

Art. 2638 c.c.:**Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle Autorità pubbliche di vigilanza****di Carolina SMITH***

SOMMARIO: **1.** Premessa: panorama normativo e antecedenti storici del delitto di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle Autorità pubbliche di vigilanza. **2.** Interesse tutelato e il caso MPS. **3.** Soggetti attivi. **4.** Il delitto di false comunicazioni alle Autorità pubbliche di vigilanza (comma 1). **5.** La condotta di ostacolo alle funzioni dell'Autorità pubblica di vigilanza (comma 2). **6.** Destinatari della tutela penale garantita dall'art. 2638 c.c.: le Autorità pubbliche di vigilanza. **7.** L'ostacolo alle funzioni di vigilanza della Banca centrale europea. **8.** Conclusioni.

ABSTRACT: *The essay analyzes the national crime aimed at preventing public supervisory authorities from exercising their functions, is article 2638 of the civil code and through the deepening of the concept and role of "public supervisory authorities", therefore, the document asks the interpreter a reflection aimed at ascertaining whether, or within what limits, the European Central Bank falls within the protection provided for by national legislation such as the Banca d'Italia and C.O.N.S.O.B.*

1. Premessa: panorama normativo e antecedenti storici del delitto di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle Autorità pubbliche di vigilanza.

Le "false comunicazioni sociali" rappresentano una figura centrale nel panorama del diritto penale societario italiano, proprio per questa ragione nel corso della sua esistenza, tale fattispecie è stata oggetto di diverse riforme; tra le più risalenti vi sono quelle intervenute nel 1930-1931 volte a contrastare l'illegalità societaria in un momento di crisi economica mondiale¹; queste, hanno preceduto le rigorose innovazioni apportate dal codice civile 1942², il quale presentò la disciplina dei reati societari come disciplina manifestamente servente a quella civilistica costituita dall'impiego in via principale del modello del pericolo, meglio definito come "diritto penale del comportamento"³; vi sono poi in ultimo le novità apportate dalla legge del 2002 e la più recente riforma introdotta con la l. n. 69/2015. Questa evoluzione è stata costantemente accompagnata, per via legislativa e giurisprudenziale da vivaci discussioni poiché tutti gli interventi in materia, hanno trovato le loro radici in motivi di natura strettamente politica ed economica. La riforma del 2002, che investì tutti i

* Dottore in giurisprudenza La Sapienza, tirocinante presso la Corte di Cassazione.

¹ A. Alessandri, *Reati in materia economica*, Torino, Giappichelli Editore, 2017, p. 4; spiega che l'intervento legislativo del 1930 non ebbe molta fortuna, al dettame non fece seguito un'applicazione considerevole, innalzò sostanzialmente le pene, da tre a dieci anni di reclusione.

² A. Crespi, *Studi di diritto penale societario*, (a cura di) G. Rossi, in *Riv. soc.*, Milano, Giuffrè Editore, 2010, p. 218; a riguardo il codice civile del 1942 addensò il sistema dei reati societari al cui principio si collocavano le false comunicazioni sociali e la riparazione di utili, a conferma del loro stretto legame che avrebbe anche incentivato discussioni sui rapporti tra l'indebita ripartizione e l'approvazione del bilancio.

³ A. Manna, *La riforma dei Reati societari: Dal Pericolo Al Danno*, in *Il Foro It.*, vol. 125, 2002, pp. 111 ss.

reati societari previsti dal codice civile, puntò a risolvere in radice tutti i problemi che ancora oggi ci troviamo ad affrontare in riferimento alle valutazioni di bilancio e ai conseguenti criteri di accertamento della falsità delle stesse⁴. Ciò portò ad un annichimento del sistema, cui fecero eccezione fortuitamente solo alcune disposizioni come quella costituita dall'art. 2638 c.c. che rappresenta quindi l'ultima evoluzione, a seguito del d.lgs. 11 aprile del 2002 n.61, di quella tipologia di incriminazioni poste a tutela dell'attività degli organi di vigilanza⁵ introdotta per la prima volta nel nostro ordinamento con il d.l. 8 aprile 1974 n. 95⁶, istitutivo della C.O.N.S.O.B.

L'incessante diffusione dei fenomeni corruttivi, la loro evoluzione fenomenologica, gli intrecci con la criminalità organizzata e in alcuni casi l'incontro con lo scenario politico, hanno condotto il legislatore ad intervenire con la l. n. 69/2015. Quest'ultima ha profondamente rinnovato la disciplina delle «false comunicazioni sociali»; fu conferita rilevanza penale all'esposizione di fatti materiali non rispondenti al vero, ciò creò un evidente squilibrio essendo, il restante ambito dei diritti societari, rimasto immutato.

Attualmente l'impianto del diritto penale societario, dal punto di vista sanzionatorio è incentrato sulle due figure dell'ostacolo all'attività di vigilanza e del falso in bilancio. Si tratta di due autonome fattispecie delittuose, disciplinate rispettivamente dal primo e dal secondo comma dell'art. 2638 c.c. recante il titolo di «Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle Autorità pubbliche di vigilanza»⁷.

Per entrambi i delitti è comminata la pena della reclusione da uno a quattro anni: scelta criticabile in quanto accomuna entro la medesima previsione sanzionatoria due fattispecie di diverso rilievo, incentrate rispettivamente sul disvalore dell'intenzione e sul disvalore dell'eventos⁸.

Il legislatore sembra aver volontariamente fatto emergere una tutela generale delle Autorità di controllo esterno in virtù della rilevante natura del bene giuridico tutelato ossia la correttezza dei rapporti tra soggetto vigilato ed autorità vigilante. La finalità della norma è quella «di garantirne l'affidabilità nel mercato e nel rapporto con il pubblico»⁹; sarebbe quindi proprio la trasparenza informativa a costituire oggetto di tutela.

In via di prima approssimazione, desta molte perplessità la logica che ha ispirato il legislatore nel creare il prototipo di incriminazione riguardante la fattispecie di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle Autorità pubbliche di vigilanza contenuta nell'art. 2638 c.c.¹⁰, e cioè quella della repressione

⁴ Nel 2002 il legislatore ha saldato le diverse norme incriminatrici presenti in un'unica figura criminosa di portata generale collocandola nel capo IV del titolo XI del codice civile, nonostante tale previsione non fosse una novità propria della riforma del 2002. Già da tempo infatti erano presenti disposizioni riguardanti i soggetti operanti nei mercati, previste nelle diverse legislazioni di settore e i testi unici in materia bancaria, in particolar modo in materia di intermediazione finanziaria che avevano già dato una risposta incisiva, ma ancora parziale, alla richiesta della dottrina di procedere ad una generale opera di rivisitazione e di omogeneizzazione di tali ipotesi criminose.

⁵ G. Losappio, *Risparmio, funzioni di vigilanza e diritto penale. Lineamenti di un sottosistema*, Bari, Cacucci Editore, 2004, p. 161.

⁶ Con tale provvedimento furono inseriti nel nostro sistema giuridico i reati di "ostacolo alle funzioni della C.O.N.S.O.B" e di "false comunicazioni" a cui poi fecero seguito la disciplina dei nuovi soggetti operanti sui mercati e l'istituzione di nuove autorità di vigilanza, è il caso, ad esempio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

⁷ In tal senso M. Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Torino, Giappichelli Editore, 2018, p.141.

⁸ Così S. Seminara, *False comunicazioni sociali, falso in prospetto e nella revisione contabile e ostacolo alle funzioni delle autorità di vigilanza*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 687.

⁹ Cass. pen., sez. VI, 24 ottobre 2005, n. 44234, in *www.dejure.it*.

¹⁰ Gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori di società o enti e gli altri soggetti sottoposti per legge alle autorità pubbliche di vigilanza, o tenuti ad obblighi

nei confronti di coloro che non offrono piena e fedele collaborazione nei riguardi di programmi preventivi predisposti dagli organismi di pubblica vigilanza, nell'ottica di recuperare anche coattivamente la fiducia nelle istituzioni (e forse la credibilità nella stabilità del sistema) e implementare i controlli di tipo istituzionale, in particolare la *governance* delle Autorità di vigilanza sul mercato finanziario¹¹. Un'adeguata tutela della veridicità delle informazioni trasmesse alle Autorità di vigilanza, anche attraverso la previsione di sanzioni penali, è necessaria per consentire alle stesse di svolgere efficacemente le loro funzioni e indirettamente, per assicurare la salvaguardia degli interessi pubblici coinvolti¹².

La collocazione della disposizione nell'ambito del codice civile, nel capo IV del titolo XI, non trova una fondata giustificazione, essa ricomprende ogni Autorità e forma di vigilanza esercitata dalle stesse verso qualsiasi soggetto, non solo la vigilanza operata dalle classiche Autorità di controllo nei confronti di società quotate e non. Una norma di carattere generale, quale quella in commento, potrebbe trovare invece un'adeguata collocazione nell'ambito di un moderno codice penale come disposizione posta a tutela del corretto funzionamento degli organi pubblici di vigilanza.

Più opportuno sarebbe forse disciplinare, da un lato in forma unitaria la materia delle prescrizioni dell'Autorità di vigilanza e dall'altro creare nello stesso codice penale una norma che incrimini nella forma delittuosa e dolosa, il falso in comunicazioni ad organi di controllo da parte di imprese o altri soggetti¹³. Proprio in virtù di tale configurazione generale, la norma in questione rientra tra quelle che, quantomeno prima della riforma del 2015, sono state maggiormente ricorrenti nella prassi applicativa. La magistratura, in particolare quella inquirente, preso atto della debole disciplina "sul falso in bilancio", ha proceduto ad un'applicazione diffusa talvolta anche impropria della stessa congiuntamente a quella in materia di manipolazione di mercato, spesso più per esprimere un parere giuridico relativamente a problemi politici, che non per garantire un'effettiva necessità di tutelare il funzionamento e l'operato delle Autorità di vigilanza¹⁴.

2. Interesse tutelato e il caso Monte dei Paschi di Siena.

nei loro confronti, i quali nelle comunicazioni alle predette autorità previste in base alla legge, al fine di ostacolare l'esercizio delle funzioni di vigilanza, espongono fatti materiali non rispondenti al vero, ancorché oggetto di valutazioni, sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria dei sottoposti alla vigilanza ovvero, allo stesso fine, occultano con altri mezzi fraudolenti, in tutto o in parte fatti che avrebbero dovuto comunicare, concernenti la situazione medesima, sono puniti con la reclusione da uno a quattro anni. La punibilità è estesa anche al caso in cui le informazioni riguardino beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi (comma 1). Sono puniti con la stessa pena gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori di società, o enti e gli altri soggetti sottoposti per legge alle autorità pubbliche di vigilanza o tenuti ad obblighi nei loro confronti, i quali, in qualsiasi forma, anche omettendo le comunicazioni dovute alle predette autorità, consapevolmente ne ostacolano le funzioni (comma 2). 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'articolo 116 del testo unico di cui al d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (comma 3). 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 (comma 3-bis).

¹¹ Cfr. M.B. Magro, *Il diritto penale della macrocriminalità economica e il pendolo delle idee: tendenze e deviazioni nell'era della globalizzazione*, in *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, Editoriale Scientifica Editore, 2013, p. 982.

¹² In tal senso v. O. Capolino - R. D'Ambrosio, *La tutela penale dell'attività di vigilanza*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale. Banca d'Italia*, n. 67, 2009, p. 3.

¹³ F. Bricola, *Il diritto penale del mercato finanziario*, in AA.VV., *Mercato finanziario e disciplina penale*, Milano, Giuffrè Editore, 1993, p.43.

¹⁴ V. N. Rossi, *Ostacolo alla vigilanza e nuova disciplina di falso in bilancio*, in *Riv. Guardia di Finanza*, 2016, n.1, p. 84.

Il bene giuridico tutelato dall'art. 2638 c.c. corrisponde ad un interesse di natura pubblicistica e consiste nel corretto e regolare funzionamento delle attività svolte dagli organismi a ciò preposti nel loro rapporto con i soggetti controllati al fine di consentire la piena legittimità ed efficacia dell'attività di controllo¹⁵. È evidente che, una corretta e affidabile informazione societaria verso il pubblico, costituisca presupposto logico imprescindibile per la tutela dell'interesse informativo delle Autorità¹⁶. L'interesse giuridico tutelato nel caso in esame, è intermedio e strumentale alla tutela del regolare funzionamento¹⁷ e alla salvaguardia dell'efficienza e affidabilità del mercato; il reato provoca indirettamente effetti benefici sullo stesso. La strumentalità porta infatti a delimitare l'ambito di applicazione della fattispecie, a tal fine rilevano penalmente le sole condotte di omissione o di incompletezza delle comunicazioni obbligatorie connesse all'interesse al risparmio e al corretto funzionamento del mercato, purché potenzialmente lesive dello stesso¹⁸. Sono sottoposti al controllo anche gli interessi patrimoniali dei risparmiatori e investitori quale bene finale ultimo¹⁹. La protezione dell'interesse viene apportata attraverso l'incriminazione della messa in pericolo (comma 1) o dell'effettiva lesione (comma 2) dell'attività istituzionale degli enti pubblici di vigilanza²⁰, la tutela penale retrocede in quanto per definizione lo scopo per il quale il soggetto agisce non necessariamente deve realizzarsi con l'integrazione dell'illecito penale²¹. Si tratta di una peculiare modalità di anticipazione della tutela, caratterizzata da una trasformazione dell'oggetto della tutela stessa, le istituzioni quindi appaiono come un qualcosa rispetto al quale il comportamento illecito non va a conformarsi a prescrizioni di carattere strategico o a regole distanti dagli interessi dei singoli soggetti, i quali potrebbero vedersi pregiudicati²².

Per inquadrare al meglio l'ambito di riferimento del fatto relativamente all'interesse giuridico tutelato, è opportuno in via preliminare indicare come, in prospettiva accusatoria, il caso Monte dei Paschi di Siena riguardi l'occultamento verso gli organi di vigilanza e segnatamente nei riguardi della Banca d'Italia di uno specifico documento, denominato *Mandate Agreement* sottoscritto il 31 luglio 2009 dagli imputati quali, Direttore Generale e Responsabile dell'Area Finanza della banca M.P.S., rinvenuto tre anni dopo nella cassaforte sita in un locale comunicante con l'ufficio del Direttore Generale. L'addebito nei confronti degli imputati consiste nell'aver occultato in concorso tra loro con mezzi fraudolenti - aver celato per tre anni in cassaforte - il contratto *Mandate Agreement*

¹⁵ Cass. pen., sez. V, 8 novembre 2002, n. 1252, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2003, p. 916.

¹⁶ M. Mazzacuva - E. Amati, *Diritto penale dell'economia problemi e casi*, Padova, Cedam Editore, 2018, p. 201, egli sottolinea in particolare il rischio che la carente tutela della prima (l'affidabile informazione societaria verso il pubblico), rifletta negativamente sulla seconda (tutela dell'interesse informativo delle Autorità) rendendola non effettiva: a fronte di una debole protezione di fatto dell'interesse dei soci e dei creditori e di una corretta e affidabile informazione sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società, la garanzia dell'informazione all'Autorità di vigilanza rimaneva del tutto eccessiva, sganciata dalle finalità reali ultime, per cui l'informazione è giuridicamente obbligatoria e in ultima istanza segnata da un considerevole incisività. In virtù di queste considerazioni la riforma n. 69 del 2015 ha riscritto la fattispecie delle false comunicazioni sociali commisurandone in maniera equilibrata la pena.

¹⁷ G. Marinucci - E. Dolcini, *Corso di diritto penale I*, Milano, Giuffrè Editore, 2001, p. 541.

¹⁸ Il problema dell'individuazione dei comportamenti effettivamente punibili si pone in particolar modo relativamente al secondo comma della disposizione in esame, con riguardo all'ostacolo a condotta libera.

¹⁹ Cfr. ad es. F. Giunta, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, vol. I, Torino, Giappichelli Editore, 2004, p. 32.

²⁰ Cass. pen., sez. V, 20 luglio 2011, n. 28932, in *www.dirittobancario.it*

²¹ M. Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 144.

²² L. Cornacchia, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza*, in *Giurisprudenza commerciale*, Milano, Giuffrè Editore, 2017, p. 81.

ostacolando "consapevolmente" le funzioni di vigilanza della Banca d'Italia. Nella motivazione della sentenza del Tribunale di Siena n. 762/2014, 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 e soggetto 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 [...]»²³.

Il collegio giudicante ha ritenuto – essendosi verificato, nel caso di specie, l'evento di ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza – realizzata la forma più nutrita di lesione al bene giuridico descritta dal secondo comma della norma.

La sentenza chiarisce la necessità di:

«concretizzare il bene giuridico così individuato in modo tale che l'ostacolo di cui al secondo comma possa essere integrato non da qualsiasi disobbedienza o scorrettezza meramente formale, bensì da una condotta che effettivamente leda l'esercizio delle funzioni di vigilanza strumentali e idonee al raggiungimento degli scopi alla cui salvaguardia è preposta l'autorità stessa».

Il bene giuridico tutelato dall'art. 2638 c.c. viene dunque individuato nel corretto esercizio delle funzioni di vigilanza delle Autorità pubbliche, cui è affidato il controllo di singoli segmenti del mercato finanziario e, dunque, 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, in buona sostanza, tutela obblighi informativi che, se correttamente adempiuti, garantiscono il corretto esercizio delle funzioni di pubblica vigilanza²⁴.

3. Soggetti attivi.

Nell'art. 2638 c.c. l'individuazione dei soggetti attivi del reato viene operata in termini assolutamente identici per entrambe le fattispecie delittuose di cui al primo e al secondo comma. La disposizione si apre con un'elencazione tassativa dei destinatari del reato di ostacolo, si tratta innanzitutto di amministratori, direttori generali, sindaci, liquidatori di società, cui la l. n. 262/2005 ha aggiunto la categoria dei dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari. In maniera più appropriata il soggetto attivo è qualificato, pertanto il legislatore ha abbandonato la tecnica utilizzata dalle omologhe e abrogate norme del testo unico bancario e del testo unico in materia di intermediazione finanziaria, le quali presentavano i soggetti attivi sulla base delle funzioni esercitate, adottando la tecnica classica fondata sulla qualifica formale loro assegnata; è stato così eliminato quel carattere indefinito che connotava l'individuazione delle funzioni

²³ Trib. Siena, 31 ottobre 2014, n.762, in *www.penalecontemporaneo.it*, p.6; in tal senso si è più volte pronunciata la Corte di Cassazione, affermando che l'interesse tutelato dalla norma in questione è «la correttezza dei rapporti tra ente controllato ed ente controllante, al fine di consentire la piena legittimità ed efficacia dell'attività di controllo», cfr. Cass. pen., sez. VI, 24 ottobre 2005, n. 44234, in *C.E.D. Cass.*, n. 232849; con riguardo alla giurisprudenza di merito, cfr. Trib. pen. Milano, 25 gennaio 2005, in *www.reatisocietari.it*, nel c.d. caso Parmalat si afferma che «il bene giuridico tutelato dal reato di cui all'art. 2638 è costituito dal regolare svolgimento dell'esercizio delle funzioni di vigilanza svolte dalle autorità pubbliche a dette funzioni preposte».

²⁴ I. Gittardi, nota a Trib. Siena, 29 gennaio 2015, in *Riv. dir. pen. cont.*, n. 762, 2014.

dirigenziali. Tale elenco è accompagnato in via conclusiva e successiva, da una clausola di tipo generale che ascrive le condotte di reato anche ad «enti e altri soggetti sottoposti per legge alle autorità pubbliche di vigilanza o tenuti ad obblighi nei loro confronti», inciso di “dubbia determinatezza”²⁵ che presenta una categoria di soggetti di difficile identificazione²⁶; le incriminazioni rientrano perciò nella categoria del reato proprio. Tale riferimento introduce un margine di estensione nell’ applicazione della norma, che risulta notevolmente ampliato dal riferimento all’ art. 2639 c.c., disposizione che estende la responsabilità a tutti coloro che di fatto esercitano funzioni di amministrazione, direzione, liquidazione e controllo²⁷. Le qualifiche soggettive riguardano quindi i soggetti che sono tenuti a svolgere le medesime funzioni pur se diversamente qualificati dal punto di vista civilistico, ossia coloro che esercitano in maniera continuativa e significativa i poteri tipici che contrassegnano la qualifica o la funzione e – relativamente al comma 2 – anche coloro che sono incaricati dalle Autorità di pubblica vigilanza o dall’Autorità giudiziaria ad amministrare la società, i beni da questa posseduti o gestiti per mezzo di terzi²⁸. Ciò significa che colui il quale, in forza delle norme giuscommercialistiche, bancarie o finanziarie è tenuto rispetto alla C.O.N.S.O.B. e Banca d’ Italia ad obblighi di collaborazione e/o doveri informativi - si tratta dei revisori, promotori finanziari, agenti di cambio - nel caso in cui ostacolino le funzioni di tali enti, risponderanno del reato in esame.

I soggetti di cui parla la disposizione, non espressamente menzionati, sono però individuabili *per relationem* tra coloro che sono sottoposti “per legge alle autorità pubbliche di vigilanza”, qualora sussista un obbligo di informazione *ex art.* 156 d.lgs. 58/1998 – come modificato dal d.lgs. 39/2010 – e la società di revisione o il revisore legale non comunichi in via tempestiva alla C.O.N.S.O.B. un giudizio negativo ovvero l’impossibilità di esprimere un giudizio sul bilancio o in presenza di richiami all’informativa, dubbi consistenti relativi la continuità aziendale²⁹ anche nei casi in cui la legge indichi alle società di revisione di dare informazione alla C.O.N.S.O.B. e alla Banca d’Italia circa i soggetti abilitati a svolgere servizi di investimento e di gestione collettiva del risparmio in quanto soggetti tenuti ad obblighi verso le Autorità di vigilanza competenti³⁰. È inoltre emerso come la clausola generale potrebbe riferirsi anche a persone fisiche; agenti di cambio e promotori finanziari ad esempio. Al contrario i soggetti che non sono investiti da incarichi di collaborazione informativa con le predette Autorità in forza di previsione generali e astratte, ma che sono comunque tenuti a fornire informazioni in virtù dell’attribuzione di poteri istruttori, nel caso in cui dichiarino il falso od ostacolino le medesime attività di vigilanza, risponderanno dei reati e/o illeciti amministrativi posti alla tutela dei vari organi di controllo ma non dei delitti *ex art.* 2638 c.c.

²⁵E. M. Ambrosetti - E. Mezzetti - M. Ronco, *Diritto penale dell’impresa*, Bologna, Zanichelli Editore, 2016, p. 235.

²⁶N. Mazzacuva - E. Amati, *Diritto penale dell’economia problemi e casi*, cit., p. 116.

²⁷A. Alessandri, *Reati in materia economica*, cit., p. 198.

²⁸L. Cornacchia, *Ostacolo all’esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza*, in *Giurisprudenza commerciale*, cit., p. 75 ss.

²⁹ In tal senso V. Torre, *La responsabilità penale dell’organo di controllo sull’amministrazione e dell’organo di controllo contabile*, in *Giur. Comm.*, 2012, p. 583.

³⁰ O. Capolino - R. D’Ambrosio, *La tutela penale dell’attività di vigilanza*, cit., p. 86.

A riguardo l'art. 170-*bis* t.u.f.³¹ descrive un reato comune che incrimina chi, al di fuori dei casi dell'art. 2638 c.c., commette falsità e ostacola le attività della C.O.N.S.O.B. e della Banca d'Italia. Risponderanno di tale reato quindi coloro verso i quali possa essere richiesto fornire informazioni alle predette Autorità, ad esempio il privato investitore cui la C.O.N.S.O.B. si rivolge in virtù dei poteri conferiti dall' art. 187-*octies* t.u.f.³², si può trattare anche dei dirigenti e dei dipendenti delle società vigilate che sono soggetti che non ricoprono le qualifiche apicali indicate dall'art. 2638 c.c.³³.

Il novero dei soggetti attivi che la norma contempla è dunque ampio rispetto a quello dei reati societari, si pone quindi il dubbio circa la corretta collocazione sistematica della norma nell'ambito civilistico compiuta dal legislatore, fermo restando l'indiscutibile importanza che tale norma di portata generale, ha assunto nel corso del tempo all'interno del nostro ordinamento per la protezione di interessi collettivi di rilievo costituzionale.

4. Il delitto di false comunicazioni alle Autorità pubbliche di vigilanza (comma 1).

Il delitto di false informazioni all'autorità di vigilanza previsto al primo comma dell'art. 2638 c.c. è un reato di mera condotta, si consuma nel momento in cui viene posta in essere una delle due condotte tipiche alternativamente descritte dalla fattispecie criminosa, celando così all'organo di vigilanza la realtà economica, patrimoniale o finanziaria dei soggetti destinatari sottoposti al controllo. A titolo esemplificativo, con riguardo alla condotta posta in essere in caso di presentazione di documentazione scritta su richiesta della C.O.N.S.O.B, che neghi ambiguamente l'esistenza di un accordo volto ad eludere l'obbligo di procedere ad O.P.A., è la data di comunicazione del reato da cui decorre il termine di prescrizione quella della ricezione della comunicazione da parte dell'Autorità di vigilanza³⁴.

³¹ Norma introdotta dal d.lgs. n. 58/1998 volta a punire l'ostacolo alle funzioni di vigilanza della C.O.N.S.O.B. e, a seguito della modifica apportata dall'art. 24 d.l. 18.12.2012 n.179, anche della Banca d'Italia. Detta disposizione, che fa espressamente salva l'applicazione dell'art. 2638 c.c., si pone però su un piano diverso da quello sul quale opera la norma in esame. Infatti se l'incriminazione madre, l'art. 2638 c.c., costituisce un reato proprio richiedendo specifiche qualifiche soggettive tassativamente indicate dalla legge, la disposizione del t.u.f. delinea un reato comune, il cui soggetto può essere chiunque, oltre che un reato a forma libera; l'ostacolo può essere posto in essere in qualsiasi modo. Questa è la prima significativa nota differenziale rispetto al delitto indicato nel secondo comma della previsione civilistica. È proprio tale caratteristica che permette di delineare un autonomo ambito di operatività della fattispecie in commento. La clausola di riserva con cui si apre infatti l'art. 170-*bis* fa sì che tutte le situazioni di vita che siano sussumibili nell'una e nell'altra previsione vengano ricondotte unicamente all'art. 2638 c.c., pertanto la principale area di autonomia dell'art. 170-*bis* è costituita dai casi in cui gli autori del fatto risultano essere soggetti diversi da quelli interni al delitto *ex art.* 2638 c.c., comma 2.

³² A. F. Tripodi, *Ostacolo alle funzioni di vigilanza della Consob*, (a cura di) F. Sgubbi – D. Fondaroli – A.F. Tripodi, in *Diritto penale del mercato finanziario. Abuso di informazioni privilegiate, manipolazione del mercato, ostacolo alle funzioni di vigilanza della Consob, falso in prospetto. Lezioni*, Padova, Cedam Editore, 2013, pp. 197 ss., afferma a riguardo che la fattispecie di illecito amministrativo disciplina, fatta salva la disposizione civilistica in esame, le ipotesi di ritardo nell'ottemperanza alle richieste della C.O.N.S.O.B., ovvero i casi di ritardo dell'esercizio delle funzioni di vigilanza. Si tratta di una disposizione introdotta con la l. 65/2005, la quale ha attribuito alla C.O.N.S.O.B. l'espressione più evidente del potere di autotutela delle funzioni di vigilanza.

³³ E. Infante, *Ostacolo alle funzioni di vigilanza della Banca d'Italia e della Consob*, (diretto da) A. Cadoppi - S. Canestrari - A. Manna - M. Papa, in *Diritto penale dell'economia*, Torino, Utet Giuridica Editore, 2017, Tomo I, pp. 426 ss.

³⁴ Cfr. Cass., sez. V, 4 luglio 2013, n. 51897, in *C.E.D. Cass.*, n. 258033, v. anche Cass. pen., sez. V, 21 maggio 2014, n. 26596, in *C.E.D. Cass.*, n. 262637; in questo senso E. Montani, *Le attività di ostacolo*, (a cura di) A. Alessandri, in *Reati in materia economica*, cit., p. 206 ss.

Ritornando alla struttura del primo comma, il delitto in esame si articola in una duplice previsione di condotte, entrambe di natura commissiva e connotate dalla medesima finalità specifica: ostacolare l'attività di vigilanza. Il delitto è integrato sia dall'esposizione di fatti materiali non rispondenti al vero ancorché oggetto di valutazioni sulla situazione economico-patrimoniale dell'ente, sia dall'occultamento, con altri mezzi fraudolenti, avvenuto in tutto o in parte, di fatti che avrebbero dovuto essere comunicati circa la medesima situazione³⁵.

Il legislatore per descrivere le condotte penalmente rilevanti attraverso l'analisi delle due figure di reato fa ricorso alla tecnica c.d. "del reato a forma vincolata" pretendendo che la loro realizzazione avvenga secondo modalità circoscritte³⁶; ciò perché sono emersi timori, trattandosi di una fattispecie non del tutto aperta, sulla legittimità costituzionale, a causa della possibile violazione del principio di legalità in materia penale. Dunque, attraverso il rinvio delle determinazioni alle Autorità, per l'individuazione dei rapporti informativi suscettibili di avere tutela penale e, con l'individuazione di un criterio legislativamente posto, il legislatore effettua agevolmente una selezione delle condotte penalmente rilevanti³⁷.

Parlando di "false comunicazioni" ciò che rileva è il "veicolo" attraverso il quale la falsità è portata a conoscenza delle autorità, questo trova ragion d'essere nella «comunicazione alle predette autorità previste in base alla legge», il legislatore ha realizzato quindi una tipizzazione delle stesse individuandole solamente in quelle divulgazioni effettuate sotto ogni forma – per iscritto, per via telematica – che siano però espressamente previste dalla legge, non si tratta dunque di una qualsiasi notizia trasmessa dai destinatari della disposizione. Rilevano quindi sia le comunicazioni obbligatorie imposte dalla legge ad esempio le comunicazioni relative al rischio creditizio a cui sono tenute le banche nei confronti della Banca d'Italia, sia quelle fornite su richiesta o che scaturiscono dai regolamenti delle Autorità purché agiscano nell'ambito dei poteri loro conferiti legislativamente; sono degne di considerazione anche le comunicazioni orali in quanto previste dalla legge: si pensi alla convocazione effettuata dalla Banca d'Italia ai sensi dell'art. 53, comma 3, lett. a), d.lgs. n. 385/1993³⁸.

La prima condotta, l'esposizione di fatti materiali non rispondenti al vero³⁹, è caratterizzata da un comportamento attivo, la falsa attività e riprende quella, che al momento dell'introduzione della

³⁵In proposito v. M. Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 143.

³⁶M. Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale*, *idem*, p. 144.

³⁷E. Infante, *Gli obblighi comunicativi e le condotte di mendacio*, in A. Manna, *Corso di diritto penale dell'impresa*, Padova, Cedam Editore, 2018, p. 450 ss., spiega che nella parte in cui la disposizione in analisi incrimina le condotte di falso e di occultamento con mezzi fraudolenti, l'applicazione di questo criterio permette di separare la condotta genericamente anti-giuridica, violazione degli obblighi comunicativi o collaborativi posti dalle Autorità, da quella specificamente penalistica, falsità o occultamento con mezzi fraudolenti. All'interno delle varie condotte contrastanti le prescrizioni specifiche delle Autorità, il potere legislativo ha attribuito rilevanza penale solo a quelle caratterizzate dalla falsità e dalla frode. Questo basta per parlare di un sufficiente livello di osservanza del dettato costituzionale in tema di riserva di legge.

³⁸R. Zannotti, *Diritto penale dell'economia*, in *Reati societari e reati in materia di mercato finanziario*, Milano, Giuffrè Editore, p. 203 ss., precisa che rilevano, sia le comunicazioni obbligatorie imposte dalla legge ad esempio le comunicazioni relative al rischio creditizio a cui sono tenute le banche verso la Banca d'Italia, sia quelle fornite su richiesta o che scaturiscono dai regolamenti delle autorità, purché agiscano nell'ambito dei poteri loro conferiti legislativamente; sono degne di considerazione anche le comunicazioni orali in quanto previste dalla legge: si pensi alla convocazione effettuata dalla Banca d'Italia ai sensi dell'art. 53, comma 3, lett. a), d.lgs. n. 385/1993.

³⁹Nella prima bozza del decreto legislativo la formulazione della disposizione era la seguente: «espongono fatti materiali non rispondenti al vero», presente anche nelle abrogate figure criminose quali l'art. 134 d.lgs. n. 385/1993 e l'art. 171

norma nella versione del d.lgs. n. 61/2002 era prevista nei delitti di false comunicazioni sociali di cui agli art. 2621 e 2622 c.c.⁴⁰. Gran parte della più riconosciuta dottrina, risalente al d.lgs. del 2002, sempre riguardo le false comunicazioni sociali, ritiene che non vi sia stata alcuna modifica di estrema rilevanza; la riforma del 2015 non ha creato alcuna frattura con il precedente sistema, ha mantenuto una continuità e ha specificato che, anche le valutazioni, possono essere oggetto di comunicazioni; si va così ad evidenziare un elemento di relazionalità verso terzi dato dalla condotta di esposizione di fatti nei confronti delle Autorità pubbliche di controllo destinatarie di comunicazioni mendaci⁴¹. Infatti, rispetto alla rilevanza delle false valutazioni, la giurisprudenza ha ritenuto penalmente apprezzabile, il c.d. falso valutativo nelle comunicazioni dirette alle Autorità di vigilanza. In questo senso quindi si considera integrato il reato anche nel caso in cui la falsità sia contenuta in giudizi estimativi delle poste in bilancio, tuttavia secondo quanto previsto dal delitto in argomento, la prima condotta descritta sembrerebbe andare a sottolineare come solo i "fatti materiali" integrino la tipicità; escludendo il rilievo penale delle mere valutazioni soggettive quali opinioni, illazioni, pronostici, anche se supportati da competenze tecniche. Si è riscontrato come l'attività conoscitiva comporti la costante valutazione e la riduzione ad unità di complessi e distinti elementi e come le valutazioni stesse assumano rilevanza penale se sostenute da fatti materiali che ne costituiscono il fondamento obiettivo, in questo senso saranno meritevoli di considerazione in termini di falsità, in quanto corrispondenti alla non rispondenza al vero dei fatti. La giurisprudenza ha indicato l'espressione "ancorché soggetti a valutazione" in senso concessivo, in conformità con quanto stabilito dalla norma. In questo modo, non si aggiungerebbe alcun elemento rilevante rispetto all'esposizione di fatti materiali non rispondenti al vero, dovendo essere «escluse soltanto le previsioni o congetture prospettate come tali, vale a dire quali apprezzamenti di carattere squisitamente soggettivo»⁴². Per concludere l'analisi della prima condotta prevista dal primo comma è importante evidenziare come le false comunicazioni debbano avere ad oggetto la situazione economica, finanziaria o patrimoniale dei soggetti sottoposti alla vigilanza, degli amministratori, dei direttori generali, dei sindaci, dei liquidatori o concernere beni che la società possiede o amministra per conto di altri soggetti. La necessità di inserire quest'ultima precisazione è giustificata dalla circostanza dovuta al fatto che le Autorità di vigilanza esercitano il loro controllo anche sull'attività svolta per conto di terzi

d.lgs. n. 58/1998. La Commissione di giustizia della Camera dei deputati avanzò un suggerimento che portò, per ragioni di uniformità, ad utilizzare un'espressione innovativa per gli allora nuovi reati di false comunicazioni sociali quella di fatti materiali ancorché oggetto di valutazioni», formula che, nonostante la riforma avvenuta nel 2015 dei reati di falso in bilancio, permane ancora oggi.

⁴⁰ S. Seminara, *v.s. Reati societari (le fattispecie)*, in *Enc. dir. ann.*, vol. IX 2016, Milano, Giuffrè Editore, p. 785.

⁴¹ S. Seminara, *False comunicazioni sociali, falso in prospetto e nella revisione contabile e ostacolo alle funzioni delle autorità di vigilanza*, *cit.*, p. 677.

⁴² Cfr. Cass. pen., sez. V, 28 settembre 2005, n. 44702, in *C.E.D. Cass.*, n. 232535; in tal senso cfr. Cass. pen., sez. VI, 13 gennaio 2006, n. 17290, in *Riv. pen.*, 2007, n. 5, p. 581, la Corte di Cassazione ha chiarito, che ad integrare gli estremi del reato previsto dall'art. 2638 c.c., c'è la condotta del Presidente di un istituto di credito soggetto alla vigilanza che invia alla Banca d'Italia una nota, ancorché successiva all'ispezione, contenente controdeduzioni al verbale ispettivo, con la quale si espongono fatti materiali, oggetto di valutazioni, non rispondenti al vero – nel caso di specie riguardanti le condizioni economiche e finanziarie che si riflettono sulle previsioni di perdite di un'azienda sottoposta a sequestro preventivo – trattandosi di comunicazione pertinenti e rilevanti al fine dell'esercizio della funzione di vigilanza, alla cui falsità dei fatti esposti consegue l'ostacolo alla vigilanza stessa. Secondo quanto indicato dalla sentenza, «l'obbligo giuridico del soggetto sottoposto alla vigilanza di comunicarli, risulta determinato sotto il profilo oggettivo della natura stessa del dato, tipicamente definita in relazione alla funzione di vigilanza informativa cui la comunicazione di esso è coordinata».

da parte di soggetti abilitati all'esercizio dei servizi di investimento. Si tratta di formule aventi carattere limitativo poiché le false comunicazioni sono circoscritte ad un oggetto determinato. Sono rilevanti ad esempio le comunicazioni fittizie in materia di partecipazione azionaria o riguardanti l'ammontare delle riserve tecniche per le imprese assicurative, al contrario non sono meritevoli di considerazione quelle relative ai nominativi dei soci⁴³.

La seconda condotta di cui parla il primo comma dell'art 2638 c.c. è l'occultamento, totale o parziale, con altri mezzi fraudolenti, di fatti che avrebbero dovuto essere comunicati, si tratta di una fattispecie che presenta una natura commissiva ed implica l'esistenza di una relazione di tipo comunicativo; non si parla di natura omissiva poiché l'occultamento richiede necessariamente un'attività ossia un obbligo specifico di comunicazione⁴⁴.

La Suprema Corte ha precisato che «la seconda fattispecie di reato prevista nel comma 1 dell'art. 2638 c.c. può considerarsi omissiva solo nel senso che si risolve complessivamente in un'omissione di comunicazione di fatti rilevanti ai fini dell'esercizio dell'attività di sorveglianza e perciò destinati ad essere ad essere comunicati»⁴⁵.

Passando all'individuazione del contenuto dell'occultamento dei fatti interni a una comunicazione rivolta all'Autorità di vigilanza, si deve specificare in primo luogo che l'occultamento rileva solo se realizzato con mezzi fraudolenti, ciò fa comprendere che si è in presenza di una condotta commissiva, reperire e conseguentemente utilizzare i mezzi fraudolenti implica il compimento di un'azione, si va ad indicare un atteggiamento che non si esaurisce nel semplice silenzio sull'esistenza dei fatti da comunicare, al contrario questi devono risultare necessariamente rilevanti per la situazione economico-patrimoniale della società⁴⁶. La formula utilizzata dal legislatore appare dunque alla stregua di una clausola generale in linea con quella contenuta nell'art. 2625 c.c. "con altri idonei artifici". Nel caso di specie la frode dovrà essere considerata come modalità idonea a sviare la verifica o l'indagine da parte delle Autorità ostacolando l'attività di vigilanza, la quale non guarderà a rischi e difformità.

In secondo luogo l'occultamento deve essere connesso ad una comunicazione, attività che emerge anche in questa seconda fattispecie di reato, si tratta pertanto di un'altra azione. Centrale è la figura del soggetto che, sottoposto a vigilanza non adempie a tale dovere sottraendosi dal fornire indicazioni collegate alla fonte dell'obbligo⁴⁷.

⁴³R. Zannotti, *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 203 ss.

⁴⁴In tal senso L. Foffani, Art. 2638, in Commentario breve alle leggi penali, (a cura di) C.E. Paliero - F.C. Palazzo, Padova, Cedam Editore, 2007, p. 1914 ss.

⁴⁵Cass. pen., sez. VI, 13 gennaio 2006, n. 17290, in *C.E.D. Cass.*, n. 234533, la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che «in realtà la condotta tipica è costituita da un'azione, consistente nell'occultamento con mezzi fraudolenti, dei dati predetti, individuati perché relativi alla situazione economica, patrimoniale e finanziaria del soggetto alla vigilanza. È obbligo giuridico del soggetto alla vigilanza di comunicarli risulta determinato sotto il profilo oggettivo dalla natura stessa del dato, tipicamente definita in relazione alla funzione di vigilanza informativa cui la comunicazione di esso è coordinata».

⁴⁶Cass. pen., sez. VI, 9 novembre 2010, n. 40164, in *C.E.D. Cass.*, n. 248821.

⁴⁷Rilevante a riguardo è il caso che ha dato vita al Processo Antonveneta cfr. Trib. pen. Milano, sez II, 28 maggio 2011, in *Riv. dir. pen. cont.*; la sentenza parla di una banca che nel contesto di un O.P.A. obbligatoria ha omesso la comunicazione dell'avvenuta stipulazione di un patto parasociale; a riguardo cfr. anche Trib. pen. Roma, sez. VI., 2 novembre 2004, n. 23093, in *Il merito*, p. 53, in cui si parla di un istituto di credito che non ha segnalato alla Banca d'Italia un credito classificato come sofferenza.

L'obbligo di comunicazione però, può derivare anche da una richiesta da parte dell'Autorità di vigilanza; rilevante in verità è qualsiasi informazione fornita alle Autorità di controllo purché suscettibile di essere utilizzata a tal fine; questo è quanto emerge da un passo della sentenza già precedentemente citata dove i giudici di legittimità hanno indicato come premessa che l'art. 2638 c.c. consente di individuare solo comunicazioni rilevanti ai fini dello svolgimento della funzione di vigilanza in base al criterio oggettivo della pertinenza e non considera invece, le comunicazioni tipiche ad esempio quelle fornite su richiesta delle Autorità di vigilanza o comunicazioni di diversa natura⁴⁸. Ritornando alla formula "comunicazioni previste in base alla legge" e al significato da attribuire alla stessa locuzione si percepisce come la Corte abbia voluto estendere il novero degli strumenti informativi idonei ad attivare una responsabilità penale del dirigente bancario, e dunque proporre un'interpretazione estensiva della fattispecie orientata a tutelare il bene "funzione". Rientrano quindi nell'ambito di applicazione dell'art. 2638 c.c. non solo le comunicazioni espressamente previste da una specifica disposizione legislativa e quelle emesse su richiesta dell'organo di controllo, ma anche quelle genericamente connesse all'esercizio delle funzioni di controllo spettanti alle autorità di settore.

5. La condotta di ostacolo alle funzioni dell'Autorità pubblica di vigilanza (comma 2).

La seconda e autonoma fattispecie criminosa prevista dal secondo comma dell'art. 2638 c.c. è un reato a forma libera pertanto può realizzarsi "in qualsiasi forma" e si caratterizza per l'incremento sul piano dell'offensività, dal pericolo al danno. L'ostacolo nel caso di specie non caratterizza l'elemento soggettivo ma assurge a vero e proprio evento della fattispecie delittuosa, ciò implica che il reato debba essere accertato e analizzato puntualmente in sede processuale⁴⁹.

Questo delitto che nel primo comma costituisce oggetto di dolo specifico, rappresentato dal fine di ostacolare l'esercizio delle funzioni di vigilanza che deve caratterizzare le due modalità alternative di condotta previste, diviene nel secondo comma una fattispecie punita a titolo di dolo generico e trova fondamento nella necessaria coscienza dell'antigiuridicità ossia la consapevole contrapposizione all'attività di controllo attraverso l'ostacolo. È proprio il riferimento alla consapevolezza che va ad escludere il dolo eventuale; essendo l'agente tenuto a mostrare gli esiti negativi della propria condotta come assodati, si tende a limitare il dolo al solo dolo diretto⁵⁰, rimanendo però soggetto al medesimo trattamento sanzionatorio previsto per il primo comma.

La condotta tipica che si incentra nell'evento naturalistico dell'impedimento, si concretizza appunto nell'ostacolare l'esercizio delle funzioni delle Autorità pubbliche di vigilanza, condotta che può essere

⁴⁸ Cass. pen., sez VI, 13 gennaio 2006, in *www.IlforoItaliano.it*, vol. 131, p. 49, nel caso di specie «la nota inviata alla Banca d'Italia da un istituto di credito soggetto alla vigilanza e contenente controdeduzioni a un verbale ispettivo deve ritenersi pertinente all'esercizio della predetta funzione ed esporre fatti materiali conformi al vero, in quanto alla falsità di tali atti si ricollega l'ostacolo alla vigilanza e non alla circostanza che l'esposizione di essi sia contenuta o meno nella risposta alla richiesta di un istituto competente».

⁴⁹ A. Alessandri, *Reati in materia economica*, cit., p. 206, l'autore precisa che la necessaria lesività richiamata, è utilizzata per evitare il rischio di un'applicazione della norma a fatti privi d'incidenza sulle funzioni di controllo; in virtù della carente tipicità dell'evento considerato è emersa la necessità di soffermarsi sulle forme di ostacolo non momentaneo e non rilevante rispetto alle attività di vigilanza.

⁵⁰ In proposito S. Seminara, *False comunicazioni sociali, falso in prospetto*, cit., p. 687, così anche N. Mazzacuva, E. Amati, *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 119 ss.

realizzata anche ponendo in essere un comportamento omissivo⁸⁷ purché sia verificata con il potere ispettivo delle varie Autorità di vigilanza; se ne richiede dunque solo l'effettiva produzione.

Integra quindi il delitto in questione, anche l'omissione delle comunicazioni dovute alle Autorità di vigilanza senza indicarne l'oggetto, si tratta per esclusione di tutte quelle condotte diverse da quelle contemplate nel primo comma, non riguardanti quindi la situazione economica, patrimoniale, finanziaria dei soggetti vigilati⁵¹, ritenendo che per le condotte particolarmente insidiose, quali la falsità e l'occultamento, il legislatore abbia previsto una tutela anticipata, mentre per tutte le altre richiede il verificarsi dell'evento.

Il legislatore non va ad imporre delle specifiche modalità di realizzazione, sono puniti gli agenti qualificati che indifferentemente, "in qualsiasi forma" vadano ad ostacolare le funzioni⁵².

Quindi qualsiasi omessa o falsa informazione rileverebbe poiché incide sulla correttezza dei rapporti tra soggetti destinatari del divieto e soggetti vigilanti, si tratta ad esempio del caso in cui le informazioni richieste dall'Autorità per controllare l'andamento dei mercati finanziari, risultino del tutto sconnesse con la tutela del bene, in virtù del quale sono attribuiti i poteri di vigilanza alle stesse Autorità.

Secondo la giurisprudenza per ostacolo deve intendersi «qualcosa che sta davanti o contro, che intralcia, un impedimento, una barriera; dunque ostacolare significa intralciare in modo da rallentare, rendere più difficile o addirittura impedire il raggiungimento di qualcosa»⁵³.

L'impedimento può essere di varia intensità fino a comportare l'insuperabilità dell'ostacolo. La dottrina e la giurisprudenza d'altro canto hanno affermato che non è sempre richiesto questo impeto, la fattispecie può configurarsi anche attraverso un semplice comportamento ostruzionistico che impedisce il regolare svolgimento delle funzioni delle autorità di controllo.

Significativo è il caso Bnl-Unipol, la Suprema Corte ha ritenuto che anche la condotta dei vertici societari che avessero reso false spiegazioni su richiesta delle autorità di controllo, rispetto a mere intenzioni, configurasse la condotta di ostacolo; il celare la volontà di tentare una contro-scalata, avrebbe ostacolato le funzioni della C.O.N.S.O.B. impossibilitata di adempiere ai suoi compiti di vigilanza, nel caso di specie, vigilare correttamente sul mercato⁵⁴.

Un'ultima osservazione riguarda la natura di reato di danno a forma libera, in particolare il fatto che questa ne autorizza la determinazione anche come reato eventualmente permanente.

La consumazione del reato, escludendo le comunicazioni dovute all'Autorità, si dilaziona per tutto il tempo in cui, nonostante le comunicazioni siano proficuamente effettuate, continuano ad essere omesse; l'indice da cui rinvenire la permanenza sarà la pluralità di omissioni aventi il medesimo contenuto e poste in essere dal soggetto agente, che trovano giustificazione nel motivo unificante caratterizzato dall'ostacolo alle funzioni di vigilanza.

⁵¹ F. Giunta, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006, p. 603.

⁵² Si tratta di una formula assai generica che rende ardua l'individuazione della condotta tipica poiché possono essere ritenute implicitamente rilevanti svariati tipi di situazioni che vanno dal mero ritardo ingiustificato a condotte ostruzionistiche più incisive: opposizione ad ispezioni, distruzione o occultamento di documenti, fino a giungere all'impedimento.

⁵³ Trib. pen. Milano, sez. I, 31 ottobre 2011, in *Riv. dir. pen. cont.*

⁵⁴ G. Losappio, *Risparmio, funzioni di vigilanza e diritto penale. Lineamenti di un sottosistema*, cit., p. 303.

6. Destinatari della tutela penale garantita dall'art. 2638 c.c.: le Autorità pubbliche di vigilanza.

A seguito dell'approfondito esame circa la fattispecie relativa al delitto di cui all'art. 2638 c.c., occorre analizzare quali siano le figure riconducibili alla nozione di "Autorità pubblica di vigilanza". Possiamo dire innanzitutto che a partire dalla metà degli anni '70 si sono susseguiti diversi interventi legislativi di riassetto degli enti pubblici, questi interventi hanno avuto esiti distinti; alcuni enti sono stati eliminati, altri hanno subito profonde modifiche circa potere di azione e struttura, ma ciò che ha segnato radicalmente alcuni enti è stata la loro trasformazione in soggetti di diritto privato. Per mezzo di questi interventi legislativi, nei primi anni '90, nel panorama organizzativo della P. A. sono emerse nuove figure denominate "Autorità indipendenti"⁵⁵ dalle caratteristiche del tutto innovative rispetto a quelle proprie dell'organizzazione amministrativa tradizionale, fondata sul potere amministrativo discrezionale esercitato da soggetti riconducibili, direttamente o indirettamente, all'autorità politica.

Queste trasformazioni sono connesse al mutamento dell'azione statale causato dal ridimensionamento in ambito economico conseguente al processo di integrazione comunitaria e finalizzato alla realizzazione di un mercato unico. Questo è stato il motivo per cui gli Stati membri hanno avviato processi di privatizzazione e liberalizzazione attraverso una normativa nazionale a tutela della concorrenza in grado di garantire il confronto paritario sul mercato e tra le autorità di regolazione che promuovono l'apertura e la competizione nei settori liberalizzati bilanciando le asimmetrie e le disuguaglianze che avvantaggiavano gli *ex monopolisti*⁵⁶. L'istituzione di tali Autorità è stata considerata dai più come un'autorevole soluzione per l'attuazione dei programmi comunitari, al contrario però sono emersi problemi sul piano strettamente nazionale, in particolar modo sul punto, la dottrina italiana ha ritenuto controverso l'inquadramento delle *Authorities* come enti rientranti nella categoria delle Autorità pubbliche di vigilanza qualora si trovino a capo di settori divenuti privatizzati; esemplificativi sono i segmenti dell'energia e gas rispetto ai quali la dottrina ha affermato che l'omissione di comunicazioni relative tali servizi alle Autorità incaricate in tal senso, non integra il reato in questione⁵⁷. Non sono state sollevate polemiche per la C.O.N.S.O.B. o la Banca d'Italia considerati paradigmi di riferimento; nel noto caso "Lande" è stata affermata:

«la legittimazione della C.O.N.S.O.B. costituitasi parte civile nei procedimenti relativi al delitto di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza, trattandosi di un ente

⁵⁵ Volendo delineare un quadro sintetico dei soggetti che oggi sono comunemente annoverati tra le Autorità indipendenti, possiamo ricordare: la Banca d'Italia, la più "antica" Autorità presente nel nostro ordinamento, la cui disciplina è contenuta nel testo unico in materia bancaria e creditizia, il t.u. 385/1993; la Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (C.O.N.S.O.B.), istituita con il d.l. n. 95/1974, convertito nella l. n. 216/1974, le cui funzioni sono state da ultimo disciplinate nuovamente con il t.u. 58/1998; l'Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni Private (I.V.A.S.S.), istituito con l. 576/1982 e varie volte oggetto di interventi normativi che ne hanno profondamente mutato gli assetti, fino alla recente l. 57/2001; l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (A.G.C.O.M.), istituita con la l. 249/1997; l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (A.G.C.M.), istituita con la l. 287/1990; l'Autorità Nazionale Anticorruzione (A.N.A.C.), istituita con l. 114/2014; l'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambienti (A.R.E.R.A.), istituita con l. 481/1995, istituita con la l. 481/1995. A queste si aggiungono: il Garante per la Protezione dei Dati Personali, istituito con la l. 675/1996, nonché la Commissione di Garanzia per l'attuazione della legge sullo Sciopero nei Servizi Pubblici essenziali, istituita con la l. 146/1990.

⁵⁶ A. Argentati, s.v. *Autorità indipendenti* – *Dizionario di Economia e Finanza*, *www.treccani.it*, 2012.

⁵⁷ Cass. pen., sez. V, 11 febbraio 2013, n. 28070, in *C.E.D. Cass.*, n. 255565.

dotato di soggettività esponenziale per la rappresentanza di interessi diffusi propri del mercato mobiliare, affidati alla sua tutela e caratterizzati dalla salvaguardia della fiducia nel sistema finanziario, dalla competitività di esso e dall'osservanza delle disposizioni in materia finanziaria in ordine ai quali in legislatore le ha affidato compiti di vigilanza informativa previsti dall'art. 8 t.u.f.⁵⁸».

Anche altri enti cui sono stati attribuiti compiti di vigilanza su settori diversi dai mercati finanziari, tra cui l'Autorità garante per la *privacy* ed anche la Commissione di vigilanza sulle società di calcio professionistiche, sono state annoverate tra le Autorità pubbliche di vigilanza⁵⁹ nonostante le innumerevoli perplessità destate da tale estensione. La giurisprudenza ha affrontato la dubbia questione nel caso concreto, ritenendo prospettabile il delitto di ostacolo con riferimento al ricorso per Cassazione sollevato contro l'ordinanza del Tribunale del riesame di Padova mediante la quale è stata rigettata la richiesta di riesame del decreto di sequestro probatorio avente ad oggetto l'imputazione elevata nei confronti di un presidente di una squadra di calcio per avere omesso dolosamente agli organi di vigilanza – nella fattispecie la F.I.G.C.⁶⁰ – informazioni obbligatorie inerenti i reali rapporti intercorrenti con altre società di calcio professionistiche, circa forme di partecipazione, gestione e controllo, espressamente vietate dallo Statuto della F.I.G.C. all'art. 76¹. Il Tribunale del riesame ha respinto la critica della difesa volta a sostenere la non configurabilità della F.I.G.C. come Autorità pubblica di vigilanza, ma unicamente come ente di natura privatistica. L'organo giudicante ha fatto propria la tesi della Corte di Cassazione riguardo la sentenza n. 28164 del 2013, in cui si è ritenuta protetta dall'art. 2638 c.c. la funzione di vigilanza – sui bilanci delle società calcistiche – propria della CO.VI.SOC. (Commissione di Vigilanza sulle Società di Calcio Professionistiche) organo reso, dall'art. 20, comma 4 dello Statuto del C.O.N.I., titolare di funzioni pubblicistiche, in una situazione quale quella in analisi, di bilancio infedele volto ad occultare sia gli squilibri altrimenti evidenti, affinché la società calcistica potesse prender parte al campionato, ottenendone quindi l'iscrizione, sia a raggirare le verifiche e ostacolare l'esercizio delle funzioni della Commissione di Vigilanza⁶².

La Cassazione, pronunciandosi sulla possibilità di includere tra le Autorità pubbliche di vigilanza l'Ufficio Italiano Cambi, ha evidenziato che «oggetto della tutela è la funzione amministrativa di vigilanza tipica delle autorità pubbliche» e che «l'art. 2638 c.c. si riferisce [...] ad un concetto tecnico di vigilanza, che deve essere inteso nel senso di potere di tipo ispettivo, funzionale ad esercitare un controllo preventivo e successivo sull'attività di soggetti sottoposti, al fine di garantire l'affidabilità nel mercato e nel rapporto con il pubblico»⁶³.

⁵⁸ V. note M. Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 142.; cfr. anche, Cass. pen., sez. V, 3 febbraio 2015, n. 28157, in *C.E.D. Cass.*, n. 264915.

⁵⁹ A. Alessandri, *Reati in materia economica*, Torino, Giappichelli Editore, p. 198 ss.

⁶⁰ La Federazione Italiana Gioco Calcio nota anche come Federcalcio è l'organo di organizzazione e controllo del calcio in Italia; in tal senso A. Alessandri, *Reati materia economica*, cit., pp. 98 ss., la definisce come Autorità cui "è stata riconosciuta la titolarità di un potere ispettivo e di controllo di rilevanza pubblicistica relativo alla regolarità nella gestione delle società professionistiche di calcio".

⁶¹ Cass. pen., sez. V, 31 ottobre 2014, n. 10108, in *C.E.D. Cass.*, n. 262629.

⁶² Cass. pen., sez. III, 29 maggio 2013, n. 28164, in *C.E.D. Cass.*, n. 257142.

⁶³ Cass. pen., sez. VI, 24 ottobre 2005, n. 44234, in *C.E.D. Cass.*, n.232849.

Alla luce di quanto affermato si ritengono incluse oltre alla Banca d'Italia e alla C.O.N.S.O.B.; I.V.A.S.S., la C.O.V.I.P (Commissione di vigilanza sui fondi pensione), la c.d. Autorità Garante della Privacy, l' Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e l'A.N.A.C.⁶⁴. Al di fuori di quelle sopra elencate, le *Authorities* devono essere individuate caso per caso in riferimento alla normativa extrapenale cui è attribuita la competenza di stabilire i poteri di vigilanza, gli obblighi di collaborazione e i soggetti obbligati. Sulla base di ciò, quello che rileva sono le funzioni attribuite e svolte dalle Autorità non la qualifica formale, considerando e ribadendo che la nozione di vigilanza ha un connotato strettamente funzionale⁶⁵. Indubbiamente è necessario che si tratti di un'entità di matrice pubblicistica, caratteristica che non elimina però definitivamente le perplessità circa l'individuazione dei soggetti a cui estendere la tutela prevista dall'art. 2638 c.c. D'altra parte l'espressione, facendo leva esclusivamente sulla funzione non è dotata di valore tecnico con la conseguenza che possa riferirsi sia alle Autorità amministrative indipendenti sia agli enti tradizionali. Generalmente si ritiene considerata come opzione preferibile – non essendovi indicazione neppure nei lavori preparatori – che la norma sia rivolta a tutte le Autorità di vigilanza operanti nel nostro ordinamento giuridico⁶⁶.

Nello specifico alcuni autori favoriscono un'interpretazione più restrittiva che consideri applicabile la norma a tutte quelle autorità:

«che hanno compiti o funzioni di governo in un certo settore economico o rispetto ad alcune categorie di enti o soggetti e che lo manifestano con un'attività di vigilanza, sia di tipo ispettivo, sia nel senso di poter chiedere informazioni o chiarimenti o integrazioni delle comunicazioni già avvenute, sia nel senso generale di essere destinatarie di informazioni periodiche o rispetto ad eventi di particolare significato»⁶⁷.

7. L'ostacolo alle funzioni di vigilanza della Banca centrale europea.

Con la realizzazione del Sistema di vigilanza unico⁶⁸, ed il conseguente riconoscimento e trasferimento, in capo alla Banca centrale europea, di competenze primarie in materia di vigilanza, è stata sollevata in merito, la questione sulla possibilità di accertare se e in quali limiti la fattispecie descritta dall'art. 2638 c.c. sia disposta ad ampliare il novero dei destinatari della tutela prevista e dunque, garantire anche la B.C.E. dalle condotte di ostacolo all'esercizio delle proprie funzioni di controllo.

Per dare una risposta è necessario verificare se, oltre i confini nazionali la B.C.E. possa essere considerata alla stregua della Banca d'Italia, C.O.N.S.O.B. ed I.V.A.S.S., titolari anche del potere ispettivo, funzionale all'esercizio della funzione di vigilanza e oggetto di tutela da parte della disposizione civilistica.

⁶⁴F. Giunta, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, Torino, Giappichelli Editore, p. 601.

⁶⁵ S. Amorosino, *Tipologie e funzioni delle vigilanze pubbliche sulle attività economiche*, in *Vigilanze economiche. Le regole e gli effetti*, (a cura di) E. Bani - M. Giusti, Padova, Cedam Editore, 2004, p. 725.

⁶⁶ R. Zannotti, *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 578, cosciente del fatto che l'attività di vigilanza delle Autorità gode attualmente di tutela penale ai sensi dell'art. 2638 c.c.

⁶⁷ F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, Milano, Giuffrè Editore, 2016, p. 371.; in tal senso anche A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, Il Mulino Editore, p. 270.

⁶⁸ Il Sistema europeo di vigilanza finanziaria è stato istituito dall'UE nel 2010, per mezzo di una serie di regolamenti volti a sopperire lacune in materia di vigilanza finanziaria sorte a seguito delle crisi degli anni 2007 e 2008.

L'art. 1 del Regolamento U.E. n. 1024/2013⁶⁹, precisa che attualmente la B.C.E. ricopre «compiti specifici in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi», che «la portata dei compiti di vigilanza della B.C.E. si limita alla vigilanza prudenziale degli enti creditizi» e che «il presente regolamento fa salve le competenze delle autorità competenti degli Stati membri partecipanti, volte ad assolvere i compiti di vigilanza non attribuiti dal presente regolamento alla BCE, e i relativi poteri». Da ciò si deduce che l'ambito della vigilanza prudenziale, prima attribuito alla sola Banca d'Italia, attualmente sia riconosciuto anche in capo alla B.C.E.; il Regolamento ha quindi provveduto ad una effettiva equiparazione *ratione materiae* tra le due Autorità, nazionale e sovranazionale. Anche solo per questo motivo, intuitivamente delineato, non avrebbe alcun senso privare la B.C.E. della qualifica di Autorità, perlomeno sul fronte della vigilanza prudenziale; d'altra parte dal punto di vista fattuale il Regolamento ha indicato fra le varie cose, che i soggetti vigilati sono tenuti ad essere sottoposti, a seguito di una decisione dell'istituto europeo, alle indagini o ispezioni *in loco* proposte da quest'ultimo. Questa decisione deve precisare – tra gli elementi essenziali – che qualsiasi ostacolo all'indagine o all'ispezione da parte della persona che vi è sottoposta costituisce una violazione della decisione della B.C.E. «fatto salvo il diritto nazionale»⁷⁰, violazione che sarà sanzionata dalla stessa istituzione. In definitiva anche se volessimo assecondare l'esistenza di una nozione tipizzata del concetto di "Autorità pubblica di vigilanza" non si incontrerebbero opposizioni nel far rientrare la B.C.E. entro tale categoria in virtù del costante esercizio dei poteri di vigilanza prudenziale riconosciutigli dal Regolamento U.E.

Sappiamo inoltre che, la teoria su cui si basa la vigilanza prudenziale va ad affermare che il conformarsi a *standard* di capitale e ai coefficienti di bilancio adeguati, possa contribuire a ridurre il rischio e i costi dell'insolvenza, in modo tale da non vanificare in caso di dubbio, quanto delineato dall'art. 2638 c.c., ossia le comunicazioni trasmesse tra soggetto vigilato e vigilante richieste dalla vigilanza prudenziale, devono aver ad oggetto la situazione patrimoniale, economica o finanziaria dei vigilati⁷¹.

È essenziale approfondire anche alcuni aspetti contrastanti.

Sono diverse le disposizioni penali del nostro ordinamento che contemplano i soggetti comunitari come destinatari di condotte criminose; esemplificative sono le seguenti disposizioni: i reati contro la Pubblica Amministrazione, l'art. 322-*bis* c.p. o l'art. 640-*bis* c.p.; ciò serve a comprendere che quanto affermato precedentemente, non sembra introdurre elementi di novità nel nostro ordinamento.

Conseguentemente, una prima contestazione che potrebbe essere sollevata contro l'attribuzione della qualifica di Autorità pubblica di vigilanza è la seguente: una cosa è l'estensione da parte del legislatore delle disposizioni nazionali a tutela della generalità delle istituzioni sovranazionali in esse

⁶⁹ Ha delineato il quadro di cooperazione nell'ambito del Meccanismo di vigilanza unico tra la B.C.E. e le Autorità nazionali, necessario al fine di preservare la stabilità finanziaria dell'Unione, aumentare gli effetti positivi sulla crescita e il benessere dell'integrazione dei mercati e conseguentemente, favorire la credibilità nell'Eurosistema attraverso la stipulazione di regole e prassi omogenee.

⁷⁰ Artt. 142, lett. c) e 143, comma 2, lett. b) del Regolamento n. 468/2014 della BCE.

⁷¹ G.P. Accinni, *Configurabile il delitto di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle Autorità pubbliche di vigilanza in danno della BCE?*, in *Arch. pen. web*, n. 1, 2018, p. 11 ss

non espressamente menzionate, altra cosa è la specifica identificazione di un'Autorità in particolare, quale ad esempio l'espressa indicazione negli articoli della B.C.E.

In ogni caso è il legislatore nazionale che si occupa della descrizione della condotta tipica, richiedendo che il rapporto di vigilanza debba essere istituito per legge e che l'ostacolo si traduca in falsità sulle comunicazioni alle predette Autorità previste dalla legge.

Il rapporto di vigilanza in esame, quello teso a comprendere anche la B.C.E., è descritto da un Regolamento europeo, ed è indubbio che nella nozione di "legge" possano rientrare i regolamenti comunitari, ossia atti normativi dell'Unione con portata generale e carattere obbligatorio a diretta applicabilità in tutti gli Stati membri.

Il Regolamento va a riconoscere tra l'altro alla B.C.E. funzioni di vigilanza in senso stretto, si tratta anche di quelle funzioni precedentemente appartenenti in via esclusiva alla sola Banca d'Italia⁷².

Nel caso in cui si instauri una collaborazione tra le due – così come richiesta dal M.V.U. – nell'esercizio dei poteri di vigilanza prudenziale, non sembra che sussistano ostacoli neppure a ritenere che la condotta criminosa possa avere ad oggetto entrambi gli istituti di vigilanza.

Un'altra obiezione potrebbe derivare dall'inserimento, sempre per volontà del legislatore nazionale, di un'ulteriore comma nell'art. 2638 c.c., il comma 3- *bis*, il quale sancisce «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». Si tratta della *Bank Recovery and Resolution Directive* (B.R.R.D.)⁷³, la quale introduce nei Paesi membri dell'Unione, regole armonizzate per prevenire e gestire le crisi delle banche e delle imprese di investimento nell'ambito del Meccanismo Unico di Risoluzione (M.U.R. o S.R.M. – *Single Resolution Mechanism*)⁷⁴. L'inserimento di questo nuovo comma va ad estendere lo *status* penale alle autorità e alle funzioni di vigilanza, assoggettandole alla tutela prevista dall'art. 2638 c.c.

Parlando di risoluzione di crisi bancarie, al livello nazionale la funzione di risoluzione è attribuita alla Banca d'Italia⁷⁵, mentre al livello europeo è stato istituito il Comitato di Risoluzione Unico, si può

⁷² L. Cornacchia, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza*, p. 79, cit.

⁷³ La Direttiva B.R.R.D. è entrata in vigore a partire dal 1° gennaio 2015, con l'eccezione della parte relativa al *bail-in* operativa invece dal 1° gennaio 2016; la nuova disciplina estremamente innovativa, trova applicazione in tutti gli Stati membri dell'U.E. Con essa è stato introdotto un nuovo sistema di regole e strumenti per la gestione delle crisi ed è stata disposta l'attribuzione di ampi poteri all'Autorità di risoluzione. Scopo primario della Direttiva è quello di dotare la sopracitata Autorità di una serie di strumenti per gestire in maniera ordinata eventuali situazioni di dissesto, anche in via preventiva e non solo nel momento in cui il fatto si manifesta.

⁷⁴ Il 15 luglio 2014, il Parlamento europeo e il Consiglio dell'U.E., con Regolamento U.E. n. 806/2014, hanno istituito il Meccanismo di Risoluzione Unico (M.U.R.) e il Fondo di Risoluzione Unico (S.R.F.). La complessità di questo meccanismo ha reso necessario adottare anche altri provvedimenti legislativi: la già descritta Direttiva n. 2014/59/UE (B.R.R.D.) e la Direttiva n. 2014/49/UE, hanno proceduto ad aggiornare i sistemi di garanzia dei depositi. Queste hanno inoltre attuato una profonda armonizzazione dei regimi nazionali di garanzia, istituiti in ogni Stato membro. Il M.U.R. è stato definitivamente attivato il 1° gennaio 2016; tutti i Paesi membri che partecipano al M.V.U., rientrano nello stesso così che il controllo e la gestione si esprimano sullo stesso livello.

⁷⁵ È necessario far presente preliminarmente che il termine "risoluzione" per l'ordinamento giuridico italiano esprime un concetto assai nuovo, ossia un modo alternativo rispetto alla liquidazione atomistica o al salvataggio pubblico (*bail-out*), volto a gestire le situazioni di insolvenza bancaria. Nell'ambito della disciplina presentata dalla B.R.R.D. la "resolution" è considerata come un processo di ristrutturazione e riorganizzazione della banca in dissesto, tende ad evitare la liquidazione dell'intermediario «quando gli effetti di quest'ultima risultano potenzialmente pregiudizievoli per la continuità delle funzioni essenziali della banca e per la stabilità finanziaria nel complesso», E. Spina – I. G. Bikoula, *Dal bail-out al bail-in. La BRRD e il quadro di prevenzione gestione e risoluzione delle crisi nell'Unione Bancaria*, Roma, Ecre Editore, 2015.

notare come si sia sviluppato un sistema di cooperazione e di coordinamento molto simile a quello definito dal M.V.U., con la distinzione che l'entrata in vigore di quest'ultimo non è accompagnata da alcuna modifica integrativa della fattispecie incriminatrice. La critica all'eventuale privazione della qualifica di Autorità pubblica di vigilanza in capo alla B.C.E. potrebbe avere senso solo in merito ad una norma incriminatrice intesa in modo rigoroso e non attraverso concetti atecnici e indefiniti. Basti pensare che il legislatore negli ultimi anni ha posto accanto alla disposizione civilistica in esame altre fattispecie di ostacolo che riguardano l'I.V.A.S.S., la C.O.V.I.P. (art. 19-ter d.l. 252/2005 introdotto dall'art. 6 d.lgs. 28/2007) oltre a quelle riguardanti la C.O.N.S.O.B. e la Banca d'Italia, senza che questi interventi aggiuntivi abbiano mai fornito alla dottrina e alla giurisprudenza un qualche motivo per definire l'ambito semantico del concetto di "Autorità pubbliche di vigilanza"; in questo contesto, ultima è l'introduzione del comma 3-bis cui non pare potergli attribuire maggiore dignità ermeneutica, nel senso di poter escludere con certezza la B.C.E. dal novero delle "Autorità pubbliche di vigilanza".

Un'altra importante osservazione si incentra sul primo comma dell'art. 2638; questo integra un reato di mera condotta finalizzato all'ostacolo che si consuma nel momento e nel luogo in cui i soggetti attivi pongono in essere la condotta criminosa ossia omettono di trasferire le comunicazioni dovute ai soggetti vigilanti ovvero espongono fatti materiali non rispondenti al vero, questo significa che la condotta si deve esplicare sul territorio nazionale, ciò è anche confermato da una pronuncia di merito dove viene indicata come «la consumazione del reato deve essere individuata nel momento in cui le comunicazioni vengono portate a conoscenza o siano comunque conoscibili, per effetto della loro divulgazione, all'Autorità destinataria delle stesse e va dunque individuata in concreto di volta in volta dipendendo dalle caratteristiche e dalle modalità intrinseche delle "comunicazioni" e dal momento in cui l'Autorità destinataria è posta in grado di avere cognizione della comunicazione»⁷⁶, non nel luogo in cui ha sede l'Autorità di vigilanza.

Abbiamo precedentemente specificato che la fattispecie descritta al secondo comma integra invece un reato di evento, per la cui consumazione è fondamentale aver verificato un effettivo ostacolo alle funzioni di vigilanza, in questo caso potrebbe sollevarsi la questione della collocazione territoriale qualora l'Autorità abbia sede all'estero, nel caso di specie la B.C.E.; profilo che analogamente al primo non pone un difetto di giurisdizione italiana, quindi non si mostra come necessariamente impeditivo trattandosi di un reato la cui consumazione potrebbe riconoscersi come iniziata sul territorio nazionale.

In conclusione possiamo affermare che con l'entrata in vigore del M.V.U., si è enfatizzata la necessità – dal punto di vista politico criminale – di qualificare la B.C.E. come Autorità pubblica di vigilanza al pari degli enti italiani, ma anche a considerarla come soluzione per l'applicazione di principi di diritto al fine di evitare vuoti rispetto alle varie condotte gravi e certamente in contraddizione con la *ratio* di base del M.V.U.⁷⁷.

8. Conclusioni.

⁷⁶ Trib. pen. Milano, sez. III, 25 febbraio 2013, n. 1934, in *Riv. dir. pen. cont.*

⁷⁷ G.P. Accinni, *Configurabile il delitto di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle Autorità pubbliche di vigilanza in danno della BCE?*, cit., 2018, p. 14.

Al fine di inquadrare correttamente i temi affrontati, è necessario sottolineare in via conclusiva, come l'importanza riconosciuta dall'ordinamento alla trasparenza informativa nei confronti delle Autorità di vigilanza, sia confermata dal disvalore rivolto a situazioni di falsità ed opacità nelle comunicazioni sociali ed è proprio per tale ragione che sin dalla prima metà del Novecento queste, hanno rappresentato la figura simbolo nel diritto penale dell'economia, rilevanza evidenziata in particolar modo dal complesso apparato sanzionatorio, amministrativo e penale, previsto per la repressione di condotte divergenti⁷⁸. In tale ambito l'azione penale si orienta in termini di efficienza e funzionalità essendo la normativa penale destinata ad intervenire a tutela del buon andamento dell'economia allorché i comportamenti involontari degli operatori non si conformino alle disposizioni poste a garanzia del mercato, dei singoli soci, i quali potrebbero pregiudicare i diritti e più in generale il pubblico interesse. La vulnerabilità del settore economico-finanziario porta costantemente a rischi sistemici, interconnessi, complessi, settoriali, intersettoriali e conseguentemente richiede una valutazione delle situazioni e delle istituzioni che possono entrare in crisi innescando un impatto sistemico. Sono infatti le varie crisi economiche che si sono susseguite nel corso degli anni ad aver condotto a queste considerazioni; abbiamo infatti visto come la regolamentazione, oltre a rafforzare ed affinare gli strumenti della supervisione, non solo nel contesto nazionale ma anche e soprattutto in ambito comunitario, sia andata a valorizzare in maniera progressiva l'attività di vigilanza, ponendo attenzione in particolar modo, alla verifica del controllo e della gestione dei rischi, alla conformità delle condotte al testo normativo e all'adozione di criteri di trasparenza e correttezza per garantire una prudente e sana gestione⁷⁹.

L'art. 2638 c.c. nonostante la sua ambigua collocazione all'interno del codice civile, preoccupandosi della tutela delle Autorità di vigilanza e della loro funzione ha permesso di comprendere come, alla base delle punizioni inflitte dal sistema penale per la falsità documentale, sia necessario in primo luogo l'identificare la natura, la portata del medesimo e in via successiva l'individuare il tipo di "falsità" analizzandola anche nel suo significato. Nel caso di specie è proprio la disposizione in esame ad intervenire irrogando sanzioni finalizzate a ripristinare l'equilibrio sistemico violato con condotte dolose – si tratta dell'intenzione di ingannare o di indurre in errore i destinatari – e volte a delineare il quadro normativo entro cui gli amministratori, i soci da una parte e gli *stakeholders* dall'altra, debbono muoversi.

Con riguardo al profilo sovranazionale, si è parlato nei paragrafi precedenti anche del fondamentale contributo fornito dal M.V.U., il quale una volta analizzato il ruolo della B.C.E. in materia, risponde alla necessità di recuperare e mantenere la stabilità finanziaria quale condizione indispensabile per la crescita di tutti gli Stati membri dell'Eurozona.

Nel contesto europeo la concentrazione di funzioni in un'unica entità avrebbe dato luogo ad un carico operativo difficilmente gestibile, per questo motivo si è mostrata congeniale l'individuazione di autorità differenti – nonostante i compiti vengano attribuiti sempre ai medesimi soggetti le banche

⁷⁸ C. Costa, *Commento al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Torino, Giappichelli Editore, Tomo I, 2013, p. 523.

⁷⁹ G. Boccuzzi, *La crisi dell'impresa bancaria, Profili economici e giuridici*, Milano, Giuffrè Editore, 1988, p.52 ss.

– evitando così che i rischi derivanti dalla complessità strutturale possano compromettere la fluidità e l'efficacia del processo decisionale creando sovrapposizioni nello svolgimento delle funzioni⁸⁰.

Proprio a tal fine è stato istituito il Regolamento n.1024/2013, che ha delineato il quadro di cooperazione nell'ambito del Meccanismo di vigilanza unico tra la B.C.E e le Autorità nazionali, necessario al fine di preservare la stabilità finanziaria dell'Unione, aumentare gli effetti positivi sulla crescita e il benessere dell'integrazione dei mercati⁸¹ e conseguentemente, favorire la credibilità nell'Eurosistema attraverso la stipulazione di regole e prassi omogenee.

Il Sistema europeo al fine di garantire un'integrazione comunitaria di alto livello qualitativo, fa riferimento alle Autorità di vigilanza nazionali, relativamente al processo decisionale e alla gestione operativa della vigilanza, per la praticità e la competenza maturata nell'esercizio dell'attività di supervisione⁸², nonostante le significative responsabilità e la discrezionalità cui è investita la B.C.E., a prova del suo ruolo sovraordinato e della sua tendenza accentratrice nell'assolvimento delle funzioni di controllo⁸³.

Nonostante la fondatezza delle cause che hanno portato all'abbandono del modello di vigilanza nazionale armonizzata è ancora vivo il dibattito circa la preferenza di un potere centralizzato o meno. Non si è giunti ad una conclusione definitiva; questo studio ha condotto solo ad una considerazione oggettiva: non è possibile prevedere l'applicazione dello stesso modello per tutte le situazioni, per cui una soluzione ultima non è agevolmente individuabile in quanto muterebbe caso per caso in funzione dei mutamenti economico – sociali del contesto in cui si applica.

Da quanto appena affermato è possibile comprendere come ancora oggi in molti Stati esista un problema di vigilanza non risolvibile con la sola introduzione del M.V.U.⁸⁴ nonostante la speranza del suo funzionamento sia insita nella cooperazione tra B.C.E. e A.N.C..

⁸⁰ Intervento di C. Barbagallo, *La vigilanza bancaria unica: sfide ed opportunità*, in *Ass. banc. It.*, 2015, p. 5 ss.

⁸¹ Considerando 5, Regolamento Ue, del 15 ottobre 2013, n. 1024, che attribuisce alla B.C.E. compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi, cfr. anche F. Capriglione, *Considerazioni a margine di un provvedimento della Banca d'Italia sull'entrata in funzione del Single Supervisory Mechanism*, in *Apertacontrada*, n. 2, 2014, il quale ha indicato che il Regolamento 1024/2013, all'art. 9, prevede una doverosa cooperazione in buona fede comprendente anche un obbligo di scambio delle informazioni.

⁸² C. Barbagallo, *La vigilanza bancaria tra presente e futuro*, Relazione al seminario *Vigilanza bancaria e correttezza nelle relazioni con la clientela*, Università Luiss Guido Carli, 2014, p. 10,

⁸³ *Relazione sulla proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio*, 2012, par. n. 1, parla di "univocità di comando" per qualificare la posizione della B.C.E. nel quadro del M.V.U.; in tal senso anche L. Torchia, *Unione bancaria: un approccio continentale?*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 1, 2015, p. 7 ss. *contra* M. Clarich, *I poteri di vigilanza della Banca centrale europea*, in *Dir. pubbl.*, n. 3, 2013, p. 986, secondo cui il Meccanismo di vigilanza unico rappresenta invece un modello peculiare di cogestione dei poteri amministrativi in cui la cooperazione tra i due livelli si realizza tanto sul piano strutturale quanto su quello funzionale.

⁸⁴ Audizione di C. Barbagallo, *Indagine conoscitiva sul sistema bancario italiano*, Camera dei deputati, 2015, p. 6.