

Del luogo di consumazione del reato di ostacolo alla vigilanza e dove trovarlo

di *Caterina Fatta e Irene Ferrari*

TRIBUNALE DI ROMA, SEZIONE DEL GIUDICE PER L'UDIENZA PRELIMINARE, 13 LUGLIO 2018
DOTT.SSA ANNALISA MARZANO

Sommario: 1. Il caso. – 2. La pronuncia del GUP: il luogo di consumazione del delitto di false informazioni all'autorità di vigilanza. - 3. Osservazioni critiche. 4. Conclusioni.

1. Il caso.

L'ordinanza in commento affronta lo spinoso problema dell'individuazione del luogo di consumazione e della conseguente determinazione della competenza per territorio del delitto di false informazioni all'Autorità di Vigilanza, di cui all'art. 2638, comma 1, c.c.

Il tema è stato oggetto di un controverso dibattito esegetico dagli esiti applicativi disomogenei. L'esame della giurisprudenza, per la verità non troppo nutrita, ci consegna un quadro incoerente, dove, talvolta, il *locus commissi delicti* del reato è stato individuato nel luogo in cui le informazioni dirette alle Autorità indipendenti sono state predisposte, mentre, talaltra, esso è stato rintracciato nel luogo di effettiva ricezione delle stesse, così radicando la competenza per territorio lì dove ha sede l'Autorità di vigilanza¹.

La pronuncia in esame si inserisce a pieno titolo in questo contrasto interpretativo e fornisce interessanti spunti di riflessione su una questione, di fatto, ancora aperta.

¹ Si veda, in questo senso, G.A. MESSINA, *ostacolo all'esercizio delle finzioni delle autorità pubbliche di vigilanza*, in *Diritto Penale delle Società*, a cura di G. CANZIO, L.D. CERQUA, L. LUPARIA, CEDAM, 2016, pp. 557-584; E. MONTANI, *Sul luogo di consumazione del delitto di ostacolo alle funzioni di vigilanza*, in *“Diritto Penale Contemporaneo”*, 2012; A. BELL, *Sul luogo di consumazione dei delitti di cui all'art. 2638 c.c.*, in *“Diritto Penale Contemporaneo”*, 2013. In giurisprudenza si segnalano, Cass., Sez. 5, Sent. n. 26596 del 21/05/2014; Cass, Sez. 5, Sent, n. 51897 del 04/07/2013; Tribunale di Milano, Sez. III, sent. n. 1934, ud. 11.2.2013 (dep. 25.2.2013) e Tribunale di Milano, GIP D'Arcangelo (ord.) del 10.7.2012. Sul concetto di “ostacolo” all'esercizio delle funzioni di vigilanza si veda D. GUIDI, *Riflessioni sul concetto di ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza*, in *“Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia”*, 2018, n. 1/2, CEDAM, pp. 101-122.

Prima però di analizzare la soluzione individuata dall'ordinanza, appare opportuno delineare i tratti essenziali del procedimento penale da cui essa trae origine. In breve, si tratta di un procedimento istruito dalla Procura della Repubblica di Genova nei confronti dei vertici di un ente sottoposto a vigilanza di Banca d'Italia e Consob, cui sono stati contestati i reati di agiotaggio bancario, di cui all'art. 2637 c.c., e di ostacolo alla funzione di vigilanza delle predette Autorità, ai sensi dell'art. 2638, comma 1, c.c.

Con provvedimento di stralcio, l'Ufficio procedente aveva trasmesso gli atti alla Procura della Repubblica di Roma.

La Procura ligure aveva difatti ritenuto che il più grave delitto di false informazioni all'Autorità di Vigilanza dovesse ritenersi consumato a Roma, e cioè nel momento e nel luogo in cui le presunte false comunicazioni erano state portate a conoscenza – o erano divenute comunque conoscibili, per effetto della loro divulgazione – di Consob e Banca d'Italia. E non a Genova, dove invece le medesime comunicazioni sarebbero state predisposte e, poi, inviate alle Autorità di Vigilanza.

Nel corso dell'udienza preliminare, la questione della competenza *ratione loci* era stata messa in discussione. La difesa aveva chiesto che gli atti venissero trasmessi all'Ufficio di Procura che aveva istruito il procedimento, quello di Genova, assumendo che il delitto dovesse intendersi consumato nel luogo in cui il soggetto agente predispone e diffonde le false comunicazioni, mediante modalità di trasmissione concretamente idonee a raggiungere la sfera di conoscibilità dell'Autorità di vigilanza destinataria del mendacio.

2. La pronuncia del GUP: il luogo di consumazione del delitto di false informazioni all'autorità di vigilanza.

Chiamato a pronunciarsi sulla questione concernente la competenza per territorio, il Giudice dell'udienza preliminare presso il Tribunale di Roma ha ritenuto di affrontare l'argomento prendendo le mosse dalla natura giuridica dell'articolo 2638 c.c., alla luce della riforma attuata con il d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61.

Secondo quanto si legge nell'ordinanza in esame, la menzionata novella legislativa avrebbe introdotto un regime sanzionatorio unitario e più rigoroso contro le offese alle Autorità indipendenti, ponendo a presidio del corretto esercizio della funzione di vigilanza le due ipotesi di reato previste dall'art. 2638 c.c.: quella di cui al primo comma, le false informazioni alle Autorità di Vigilanza, che si configura come reato di mera condotta e di pericolo concreto, e quella di cui al secondo comma, l'ostacolo alla funzione di vigilanza, plasmato sul modello del delitto di evento.

La norma in parola rappresenterebbe «*un capitolo importante per completare la tutela penale dell'informazione societaria*» la cui centralità si ricaverrebbe dal fatto che «*il legislatore, per un verso, ha inteso conferire il compito della vigilanza ad autorità pubbliche, dunque a soggetti non portatori di interessi individuali di natura patrimoniale, e su altro versante ha anticipato la soglia della rilevanza penale della condotta, conferendo natura offensiva alle sole comunicazioni dal contenuto non veritiero [...] a prescindere dalla realizzazione effettiva*

dell'ostacolo alla funzione di vigilanza». Detto altrimenti, il primo comma dell'articolo 2638 c.c., sarebbe stato modellato quale reato di mera condotta, in ragione della rilevanza del bene giuridico protetto, «un'attività complessa», quella della vigilanza, «volta a garantire la trasparenza e la sana gestione da parte di soggetti che operano sul mercato mobiliare, finanziario e bancario e, dunque, [...] un'attività rivolta alle banche, agli intermediari finanziari, a soggetti emittenti titoli quotati in borsa o comunque soggetti abilitati ad offrire servizi di investimento o di gestione collettiva del risparmio».

In questa prospettiva, ove il bene giuridico tutelato è il regolare e corretto svolgimento delle funzioni di controllo attribuite alle Autorità di vigilanza, il ruolo da protagonista sarebbe svolto proprio dagli strumenti attraverso i quali le Autorità indipendenti sorvegliano l'operato dei soggetti controllati. Secondo il provvedimento in esame, «la disciplina degli obblighi informativi richiamata negli artt. 114, 115, 113 ter e 154 ter del T.U.F. assicura al pubblico degli investitori le informazioni necessarie attraverso le quali ricostruire la situazione patrimoniale, economica e finanziaria dei soggetti giuridici che operano sul mercato. Per i soggetti quotati in borsa, ma anche per i soggetti che li controllano, è previsto finanche l'obbligo di comunicare al pubblico le informazioni privilegiate». Sicché, «la lettura attenta e scrupolosa delle norme del T.U.F. dedicate agli obblighi di informazioni esistenti in capo alle società quotate in borsa (agli emittenti quotati), pone in risalto il ruolo centrale che la parola “comunicazioni” riveste nell'intero impianto normativo dedicato al controllo e alla vigilanza degli organi a questa deputati».

Quello delineato dal TUF sarebbe, quindi, un quadro normativo all'interno del quale «la vigilanza degli organi pubblici è garantita nei risultati ed è resa efficace grazie innanzitutto, ma soprattutto, al rispetto rigoroso delle obbligatorie informazioni fornite con le comunicazioni».

L'importanza dello strumento comunicativo ha indotto il Giudice ad interrogarsi sul significato etimologico del termine “comunicazioni”, che andrebbe interpretato come «azione, il fatto di comunicare, cioè di trasmettere qualcosa ad altri, si intende ancora rendere partecipe qualcuno di un contenuto mentale o spirituale, di uno stato d'animo, di un fatto ovvero di una rappresentazione. Nell'uso corrente, dunque, il termine comunicazione corrisponde all'atto di far conoscere, di rendere noto il contenuto stesso di ciò che si partecipa». Mettendo a sistema il significato letterale della predetta locuzione con la disciplina dedicata all'attività di vigilanza, apparirebbe evidente «che le comunicazioni indirizzate alla CONSOB sono per l'appunto finalizzate a far conoscere all'organo di vigilanza la situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società. Sicché, perché tali comunicazioni siano efficaci e producano gli effetti giuridici cui sono preposte (nel quadro normativo del T.U.F) occorre che la CONSOB (o BANCA D'ITALIA) sia posta nelle condizioni di conoscerle, altrimenti la funzione di vigilanza sarebbe, nella sostanza, del tutto vanificata. Tanto ciò è vero che nel medesimo TUF si puntualizza che la CONSOB indica ai soggetti controllati a quali modalità

comunicative ricorrere per adempiere agli obblighi informativi attribuiti alle società quotate in borsa».

Così chiarita la portata del termine “comunicazioni”, nell’ambito della disciplina dell’informazione societaria, il Giudice romano ha rivolto i propri sforzi interpretativi alla fattispecie delittuosa delineata dall’articolo 2638, comma 1, c.c.

Si legge nell’ordinanza che *«sebbene dottrina e giurisprudenza si siano più volte dibattute sul tema del locus commissi delicti facendolo ricadere in alcuni casi nel luogo in cui le informazioni societarie sono state apparecchiate, per essere poi inviate alle autorità pubbliche di vigilanza ovvero nel luogo di ricezione effettiva di tali comunicazioni, tuttavia — a parere di chi scrive — occorrerebbe spostare appunto l’attenzione sulla valenza giuridica attribuita alle comunicazioni. Nel senso che sia l’esposizione di fatti materiali non veritieri che l’occultamento degli stessi fatti materiali non avrebbero alcuna rilevanza ed efficacia giuridica se non trasfusi in comunicazioni e se per comunicazione si intende — come premesso — l’azione del portare a conoscenza e se lo spirito legislativo che sorregge tutto l’impianto normativo dedicato alla vigilanza è quello di rendere partecipe l’autorità di vigilanza della vita societaria, tali esposizioni non rispondenti al vero ovvero l’occultamento di dati di conoscenza per essere concretamente offensivi (nel concetto di pericolo concreto) del bene giuridico tutelato (il corretto esercizio dell’attività di vigilanza) devono necessariamente pervenire al soggetto destinatario delle stesse perché da quest’ultimo siano conoscibili».*

La falsa prospettazione dei dati conoscitivi della vita societaria, a prescindere dalla effettiva concretizzazione dell’ostacolo all’attività di controllo, sarebbe idonea a compromettere l’evoluzione efficiente e la conclusione rapida della sorveglianza organizzata dalle Autorità indipendenti. Ed è per questo che l’efficacia offensiva del mendacio si esplicherebbe solo al momento della ricezione della comunicazione da parte dell’Autorità e non già in occasione della semplice trasmissione.

Tale conclusione sarebbe, peraltro, *«conforme alla struttura giuridica del reato in questione il quale, sebbene sia ascrivibile alla categoria dei delitti di mera condotta (quella della esposizione di fatti non rispondenti al vero), tuttavia, per essere penalmente rilevante deve essere necessariamente connotato di concreta incisività offensiva al corretto svolgimento dell’attività di vigilanza che viene posta effettivamente in pericolo allorquando l’ente controllore prende conoscenza della comunicazione contenente l’esposizione non veritiera».*

In linea con il provvedimento di stralcio, pertanto, si è ritenuto competente il Tribunale di Roma, giudice del luogo in cui si sarebbe consumato il reato di cui all’art. 2638, comma 1, c.c., poiché le comunicazioni oggetto dell’imputazione, sebbene predisposte e trasmesse alle Autorità pubbliche di vigilanza direttamente dalla sede di Genova dell’ente vigilato, avrebbero realizzato la loro efficacia offensiva solo ed esclusivamente al momento della ricezione da parte dell’Autorità. Giova segnalarsi, per il rilievo che avrà nel proseguo della trattazione, che il provvedimento ha altresì incidentalmente precisato come la meno grave fattispecie

di aggioaggio bancario, ex art. 2637 c.c., si sarebbe invece «*pacificamente consumata a Genova — luogo di diffusione del comunicato stampa*».

3. Osservazioni critiche.

La pronuncia in commento, certamente apprezzabile in termini di inquadramento interpretativo della fattispecie di cui all'art. 2638 c.c., si espone inevitabilmente a delle osservazioni critiche.

Il lettore si sarà accorto che le argomentazioni sviluppate dal GUP nell'ordinanza in commento ripercorrono il percorso logico giuridico seguito dalla Corte di Cassazione nel ben noto caso della scalata Antonveneta². La Corte, come si ricorderà, si era pronunciata *inter alia* sul problema della determinazione del luogo di consumazione del reato di aggioaggio informativo, realizzato mediante la diffusione di comunicati stampa.

La tesi difensiva individuava il momento e il luogo consumativo del reato di aggioaggio informativo all'atto dell'invio della notizia, ossia quando essa esce dalla sfera del soggetto attivo. E quindi, lì dove venivano predisposti e trasmessi i comunicati stampa oggetto di contestazione, assumendo che - al momento dell'invio del comunicato - la condotta dell'emittente dovesse ritenersi esaurita.

Nel rigettare le argomentazioni svolte dai ricorrenti, la Corte aveva precisato che, per valutare il momento consumativo del reato di aggioaggio informativo, fosse necessario tenere a mente che la «*comunicazione di notizie destinate ad essere divulgate (effettuata tramite l'immissione in rete NIS), è un atto per sua natura recettizio*». Affinché possa configurarsi una “diffusione”, quindi, sarebbe quantomeno «*necessario che la notizia che si vuole diffondere venga a conoscenza del suo primo destinatario, Borsa Italiana*». A voler aderire alla tesi difensiva, conferendo rilevanza al solo atto di predisposizione e invio del comunicato stampa, si finirebbe «*con l'anticipare il momento della consumazione del reato a quello del compimento di un'attività unilaterale priva di qualsiasi rilievo anche materiale*».

A parere del Supremo consesso, non sarebbe sufficiente che il comunicato stampa esca dalla sfera di controllo dell'emittente. La comunicazione mendace realizzerebbe la sua potenzialità lesiva solo una volta giunta al luogo che consente materialmente la successiva diffusione al pubblico di quelle informazioni in grado di incidere nel mercato dei titoli. E cioè a Milano, ove ha sede Borsa Italiana, titolare della rete NIS.

Non è necessario addentrarsi nei gangli argomentativi della sentenza citata per avvedersi del fatto che l'ordinanza in commento ne ha mutuato il percorso logico giuridico, adattandolo al delitto di false comunicazioni all'Autorità di vigilanza. Il GUP romano ha, infatti, valorizzato il concetto di “comunicare”, quale atto

² Cass. Sez. 2, Sentenza n. 12989 del 28/11/2012, Consorte e altri, Rv. 255526 - 01

recettizio, facendo propria l'esegesi sviluppata dalla Corte di Cassazione con riguardo al termine "diffondere"³.

Tale operazione interpretativa si espone però ad un duplice ordine di osservazioni critiche.

Innanzitutto, la scelta di valorizzare la locuzione "comunicazioni" nella descrizione dell'agire illecito sembra discostarsi dal dato letterale della norma, lì dove con l'art. 2638, comma 1, c.c. il Legislatore ha invece inteso punire la condotta di "esporre fatti materiali non rispondenti al vero", pur se contenute nelle comunicazioni dirette alle Autorità di vigilanza.

Appare, dunque, quantomeno opinabile l'aver equiparato, ai fini della descrizione della condotta delittuosa, l'atto di "comunicare" a quello di "esporre". A rigore, infatti, l'atto di "esporre", a differenza del "comunicare", non comporta necessariamente che vi sia un soggetto terzo che ne recepisca il contenuto.

Sovviene in aiuto dell'interprete l'esame etimologico dei due termini: mentre il verbo comunicare deriva dalla forma latina *communicare*, ossia mettere in comune; il verbo esporre deriva dalla forma latina *exponere*, e cioè mettere fuori. Etimologia che rivela come l'atto di "esporre" non nasca come atto esclusivamente recettizio, essendo diretto a descrivere un'azione unilaterale, solo eventualmente condivisibile con un terzo per effetto della scelta di far fuoriuscire qualcosa (un pensiero, un'opinione) dalla propria sfera di disponibilità o signoria. Il concetto di comunicare, invece, evoca inevitabilmente un'attività che presuppone una ricezione da parte del destinatario.

Alla luce di ciò, non sembra priva di criticità la scelta di interpretare l'art. 2638, comma 1, c.c., assimilando due verbi che non si trovano tra loro in rapporto di sinonimia, senza peraltro risolverne la dissonanza etimologica e lessicale.

Per converso, attenendosi ad una stretta interpretazione letterale e adeguandosi all'esercizio retorico sviluppato nell'ordinanza in commento, sarebbe nel momento in cui la condotta dell'esposizione si realizza che si dovrebbe radicare la competenza per territorio, vale a dire, nel momento e nel luogo in cui la comunicazione contenente fatti non rispondenti al vero viene "messa fuori" e, quindi, fuoriesce dalla sfera giudica del soggetto agente.

Di conseguenza, qualunque tentativo – e in questo, vi rientra certamente l'identificazione della condotta con il concetto di "comunicare" anziché di "esporre" – di ricondurre il momento consumativo del reato a quello in cui la comunicazione raggiunge l'Autorità, divenendo quindi conosciuta al destinatario, trasformerebbe la fattispecie delittuosa in reato di evento⁴.

³ Basti ricordare che la Corte aveva affermato che «è sufficiente considerare la natura recettizia della condotta per inferirne l'infondatezza della tesi poiché quel che rileva non è il luogo di invio della comunicazione foriera di scompenso valutativo del titolo, bensì quello di ricezione ove si formano i prezzi dei titoli medesimi» (Cass., 28 novembre 2012, cit.).

⁴ Medesime perplessità, relative però al reato di aggrottaggio informativo, sono state mosse in relazione alla pronuncia della Cassazione, sez. II, 28 novembre 2012 (dep. 21 marzo 2013), n. 12989, Pres. Ed Est. Esposito, Est. Taddei, imp. Taddei e a. in F. VIGANÒ, *La*

Eppure, al di là delle segnalate criticità, l'argomento appare ozioso.

Non può certo dimenticarsi che la norma è reato di pericolo concreto e che il bene giuridico tutelato è quello della «*correttezza dei rapporti tra ente controllato ed ente controllore*»⁵. Sicché, anche rispetto alla condotta unilaterale di esporre, si porrebbe comunque il problema di verificare in che momento la condotta illecita acquisisca concreta idoneità lesiva del suddetto bene giuridico.

L'interrogativo da porsi è, quindi, il seguente: la condotta di esporre fatti materiali non rispondenti al vero, diviene concretamente pericolosa solo allorché le comunicazioni che contengono tali fatti siano conoscibili dall'Autorità di vigilanza? E, se sì, quando, in che momento le stesse divengono conoscibili?

Ed è nel tentativo di offrire una risposta ai predetti quesiti che si rivela la seconda nota critica mossa all'ordinanza e alla contestuale scelta di applicare al caso in esame la giurisprudenza Antonveneta.

Quanto al primo quesito, l'ordinanza ha dovuto affrontare l'annoso problema del rapporto tra principio di offensività e perfezionamento del reato, nelle fattispecie di pericolo concreto, dove l'idoneità lesiva della condotta entra a far parte del fatto tipico⁶. Quesito che è stato risolto in senso positivo: solo allorché le false comunicazioni sociali divengono conoscibili all'Autorità, e quindi concretamente pericolose, il reato può dirsi consumato e la competenza territoriale individuata.

Ma quando le comunicazioni previste dalla legge divengono conoscibili?

Tale quesito è rimasto insoluto. E ciò, perché il GUP ha dato per scontato che le false comunicazioni divengono conosciute o conoscibili allorché esse siano effettivamente ricevute dalle Autorità presso la loro sede, e cioè a Roma.

Anche in questo passaggio argomentativo si avverte l'eco della giurisprudenza Antonveneta, la cui pedissequa applicazione stride rispetto al caso in esame. Ed

cassazione chiude il caso della scalata Antonveneta (e perde una preziosa occasione per fare un po' di chiarezza dui delitti di aggioaggio), in "Diritto Penale Contemporaneo", 2013, p. 2.

⁵Cass. Sez. 5, Sentenza n. 1252 del 08/11/2002, Secchiero, Rv. 224113 – 01. La natura di reato di pericolo concreto è affermata pacificamente dalla Giurisprudenza (parla di reato di pericolo concreto Trib. Milano, sez. III, 25.2.2013) così come dalla Dottrina (cfr. A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, p. 272; A. BERNASCONI, *Tutela della funzione di controllo e di vigilanza societaria*, in "DP Soc Monografie", 2010, 2, p. 37; R. SETTE, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza, Commentario romano al nuovo diritto delle società*, diretto da F. D'ALESSANDRO, III, *I reati e gli illeciti amministrativi societari*, Padova, 2010, p. 430; C. PEDRAZZI, *Mercati finanziari (disciplina penale)*, in "DI pen", VII, Torino, 1993, p. 652).

⁶Cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale Parte generale*, Giuffrè editore, p. 207; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, p. 203. Secondo il Tribunale di Milano (Sez. III, sent. 1934 del 2013), chiamato a pronunciarsi sulla questione della consumazione del reato di false informazioni all'Autorità di Vigilanza infatti, ha affermato che, «*l'estrinsecazione del pensiero, la formulazione di enunciati, l'esposizione di dati, in cui consiste la condotta incriminata, devono poter essere dichiarazioni che, fuoriuscite dalla sfera di disponibilità, siano anche fruibili e oggettivamente percepibili al destinatario: in ciò solo può esplicarsi quella "idoneità" ingannatoria che, pur da valutarsi ex ante (trattandosi, come si è detto, di reato di pericolo e non di evento), è presupposto indefettibile della offensività della condotta*».

infatti, quando la Corte di Cassazione ha precisato che, ai fini della consumazione del reato di aggioaggiamento informativo, fosse necessario che il comunicato stampa, non solo uscisse dalla sfera di signoria del soggetto agente, ma venisse anche acquisito al NIS, lo ha fatto per una specifica ragione tecnica.

Secondo la Corte, infatti, *«la procedura di divulgazione delle informazioni da parte delle società emittenti quotate, disciplinata dalle previsioni regolamentari di Consob e di Borsa Italiana impone che la trasmissione in via ufficiale delle comunicazioni al pubblico e a Borsa Italiana da parte delle società emittenti debba avvenire "mediante l'invio di un comunicato a Borsa Italiana", utilizzando "il sistema telematico Network Information System (NIS) organizzato e gestito da Borsa Italiana", "Borsa Italiana", poi, "mediante il NIS, cura la diffusione al pubblico dei comunicati" mediante l'invio dei medesimi, contestuale alla ricezione, alle agenzie di stampa collegate al sistema, nonché attraverso la pubblicazione di un "avviso di borsa"»*. Sicché, prima che possa anche solo potenzialmente raggiungere il Mercato, la falsa informazione deve necessariamente passare per il sistema NIS. Borsa Italiana, solo dopo aver ricevuto il comunicato dalle società emittenti, provvede a veicolarlo al mercato tramite lo stesso sistema NIS, se non intende invece bloccarlo⁷.

Per queste ragioni, la condotta diviene concretamente pericolosa solo nel momento in cui il comunicato viene acquisito dal sistema NIS.

Lo stesso non vale per il reato di cui al primo comma dell'articolo 2638 c.c.

Affinché i fatti esposti nelle comunicazioni possano raggiungere le Autorità di vigilanza, è sufficiente che l'emittente le inserisca nel sistema (telematico) predisposto dall'Autorità stessa per l'invio delle comunicazioni dovute in base alla legge⁸. Una volta inserite in tale sistema, il soggetto agente ne perde il controllo ed

⁷ Come precisato dalla Suprema Corte, Borsa Italiana *«può ritardare l'invio alle agenzie di stampa di quindici minuti dalla ricezione del comunicato (se esso sia stato trasmesso nell'orario di svolgimento delle contrattazioni), od anche per un tempo non determinato (previa comunicazione alla CONSOB ed informandone attraverso il NIS l'emittente, ove lo ritenga necessario per valutare l'opportunità di sospendere dalle negoziazioni gli strumenti finanziari interessati). L'emittente può considerare pubblico il comunicato non appena abbia ricevuto conferma, attraverso il NIS, della sua avvenuta ricezione da parte di almeno due agenzie di stampa. È evidente, pertanto, che il mero invio della comunicazione alla Borsa non costituisce ancora divulgazione al mercato di notizie concretamente in grado di alterare il sistema fisiologico di formazione dei prezzi dei titoli, almeno fin tanto che nella catena procedurale non si inserisca la mediazione della citata destinataria, con le modalità esaminate. Ed invero la "diffusione" avviene quando Borsa Italiana, a Milano, invia il comunicato alle agenzie di stampa»* (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 12989 del 28/11/2012, Consorte e altri, Rv. 255526 – 01).

⁸ Nel caso della Consob, ad esempio, si tratterebbe del sistema di Teleraccolta -Emittenti. Come si evince dal Manuale Utente del sistema di Teleraccolta – emittenti, tale sistema deve essere utilizzato dai *«soggetti abilitati, sottoposti alla disposizione di cui all'articolo 120 del D.Lgs. n. 58/98 e successive modifiche ed integrazioni»*. Mediante l'accesso al sistema di Teleraccolta, tali soggetti possono direttamente inviare un file contenente le informazioni relative alla segnalazione specifica, ottenendo la relativa ricevuta di avvenuta comunicazione.

esse entrano direttamente a far parte della sfera di conoscibilità dell’Autorità di vigilanza, senza bisogno di alcuna intermediazione di organo terzo, quale il NIS, che le renda disponibili a dette Autorità.

La condotta diviene pertanto concretamente pericolosa già nel momento in cui la comunicazione è fuoriuscita dalla sfera di controllo del soggetto agente mediante l’inserimento della stessa nel sistema (telematico) riferibile ad ogni Autorità.

Alla luce di questo chiarimento, ben si comprende perché la giurisprudenza si sia già espressa nel senso che la “esposizione di fatti materiali non rispondenti al vero” nelle comunicazioni destinate alle Autorità di vigilanza risulterà astrattamente offensiva del bene giuridico, e quindi pericolosa, quando sia trasfusa in comunicazioni idonee a far scambiare il falso con il vero (qualità del falso) e trasmesse con modalità idonee a raggiungere il destinatario⁹.

Qualora sia stata posta in essere la condotta di esporre fatti materiali falsi in comunicazioni destinate alle Autorità di vigilanza (reato di mera condotta) e la qualità del falso, nonché le modalità di trasmissione, siano idonee a mettere in pericolo il bene giuridico tutelato (reato di pericolo concreto), la condotta individuata dal Legislatore risulterà integrata e il reato potrà dirsi consumato.

Ed allora, radicando la competenza nel luogo in cui le Autorità hanno concretamente preso conoscenza della comunicazione e non in quello in cui la comunicazione esce dalla sfera giuridica del soggetto agente, si finisce per travalicare i confini della condotta descritta dalla norma e della natura giuridica della fattispecie. La surrettizia trasformazione del delitto in esame da reato di mera condotta a reato di evento traspare anche dalla discutibile sovrapposizione tra accertamento in astratto della consumazione del reato di pericolo concreto, rilevante ai fini della determinazione della competenza per territorio, e la concreta offesa del bene giuridico tutelato.

L’ordinanza, infatti, ha evidenziato come la concreta conoscenza del dato falso, «*a prescindere dalla effettiva concretizzazione dell’ostacolo all’attività di controllo, ha comunque compromesso l’evoluzione efficiente e la conclusione rapida della sorveglianza organizzata sia dalla Consob che dalla Banca d’Italia, costrette entrambe ad ampliare ed approfondire l’attività investigativa di vigilanza, oltre a sollecitare controdeduzioni alla società controllata*».

⁹ Così ha ritenuto il Tribunale di Milano, Sez. III che, con sentenza n. 1934 dell’11.2.13 (pubblicata il 25.2.2012), ha risolto la questione della consumazione del reato di false informazioni all’Autorità di Vigilanza nell’ambito del procedimento penale riguardante le comunicazioni sulla *customer base* trasmesse da Telecom all’AGCM, valorizzandone la natura di reato di pericolo concreto del delitto in esame. Più in dettaglio, il Tribunale di Milano, ricordando che, nei reati di pericolo concreto, il pericolo è elemento del fatto tipico di reato, ha precisato che «*la falsa comunicazione deve rivestire quel minimo di obiettività idonea a fuorviare effettivamente l’attività dell’Autorità di vigilanza destinataria della comunicazione. [...] La “concreta pericolosità” della comunicazione, in tal senso, non è da ricercarsi soltanto nella qualità del falso, ovvero nella natura dei dati oggetto di “esposizione” (di interesse almeno potenziale ai fini di vigilanza), ma altresì nella modalità della esposizione stessa: esposizione che la legge espressamente prevede debba essere contenuta nelle comunicazioni alle Autorità di vigilanza [...]*».

A ben vedere, però, è proprio nell'aggravio dell'attività investigativa connessa alle funzioni di sorveglianza delle Autorità che si concretizza la lesione del bene giuridico descritto dalla norma¹⁰.

L'ordinanza in immediato commento sembra quindi cadere in un equivoco, poiché ancora una volta, nel pretendere che la condotta contestata comprometta «*l'evoluzione efficiente e la conclusione rapida della sorveglianza*», include nella fattispecie la verifica di un evento che non le appartiene¹¹.

Sia concesso muovere un ultimo rilievo critico, determinato da un profilo di incoerenza interna. Il provvedimento, come anticipato, dava atto incidentalmente del fatto che la fattispecie di aggio bancario informativo ex art. 2637 si sarebbe invece «*pacificamente consumata a Genova — luogo di diffusione del comunicato stampa*».

Tale affermazione, tuttavia, mette in luce dei palesi profili di contraddittorietà, dal momento che è proprio seguendo l'iter logico del provvedimento (che si fonda sull'interpretazione del concetto di “comunicare” quale atto recettizio, equiparandolo al concetto di “diffondere” delineato dalla giurisprudenza Antonveneta) che si dovrebbe giungere a ritenere le fattispecie di cui agli artt. 2637 e 2638 c.c. consumate entrambe nel luogo in cui il contenuto della notizia o della comunicazione diviene percepito o percepibile dal destinatario e non, come invece avvenuto, effettuando un distinguo tra le due ipotesi.

¹⁰ Sul concetto di “ostacolo”, infatti, nonostante sia stata messa in evidenza la sua natura estremamente labile, sia sul piano del significato comune, sia sul piano tecnico, si è ritenuta «*ormai senz'altro minoritaria l'opinione dottrinale secondo cui l'ostacolo andrebbe identificato con un'attività così incisiva da “impedire” all'autorità pubblica di vigilanza di esercitare le sue funzioni*». In altre parole, secondo l'orientamento maggioritario, sia sotto il profilo dell'interpretazione letterale, ma anche sotto il profilo di interpretazione logico-sistemica, le nozioni di *impedimento* ed *ostacolo* non possono essere assimilate. «*Mentre “ostacolare” significa recare intralcio, opporre uno o più mezzi allo svolgimento di un'attività per ridurre l'effetto o ritardarne il compimento, “impedire” vuol dire rendere impossibile lo svolgimento o il compimento di un'azione*». I due concetti, infatti, si pongono in rapporto di specie a genere: nel più ampio *genus* concettuale rappresentato dall'ostacolo, viene ricompreso come *species* particolarmente grave anche il vero e proprio impedimento. Di conseguenza, «*ai fini dell'integrazione dell'evento di ostacolo di cui al capoverso dell'art. 2638 c.c., non è necessario che l'esercizio delle funzioni di vigilanza risulti precluso o inattuabile, essendo sufficiente che si verifichi un intralcio all'esercizio medesimo, tale da rendere i controlli più difficoltosi, ma certamente non “impossibili”*». Così, D. GUIDI, *Riflessioni sul concetto di ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza*, in “Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia”, 2018, n. 1/2, CEDAM, pp. 109-113. Cfr. E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, Giuffrè, p. 389; F. MUCCIARELLI, *La tutela penale dell'intermediazione finanziaria e della trasparenza dei mercati nel D. Legisl. N. 58 del 1998*, in “Studium iuris”, 1998, p. 1184; F. FOFFANI, *Impedito controllo*, in AA. VV., “Il nuovo diritto penale delle società”, a cura di A. ALESSANDRI, Milano, 2002, p. 386; R. ZANOTTI, *Diritto penale dell'economia*, Giuffrè, 2017, p. 341.

¹¹ Analoghe considerazioni sono state sviluppate in relazione alla fattispecie di cui all'art. 185 TUF sul caso Fonsai. Si veda, sul punto, F. MUCCIARELLI, *Il locus commissi delicti della manipolazione del mercato. Aporie normative e sistematiche della decisione ex art. 54-bis c.p.p. nel caso Fonsai*, in “Diritto Penale Contemporaneo”, 2014, p.4. Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, p. 184.

In altre parole, se la fattispecie di cui all'art. 2638, comma 1, c.c. si consuma nel luogo in cui la comunicazione raggiunge l'Autorità e viene da questa conosciuta, allora – applicando la medesima *ratio* – anche il reato di cui all'art. 2637 c.c. si consuma nel luogo in cui il comunicato stampa ha raggiunto il Mercato, ossia Milano, ove ha sede la Borsa Italiana.

Tale contraddizione lascia perplessi e mina la tenuta della argomentazione logico giuridica seguita dal Giudice.

4. Conclusioni.

Sulla base delle considerazioni svolte, non ci si può, dunque, esimere dal criticare la direzione ermeneutica seguita dall'ordinanza in commento. Non solo perché la stessa non tiene conto delle caratteristiche precipue del reato di false informazioni all'Autorità di vigilanza, trasformato in reato di evento¹², ma anche perché si espone alle medesime criticità che avevano già interessato la linea argomentativa seguita dalla Suprema Corte nel caso Antonveneta, che si amplificano quando riferite al delitto di false informazioni alle Autorità di vigilanza.

A tal proposito, si segnala che già autorevole dottrina aveva in passato rilevato che il fraintendimento concettuale sul momento consumativo dei reati di mera condotta è «favorito dal linguaggio del legislatore del '30, che parla agli articoli 40 e 43 c.p. di "evento pericoloso" come categoria alternativa rispetto all' "evento dannoso", ingenerando così negli interpreti l'erroneo convincimento che ogniqualevolta il legislatore richieda il verificarsi di un pericolo per il bene protetto, tale pericolo debba identificarsi necessariamente in un "evento" dotato di autonomia rispetto alla condotta. In realtà, come i manuali da sempre insegnano, per "evento" (in senso naturalistico) deve intendersi un 'accadimento' rilevabile sul piano fenomenico, ossia una modificazione della realtà distinta dalla condotta, e da questa causata; mentre il "pericolo" è un mero giudizio (compiuto da chi osserva la realtà, e in particolare dal giudice) relativo alla possibilità - o sulla probabilità - che si verifichi l'evento dannoso che la norma penale mira a prevenire»¹³.

Detto altrimenti, quando il Legislatore si riferisce all'evento pericoloso, non sempre allude ad un evento in senso naturalistico, quale conseguenza fisica della condotta dell'agente, ma ben può riferirsi anche alla mera condotta dell'agente, e ciò vale soprattutto per tutti quei reati che non richiedono il prodursi di una

¹² A contrario e a conferma di tale affermazione si veda il provvedimento n. 5628/2015 del GUP presso il Tribunale di Vicenza che, nel pronunciarsi sulla competenza per territorio in relazione al reato di cui all'art. 2638, comma 2, c.c., quale reato di danno a forma libera, ha affermato che «si consuma nel luogo e nel momento in cui si realizza l'ultimo elemento costitutivo della fattispecie, ossia l'evento medesimo» e, dunque, quando si realizza l'ostacolo all'esercizio delle funzioni delle Autorità pubbliche di vigilanza.

¹³ F. VIGANÒ, *La cassazione chiude il caso della scalata Antonveneta (e perde una preziosa occasione per fare un po' di chiarezza sui delitti di aggrottaggio)*, in "Diritto Penale Contemporaneo", 2013, pp. 1-4.

modificazione della realtà che sia distinta o distinguibile dalla condotta del soggetto agente.

È questo il caso della fattispecie prevista dal primo comma dell'art. 2638 c.c., che non richiede il verificarsi di alcun evento naturalistico, accontentandosi invece della realizzazione della condotta prevista dalla norma (descritta come visto con il termine "esporre") dalla quale possa derivare, secondo la valutazione del giudice, un accadimento (ossia l'ostacolo alle funzioni di vigilanza), la cui verifica però non è richiesta ai fini della consumazione del reato. E ciò perché, come detto, trattandosi di reato di mera condotta, il perfezionamento del reato contestato avviene con il compimento dell'azione pericolosa descritta nella fattispecie, ossia con la mera esternazione di una comunicazione dal contenuto falso diretta alle Autorità pubbliche di vigilanza. Non costituendo, invece, elemento necessario della condotta punita dall'art. 2638 comma 1 c.c. la presa di conoscenza delle stesse da parte delle Autorità.

Auspicando un intervento chiarificatore sulla questione da parte della Suprema Corte, si ritiene di poter affermare che l'interpretazione più aderente alla lettera della legge impone di individuare il luogo di consumazione del reato di cui all'art. 2638, comma 1, c.c., nel luogo in cui il soggetto agente predispone e diffonde le false comunicazioni, mediante modalità di trasmissione concretamente idonee a raggiungere la sfera di conoscibilità delle Autorità di vigilanza destinatarie del mendacio.