dell'attività di controllo» (cfr. Cass. sez. V, 8 novembre 2002, n. 1252/2003; cfr. anche Cass., sez. VI, 24 ottobre 2005, n. 44234); quanto alla giurisprudenza di merito cfr. Trib. Milano Gip. 25 gennaio 2005, c.d. caso Parmalat: «il bene giuridico tutelato dal reato di cui all'art. 2638 c.c. è costituito dal regolare svolgimento del l'esercizio delle funzioni di vigilanza svolte dalle autorità pubbliche a dette funzioni preposte».

Il delitto di false informazioni all'autorità di vigilanza è dunque un reato di mera condotta, che si consuma nel momento in cui viene posta in essere una delle due condotte tipiche alternativamente previste dalla disposizione incriminatrice, celandosi così all'organo di vigilanza la realtà economica, patrimoniale o finanziaria dei soggetti sottoposti al controllo (cfr. Cass., sez. V, 4 luglio 2013, n. 51897, in *C.E.D. Cass.*, n. 258033; Cass., sez. V, 21 maggio 2014, n. 26596, *ivi*, n. 262637. Cfr. al riguardo E. Montani, *Le attività di ostacolo*, cit., p. 206 ss.).

E sulla scorta che si tratti di un reato di mera condotta, si è asserito ad esempio che, in relazione ad un comportamento consistito nel rispondere ad una richiesta della Consob con una comunicazione scritta che negava falsamente l'esistenza di un accordo volto ad eludere l'obbligo di procedere ad O.P.A, la data di comunicazione del reato da cui decorre il termine di prescrizione è quella della ricezione della comunicazione da parte dell'Autorità di vigilanza (così Cass., sez. V, 4 luglio 2013, n. 51897, cit.).

Esaminando più avanti la finalità specifica perché attiene al piano soggettivo (o meglio, della tipicità soggettiva), analizziamo subito le due condotte dal punto di vista materiale-oggettivo.

(i) *L'esposizione di fatti non rispondenti al vero*. Quanto alla prima modalità di condotta che realizza le false informazioni all'autorità di vigilanza, essa ricalca molto da vicino il reato di false comunicazioni sociali nella versione del 2002 (cfr. S. Seminara, voce *Reati societari (le fattispecie)*, cit., p. 783 ss.).

Anche a proposito di tale delitto, ci si è trovati di fronte al problema della rilevanza delle false valutazioni. La giurisprudenza, a tal riguardo, ha reputato penalmente apprezzabile, anche in questo caso, il c.d. falso valutativo nelle comunicazioni dirette alle Autorità di vigilanza.

Si è così sostenuto che – premesso che esiste continuità normativa tra la fattispecie dall'abrogato art. 134 d.lgs. n. 385 del 1993 e quella prevista dall'art. 2638 c.c. – deve ritenersi configurabile il reato anche nel caso in cui la falsità sia contenuta in giudizi estimativi delle poste di bilancio, atteso che dal novero dei “fatti materiali”, indicati dall'attuale norma incriminatrice come possibile oggetto della falsità, vanno escluse soltanto le previsioni o congetture prospettate

come tali, vale a dire quali apprezzamenti di carattere squisitamente soggettivo. Invero, l'espressione, riferita agli stessi fatti, "ancorché soggetti a valutazione", va intesa in senso concessivo, per cui, in ultima analisi, l'oggetto della vigente norma incriminatrice viene a corrispondere a quello della precedente, che prevedeva come reato la comunicazione all'autorità di vigilanza di "fatti non corrispondenti al vero" (Cass., sez. V, 28 settembre 2005, n. 44702, in *C.E.D. Cass.*, n. 232535).

Come è noto, tale locuzione è stata utilizzata da una parte della giurisprudenza di legittimità per argomentare, in tema di falso in bilancio, a favore della abolizione dalla rilevanza penale del falso valutativo. Tuttavia, le figure in questione non possono essere messe a confronto, in quanto un parallelismo non può essere compiuto con riferimento a figure di reato tipizzate su elementi diversi e che tutelano interessi differenti (in questo caso, la funzione di controllo delle pubbliche autorità su determinati settori). Un ragionamento del genere, invero, appare fallace dal punto di vista logico.

(ii) *L'occultamento di fatti con mezzi fraudolenti*. Riguardo poi alla seconda modalità di realizzazione del delitto di false informazioni all'autorità di vigilanza, deve essere subito precisato che non si tratta di una condotta omissiva. È necessario, infatti, che la condotta di occultamento sia corredata dal ricorso a mezzi fraudolenti e non si risolva nel mero silenzio sull'esistenza dei fatti da comunicare; fatti che devono poi chiaramente essere rilevanti per la situazione economico-patrimoniale della società (cfr. Cass., sez. VI, 9 novembre 2010, n. 40164, in *C.E.D. Cass.*, n. 248821). È sufficiente anche una condotta di occultamento parziale dei fatti la cui comunicazione è imposta da una fonte normativa.

Per quanto concerne lo scopo specifico tipizzato dal legislatore, il "fine di ostacolare le funzioni di vigilanza", ha certamente la funzione di selezionare sul piano delle falsità quelle che incidono sullo svolgimento dell'attività di vigilanza, consentendo la rilevanza penalistica unicamente delle sole condotte idonee effettivamente a conseguire il fine indicato nel tipo (in tal senso, v. A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, cit., p. 272; S. Seminara, voce *Reati societari (le fattispecie)*, cit., p. 784; R. Zannotti, *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 206; M. Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 146 ss. Per E.M. Ambrosetti-E. Mezzetti-M. Ronco, *Diritto penale dell'impresa*, cit., p. 237, appare difficile ipotizzare la compatibilità del dolo eventuale con la fattispecie marcatamente fraudolenta prevista al comma 1 dell'art. 2638 c.c.).

3. L'ostacolo alle funzioni dell'Autorità di vigilanza

La seconda autonoma ipotesi di reato è contenuta nel comma 2 dell'art. 2638 c.c.

Questa figura criminosa, a differenza di quella prevista al primo comma, è a forma libera: il legislatore non descrive infatti le modalità di realizzazione della stessa. Stabilisce la disposizione in questione che sono puniti gli agenti qualificati che «in qualsiasi forma [...] ne ostacolano le funzioni».

La condotta tipica è polarizzata sull'evento naturalistico (l'ostacolo), ed è costituita dal realizzare comunque un ostacolo all'esercizio delle funzioni delle Autorità pubbliche di vigilanza. L'evento di "ostacolo" può essere dunque integrato con qualsiasi comportamento anche omissivo, che impedisce alla Autorità di vigilanza di esercitare le proprie funzioni.

Il reato previsto dal comma 2 dell'art. 2638 c.c. è dunque un "delitto di evento", che richiede la verifica di un effettivo ostacolo alle funzioni di vigilanza, quale conseguenza di una condotta che può assumere qualsiasi forma (anche omissiva) (così Cass., sez. V, 26 maggio 2017, n. 42778, Consoli, in *C.E.D. Cass.*, n. 271442).

In pratica, la condotta vietata è identificata soltanto attraverso il nesso eziologico con l'impedimento alle funzioni di vigilanza, includendovi (oltre ipotesi attive) anche ipotesi di carattere omissivo. Il reato è infatti espressamente integrato anche dalla mera omessa comunicazione di informazioni dovute (Cass., sez. V, 7 dicembre 2012, n. 49362, in *C.E.D. Cass.*, n. 254065).

Per meglio comprendere la fattispecie, è necessario analizzare il concetto di "ostacolo". In italiano, "ostacolo" significa in senso figurativo "situazione, condizione, evento che costituisce un impedimento o un intralcio al raggiungimento di uno scopo, al verificarsi di un fatto, ecc." (cfr. T. De Mauro, *Grande dizionario italiano dell'uso*, Utet, 1999. Al riguardo v. inoltre A. Rossi, *Illeciti penali e amministrativi in materia societaria*, cit., p. 249 ss.).

L'impedimento, ovviamente può essere graduabile ed assumere anche la forma della non superabilità, ma ad avviso di parte della dottrina (cfr. A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, cit., p. 270 ss.) e della giurisprudenza (cfr. Trib. Siena, 31 ottobre 2014, n. 762; Cass., sez. V, 7 dicembre 2012, n. 49362) per il configurarsi della fattispecie non è richiesta una tale intensità. Nonostante, infatti, l'ostacolo debba configurarsi come non momentaneo e non irrilevante, la condotta causativa dell'evento può configurarsi anche in un mero comportamento ostruzionistico che di fatto impedisce alle autorità vigilanti di esercitare le funzioni in modo corretto ed efficace. Si pensi che nel caso Bnl-Unipol, la Corte di cassazione ha ritenuto che configurasse la condotta generante ostacolo anche il comportamento di vertici societari i quali

avessero fornito false spiegazioni, a richiesta dell'autorità di controllo, rispetto a "mere intenzioni", poiché il nascondimento della volontà di tentare una "controsalata", avrebbe indotto la Consob a non vigilare correttamente sul mercato, di fatto ostacolandone le sue funzioni (Cass., sez. V, 7 dicembre 2012, n. 49362).

In giurisprudenza si è sottolineato che l'ipotesi presa in considerazione dal comma 2 si configura come un reato di danno, e non già di pericolo concreto come quella del primo comma. Richiedendosi pertanto per la sua consumazione che si sia realizzato un effettivo ostacolo alle funzioni di vigilanza, quale conseguenza della condotta che può assumere qualsiasi forma, anche quella consistente nella omissione delle comunicazioni dovute alle predette autorità; conformemente alle prescrizioni sulla incriminazione anche dei comportamenti omissivi contenute nell'art. 11, lett. b), della legge delega per la riforma del diritto societario, in base alla quale è stato emanato il d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61, che, nel rimodulare la disciplina dei reati societari, ha modificato, tra gli altri, anche l'art. 2638 c.c. (così in motivazione Cass., sez. V, 12 novembre 2015, n. 6884/2016, cit.).

In altre parole, mentre il delitto di cui al comma 1 dell'art. 2638 c.c. è un reato di mera condotta, il reato previsto dal secondo comma è un delitto di evento, che richiede la verifica di un effettivo e rilevante ostacolo alla funzione di vigilanza, quale conseguenza di una condotta che può assumere qualsiasi forma (cfr. Cass., sez. V, 12 novembre 2015, n. 6884/2016, cit. In dottrina, si esprimono perplessità in merito alla equiparazione legislativa tra un disvalore di condotta e un disvalore di evento: v. S. Seminara, voce *Reati societari (le fattispecie)*, cit., p. 783).

L'ostacolo alle funzioni di vigilanza si trasforma da oggetto del c.d. dolo specifico (comma 1) ad evento naturalistico collegato eziologicamente alla condotta a forma libera, sicché è necessario accertare un nesso di causalità tra quest'ultima e l'evento-ostacolo.

Sul piano della tipicità soggettiva, il legislatore ha inserito nella descrizione del comportamento punito l'avverbio "consapevolmente". La connotazione soggettiva determina una limitazione della configurabilità del delitto sotto il profilo dell'intensità del dolo: escludendo la realizzazione del reato a titolo di dolo eventuale (cfr. S. Seminara, voce *Reati societari (le fattispecie)*, cit., p. 785; R. Zannotti, *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 208; M. Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 148.).

Il legislatore dà qui rilevanza a ogni comportamento umano che abbia cagionato con qualsiasi modalità l'evento naturalistico (reato c.d. "a forma libera"). Non sono state selezionate le modalità con cui può essere prodotta l'offesa: si è attribuita rilevanza penale alla causazione

pura e semplice dell'evento.

La natura di reato di danno a forma libera della fattispecie di cui all'art. 2638, comma 2, c.c., ne legittima la costruzione anche in termini di reato eventualmente permanente. Un delitto che, nel concreto atteggiarsi della condotta criminosa, può assumere la forma tipica del reato permanente (con riflessi sulla maturazione del termine prescrizionale). La consumazione del reato, omettendo le comunicazioni dovute alle Autorità di vigilanza, si protrae per tutto il tempo in cui le comunicazioni, pur potendo ancora essere utilmente effettuate, continuano ad essere omesse; costituendo, per l'appunto, significativo indice rivelatore della permanenza la sistematica pluralità di omissioni di identico contenuto poste in essere dal soggetto agente, che trovano la loro ragione giustificatrice nel fattore unificante dell'ostacolo alle funzioni di vigilanza (in tal senso Cass., sez. V, 12 novembre 2015, n. 6884/2016, cit.).

4. Concorso di reati. Rapporto con gli illeciti amministrativi

Si è illustrato come all'interno dell'art. 2638 c.c. vi siano due distinte e autonome figure di reato: le false informazioni e l'ostacolo alle Autorità di vigilanza, rispettivamente al primo e al secondo comma. L'ipotesi delle false informazioni può essere integrata a sua volta attraverso due differenti modalità di condotta.

Si pongono dunque problemi attinenti alla materia del concorso di reati (cfr. M. Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 148 ss.).

Innanzitutto, deve essere escluso il possibile concorso tra le due fattispecie contemplate al primo comma (l'esposizione di fatti falsi e l'occultamento). Si tratta di modalità alternative di realizzazione della stessa figura di reato; condotte che si escludono a vicenda e non possono concorrere tra loro neppure astrattamente.

Quanto invece al concorso tra le incriminazioni dei commi 1 e 2 dell'art. 2638 c.c., trovandoci al cospetto di autonome e distinte ipotesi di reato, l'eventualità non può in linea di principio essere esclusa.

Anzi in giurisprudenza si è asserito che tra le fattispecie dei commi 1 e 2 dell'art. 2638 c.c. è configurabile un concorso formale eterogeneo ex art. 81, comma 1, c.p. qualora la condotta illecita si concretizzi nella omessa comunicazione alle autorità di vigilanza di informazioni dovute. In tal caso, si configura la contemporanea violazione di diverse disposizioni di legge: violazione del comma 1, per quanto attiene all'omissione dell'informazione dovuta; del comma 2,

allorché tale omissione determini di fatto un effettivo e rilevante ostacolo alle funzioni di vigilanza (Cass., sez. V, 26 maggio 2017, n. 42778, in *C.E.D. Cass.*, n. 271442 e in *Cass, pen.*, 2018, fasc. 11, con osservazioni di D. Federici; Cass., sez. V, 12 novembre 2015, n. 6884/2016, cit.).

Si è ritenuto pertanto integrato il concorso formale nella condotta dei legali rappresentanti di una società cooperativa che avevano omesso di indicare nei bilanci societari una fidejussione rilasciata in favore di un'altra società, altresì omettendo di darne comunicazione al competente organo di revisione (cfr. Cass., sez. V, 12 novembre 2015, n. 6884/2016, cit. In senso analogo per la possibilità di un concorso formale tra le due ipotesi previste al primo e secondo comma dell'art. 2638 c.c., v. Cass., sez. V, 26 maggio 2017, n. 42778, cit., ad avviso della quale integra il reato di cui all'art. 2638 c.c. la condotta dell'amministratore di un istituto di credito il quale, attraverso l'artificiosa rappresentazione nel patrimonio di vigilanza di elementi positivi fittizi, costituiti da azioni ed obbligazioni acquistate da terzi con finanziamenti erogati in loro favore dallo stesso istituto creditizio, senza che tale circostanza venisse resa nota agli organi di vigilanza, abbia in tal modo occultato l'effettiva situazione economica della banca amministrata e determinato un effettivo e rilevante ostacolo alle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza).

Veniamo adesso ai rapporti tra gli artt. 170-*bis* t.u.f. e 2638 c.c.

L'art. 170-*bis* t.u.f., rubricato "Ostacolo alle funzioni di vigilanza", contiene una clausola di riserva esplicita, infatti prescrive il legislatore che lo stesso trova applicazione "fuori dai casi previsti dall'art. 2638 c.c.". Il problema è individuare quindi, quali sono i casi in cui il 2638 c.c. non si considera applicabile.

Secondo parte della dottrina l'art. 170-*bis* t.u.f. troverebbe applicazione rispetto a quelle attività della Consob relative agli abusi di mercato, poiché tale articolo sarebbe contenuto nel titolo I *bis*. (cfr. ad es. R. Zannotti, *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 196 ss.).

Questo orientamento è smentito però non solo dal tenore letterale della disposizione, ma altresì dalla sua collocazione sistematica non nella parte relativa agli abusi di mercato ma nel titolo I capo I, relativa più in generale alle sanzioni penali in materia di intermediari e mercato. Tale articolo potrebbe quindi essere considerato una norma di chiusura volta a coprire tutti quei casi di ostacolo alle funzioni di vigilanza della Consob non sussumibili nell'art. 2638 c.c.

Rispetto all'elemento oggettivo, va sottolineato che l'art. 170-*bis* t.u.f. è una fattispecie di danno, poiché ai fini della sua configurazione il legislatore richiede il verificarsi di un ostacolo.

Da ciò si ricava che il vero ambito di sovrapposizione con l'art. 2638 c.c. si riferisce esclusivamente al suo secondo comma essendo il primo una fattispecie di pericolo.

Premesso ciò, i casi che possono essere ricondotti alla norma del t.u.f. ricomprendono quelle condotte poste in essere da soggetti non qualificati e quindi non rientranti nel novero dei soggetti della norma codicistica, o quelle condotte che sono imputabili a titolo di dolo eventuale che non possono costituire, per gli argomenti già esposti sopra, reato ai sensi dell'art. 2638 c.c. (così in dottrina, E. Montani, *Le attività di ostacolo*, cit., p. 210 ss.).

Per fare un esempio, si pensi al potere conferito alla Consob, ex art. 187-*octies* t.u.f., di chiedere informazioni a chiunque possa essere informato su condotte manipolative o su fatti di abuso di informazioni privilegiate. In questo caso, se i soggetti non sono quelli rientranti nell'art. 2638 c.c., ovvero non vigilati o non tenuti ad obblighi informativi, qualora non rispondano alle richieste o lo facciano in modo mendace o reticente al punto da ostacolare le funzioni Consob risponderanno del reato ex art. 170-*bis* t.u.f. e non di quello codicistico poiché non rientrante tra i soggetti qualificati.

L'art. 2368 c.c. e l'art. 190 t.u.f., in relazione all'art. 10 t.u.f., puniscono entrambi, il primo sotto il profilo penale, il secondo sotto l'aspetto amministrativo, la medesima condotta, consistente nella trasmissione alla Consob di una relazione, dal contenuto non veritiero, inerente verifiche di conformità sul collocamento di un prestito obbligazionario, con conseguente applicazione della sola disciplina penale, ex art. 9, comma 1, della l. n. 689 del 1981 (Cass., sez. II civ., 5 aprile 2017, n. 8855, in *Cass. pen.*, 2018, p. 357 ss., con nota di M. Pesucci).

Infine, bisogna analizzare i rapporti tra gli artt. 170-*bis* t.u.f. e 187-*quinquiesdecies* t.u.f. (in proposito, cfr. S. Seminara, voce *Reati societari (le fattispecie)*, cit., p. 785.). Quest'ultimo, che ha natura di illecito amministrativo, punisce chiunque non ottemperi nei termini alle richieste della Banca d'Italia e della Consob o che ne ritardi l'esercizio delle funzioni. Dal dato testuale, emerge una sovrapposizione tra le condotte tipiche. Sotto il profilo dell'elemento oggettivo, ad avviso della dottrina (in questo senso E. Montani, *Le attività di ostacolo*, cit., p. 211 ss.), per garantire l'effettività dell'operatività di entrambe le norme risulta necessario forzare il dato testuale dell'art. 170-*bis* t.u.f., nel senso che il concetto di ostacolo deve essere interpretato come un vero e proprio impedimento alle Autorità nello svolgimento delle loro funzioni in modo tale da poter applicare la sanzione amministrativa nei casi in cui la condotta abbia provocato un mero ritardo. Dal punto di vista dell'elemento soggettivo, l'illecito penale è imputabile esclusivamente a titolo di dolo, di conseguenza residua l'applicazione dell'art. 187-*quinquiesdecies* t.u.f. nei casi in cui l'agente abbia agito con colpa

