

Legittimazione a costituirsi parte civile nel processo penale per i reati di ostacolo alle funzioni di vigilanza delle autorità pubbliche

di *Federico Boncompagni*

SOMMARIO: 1. Cenni Introduttivi – 2. Persona offesa e bene giuridico – 3. Danno, danneggiato e azione civile – 4. I reati di ostacolo all’esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza – 5. La legittimazione a costituirsi parte civile dei risparmiatori e degli investitori – 6. La legittimazione a costituirsi parte civile degli enti e delle associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato – 7. La legittimazione a costituirsi parte civile delle Autorità pubbliche di vigilanza – 8. La legittimazione a costituirsi parte civile della società i cui dipendenti o amministratori hanno commesso il reato – 9. Conclusioni.

1. Cenni introduttivi

Le recenti vicende, note anche alla cronaca, riguardanti i cosiddetti “scandali bancari” hanno portato alla ribalta numerosi *white collar crimes* che si assume siano stati commessi dai soggetti preposti all’amministrazione di alcune banche del nostro Paese. Le conseguenze dannose di tali condotte hanno avuto una estensione ed una intensità tali da sollevare un ampio sdegno nell’opinione pubblica e una rilevante attenzione mediatica. I tempi della giustizia italiana nonché la fisiologica “emersione” dei fatti hanno inevitabilmente comportato l’affiorare dei primi processi a carico di detti soggetti proprio in relazione ai reati di cui all’art. 2638 c.c., trattandosi di delitti “naturalmente” prodromici alla commissione di eventuali ulteriori crimini (quali i falsi in bilancio di cui agli artt. 2621 e 2622 c.c. o il falso in prospetto *ex art. 173-bis TUF*, per non fare riferimento alle ipotesi di bancarotta impropria che tendenzialmente dovrebbero arrivare a processo in un momento successivo a quello avente ad oggetto dell’imputazione condotte lesive della funzione di vigilanza delle autorità pubbliche). Il fatto che il primo procedimento (relativo ai vari ed eventuali crimini commessi dagli amministratori di banche) sia tendenzialmente proprio quello relativo ai delitti di cui all’art. 2638 c.c. porta con sé un “assalto” al processo da parte di numerose categorie di soggetti che ritengono essere stati danneggiati dal reato e che, di conseguenza, si costituiscono parte civile. Il riferimento è, inevitabilmente, alla Banca d’Italia e alla Consob ma anche ad alcune categorie di *stakeholders*, in particolare azionisti e obbligazionisti, enti

rappresentativi di interessi diffusi nonché la stessa società di cui gli imputati rivestivano cariche gestorie.

Questa riflessione si propone di affrontare la questione relativa alla legittimazione o meno di tali soggetti a costituirsi parte civile nel processo penale volto all'accertamento di false comunicazioni alle autorità di vigilanza e di ostacolo alle funzioni di vigilanza delle stesse. A tal fine, questo breve pensiero cerca innanzitutto di ricostruire la natura dell'istituto previsto dagli artt. 74 e ss. c.p.p. e 185 c.p., muovendo dalla nozione di persona offesa e parte civile nonché dalla natura della responsabilità civile da reato. Il commento si sposta, poi, su una breve analisi delle fattispecie previste dall'art. 2638 c.c. (l'obiettivo, infatti, è concentrarsi sugli aspetti più squisitamente processuali). Date tali premesse, l'attenzione si focalizza sulle varie categorie di soggetti che nelle vicende giudiziarie si sono costituiti parte civile. Tale analisi porta ad una esclusione della legittimazione di tali soggetti e ad una riflessione sulla funzione del processo penale e sulla necessità di rispettare i suoi principi cardine, nonché equilibri.

2. Persona offesa e bene giuridico.

Come un edificio necessita di basi solide per non crollare, affinché si possa affrontare la questione relativa alla legittimazione a costituirsi di tali soggetti occorre preliminarmente soffermarsi sulla distinzione presente nel nostro ordinamento tra persona offesa e parte civile.

Il vigente codice di procedura penale distingue espressamente la parte civile dalla persona offesa. Difatti, il legislatore ha predisposto due differenti titoli del primo libro alle due categorie, rispettivamente il titolo V e il titolo VI, con conseguente distinta disciplina. La sostanziale autonomia concettuale della persona offesa e della parte civile ha fatto sì che il legislatore costruisse in capo al primo una serie di poteri e diritti tali da fargli acquisire una mera posizione di «postulante»⁽¹⁾, di mero soggetto⁽²⁾, mentre ha riconosciuto esclusivamente al danneggiato la qualifica di parte con relativo bagaglio di diritti e poteri tali da poter «provocare una decisione sulla *regiudicanda*»⁽³⁾.

Sebbene il codice tratti prima della parte civile rispetto alla persona offesa, è da quest'ultima, per la sua vicinanza al bene giuridico leso dal reato, che necessariamente muove la trattazione.

La persona offesa, infatti, «è il titolare dell'interesse giuridico protetto, anche in modo non prevalente, da quella norma incriminatrice che si assume sia stata violata

1 CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, p. 277, richiamato da CONFALONIERI, La persona offesa dal reato, in *Trattato di procedura penale*, SPANGHER (diretto da), Vol. 1: *Soggetti e atti*, DEAN (a cura di), Tomo 1: *I soggetti*, Torino, 2009, p. 647.

2 TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2015, p. 157; MAZZA, in *Procedura penale* (Aa.vv.), Torino, 2012, p. 154.

3 PENNISI, *Persona offesa dal reato*, in *Enc. Dir.*, Agg., I, Milano, p. 790; TRANCHINA, *Persona offesa dal reato*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988, p. 3; CONFALONIERI, *La persona offesa dal reato*, cit., p. 647.

dal fatto storico di reato»⁽⁴⁾. Emerge, quindi, come tale soggetto “erediti” tale qualifica dalla norma di diritto penale sostanziale che si assume essere stata violata, poiché è quest’ultima ad introdurre nel procedimento il bene giuridico di cui è garante. Alla persona offesa il legislatore attribuisce un ruolo quasi di “spalla” del Pubblico ministero, tipico della accusa privata⁽⁵⁾.

L’art. 90 c.p.p. prevede innanzitutto che la persona offesa possa esercitare i diritti e le facoltà che la legge gli riserva espressamente⁽⁶⁾. Non essendo di particolare interesse in relazione all’oggetto di questo studio, basti ricordare la previsione in capo a detto soggetto di poteri cosiddetti “sollecitatori”⁽⁷⁾, quali la facoltà di presentare memorie in ogni stato e grado del giudizio nonché, ad eccezione del giudizio innanzi alla corte di legittimità (per ovvie ragioni), di indicare elementi di prova, ma anche diritti di informativa (art. 369, 419, 429 c.p.p.), limitata capacità di “partecipazione” al procedimento (può assistere ad esempio all’accertamento tecnico non ripetibile, art. 360 c.p.p., o richiedere al Pubblico ministero di promuovere incidente probatorio) ed infine la possibilità di vigilare sull’inattività dell’autorità inquirente ed «attivare il controllo del giudice»⁽⁸⁾ nel caso in cui il primo richieda la proroga delle indagini o l’archiviazione (artt. 406 e 408 c.p.p.). Si è, dunque, in presenza di un catalogo di diritti e poteri tali da permettere alla persona offesa di supportare l’accusa pubblica e di vigilare sul perseguimento del reato dalla cui commissione è risultato leso il bene giuridico di cui è titolare, ma non abbastanza invasivi da portare ad un rischio di “incrinazione” del principio della parità delle parti. Tale rischio emerge, tuttavia, ogni qual volta intervengano nel processo penale i danneggiati attraverso la costituzione di parte civile.

Prima di procedere ad una disamina sulla natura dell’azione civile e sui poteri attribuiti alla parte civile, preme ricordare come la persona offesa possa (solo) in alcuni casi coincidere con la persona danneggiata e, dunque, costituirsi parte civile. È ciò che avviene quando dalla lesione del bene giuridico derivi anche un danno, tanto patrimoniale quanto non patrimoniale, alla persona offesa. Dunque, se è pur vero che molto spesso tale coincidenza di posizione sia riscontrabile nella realtà empirica, non può essere trascurato che altrettante volte tale situazione possa non sussistere. Per tornare brevemente sui reati di cui agli artt. 2638 c.c. è palese come tale corrispondenza possa aversi solo nel caso in cui si ritenga configurabile un danno in capo alle autorità pubbliche di vigilanza (tra tutte Consob e Banca d’Italia) mentre in relazione agli azionisti o ad altri soggetti si può (forse) solo ragionare in termini di danneggiato. Una questione da risolvere è, successivamente, quella di capire quale rapporto debba intercorrere nella geometria del triangolo

4 Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 157.

5 BOTTIGLIERI, *L’ “accusa penale privata” e il difensore della persona offesa*, in Riv. pen., 1991, p. 1049; GHIARA, *Art. 90*, in *Comm. Chiavario*, I, Torino, 1989, p. 406; CONFALONIERI, *La persona offesa dal reato*, cit., p. 647.

6 TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 157.

7 TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 157.

8 TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 160.

avente come vertici il bene giuridico tutelato, la persona offesa e i danneggiati. Per semplificare, data la lesione di un bene giuridico fino a che punto ci si può “allontanare” dallo stesso per poter ancora vantare una pretesa risarcitoria. Ci si deve, dunque, chiedere se, mediante costituzione di parte civile, si possa richiedere il risarcimento del solo danno diretto e immediato o anche il ristoro di un danno indiretto e riflesso. Nel caso in cui si ritengano risarcibili anche le conseguenze dannose indirette e riflesse si pone, poi, il problema di stabilire quanto possa espandersi la catena degli eventi dannosi riconducibili al reato e fondanti un diritto al risarcimento.

3. Danno, danneggiato e azione civile.

Dalla commissione di un reato, oltre alla lesione del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice, può derivare anche un danno, tanto patrimoniale quanto non patrimoniale. L’art. 185 c.p. riconosce in capo al soggetto che ha subito tale *diminutio* il diritto al risarcimento del danno derivante da reato. Colui che ha subito la lesione acquista la qualifica di “danneggiato” dal reato e, sulla base di tale presupposto, la facoltà di far valere le proprie pretese risarcitorie all’interno del processo penale costituendosi parte civile ai sensi degli artt. 74 e ss.

Esercitando l’azione civile nel processo penale il danneggiato assume le vesti di vera e propria parte, con la possibilità di partecipare attivamente allo stesso. Dunque, se fino all’esercizio dell’azione penale al danneggiato, salvo il caso in cui tale qualifica coincidesse con quella di persona offesa, non è riconosciuto alcun potere, con l’apertura del processo chi ha subito un danno acquista un ruolo attivo nello stesso, ribaltando la situazione sussistente durante le indagini preliminari in cui diritti e poteri (e ben più limitati) sono riconosciuti alla sola persona offesa. Senza soffermarsi sulle formalità necessarie alla costituzione di parte civile e sull’insieme di diritti e poteri spettanti alla parte privata, occorre interrogarsi sulla natura dell’azione civile. Quest’ultima, in altri termini, sebbene divenga «“ospite” nel processo penale» e ne subisca la regolamentazione⁽⁹⁾, mantiene la sua natura civile.

Non va quindi perso di vista il fondamento della responsabilità civile da reato, cioè l’art. 185 c.p.

Autorevole dottrina⁽¹⁰⁾, cui si rinvia, ha affermato che l’art. 185 c.p. fonderebbe una peculiare forma di responsabilità civile in rapporto di specialità con l’art. 2043 c.c., il cui presupposto è da individuare non in qualsiasi illecito civile bensì nel reato con tutti i suoi elementi costitutivi. Si pone a questo punto il problema della

9 TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 166.

10 ROMANO, *art. 185*, in *Commentario sistematico del codice penale*, III, Milano, 2011, p. 352; MANCUSO, *La parte civile, il responsabile civile e il civilmente obbligato per la pena pecuniaria*, in *Trattato di procedura penale*, cit., p. 525; DI CHIARA, *Parte civile*, in *Dig. disc. Pen.*, Torino, 1995, p. 235; SQUARCIA, *L’azione di danno nel processo penale*, Padova, 2002, p. 78.

«delimitazione del nucleo della pretesa risarcitoria»⁽¹¹⁾ ovvero la rilevante questione dell'individuazione dei danni risarcibili.

Data la premessa che la responsabilità *ex art.* 185 c.p. è da considerarsi *species* del *genus* responsabilità aquiliana, è opportuno rifarsi alla disciplina di quest'ultima. L'art. 2056 c.c., richiamando la disposizione dell'art. 1223 c.c., che disciplina il danno risarcibile in materia di responsabilità contrattuale, limita i danni risarcibili a quelli che siano conseguenza immediata e diretta del fatto illecito⁽¹²⁾. L'interpretazione di tale disposizione ha generato un dibattito in dottrina tra chi, attenendosi al dato letterale dell'art. 1223 c.c., limitava la risarcibilità ai danni derivati da una lesione di un diritto soggettivo conseguenza immediata e diretta del reato⁽¹³⁾ e chi, proprio ritenendo il limite del danno immediato e diretto riferibile al solo caso di inadempimento contrattuale, ha affermato la risarcibilità di tutti quei danni conseguenza dell'illecito, secondo il criterio del «rapporto di causalità tra condotta illecita ed *eventus damni* preteso dalla normativa penale e sostanziale»⁽¹⁴⁾. La seconda «soluzione» appare preferibile, dovendo però applicare le regole della causalità in modo rigoroso al fine di evitare la risarcibilità di qualsiasi conseguenza, anche inverosimile.

Dunque, in presenza di un reato dovremmo chiederci quali siano le conseguenze normali ed ordinarie della condotta criminale. In particolare, in relazione ai reati di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche, si pone il problema di capire quali danni possano ordinariamente conseguire da condotte che vengono punite per aver ostacolato o (addirittura) tentato di ostacolare una funzione di vigilanza preposta, nel caso di Consob e Banca d'Italia, alla prevenzione di danni

11 MANCUSO, *La parte civile, il responsabile civile e il civilmente obbligato per la pena pecuniaria*, cit., p. 526.

12 TORRENTE-SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2009, p.853.

13 CAPALOZZA, *Parte civile*, in *Noviss.Dig.It.*, XII, Torino, 1968, p. 471; CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1930, p. 75; LEVI, *La parte civile nel processo penale (introduzione)*, Padova, 1936, pp. 158 ss.; VANNINI, *Manuale di diritto processuale italiano*, Milano, 1969, p. 53. In giurisprudenza v. Cass. pen., 19.4.1984, n. 3601, Sciortino, rv. 163779; Cass. pen., 21.12.1990, n. 16823, Landini, rv. 186068; Cass. pen., 13.9.1992, n. 10956, Serlenga, rv. 192328; Cass. pen., 21.5.1993, n. 5230, Tassarolo, rv. 195248.

14 CONSO-GALLO, *Legittimazione attiva alla costituzione di parte civile per il risarcimento dei danni cagionati da autocalunnia*, in *Riv. Pen.*, 1967, p. 6; BARONE, *Enti collettivi e processo penale*, Milano, 1989, pp. 110 ss.; FORTUNA, *Azione penale e azione risarcitoria*, Milano, 1980, pp. 110 ss.; ICHINO, *La parte civile nel processo penale. La legittimazione*, Padova, 1989, pp. 15 ss.; MANCUSO, *La parte civile, il responsabile civile e il civilmente obbligato per la pena pecuniaria*, cit., p. 526; PENNISI, *Parte civile*, in *Enc. Dir.*, XXXI, Milano, 1981, pp. 994 ss. L'interpretazione estensiva della norma di cui all'art. 1223 c.c. si è «resa» necessaria per permettere la risarcibilità dei danni cagionati dalla lesione di interessi legittimi. Tale risultato è stato raggiunto con le sentenze della Cassazione a Sezioni Unite Cass. Civ., S.U., 22.7.1999, n. 500 e 501, rv n. 530553 e n. 530556, in *DeJure*. Sul tema CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, pp. 199 ss.; SQUARCIA, *Il danno da reato, derivante da lesione di interessi legittimi, è risarcibile anche in sede penale*, in *Riv. It. dir. e proc. pen.*, 2001, pp. 1314 ss.; ID., *L'azione di danno*, cit., pp. 82 ss.; CORDERO, *Procedura penale*, cit., pp. 265 ss.

al mercato e, in via ulteriormente indiretta, ai risparmiatori ed investitori; una fattispecie di reato, dunque, in cui la tutela penale è molto anticipata rispetto al bene finale tutelato.

Prima di provare a fornire una risposta a tale quesito è, però, necessario procedere con una rapida descrizione delle fattispecie di riferimento.

4. I reati di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza.

La disposizione di cui all'art. 2638 c.c. contiene al suo interno due fattispecie di reato, punite con la medesima pena, che, oltre ad essere tra le più applicate nei tribunali del nostro paese, è un raro esempio, nel panorama dei reati societari, a prevedere una pena, in particolar modo nel caso di commissione del delitto da parte di un soggetto inserito nella compagine di una società quotata, effettivamente grave (reclusione da 1 a 4 anni, raddoppiata nel caso di società quotata)⁽¹⁵⁾.

15 Per un approfondimento si rinvia a ALBERTINI, *art. 2638*, in LANZI-CADOPPI (a cura di), *I reati societari*, Padova, 2007, pp. 287 ss.; AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2012, pp. 219 ss.; ALESSANDRI, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza*, in ID. (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società: D.lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, Milano, 2002, pp. 250 ss.; BERTOLINA, *art. 2638 c.c.*, in LANZI-INSOLERA (a cura di), *Codice penale d'impresa*, Roma, 2015, pp. 1150 ss.; CASAROLI, *art. 2638*, in GRIPPO (a cura di), *Commentario delle società*, Torino, 2009, pp. 1674 ss.; CRISTIANI, *Commentario di diritto penale delle società e del credito*, Torino, 2003, pp. 203 ss.; D'AMBROSIO, *L'ostacolo delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza*, in DI AMATO (a cura di), *I reati del mercato finanziario*, Padova, 2007, pp. 611 ss.; FOFFANI, *voce Società*, in PALAZZO-PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007, pp. 2445 ss.; GIUNTA, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, Torino, 2004, pp. 326 ss.; LOSAPPIO, *Risparmio, funzioni di vigilanza e diritto penale. Lineamenti di un sottosistema*, Bari, 2004, pp. 161 ss.; LOVECCHIO-MUSTI, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza (art. 2638 c.c.)*, in ROSSI (a cura di), *Reati societari*, Torino, 2005, pp. 242 ss.; LUNGHINI, *art. 2638*, in DOLCINI-MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2011, pp. 7167 ss.; MARUOTTI, *La tutela penale delle funzioni di controllo, revisione e vigilanza*, in MANNA (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, Padova, 2010, pp. 197 ss.; MESSINA, *Ostacolo all'esercizio delle autorità pubbliche di vigilanza*, in CANZIO-CERQUA-LUPARIA (a cura di), Padova, 2014, pp. 553 ss.; MONTANI, *Le attività di ostacolo*, in ALESSANDRI (a cura di), *Reati in materia economica*, Torino, 2012, pp. 190 ss.; MUSCO, *I nuovi reati societari*, Milano, 2007, pp. 285 ss.; NAPOLEONI, *Le disposizioni penali in materia di società e di consorzi*, in BONFANTE-CORAPI-DE ANGELIS-SALAFIA (a cura di), *Codice commentato delle società*, Milano, 2011, pp. 2672 ss.; NISCO, *L'ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza: spunti problematici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2013, pp. 249 ss.; PALLADINO, *Art. 2638*, in GIUNTA (a cura di), *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, Torino, 2002, pp. 206 ss.; ROSSI, *Illeciti penali e amministrativi in materia societaria*, in GROSSO-PAGLIARO-PADOVANI (a cura di), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2012, pp. 231 ss.; ID., *Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza*, in ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, Milano, 2013, pp. 366 ss.; SCIUMBATA, *I reati*

Non avendo la pretesa di essere un ennesimo contributo sostanziale, ci limitiamo qui a fornire gli elementi essenziali delle fattispecie di reato in materia di ostacolo. Tale trattazione sostanziale, seppure sintetica, è però necessaria al fine di stabilire se tali reati siano compatibili o meno con qualsivoglia generazione di un danno, tanto patrimoniale che non, e di conseguenza se legittimino l'esercizio dell'azione civile nel processo penale.

L'art. 2638 c.c. pone innanzitutto il problema relativo alla definizione di «autorità pubblica di vigilanza». Difatti, il legislatore non ha individuato con precisione i titolari della funzione di vigilanza ma si è limitato ad indicare con genericità la categoria delle autorità pubbliche di vigilanza, riservando alla giurisprudenza il compito di definirne il significato⁽¹⁶⁾.

Dal canto suo anche la dottrina si è impegnata nel delimitarne la portata. Il risultato preferibile cui si è pervenuti è stato quello di limitare la definizione a quelle autorità indipendenti aventi una disciplina pubblicistica, poteri ispettivi e finalità di tipo economico⁽¹⁷⁾.

Ecco, dunque, che tali enti possono essere circoscritti essenzialmente a Banca d'Italia, Consob, Covip, Ivass ma anche l'autorità garante per la concorrenza ed il mercato (AGCM)⁽¹⁸⁾.

Una volta delimitato l'ambito delle autorità le cui funzioni sono tutelate dalla norma, è opportuno definire il già anticipato bene giuridico tutelato dall'art. 2638 c.c. Tanto la dottrina quanto la giurisprudenza sono concordi nell'individuare detto

societari, Milano, 2008, pp. 143 ss.; TRENTACAPILLI, *art. 2638*, in *Legisl. Pen.*, 2003, p. 546; SETTE, *art. 2638*, in NAPOLEONI (coordinato da), *I reati e gli illeciti amministrativi societari*, in D'ALESSANDRO (diretto da), *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, Padova, 2010, pp. 417 ss.; ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, Milano, 2008, pp. 193 ss.; ID., *L'ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza*, in GIARDA-SEMINARA (a cura di), *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Padova, 2002, pp. 573 ss.

16 Questa scelta legislativa, seppur determinata dalla volontà di introdurre una norma nella quale sussumere ogni forma di ostacolo alle funzioni di vigilanza delle numerose autorità per le quali erano previste specifiche fattispecie (situazione che si è nuovamente prodotta), pone seri dubbi sul rispetto dei principi di tassatività e determinatezza della norma penale. Vedi FOFFANI, *La riforma dei reati societari: riflessi sulla disciplina penale delle banche e degli intermediari finanziari*, in MEYER-STORTONI, *Diritto penale della banca, del mercato mobiliare e finanziario*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, BRICOLA-ZAGREBELSKY (diretto da), Torino, 2002, pp. 492 ss; MESSINA, cit., p. 558; 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.

17 In questi termini NISCO, *L'ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza: spunti problematici*, cit., p. 252. Sempre a favore di una lettura restrittiva della norma si veda ALESSANDRI, *Ostacolo*, cit., p. 257; GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006, p. 601; ROSSI, cit., p. 371.

18 La giurisprudenza vi fa rientrare addirittura la Co.vi.soc., Commissione di controllo sulle società di calcio professionistiche, in quanto tale «organo ai sensi dell'art. 20, comma 4, dello statuto del Coni assume specifica funzione pubblicistica» Cass. pen. 29.5.2013, n. 28164; BERTOLINA, *art. 2638 c.c.*, cit., p. 1153.

bene nel «regolare svolgimento delle funzioni di controllo affidate alle pubbliche autorità di vigilanza»⁽¹⁹⁾. Si è, dunque, in presenza di una norma che anticipa molto la tutela rispetto ai cosiddetti beni finali (in questo caso il corretto funzionamento del mercato)⁽²⁰⁾. «Il legislatore, cioè, in questa occasione avrebbe adottato un’ottica di prevenzione, per via non solo dell’importanza del bene giuridico coinvolto, ma anche della sua intrinseca natura istituzionale, non riferibile a soggetti singoli, eppure ugualmente indispensabile per la realizzazione dei loro interessi»⁽²¹⁾.

Individuato il bene giuridico tutelato nelle funzioni di vigilanza delle autorità pubbliche (così come precedentemente definite), appare evidente come persona offesa dal reato sia inevitabilmente l’autorità titolare di dette funzioni.

Prima di discutere se queste autorità possano anche subire un danno civile connesso all’inevitabile danno criminale, è opportuno descrivere rapidamente le due fattispecie di reato contenute nei primi due commi dell’art. 2638 c.c.

Il primo comma punisce «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 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.», estendendo la punibilità anche all’ipotesi in cui le informazioni concernano beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi. Questo primo comma prevede, dunque, il reato di false comunicazioni all’autorità di vigilanza, una fattispecie “costruita” in modo del tutto analogo, salvo ovviamente il destinatario della comunicazione, all’art. 2621 c.c. sulle false comunicazioni sociali.

Si tratta di un reato proprio degli amministratori, dei direttori generali, dei sindaci, dei liquidatori, dal 2005 anche dei dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari ed infine «degli altri soggetti sottoposti per legge alle autorità

19 In tale senso si è espressa la relazione ministeriale ed ha avuto conferma in tutta la dottrina già richiamata e in giurisprudenza ove si individua il bene «nella correttezza dei rapporti tra ente controllato ed ente controllante al fine di consentire la piena efficacia dell’attività di vigilanza» Cass. pen., 28.09.2005, n. 44704, in *DeJure*; Cass. pen., 8.11.2002, n. 1252, *DeJure*. In dottrina si è anche affermato che «la scelta di attribuire rilevanza penale alla lesione della funzione di vigilanza in sé, anche qualora questa non si traduca nell’offesa tangibile ad un interesse di tipo privatistico, appare difficilmente conciliabile con lo spirito della riforma del 2002» MESSINA, cit., p. 556 che richiama ALESSANDRI, *Ostacolo*, cit., pp. 255 ss.

20 Sui beni finali MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., p. 290; PALLADINO, *Art. 2638*, cit., p. 207; ALESSANDRI, *Ostacolo*, cit., p. 254; SEMINARA, *False comunicazioni sociali, falso in prospetto e nella revisione contabile e ostacolo alle funzioni delle autorità di vigilanza*, cit., p. 687.

21 MESSINA, *Ostacolo all’esercizio delle autorità pubbliche di vigilanza*, cit., p. 557.

pubbliche di vigilanza, o tenuti ad obblighi nei loro confronti». Se i primi soggetti non pongono alcun problema, l'individuazione de «gli altri soggetti sottoposti per legge» risulta maggiormente difficoltosa, ponendo anche in questo caso problemi di compatibilità con i requisiti di tassatività e determinatezza⁽²²⁾.

Per quel che concerne le condotte incriminate, il legislatore individua due differenti modalità di commissione del reato: una prima mediante l'esposizione di fatti materiali non rispondenti al vero, ancorché oggetto di valutazioni, concernenti la situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società⁽²³⁾ ed una seconda consistente nell'«occultamento, totale o parziale, di fatti che avrebbero dovuto essere comunicati»⁽²⁴⁾, mediante il ricorso ad ulteriori mezzi fraudolenti.

Entrambe le condotte tipizzate dal legislatore sono da ritenersi di natura commissiva in quanto anche l'occultamento è parte integrante della comunicazione⁽²⁵⁾, in quanto «momento omissivo di una condotta attiva»⁽²⁶⁾.

Con riferimento alla seconda condotta, è stato affermato autorevolmente come l'occultamento debba necessariamente essere accompagnato dall'utilizzo di «mezzi fraudolenti diversi dalla falsità»⁽²⁷⁾, in particolare attraverso modalità idonee a «sviare l'indagine o la verifica dell'autorità»⁽²⁸⁾.

Si richiede, dunque, un *quid pluris* rispetto al mero silenzio⁽²⁹⁾.

22 La soluzione preferibile sembra quella di limitare detti soggetti a coloro che risultino, sebbene persone fisiche, incardinati all'interno di una struttura societaria. In tal senso MESSINA, *Ostacolo all'esercizio delle autorità pubbliche di vigilanza*, cit., p. 563.

23 Per un'analisi dettagliata della nozione di fatto materiale non rispondente al vero ancorché oggetto di valutazioni, oltre alla copiosa dottrina già richiamata in materia di art. 2638 c.c., si veda in relazione alle nuove false comunicazioni sociali PEDRAZZI, *In memoria del "falso in bilancio"*, in *Riv. Soc.*, 2001, pp. 1369 ss.; MUCCIARELLI, *Le "nuove" false comunicazioni sociali: note in ordine sparso*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it; D'ALESSANDRO, *La riforma delle false comunicazioni sociali al vaglio del Giudice di legittimità: davvero penalmente irrilevanti le valutazioni mendaci?*, in *Giur. It.*, 2015, pp. 2211 ss.; SEMINARA, *La riforma dei reati di false comunicazioni*, in *Dir. Pen. e proc.*, 2015, pp. 813 ss.; ID., *False comunicazioni sociali e false valutazioni in bilancio: il difficile esordio di una riforma*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, pp. 1498 ss.; SCOLETTA, *Tutela dell'informazione societaria e vincoli di legalità nei nuovi delitti di false comunicazioni sociali*, in *Le società*, 2015, pp. 1301 ss.

24 ROSSI, *Illeciti penali e amministrativi in materia societaria*, cit., p. 376.

25 NISCO, *L'ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza: spunti problematici*, cit., p. 257 ma anche GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006, p. 602.

26 NISCO, *L'ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza: spunti problematici*, cit., p. 258; GIUNTA, *Lineamenti*, cit., p. 329.; ID., *Controllo*, cit., p. 602. La giurisprudenza richiede che la condotta sia caratterizzata dall'uso di mezzi fraudolenti e non dal semplice silenzio Cass. pen., 9.1.2010, Alma e altri, rv. 248821; MESSINA, *Ostacolo all'esercizio delle autorità pubbliche di vigilanza*, cit., p. 570.

27 MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., p. 294.

28 ROSSI, *Illeciti penali e amministrativi in materia societaria*, cit., p. 378, citando testualmente ALESSANDRI, *Ostacolo*, cit., p. 272.

29 BERTOLINA, *art. 2638 c.c.*, cit., p. 1152.

La norma non prevede alcun evento ma, come appena visto, tipizza due differenti condotte: si è, dunque, in presenza di un reato a forma vincolata di pericolo concreto⁽³⁰⁾.

Il reato di false comunicazioni alle autorità di vigilanza è, inoltre, caratterizzato sul piano soggettivo dal dolo specifico di ostacolare le attività di vigilanza⁽³¹⁾.

Il secondo comma dell'art. 2638 c.c. prevede, invece, la fattispecie di ostacolo alle funzioni di vigilanza. In particolar modo prevede la stessa pena per gli stessi soggetti di cui al primo comma «i quali, in qualsiasi forma, anche omettendo le comunicazioni dovute alle predette autorità, ne ostacolano le funzioni». Anche in questo caso siamo di fronte ad un reato proprio dei medesimi soggetti del delitto di cui al primo comma. Per questo si rimanda a quanto già detto sopra. Lo stesso vale per il bene giuridico tutelato e, di conseguenza, per la persona offesa dal reato, nella specie le autorità di vigilanza con i relativi problemi sopra esposti. Ciò che preme, però, analizzare è innanzitutto la condotta tipizzata dal legislatore, anch'essa «portatrice» di seri problemi di determinatezza⁽³²⁾. Infatti, il legislatore ha configurato il reato «come illecito a forma totalmente libera, integrabile anche attraverso una condotta meramente omissiva»⁽³³⁾.

Ciò che caratterizza maggiormente il delitto è, però, la previsione di un evento, ovvero l'effettivo realizzarsi di un danno: l'ostacolo alla funzione di vigilanza.

Sul piano dell'elemento soggettivo, al contrario, il legislatore utilizzando il termine «consapevolmente» ha voluto delimitare l'ambito del dolo generico ad un dolo intenzionale, o quanto meno diretto, ed escludere dunque la rilevanza penale del dolo eventuale⁽³⁴⁾.

Una volta descritte rapidamente le due fattispecie preme far notare come il legislatore abbia previsto una medesima pena tanto per l'ipotesi di pericolo quanto

30 BERTOLINA, *art. 2638 c.c.*, cit., p. 1151; in giurisprudenza Trib. Milano, 25.2.2013, n. 1934, in *DeJure*.

31 BERTOLINA, *art. 2638 c.c.*, cit., p. 1154; MAZZACUVA-AMATI, *Diritto penale dell'economia*, Padova, 2016, pp. 116 ss.

32 ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, cit., pp. 193 ss. Meno critico appare MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., p. 296.

33 MESSINA, *Ostacolo all'esercizio delle autorità pubbliche di vigilanza*, cit., p. 574. In giurisprudenza si è affermato recentemente che ai fini della configurabilità di questo reato sia sufficiente la mera omissione di comunicazioni dovute Cass. pen., 7.12.2012, n. 49362; BERTOLINA, *art. 2638 c.c.*, cit., p. 1153. In dottrina si è anche affermato come l'ostacolo debba necessariamente essere non momentaneo e non irrilevante alle attività di vigilanza. Questo risulterebbe necessario alla luce della previsione di una pena identica a quella del reato di pericolo di cui al primo comma. ALESSANDRI, *Ostacolo*, cit., pp. 300 ss.; MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., pp. 296 ss.

34 MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., p. 297; ZANNOTTI, *Il nuovo diritto*, cit., p. 210; AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, cit., p. 222; MONTANI, *Le attività di ostacolo*, cit., p. 205; NISCO, *L'ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza: spunti problematici*, cit., p. 260. In senso contrario ALESSANDRI, *Ostacolo*, cit., p. 260; LOSAPPIO, *Risparmio, funzioni di vigilanza e diritto penale. Lineamenti di un sottosistema*, cit., pp. 279 ss.

per il delitto di evento. Tale soluzione ha sollevato non poche critiche in dottrina⁽³⁵⁾.

In conclusione, l'art. 2638 c.c. al terzo comma stabilisce 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 testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58».

Sul rapporto della norma di cui all'art. 2638 c.c. e le norma settoriale di cui agli artt. 170 *bis* t.u.f. (ostacolo alle funzioni di vigilanza della Banca d'Italia e della Consob), si rinvia alla dottrina sostanziale citata, potendo ritenere le successive considerazioni in tema di *legitimatō ad causam* riferibili ad entrambe le norme.

5. La legittimazione a costituirsi parte civile dei risparmiatori e degli investitori

Dopo aver descritto la natura dell'azione civile da reato, ai sensi dell'art. 185 c.p., ed aver analizzato le fattispecie di reato di cui all'art. 2638 c.c., è possibile finalmente trarre delle conclusioni circa la configurabilità di un danno quale conseguenza delle suddette fattispecie di reato.

A tal fine preme ricordare come il bene giuridico tutelato dalla norma debba essere individuato nel regolare svolgimento delle funzioni di vigilanza. Pertanto, si può affermare di essere in presenza di un bene istituzionale.

Il legislatore ha ritenuto opportuno sanzionare delle condotte che potessero anche solo turbare il regolare svolgimento delle attività delle autorità pubbliche. L'art. 2638 c.c., infatti, anticipa “ai massimi livelli” la tutela del bene finale “corretto funzionamento del mercato”.

Da quanto appena esposto, ed aggiungendo che una delle ipotesi di reato è di pericolo concreto, appare del tutto illogico ritenere compatibile con tali reati un danno in capo a soggetti ulteriori rispetto ai titolari del bene giuridico tutelato (ovvero le Autorità pubbliche di vigilanza). Difatti, per poter giungere ad un danno subito dagli investitori ci dovremmo necessariamente allontanare molto dal fatto reato. In questo modo verrebbe meno il requisito della risarcibilità dei soli danni conseguenza, se non diretta, quanto meno “normale”, regolare. Si pensi ad una condotta che mette in pericolo (o nella migliore ipotesi cagiona un danno criminale) il regolare svolgimento delle funzioni di vigilanza, che indirettamente potrebbe mettere in pericolo il corretto funzionamento del mercato, che ulteriormente in via mediata potrebbe ingannare gli investitori e che infine porti ad un depauperamento del patrimonio della società cagionando un danno ad azionisti ed obbligazionisti.

Date tali premesse, prima di procedere con considerazioni specifiche, è opportuno indicare come si siano pronunciati sul tema i giudici di merito.

35 SEMINARA, *False comunicazioni*, cit., p. 687; MESSINA, *Ostacolo all'esercizio delle autorità pubbliche di vigilanza*, cit., p. 579; NISCO, *L'ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza: spunti problematici*, cit., p. 267.

Sino ad oggi, i tribunali hanno riconosciuto soltanto in capo alle autorità di vigilanza la legittimazione a costituirsi parte civile nei reati di cui all'art. 2638 c.c., escludendo di conseguenza tutte le costituzioni dei risparmiatori, investitori nonché delle associazioni e degli enti di diritto privato⁽³⁶⁾.

A tale approdo arriva anche il presente saggio, sollevando però nel prosieguo qualche dubbio sulla configurabilità anche in astratto di un danno alle autorità di vigilanza⁽³⁷⁾.

Le prime posizioni da prendere in considerazione in questa analisi sono quelle relative ai cosiddetti *stakeholders*, in particolare risparmiatori, azionisti ed obbligazionisti. Oltre a quanto già esposto nell'*incipit* di questo paragrafo, ovvero alla assoluta "lontananza" causale tra danno criminale e danno civile, devono essere indicati ulteriori elementi per i quali appare legittimo dubitare di una loro *legitimitas*. In primo luogo, nel nostro ordinamento ci sono ben altre fattispecie di reato che tutelano direttamente il patrimonio di coloro che mediante depositi o investimenti gravitano intorno alla società. Le norme cui si fa riferimento sono innanzitutto quelle di cui agli artt. 2621 e 2622 c.c., che sanzionano le "false comunicazioni sociali", cioè proprio quelle comunicazioni che sono rivolte ai soci o al pubblico e che hanno come obiettivo quello di tutelare direttamente la trasparenza societaria ed indirettamente la conoscibilità da parte di quei soggetti della veritiera situazione economica, patrimoniale e finanziaria⁽³⁸⁾ della società "informante". Un'ulteriore norma posta a tutela degli investitori è l'art. 173 *bis* t.u.f. (d.lgs. 24.2.1998, n. 58), il quale sanziona il falso in prospetto. Il prospetto è quella comunicazione rivolta al pubblico con la quale l'emittente deve «fornire al risparmiatore le informazioni necessarie al fine di decidere se effettuare (o non effettuare) un determinato investimento, se acquistare o non acquistare un determinato titolo azionario o obbligazionario»⁽³⁹⁾.

La norma è, quindi, volta a tutelare, oltre alla correttezza dell'informazione societaria nonché il mercato e il risparmio, anche il singolo investitore⁽⁴⁰⁾.

36 Su tutte G.i.p., Tribunale di Milano, ordinanza 11.6.2010, in *Foro ambr.*, 2010, p. 322; Tribunale di Siena, ordinanza 26.9.2013.

37 In senso favorevole alla legittimazione a costituirsi parte civile dei risparmiatori e degli investitori si è espresso GARBAGNATI, *L'azione civile nel giudizio penale de societate*, in CANZIO-CERQUA-LUPARIA (a cura di), cit., p. 1158.

38 Anche in questo caso si richiamano i contributi in tema di false comunicazioni sociali PEDRAZZI, *In memoria del "falso in bilancio"*, cit., pp. 1369 ss.; MUCCIARELLI, *Le "nuove" false comunicazioni sociali: note in ordine sparso*, cit.; D'ALESSANDRO, *La riforma delle false comunicazioni sociali al vaglio del Giudice di legittimità: davvero penalmente irrilevanti le valutazioni mendaci?*, cit., pp. 2211 ss.; SEMINARA, *La riforma dei reati di false comunicazioni*, cit., pp. 813 ss.; ID., *False comunicazioni sociali e false valutazioni in bilancio: il difficile esordio di una riforma*, cit., pp. 1498 ss.; SCOLETTA, *Tutela dell'informazione societaria e vincoli di legalità nei nuovi delitti di false comunicazioni sociali*, cit., pp. 1301 ss.

39 SGUBBI, *Il falso in prospetto*, in SGUBBI-FONDAROLI-TRIPODI (a cura di), *Diritto penale del mercato finanziario*, Padova, 2013, p. 219.

40 SGUBBI, *Il falso in prospetto*, cit., p.220.

Emerge, dunque, chiaramente come il legislatore abbia predisposto delle specifiche norme, poste proprio a tutela del patrimonio degli investitori, dalle quali è legittimo configurare, quale conseguenza naturale, un danno agli stessi. La tutela apprestata dall'art. 2638 c.c. è, *ex adverso*, una tutela anticipata ed ultronea rispetto alle posizioni degli investitori tutelate direttamente dalle norme appena richiamate.

Seppure quanto appena esposto risulti di per sé sufficiente a giustificare un'esclusione dei risparmiatori dal novero dei "soggetti" legittimati a costituirsi, vi sono ulteriori ragioni a sostegno di questa posizione.

Se dall'ostacolo alla vigilanza posto in essere da un amministratore dovesse derivare un danno al patrimonio sociale, il danno al patrimonio degli investitori sarebbe conseguenza soltanto riflessa. L'art. 2393 c.c. predispone un'azione di responsabilità in capo alla società, attribuisce cioè a quest'ultima e non ai singoli soci (che possono esercitare l'azione di cui all'art. 2395 c.c. solo in caso di danno diretto e non riflesso di un danno al patrimonio sociale) un diritto al risarcimento del danno cagionato dagli amministratori direttamente al patrimonio sociale⁽⁴¹⁾. Dunque, nel caso di ostacolo alle funzioni di vigilanza di un'Autorità e di conseguente mancato esercizio di poteri lei spettanti, da cui sia derivato un depauperamento patrimoniale della società, sarebbe configurabile solamente un danno riflesso ai singoli soci, i quali non potrebbero quindi esperire il rimedio di cui all'art. 2395 c.c. (tale rimedio sarebbe tuttavia esperibile nei casi in cui «gli amministratori con un falso in bilancio inducano i soci o i terzi a sottoscrivere un aumento di capitale a prezzo eccessivo», in tale ipotesi inoltre non si porrebbe, come visto, alcun problema di legittimazione alla costituzione di parte civile in quanto il processo penale avrebbe ad oggetto false comunicazioni sociali)⁽⁴²⁾.

41 La Cassazione, in particolare ha affermato che «in tema di società, l'azione promossa individualmente dal socio nei confronti degli amministratori, ai sensi dell'art. 2395 cod. civ., richiede la realizzazione di un danno diretto alla sfera giuridico – patrimoniale del singolo socio danneggiato. Ne consegue che costituiscono condotte in relazione alle quali difetta il carattere del danno diretto richiesto dalla norma indicata quelle degli amministratori che abbiano impedito il conseguimento di utili, danneggiato il patrimonio della società e reso impossibile la liquidazione delle quote sociali, trattandosi di comportamenti dolosi o colposi che colpiscono in via diretta esclusivamente la società, avendo un effetto solo riflesso sui soci» Cass. civ., 22.3.2011, n. 6558 in *DeJure*; conformi anche Cass. civ., S.U., 24.12.2009, n. 27346, in *DeJure*; AMBROSINI-AIELLO, *Società per azioni. Responsabilità degli amministratori*, in *Giur. Comm.*, 2010, pp. 951 ss; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale-2-Diritto delle società*, Torino, 2011, p. 393. Proprio richiamando questa argomentazione il G.i.p. di Siena nell'ordinanza sopra citata ha affermato che «alla carenza di legittimazione dei soci si perviene anche per altre vie. Infatti nelle società di capitali il titolare al risarcimento del danno arrecato al patrimonio è solo la società medesima, come ripetutamente sancito dalla Suprema Corte. Pertanto deve essere dichiarata inammissibile la costituzione di parte civile proposta da soci, azionisti e investitori in genere».

42 CAMPOBASSO, *Diritto commerciale-2-Diritto delle società*, cit., p. 393.

6. La legittimazione a costituirsi parte civile degli enti e delle associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato

Dopo aver analizzato la posizione degli investitori, è opportuno soffermarsi sugli enti e le associazioni di diritto privato.

Il legislatore del 1988 ha introdotto un'apposita disposizione nel codice di procedura penale volta a permettere la partecipazione al processo dei cosiddetti «enti e associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato». L'art. 93 c.p.p. permette a tali soggetti di intervenire nel procedimento sino alla verifica della regolare costituzione delle parti in dibattimento (art. 94 c.p.p.). Agli enti rappresentativi il codice attribuisce i diritti e le facoltà proprie della persona offesa (art. 91 c.p.p.)⁽⁴³⁾; anche in questo caso si è, dunque, in presenza non di una parte bensì di un soggetto⁽⁴⁴⁾. Condizione necessaria perché tali soggetti possano costituirsi è il consenso della persona offesa («autentico *dominus*»)⁽⁴⁵⁾ che può essere altresì revocato in qualsiasi momento con le stesse modalità attraverso le quali deve (se vuole) prestarlo (atto pubblico o scrittura privata autenticata, art. 92 c.p.p.)⁽⁴⁶⁾. Ai sensi della medesima norma, si prevede, inoltre, che un solo ente rappresentativo possa intervenire (disponendo l'art. 92 c.p.p. espressamente l'inefficacia del consenso prestato dalla persona offesa a più enti o associazioni).

Dopo aver indicato il primo requisito, strettamente connesso con la volontà della persona offesa, occorre riferire in merito a quelli strettamente connessi con l'ente che vuole intervenire.

In primo luogo occorre che l'ente non abbia uno scopo di lucro.

Ulteriore condizione è il riconoscimento, anteriore alla commissione del reato, da parte di una legge dell'ente stesso. Con tale generico riferimento, il legislatore ha lasciato «aperta la strada alla possibilità che, in base a future leggi, (nuovi) enti di interessi lesi intervengano nel procedimento penale»⁽⁴⁷⁾.

43 Anche se in realtà gli enti rappresentativi hanno una posizione intermedia tra quella della persona offesa e la parte civile. Infatti, ai diritti e alle facoltà della persona offesa, si aggiunge la possibilità, previa autorizzazione del giudice, di «rivolgere domande nel corso dell'esame dei testimoni, dei consulenti tecnici e delle parti private, ovvero chiedere allo stesso giudice l'ammissione di nuovi mezzi di prova utili all'accertamento dei fatti (art. 505 c.p.p.), nonché la lettura degli atti contenuti nel fascicolo per il dibattimento e l'indicazione degli atti utilizzabili per la decisione (art. 511 c.p.p.)». MESSINA, *Ostacolo all'esercizio delle autorità pubbliche di vigilanza*, cit., p. 1138.

44 TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 168.

45 CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 279.

46 In caso di revoca il consenso non può più essere prestato né all'ente cui era stato concesso né ad altri enti. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 170.

47 TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 170. A titolo esemplificativo il t.u.f. ha attribuito alla Consob tale facoltà.

Un ultimo requisito è la rappresentatività, deve cioè trattarsi di un ente che ha come finalità quella di tutelare l'interesse (tanto collettivo quanto diffuso) leso dal reato⁽⁴⁸⁾.

La giurisprudenza nel corso degli anni ha riconosciuto agli enti anche un ruolo diverso da quello di semplice interveniente; infatti, «negare agli enti esponenziali la *legitimitatio ad causam* avrebbe significato “estromettere dal processo quegli stessi interessi di cui essi erano (sono) portatori»⁽⁴⁹⁾.

La Cassazione, dunque, attraverso numerose pronunce, ha avallato la possibilità che gli enti possano, a determinate condizioni, costituirsi parte civile⁽⁵⁰⁾.

Prima condizione, connaturata alla legittimazione di qualsiasi costituzione di parte civile, è la sussistenza di un danno ad un diritto soggettivo dell'ente direttamente riconducibile al danno criminale. Poiché sia configurabile un diritto soggettivo dell'ente, e dunque una legittimazione a costituirsi parte civile, è necessario che l'ente posseda alcuni requisiti congiunti, individuati ed elaborati da dottrina e giurisprudenza.

1) Lo statuto deve indicare quale «fine esclusivo o prevalente» dell'ente l'interesse collettivo o diffuso leso dal reato, cioè coincidente con il bene giuridico tutelato dalla norma violata⁽⁵¹⁾.

2) Dall'attività pregressa dell'ente deve emergere che essa è stata posta in essere in modo concreto e continuativo nel perseguimento di tale scopo⁽⁵²⁾.

3) L'ente deve avere i requisiti di rappresentatività, diffusione sul territorio e adeguatezza organizzativo-amministrativa⁽⁵³⁾.

4) L'ente deve preesistere al reato e già all'epoca dei fatti doveva perseguire l'interesse in via «esclusiva o prevalente»⁽⁵⁴⁾.

Qualora l'ente abbia tali requisiti, in caso di reato avente quale bene giuridico tutelato l'interesse collettivo o diffuso di cui si “fa carico” l'ente, essendo configurabile un danno ad un diritto soggettivo, potrà costituirsi parte civile secondo le regole degli artt. 74 e ss. c.p.p., non dovendo al contrario applicare

48 TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 168.

49 MANCUSO, *La parte civile, il responsabile civile e il civilmente obbligato per la pena pecuniaria*, cit., p. 537 che richiama QUAGLIERINI, *Le parti private diverse dall'imputato e l'offeso dal reato*, in *Tratt. Ubertis-Voena*, Milano, 2003, p. 61.

50 MESSINA, *Ostacolo all'esercizio delle autorità pubbliche di vigilanza*, cit., p. 1133 richiamando Trib. Milano, sentenza 25.1.2005.

51 ACCINNI, *Gli enti «esponenziali», associazioni di categoria dei consumatori e profili di inammissibilità della costituzione di parte civile nelle più recenti affermazioni della giurisprudenza di merito*, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, p. 1094; MESSINA, *Ostacolo all'esercizio delle autorità pubbliche di vigilanza*, cit., p. 1141. In giurisprudenza Cass. pen., 19.6.2008, n. 38835, in *DeJure*; Cass. pen., 21.10.2004, in *Arch. n. proc. pen.*, 2005, p. 181.

52 MESSINA, *Ostacolo all'esercizio delle autorità pubbliche di vigilanza*, cit., p. 1141; in giurisprudenza Cass. pen., 29.10.2004, n. 46746, rv. 231306; Cass. pen., 17.2.2004, n. 13989, in Cass. pen., 2005, p. 3941.

53 MESSINA, *Ostacolo all'esercizio delle autorità pubbliche di vigilanza*, cit., p. 1141.

54 MESSINA, *Ostacolo all'esercizio delle autorità pubbliche di vigilanza*, cit., p. 1141.

quelle previste dagli artt. 91 e ss. per l'intervento (quale il necessario consenso della persona offesa dal reato)⁽⁵⁵⁾.

Tornando all'analisi della *legitimatio* nel processo per i delitti di ostacolo alle funzioni di vigilanza delle autorità pubbliche, poiché un ente possa costituirsi in detti processi occorrerebbe che lo stesso, tanto nello statuto quanto nella pregressa attività concreta, abbia perseguito quale esclusiva o prevalente finalità quella di tutelare il corretto esercizio delle funzioni di vigilanza delle autorità pubbliche, non essendo altresì configurabile un diritto soggettivo nel caso in cui abbia quale fine statutario la generica protezione dei risparmiatori nei loro rapporti con la Banca, o addirittura la vaga tutela dei consumatori⁽⁵⁶⁾.

7. La legittimazione a costituirsi parte civile delle Autorità pubbliche di vigilanza

Sulla legittimazione delle Autorità pubbliche di vigilanza, la giurisprudenza già citata è pacifica nell'ammettere la costituzione di parte civile di quest'ultime. Presupposto fondante di tale legittimazione viene individuato nella titolarità della funzione di vigilanza, bene giuridico tutelato dalla norma. In particolare, essendo, come visto, concetti diversi quelli di persona offesa e di danneggiato civile (*supra*), la giurisprudenza ha ritenuto che in capo all'Autorità fosse configurabile tanto un danno patrimoniale che non patrimoniale⁽⁵⁷⁾. Viene, però, da chiedersi quali danni in concreto possa un'autorità di vigilanza subire dalla commissione dei reati di ostacolo. È corretto ritenere che l'Autorità ha dovuto sostenere maggiori oneri per l'esercizio delle proprie funzioni a causa dell'ostacolo frapposto? L'Autorità non ha, in questo caso, semplicemente esercitato le proprie funzioni pubbliche? È configurabile un danno non patrimoniale, nello specifico un danno all'immagine, determinato dalla frustrazione delle sue finalità? Il ripristino della legalità non è esso stesso manifestazione di efficienza dell'Autorità? La Guardia di Finanza o la stessa magistratura non subiscono allora un danno dal protrarsi dell'evasione e della delinquenza⁽⁵⁸⁾?

8. La legittimazione a costituirsi parte civile della società i cui dipendenti o amministratori hanno commesso il reato

55 MESSINA, *Ostacolo all'esercizio delle autorità pubbliche di vigilanza*, cit., p. 1144.

56 A tali conclusioni è giunto, proprio in relazione all'art. 2638 c.c., anche il Tribunale di Siena in composizione collegiale. Tribunale di Siena, ordinanza 26.9.2013.

57 G.i.p., Tribunale di Milano, ordinanza 11.6.2010, cit.

58 Tali argute critiche sono mosse, in relazione alla possibilità di costituirsi parte civile della Consob, nei procedimenti per i reati previsti dagli artt. 184 e 185 t.u.f., ai sensi dell'art. 187 *undecies*, comma 2, t.u.f., da CRESPI, *Le argomentazioni "en forme de poire" e i nuovi itinerari della pecunia doloris*, in *Riv. Soc.*, 2007, pp. 1359 ss. cui si rimanda calorosamente.

Per quel che concerne la *legitimatio ad causam* della società nel processo per i reati commessi da soggetti appartenenti alla stessa, si pone un problema di natura generale, riferibile cioè a qualsiasi reato, con ulteriori considerazioni per quelli per cui è prevista una responsabilità amministrativa da reato ai sensi del d.lgs. 231/2001 (si consideri che i reati societari sono presupposto della stessa ai sensi dell'art. 25 *ter*)⁽⁵⁹⁾. Non è, dunque, una problematica strettamente conferente ai reati di ostacolo alle funzioni di vigilanza, bensì una questione sistemica che merita di essere qui trattata.

Tanto in dottrina quanto in giurisprudenza si è discusso se la costituzione di parte civile fosse compatibile con la qualifica di responsabile civile (ai sensi dell'art. 2049 c.c. per la responsabilità dei padroni e dei committenti) e di responsabile amministrativo ai sensi del d.lgs. 231/2001.

Con riferimento al rapporto parte civile/ente imputato è giusto ritenere compatibile l'assunzione di entrambe le qualifiche nel medesimo processo. Infatti, escludere *ex ante* la possibilità della società di costituirsi parte civile nei processi in cui è imputata per responsabilità amministrativa significherebbe rendere tale facoltà dell'ente "ostaggio" della discrezionalità del Pubblico Ministero nel decidere se contestare un determinato illecito amministrativo.

Eventuali problemi di compatibilità sorgerebbero solo all'esito del processo ove l'ente venisse incolpato ai sensi dell'art. 69 d.lgs. 231/2001⁽⁶⁰⁾.

In tal caso, infatti, sarebbe contraddittorio risarcire un danno all'immagine della società che ha tratto un vantaggio dal reato posto in essere da un suo dipendente o soggetto apicale (o quantomeno quest'ultimo ha commesso il reato nel suo interesse) e che ha contribuito per difetto di organizzazione (volta a prevenire la commissione di detti reati) alla sua causazione.

Il rapporto parte civile/responsabile civile dovrebbe essere interpretato sempre in chiave di compatibilità purché «la posizione giuridica fatta valere con l'atto di costituzione "sia del tutto autonoma rispetto a quella dei terzi danneggiati" che l'hanno convenuta in giudizio»⁽⁶¹⁾; la società potrà dunque lamentare una lesione

59 Sulla responsabilità degli enti da reato si veda SCOLETTA, La responsabilità da reato delle società: principi generali e criteri imputativi nel d.lgs.n.231/01, in *Diritto penale delle società*, CANZIO-CERQUA-LIPARIA (a cura di), cit., pp. 861 ss.; ASTROLOGO, *I reati presupposto*, in *Diritto penale delle società*, cit., pp. 979 ss.; D'AVIRRO-DI AMATO (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, DI AMATO (diretto da), Padova, 2009; PELISSERO, *Responsabilità degli enti*, in *Manuale di diritto penale*, ANTOLISEI, cit., pp. 985 ss; per gli aspetti più strettamente processuali CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, Torino, 2015.

60 CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 98 che richiama l'ordinanza del G.i.p., Tribunale di Milano, 11.6.2010. In senso opposto G.i.p., Tribunale di Milano, ordinanza 25.1.2005, pubblicata in STORELLI, *L'illecito amministrativo da reato nell'esperienza giurisprudenziale. D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, GARUTI (a cura di), Itaedizioni, 2005, appendice giurisprudenziale, pp. 187 ss.; MESSINA, *Ostacolo all'esercizio delle autorità pubbliche di vigilanza*, cit., p. 1132.

61 MESSINA, *Ostacolo all'esercizio delle autorità pubbliche di vigilanza*, cit., p. 1133 richiamando Trib. Milano, sentenza 25.1.2005.

del proprio prestigio e della propria immagine ma non esercitare l'azione di regresso *ex art. 2055, comma 2, c.c.*⁽⁶²⁾.

Come anticipato, queste considerazioni sono valide anche nei processi per i reati di ostacolo alle funzioni di vigilanza. Per di più, a mio avviso, la legittimazione della società è quella più fondata tra quelle analizzate, salvo sempre l'esclusione del risarcimento nel caso in cui la società venga condannata per l'illecito amministrativo.

9. Conclusioni

Alla luce di quanto esposto, preme concludere con una considerazione di "principio".

L'art. 78 c.p.p., a pena di inammissibilità, richiede tra i vari requisiti⁽⁶³⁾ l'allegazione della *causa petendi*, ovvero l'indicazione precisa della «condotta illecita e del nesso di causa tra reato e danno risarcibile».

Del tutto criticabile è quella giurisprudenza che ha ritenuto ammissibili quelle costituzioni in cui, invece di indicare con precisione la *causa petendi*, si richiamava semplicemente il capo d'imputazione «poiché esso nulla consente in termini di valutazione prognostica circa il *fumus* della concreta legittimazione»⁽⁶⁴⁾.

Nel decidere sulla legittimazione il giudice non dovrà, ovviamente, entrare nel merito della fondatezza della domanda ma dovrà, altresì decidere allo stato degli atti e valutare, dunque, sulla base delle prospettazioni contenute nelle costituzioni e dell'imputazione la loro fondatezza.

Per le considerazioni precedentemente svolte, ad eccezione della società stessa, nei processi per i reati di ostacolo alle funzioni di vigilanza della autorità pubbliche, non essendo configurabile già in astratto alcun danno derivante dal reato, tutte le parti civili dovrebbero essere escluse ai sensi degli art. 80 e 81 c.p.p. (esclusione su istanza di parte o d'ufficio).

Una tentazione cui non deve assolutamente cedere il giudice, magari perché circondato da pressioni, soprattutto mediatiche, è quella di ammettere le costituzioni ritenendo comunque di potersi pronunciare sulla fondatezza della pretesa all'esito del dibattimento. Non si deve dimenticare, infatti, che le parti civili hanno ampi poteri in grado di incidere in modo rilevante sull'andamento del processo. L'ingresso nel processo delle parti civili, oltre a mettere in serio pericolo il principio della parità delle parti a svantaggio dell'imputato, rischia anche di sviare l'attenzione del giudice dalla finalità naturale del processo penale, cioè l'accertamento della responsabilità penale dell'imputato. Il giudice, quindi, dovrà

62 MESSINA, *Ostacolo all'esercizio delle autorità pubbliche di vigilanza*, cit., p. 1133

63 Per un approfondimento sui requisiti si rimanda a TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 164.

64 MANCUSO, *La parte civile, il responsabile civile e il civilmente obbligato per la pena pecuniaria*, cit., p. 554 con riferimento a Cass. pen., 13.12.2006, n. 544, rv. 235777; Cass. pen., 12.1.2001, rv. 218090.

anche stare bene attento dal non farsi condizionare nella valutazione sulla responsabilità penale dall'interesse privatistico al risarcimento del danno⁽⁶⁵⁾. Il rispetto della legge e, in particolare, della procedura non è, e non dovrà mai essere, mero formalismo bensì garanzia di un ordinamento democratico, frutto di anni ed anni di progresso. Applicare “a piacere” norme del codice, sebbene possa sembrare cosa giusta a chi ha fame di giustizia (o meglio giustizialismo) introdurrebbe un precedente pericoloso per l'intera tenuta del sistema.

⁶⁵ TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 166.