

## Note in tema di ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza.

di **Antonio Casaluca**

**Sommario.** 1. "Ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza". Art.2638 c.c.; 1.1. Brevi cenni storici; 1.2. I tratti peculiari della fattispecie; 1.2.1. Il bene giuridico tutelato; 1.2.2. I soggetti attivi; 1.2.3. Le condotte; 2. Il momento consumativo e l'individuazione del locus commissi delicti; 3. Il rapporto tra l'art 170-bis, 187-quinquiesdecies TUF. e l'art. 2638 c.c.; 4. Il rapporto tra l'art. 2638 c.c. e l'art 190 TUF. (ne bis in idem); 5. Analogie e differenze con il reato di false comunicazioni sociali (art. 2621 c.c.); 6. La confisca ex art. 2641 c.c.; 7. Il diritto a non autoincriminarsi (*nemo tenetur se detegere*); 8. La legittimazione a costituirsi parte civile dei soggetti diversi dalle Autorità di Vigilanza.

### 1. "Ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza". Art.2638 c.c.

#### 1.1. Brevi cenni storici

La *ratio* dell'introduzione della fattispecie prevista dall'art. 2638 c.c. con l'art. 1 del D.Lgs. 61/2002 risiedeva nel ricomprendere in un unico precetto, abrogandole, alcune disposizioni speciali di cui agli artt. 134 D.Lgs. 385/1993 (TUB), 171 e 174 D.Lgs. 58/1998 (TUF).

Tale intento, tuttavia, è stato successivamente disatteso in ragione dell'introduzione dell'art. 170-*bis*, con L. 62/2005, e delle modifiche apportate dall'art. 24 del D.L. 18 ottobre 2012<sup>1</sup> al menzionato Testo Unico, a tutela delle funzioni della Consob e della Banca d'Italia.

A sostegno dell'attività di vigilanza della Consob vi è, oggi, l'ulteriore previsione normativa di cui all'art. 187-*quinquiesdecies* TUF, mentre, con D.Lgs. 209/2005, art. 306, è stata prevista una fattispecie sia penale (comma 1) che amministrativa (comma 2) a tutela delle funzioni dell'Ivass<sup>2</sup>.

#### 1.2. I tratti peculiari della fattispecie.

##### 1.2.1. Il bene giuridico tutelato.

Tra le norme poste a tutela degli organi di vigilanza, l'art. 2638 c.c. è quello che, dal punto di vista sanzionatorio, prevede pene più severe<sup>3</sup> e, soprattutto,

<sup>1</sup> Convertito con modificazioni dalla L. 17 dicembre 2012 n. 221.

<sup>2</sup> Denominata ISVAP all'epoca dell'introduzione.

<sup>3</sup> Reclusione da uno a quattro anni, pena raddoppiata in caso di società quotata in mercati regolamentati, o di titoli diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi art. 116 d.lgs. 58/1998.

ne rappresenta la fattispecie più completa, trattando, in sostanza, *“una forma di falsità ideologica documentale nei rapporti con l'autorità amministrativa”*<sup>4</sup>. In tal senso, da una preliminare lettura della fattispecie in rassegna, si percepisce l'intenzione del legislatore di valorizzare la tutela della funzione di controllo svolta dalle autorità preposte alla vigilanza di attività economiche, finalizzando la sua portata sanzionatoria alla *“mera infedeltà alle regole del gioco”*<sup>5</sup>, traducendosi, così, in un illecito di mera trasgressione<sup>6</sup>.

A tale interpretazione, tuttavia, non può non affiancarsi quella secondo cui l'art. 2638 c.c. sia preposto alla protezione del risparmio in tutte le sue forme (art. 47 Cost.), permettendo, al contempo, una selezione delle condotte illecite, intese nell'accezione più ampia dal punto di vista sanzionatorio, e la tutela di ulteriori interessi degli operatori dei settori vigilati<sup>7</sup> intesi quali soggetti passivi.

È necessario, dunque, che il bene giuridico venga concretizzato in modo tale che il pericolo di cui al comma 1 o l'ostacolo di cui al comma 2 si possano integrare solo per mezzo di condotte che espongano ad un pericolo o siano lesive del regolare esercizio delle funzioni di vigilanza dell'autorità preposta ai relativi controlli, non rilevando, di fatto, la disobbedienza o scorrettezza meramente formale.

### 1.2.2. I soggetti attivi.

La fattispecie in commento, pur presentandosi come un reato proprio, amplia la sua destinazione con riferimento alla formula residuale *“gli altri soggetti sottoposti per legge alle autorità pubbliche di vigilanza”*. La portata applicativa risulta estesa, quindi, a tutti quei soggetti individuabili dalle numerose normative di settore<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> Tribunale di Milano, Sez. I, 18 dicembre 2008, p. 112.

<sup>5</sup> CORNACCHIA, *Tutela penale della funzione pubblica di vigilanza: appunti su una fattispecie incriminatrice a latitudine indefinita*, in *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016, p. 486.

<sup>6</sup> PATALANO, *Reati e illeciti del diritto bancario. Profili sistematici della tutela del credito*, Torino, 2003, p. 171.

<sup>7</sup> Cass. pen., sez. V, 31 ottobre 2014, n. 10108, in Cass. pen., 2015, p. 3740. *“Integra il delitto di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza la dolosa omissione, da parte del presidente di una società di calcio professionistica di fornire informazioni obbligatorie alla Federazione Italiana Gioco Calcio (FIGC), posto che a questa è riconosciuta la titolarità di un potere ispettivo e di controllo di rilevanza pubblicistica attinente alla regolarità della gestione delle società professionistiche di calcio”*.

<sup>8</sup> ALESSANDRI, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza*, in *ID., Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, p. 258; LOSAPPIO, *Risparmio, funzioni di vigilanza e diritto penale: lineamenti di un sottosistema*, Bari, 2004, p. 163.

### 1.2.3. Le condotte.

L'art. 2638 c.c. prevede due fattispecie incriminatrici autonome, contemplate da altrettanti commi, ove il soggetto attivo che ponga in essere sia la condotta di falsificazione della realtà economico-patrimoniale sia una connessa all'evento di ostacolo, commetterà due reati soggiacenti alla medesima portata sanzionatoria.

Il primo comma riprende il testo delle false comunicazioni sociali<sup>9</sup> in ordine alla condotta degli esponenti aziendali che, al fine di ostacolare l'esercizio delle funzioni di vigilanza, rappresentano fatti materiali non veritieri nelle comunicazioni previste dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria, ovvero occultano con altri mezzi fraudolenti fatti che avrebbero dovuto comunicare, circostanza, quest'ultima, che presuppone la necessità di un *quid pluris* rispetto al mero silenzio<sup>10</sup>.

L'elemento soggettivo è qui manifestato dall'intenzione (dolo specifico) di ostacolare l'esercizio delle funzioni di vigilanza, anche attraverso modelli comportamentali ingannevoli (falsità o impiego di artifici), che si sostanziano nella costruzione, con conseguente percezione, di una realtà distorta. Il soggetto attivo, quindi, nella specifica condotta di falsificazione o occultamento fraudolento deve utilizzare strumenti concretamente idonei a ostacolare la funzione di vigilanza, inducendo effettivamente in errore i funzionari, al fine di impedire l'esercizio dei poteri ad essi attribuiti.

La struttura della fattispecie contemplata nella categoria dei reati c.d. di mera condotta<sup>11</sup> non prevede, con riferimento ai mezzi fraudolenti volti all'occultamento, quale elemento costitutivo la prova di un'induzione in errore dell'autorità pubblica di vigilanza<sup>12</sup>, perfezionandosi a prescindere dalla realizzazione effettiva dell'ostacolo.

---

<sup>9</sup> Art. 2621 c.c. "1. Fuori dai casi previsti dall'art. 2622, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, i quali, al fine di conseguire per sè o per altri un ingiusto profitto, nei bilanci, nelle relazioni o nelle altre comunicazioni sociali dirette ai soci o al pubblico, previste dalla legge, consapevolmente espongono fatti materiali rilevanti non rispondenti al vero ovvero omettono fatti materiali rilevanti la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale la stessa appartiene, in modo concretamente idoneo ad indurre altri in errore, sono puniti con la pena della reclusione da uno a cinque anni. 2. La stessa pena si applica anche se le falsità o le omissioni riguardano beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi."

<sup>10</sup> SEMINARA, *False comunicazioni sociali, falso in prospetto e nella revisione contabile e ostacolo alle funzioni di vigilanza*, in *Dir. pen. proc.* 2002, p. 687.

<sup>11</sup> *Ex multis* Cass. pen., sez. V, 12 novembre 2015, n. 6884; Cass. pen., 21 maggio 2014, n. 26596; Cass. pen., sez. V, 7 dicembre 2012, n. 49362.

<sup>12</sup> ALESSANDRI, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza*, cit., p. 259 ss. Ritene che l'azione ingannatoria, derivante da "altri mezzi fraudolenti", dovrebbe configurarsi attraverso condotte elusive in modo tale che

Si tratta, dunque, di un'ipotesi simile a quella prevista dall'art. 2621 c.c. ma la peculiarità è che il destinatario del mendacio o della omessa informazione viene identificato, nel caso dell'art. 2638 c.c., nell'autorità di vigilanza.

Il secondo comma, equiparando il dolo e comminando la stessa pena, punisce i medesimi soggetti ove, in qualsiasi forma, anche omettendo le comunicazioni dovute, ostacolano consapevolmente le funzioni di vigilanza. Tale formulazione, che ha portato taluni a definirla un reato causalmente orientato, presuppone che l'ostacolo debba essere cagionato da una qualsiasi condotta attiva ovvero da un comportamento omissivo (*"omettendo le comunicazioni dovute"*), assumendo, nel caso di specie, i caratteri del reato omissivo improprio, espressamente tipizzato<sup>13</sup>.

Il disvalore ricercato nella fattispecie prevista dalla fattispecie commissiva è espresso dalle modalità e dall'intenzione; nel secondo comma, invece, assume a disvalore d'evento il realizzarsi di un ostacolo al menzionato esercizio delle funzioni di vigilanza. Non si tratta, in effetti, di condotte alternative tra loro, in quanto, è possibile il concorso tra le due condotte<sup>14</sup>.

Nel caso Veneto Banca, ad esempio, l'amministratore delegato dell'istituto di credito, attraverso una serie di operazioni, cosiddette "bacciate"<sup>15</sup>, aveva preconstituito una rappresentazione fittizia della consistenza patrimoniale, al fine di rispettare i parametri di sicurezza imposti dalla legge per gli istituti bancari, senza informare gli organi di vigilanza.

Tale comportamento si sarebbe sostanziato nella creazione artefatta di un patrimonio regolamentare non aderente alle disposizioni della Banca d'Italia, tenuto conto che il contenuto delle segnalazioni periodiche avrebbero

---

l'attività di vigilanza sarebbe indotta a trascurare taluni segnali di rischio, *"per effetto di una mise en scene artificiosa"*. Parimenti FRASCHETTI, *La natura dei reati di ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza e di aggrottaggio manipolativo*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 4260 ss.

<sup>13</sup> *Cass. pen.*, sez. II, 28 novembre 2012, n. 2935 (Caso Antonveneta). Si introduce il concetto di delitto commissivo mediante omissione.

<sup>14</sup> *Cass. Pen.*, Sez. V, 26 maggio 2017, n. 42778, La Corte afferma che il primo *"è un reato di mera condotta integrato sia dall'omessa comunicazione, sia dall'utilizzo di mezzi fraudolenti volti ad occultare l'esistenza di fatti inerenti la situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società, mentre il reato previsto al II comma è un reato di evento, che richiede la verifica di un effettivo e rilevante ostacolo all'attività di vigilanza quale conseguenza di una condotta che può assumere qualsiasi forma, tra cui anche la mera omessa comunicazione di informazioni dovute. Sicché ove la condotta illecita si concretizzi nell' omessa comunicazione alle autorità di vigilanza di informazioni dovute è configurabile un concorso di reati eterogeneo caratterizzato cioè dalla contemporanea violazione di diverse disposizioni di legge con una sola azione od omissione, conformemente alla previsione dell'art. 81 comma I c.p."*

<sup>15</sup> Finanziamenti erogati a clienti per l'acquisto di azioni del medesimo istituto di credito.

fornito una rappresentazione del menzionato patrimonio non veritiera, evidenziando una sovrastima rispetto a quello effettivo. Occultando l'effettiva situazione economico patrimoniale della banca si è determinato, dunque, un effettivo e rilevante ostacolo alle funzioni di autorità pubbliche di vigilanza.

Il Giudice dell'Udienza Preliminare del Tribunale di Roma ha ritenuto che la condotta di ostacolo di cui al secondo comma si realizzi necessariamente con modalità di azioni distinte da quelle relative alle comunicazioni previste dalla legge di cui al primo comma.

La giurisprudenza ha, quindi, ritenuto che l'ostacolo alle funzioni di vigilanza non sia il contenuto della condotta, ma la sua trasposizione in termini di concreta difficoltà creata all'Autorità di Vigilanza nello svolgimento delle sue peculiari funzioni: *"una fattispecie causalmente orientata al risultato lesivo rappresentato dall'evento di ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza"*

<sup>1617</sup>.

## 2. Il momento consumativo e l'individuazione del *locus commissi delicti*.

<sup>16</sup> Il Tribunale di Siena con la sentenza n. 762 del 31 ottobre 2014 ha evidenziato che la fattispecie in rassegna racchiuda in sé diverse condotte caratterizzate *"da comportamenti di ostruzionismo, di opposizione, di mancata collaborazione tali da intralciare, ritardare la funzione di controllo, sviare l'attività di vigilanza, renderla meno efficace e pronta, imporre all'autorità uno sforzo aggiuntivo per ottenere le informazioni verifiche e complete che avrebbe avuto il diritto di ricevere"*; condotte tali da impedire o rendere difficoltoso l'esercizio delle funzioni di vigilanza, *"conseguenza acclarabile mediante un giudizio controfattuale volto a verificare quale sarebbe stato l'iter ispettivo in assenza della condotta incriminata"*. Coerentemente con tale impostazione il reato di cui al comma secondo è stato ravvisato dal Tribunale toscano in una condotta degli organi della banca consistita nel *"celare per circa tre anni nella cassaforte...il contratto di mandate agreement"*. Trattasi di rilievi che questo giudicante condivide, e che portano a ritenere che l'ostacolo di cui al comma secondo dell'art. 2638 c.c. potrebbe essere integrato solo da condotte del tutto eterogenee rispetto a quella che qui ci occupa, ovvero da condotte costituenti tangibili e concreti ostacoli materiali all'attività di vigilanza e non invece, come accade nella fattispecie in esame, dalla trasmissione di comunicazioni periodiche di contenuto falso, suscettibile di rientrare, come sopra si è visto, nella previsione di cui al comma primo della norma".

<sup>17</sup> Cass. Pen., Sez. V, del 29 maggio 2019 n. 29377: *"L'evento del reato previsto dall'art. 2638, comma secondo, cod. civ. può essere integrato, oltre che dall'impedimento "in toto" dell'esercizio della funzione di vigilanza, dall'effettivo e rilevante ostacolo frapposto al dispiegarsi della funzione, con comportamenti di qualsiasi forma, comunque tali da determinare difficoltà di considerevole spessore o un significativo rallentamento dell'attività di controllo, e non il mero ritardo, che non rechi un effettivo e rilevante pregiudizio all'esercizio dell'attività di vigilanza"*.

In riferimento alla fattispecie in commento si pone l'annoso problema del luogo di consumazione del reato, sia in riferimento alla fattispecie di cui al primo comma che a quella del secondo comma dell'art. 2638 c.c., inevitabilmente correlato al momento consumativo della condotta illecita. Fotografare il corretto momento in cui essa si consuma permette, sul piano pratico, di individuare il *locus commissi delicti* e il giudice competente.

L'individuazione del *locus commissi delicti* e della relativa competenza territoriale del delitto di false informazioni all'Autorità di Vigilanza è un argomento controverso con risvolti applicativi alquanto contrastanti. La giurisprudenza ha espresso orientamenti differenti propendendo in alcuni casi l'individuazione del *locus commissi delicti* ove è stata effettivamente ricevuta l'informazione radicando, così, la competenza per territorio laddove ha sede l'Autorità di Vigilanza<sup>18</sup>; in altri, ha ritenuto far coincidere il luogo di consumazione con quello dove sono state predisposte le informazioni dirette alle menzionate autorità<sup>19</sup>.

Nel primo caso, il momento consumativo della condotta si esaurisce al momento dell'effettiva ricezione delle informazioni da parte delle autorità di vigilanza, disvelando l'efficacia offensiva delle comunicazioni esclusivamente alla ricezione delle stesse. La falsa rappresentazione dei dati societari, a prescindere dal fatto che vada ad intralciare il previsto controllo, potrebbe comunque pregiudicare la regolarità delle operazioni di controllo delle Autorità. In tal senso, la consumazione dell'illecito avverrebbe al momento della ricezione delle comunicazioni da parte dell'Autorità e non al momento della loro trasmissione.

---

<sup>18</sup> Trib. Roma, sez. G.U.P. del 13 luglio 2018; Cass. Pen., sez. V, 21 maggio 2014, n. 26596; Trib. Milano, sez. II, 11 febbraio 2013, n. 1934.

<sup>19</sup> Gup del Tribunale di Roma: "...Appare pertanto corretto collocare il luogo del commesso reato nella sede della persona giuridica o presso il diverso soggetto che è chiamato ad effettuare la comunicazione, individuandosi il perfezionamento della condotta nel momento in cui l'informazione viene esternata e a prescindere dalla sua ricezione da parte dell'autorità. Trattandosi poi di un reato di mera condotta e di pericolo concreto, lo stesso si perfeziona con il compimento dell'azione descritta nella fattispecie, mentre l'effettivo conseguimento dello scopo perseguito dall'agente non appare necessario ai fini della realizzazione dell'illecito. Ne deriva che la consumazione del reato coincide con l'atto di esposizione e dunque può essere individuata nel momento e nel luogo in cui la comunicazione contenente i fatti materiali non rispondenti al vero è definitivamente uscita dalla sfera del soggetto agente".

Nel secondo caso, prescindendo dalla nozione di atto recettizio<sup>20</sup>, ed in aderenza alla strada tracciata dalla Suprema Corte<sup>21</sup> in tema di competenza territoriale per la fattispecie dell'aggiotaggio informativo<sup>22</sup>, viene individuato il momento ed il luogo di consumazione del reato all'atto dell'invio della comunicazione, allorquando essa non sia più nella sfera di competenza del soggetto attivo, non rilevando la presa di coscienza della stessa da parte dell'autorità.

Il comma 2 dell'art. 2638 c.c., invece, è un delitto di evento, che si concretizza al realizzarsi di un effettivo e rilevante ostacolo<sup>23</sup> alle funzioni di vigilanza degli organi preposti. Anche in questo caso gli orientamenti giurisprudenziali non sembrano essere allineati in tema di momento consumativo e della relativa individuazione del luogo di commissione del reato.

La giurisprudenza di merito ha dato rilievo al luogo ove sarebbe avvenuta l'attività di intralcio, coincidente con la sede della società e non presso la sede dell'Autorità di vigilanza che avrebbe subito l'ostacolo<sup>24</sup>. La giurisprudenza, infatti, nel ritenere la fattispecie in commento un reato di evento, considera

---

<sup>20</sup> Cass. Pen., sez. V, 4 luglio 2013, n. 51897: *"il reato di ostacolo all'esercizio delle funzioni dell'autorità di vigilanza" è un reato di mera condotta che si consuma nel momento in cui viene celata all'organo di vigilanza la realtà economica, patrimoniale o finanziaria dei soggetti sottoposti a controllo, attraverso le condotte alternative previste dalla norma di omessa comunicazione di informazioni dovute o di ricorso a mezzi fraudolenti"*.

<sup>21</sup> Cass. Pen. Sez. II, 28 novembre 2012, n. 12989.

<sup>22</sup> Gup del Tribunale di Roma: *"...Appare pertanto corretto collocare il luogo del commesso reato nella sede della persona giuridica o presso il diverso soggetto che è chiamato ad effettuare la comunicazione, individuandosi il perfezionamento della condotta nel momento in cui l'informazione viene esternata e a prescindere dalla sua ricezione da parte dell'autorità. Trattandosi poi di un reato di mera condotta e di pericolo concreto, lo stesso si perfeziona con il compimento dell'azione descritta nella fattispecie, mentre l'effettivo conseguimento dello scopo perseguito dall'agente non appare necessario ai fini della realizzazione dell'illecito. Ne deriva che la consumazione del reato coincide con l'atto di esposizione e dunque può essere individuata nel momento e nel luogo in cui la comunicazione contenente i fatti materiali non rispondenti al vero è definitivamente uscita dalla sfera del soggetto agente"*.

<sup>23</sup> Cass. pen., sez. V, 7 dicembre 2012, n. 49362 assimila l'ostacolo a *"mezzo, o a un motivo, opposto allo svolgimento di un'azione o all'esplicazione di una facoltà, valido a ridurne notevolmente l'effetto o la portata, ovvero anche a ritardarne il compimento, senza per questo dover risultare insuperabile o definitivo"*.

<sup>24</sup> Trib. Milano, 11 marzo 2013, sent. 1934 e della ordinanza GIP Trib. Milano del 10 luglio 2012 che individuano il luogo di commissione del reato *"nel momento e nel luogo in cui si realizza l'attività di intralcio"*.

il momento di consumazione ed il luogo del reato ove viene a realizzarsi l'intralcio e non alla sede dell'autorità di vigilanza che lo avrebbe subito<sup>25</sup>.

Nel caso di una condotta omissiva, uno degli orientamenti giurisprudenziale praticati individua la configurazione dell'illecito nel momento dell'accertamento della carenza informativa, spostando in avanti il momento consumativo dell'omissione, considerando il reato di natura *"eventualmente permanente"*<sup>26</sup>, producendo effetti anche in relazione al *dies a quo* della prescrizione<sup>27</sup>.

In altre pronunce, invece, si sostiene la teoria secondo la quale l'ostacolo alle funzioni di vigilanza cagionato da un comportamento omissivo integra un *"reato di evento, istantaneo, plurisistente"*. È questo il noto caso Monte dei Paschi di Siena nell'ambito del quale l'autorità di vigilanza ha eseguito due ispezioni, ove la seconda c.d. di *follow up* ha rappresentato una sorta di verifica della prima, giungendo a proprie conclusioni senza aver avuto contezza di un documento (*mandate agreement*), attraverso il quale si sarebbero potute ricostruire fedelmente le poste attive e passive del bilancio. Il Tribunale toscano, dunque, ha ricercato ed individuato il momento consumativo del reato di ostacolo nel corso della seconda ispezione che rappresenta *"il momento in cui il reato può dirsi cessato per aver raggiunto la massima gravità concreta, coincidente con l'ostacolo alla Banca d'Italia"*<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> Trib. Milano, 10 luglio 2012: *"ai fini della determinazione della competenza per territorio, il luogo di consumazione del reato di cui all'art. 2638 co. 2 c.c. deve essere individuato in quello in cui è stata posta in essere l'attività di intralcio"*.

<sup>26</sup> Cass. pen., sez. V, 12 novembre 2015, n. 6884: *"proprio la natura di reato di danno a forma libera della fattispecie di cui all'art. 2638 c.c., comma 2, ne legittima la costruzione anche in termini di reato eventualmente permanente, di reato, cioè, che, nel concreto atteggiarsi della condotta criminosa, può assumere la forma tipica del reato permanente, in relazione al quale il soggetto agente ha il potere non soltanto di instaurare la situazione antiggiuridica, ma anche di rimuoverla, determinando così la riespansione del bene compresso, sicché il protrarsi dell'offesa al bene protetto, che richiede il mantenimento dello stato antiggiuridico per un apprezzabile lasso di tempo, dipende dalla volontà dell'autore del reato"*.

<sup>27</sup> Il Collegio conclude *"consegue che il termine di prescrizione del reato per cui si procede (pari nella sua estensione massima a sette anni e sei me-si) non può ritenersi perento. Ed invero, essendo stata fissata al 2 novembre 2011 la durata della fidejussione, come accertato dai giudici di merito, l'obbligo di riportare in bilancio la concessione della suddetta garanzia, in modo che ne avessero contezza gli organi di vigilanza, poteva e doveva essere adempiuto anche per gli anni successivi al 2006, per cui il dies a quo del relativo termine di prescrizione non deve individuarsi nel 30 giugno 2006, ma piuttosto, in quello (non prima del giugno 2010) in cui gli organi preposti alla vigilanza sulla gestione economica della cooperative ne vennero a conoscenza"*.

<sup>28</sup> Trib. Siena, 29 gennaio 2015, n. 762.



### 3. Il rapporto tra l'art 170-bis, 187-quinquiesdecies TUF. e l'art. 2638 c.c.

La previsione normativa di cui all'art. 2638 c.c. va necessariamente letta unitamente alla fattispecie contemplata dall'art. 170-bis TUF., rubricato "Ostacolo alle funzioni di vigilanza", la cui formula di apertura prevede una clausola di riserva esplicita, prescrivendo che la stessa sarà applicabile "fuori dai casi previsti dall'art. 2638 c.c."

In particolare, occorre evidenziare che l'art. 170-bis TUF. risulta essere un reato di evento (danno) e, in relazione all'elemento oggettivo, la sua configurazione si sostanzia in un ostacolo, sovrapponendosi, in tal modo, alla fattispecie contemplata dal secondo comma dell'art. 2638 c.c.. Si può dedurre, quindi, che i casi ricadenti sotto l'ambito di applicazione della norma del TUF ricomprendono quelle condotte poste in essere da soggetti non ricompresi dalla previsione del codice civile (non qualificati) ovvero quelle imputabili a titolo di dolo eventuale<sup>29</sup> che non ricadono nell'alveo di competenza dell'art.2638 c.c.<sup>3031</sup>.

Infine, procedendo ad un'analisi letterale, l'illecito amministrativo previsto dall'art. 187-quinquiesdecies TUF. prevede al comma 1 "Fuori dai casi previsti dall'articolo 2638 del codice civile, è punito ai sensi del presente articolo chiunque non ottempera nei termini alle richieste della Banca d'Italia e della Consob, ovvero non coopera con le medesime autorità al fine dell'espletamento delle relative funzioni di vigilanza, ovvero ritarda l'esercizio delle stesse", mentre l'art. 170-bis recita: "Fuori dai casi previsti dall'articolo 2638 del codice civile, chiunque ostacola le funzioni di vigilanza attribuite alla Banca d'Italia e alla CONSOB è punito con la reclusione fino a due anni e con la multa da euro diecimila ad euro duecentomila". Si nota, dunque, una coincidenza delle due fattispecie.

In relazione all'elemento oggettivo risulta necessario interpretare la nozione di ostacolo di cui all'art. 170-bis, come un vero e proprio impedimento allo svolgimento delle funzioni di vigilanza delle Autorità. Tale impostazione potrebbe consentire di applicare la sanzione amministrativa nei casi in cui la condotta si sia esplicitata in un mero ritardo. In riferimento all'elemento

---

<sup>29</sup> Ricordiamo che per il delitto di cui all'art. 2638 è previsto, al comma 1, il dolo specifico consistente nel fine di ostacolare l'esercizio delle funzioni di vigilanza, mentre, al comma 2, la "consapevolezza" di ostacolare le funzioni di vigilanza che comunque esclude la possibilità di ascrivere il delitto a titolo di dolo eventuale.

<sup>30</sup> MONTANI, *Le attività di ostacolo*, in ALESSANDRI (a cura di), *Reati in materia economica*, Torino, 2012, p. 210 ss.

<sup>31</sup> Ad esempio, in relazione all'art. 187-octies t.u.f. concernente la "richiesta" di informazioni della in ordine a condotte manipolative o di abuso di informazioni privilegiate, qualora i soggetti destinatari di tale richieste non contemplati dall'art. 2638 c.c., non vigilati o non tenuti ad obblighi informativi, non ottemperino alle richieste, ovvero rispondano in modo mendace o reticente, concretizzano un ostacolo alle funzioni Consob ai sensi dell'art. 170-bis t.u.f..

soggettivo, invece, la distinzione verte esclusivamente sulla commissione del fatto a titolo di dolo, con l'applicazione della norma di cui all'art. 170-*bis* TUF. ovvero a titolo di colpa, con la residua applicazione dell'art. 187-*quinguedecies* TUF.

#### **4. Il rapporto tra l'art. 2638 c.c. e l'art 190 TUF. (*ne bis in idem*)**

La disposizione penale di cui all'art. 2368 c.c. e quella sanzionatrice amministrativa dell'art. 190 del TUF, correlata all'articolo 10 del menzionato testo unico che disciplina la cosiddetta "vigilanza ispettiva" di Banca d'Italia e Consob, presentano profili sovrapponibili, in evidente violazione del principio del *ne bis in idem*.

Sul punto si è espressa la Suprema Corte<sup>32</sup>, relativamente al caso connesso all'inoltro di una relazione alla Consob, dal contenuto non veritiero, inerente verifiche di conformità sulla collocazione di un prestito obbligazionario, esprimendosi per l'applicazione della disciplina penale, richiamando l'art. 9, comma 1, della L. n. 689 del 1981.

Con la medesima pronuncia gli Ermellini hanno precisato, altresì, che la generale violazione delle prerogative ispettive dell'Autorità rimane *"del tutto compresa nella disposizione speciale penale che persegue l'ostacolo all'esercizio delle funzioni stesse di vigilanza"*; ragion per cui, in ossequio al principio di specialità che regola le antinomie tra disposizioni normative, secondo cui la norma speciale prevale su quella generale, *"deve trovare applicazione la sola disposizione speciale"*.

#### **5. Analogie e differenze con il reato di false comunicazioni sociali (art. 2621 c.c.).**

La fattispecie contemplate dall'art. 2621<sup>33</sup>, rubricato come *"False comunicazioni sociali"*, con riferimento ai soggetti attivi, si presenta, alla stregua dell'art. 2638 c.c., con le caratteristiche di un reato proprio.

In riferimento all'elemento soggettivo, così come le due previsioni di cui al primo comma dell'art. 2638 c.c.<sup>34</sup>, esso è rappresentato dal dolo specifico finalizzato a procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto<sup>35</sup>. Anche nelle false comunicazioni sociali, così come per il comma 1 dell'art. 2638 c.c., la condotta consiste nell'espone fatti materiali non veritieri della situazione economica, patrimoniale o finanziaria<sup>36</sup>. L'art. 2621 c.c., nello specifico, a differenza della

<sup>32</sup> Cass. Civ., sez. II, 5 aprile 2017, n. 8855.

<sup>33</sup> Nuova formulazione introdotta dall'art. 9, comma 1, Legge 27 maggio 2015, n. 69.

<sup>34</sup> Esposizione fatti materiali non rispondenti al vero e occultamento con altri mezzi fraudolenti, in tutto o in parte, fatti che avrebbero dovuto comunicare.

<sup>35</sup> Rispetto al dettato normativo precedente all'entrata in vigore della L. 27 maggio 2015 n. 69, non figura il riferimento all'intenzione di ingannare i soci o il pubblico

<sup>36</sup> In entrambi i casi si parla di comunicazioni previste dalla legge.

fattispecie dell'ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza, si perfeziona al raggiungimento di una certa soglia di rilevanza che, seppur indeterminata, ne rappresenta elemento costitutivo.

L'art. 2621 c.c., inoltre, non contempla le valutazioni in ordine all'esposizione di fatti materiali veritieri, richiedendo, tuttavia, una tangibile attitudine all'induzione in errore. In merito, l'utilizzo dell'avverbio "consapevolmente" in entrambe le disposizioni in commento escluderebbe la consumazione della condotta illecita a titolo di dolo eventuale.

Alla stregua di quanto detto, tuttavia, accade sovente che determinate situazioni giuridiche risultino escluse dall'ambito applicativo di entrambe le fattispecie in esame. È il caso delle situazioni patrimoniali accluse alle richieste di ammissione all'amministrazione controllata o al concordato preventivo, poiché rivolte esclusivamente al Tribunale. Tali elementi, dunque, unitamente all'ulteriore documentazione prodotta a seguito di specifiche richieste in giudizio dall'Autorità Giudiziaria<sup>37</sup> non costituiranno comunicazioni sociali. In tal senso, la menzionata condotta, seppur non lecita, rimane esclusa anche dall'ambito applicativo della fattispecie di cui all'art. 2638 c.c., in ragione del fatto che l'Autorità Giudiziaria non rientra nella categoria di Autorità di Vigilanza alla quale le società siano soggette per legge.

Diversi sono i soggetti passivi cui le due fattispecie in esame sono rivolte, in particolare il concetto di vigilanza espresso dall'art. 2638 c.c. fa riferimento a quelle autorità dotate di un potere ispettivo finalizzato all'esecuzione di un riscontro *ex ante* e *ex post* sull'attività dei soggetti sottoposti, al fine di garantire l'affidabilità del mercato e del rapporto con il pubblico. I soggetti passivi previsti dal dettato normativo di cui all'art. 2621 c.c., invece, fanno riferimento ai c.d. "soggetti ingannabili", ovvero i soci o il pubblico, espressamente individuati.

Diversamente dall'art. 2638 c.c., in termini di *tempus e locus commissi delicti*, per le false comunicazioni sociali, trattandosi di un reato istantaneo, esso si consuma allorché il bilancio, le relazioni o le altre comunicazioni sociali sono portate a conoscenza dei destinatari, radicando la competenza nel luogo in queste ultime sono state diffuse. Potrebbe, inoltre, qualificarsi quale reato permanente qualora il bilancio, una volta depositato e per tutto il tempo che rimane a disposizione dei terzi, perduri nella sua valenza ingannatoria nei confronti dei fruitori della comunicazione.

Si evidenzia, in ultimo, che le due norme fanno parte del catalogo dei reati presupposto per la responsabilità amministrativa degli enti derivante da reato *ex art.* 25-ter del D.lgs. 08 giugno 2001, n. 231, e che gli stessi possono dar luogo alla bancarotta fraudolenta societaria *ex art.* 223 comma 2, n. 2) della Legge Fallimentare di cui al R.D. 16 marzo 1942, n. 267.

---

<sup>37</sup> In sede di procedura *ex art.* 2409 c.c.

## 6. La confisca ex art. 2641 c.c.

Le argomentazioni giuridiche in tema di confisca tendono a ricondurre quella "diretta", prevista dal comma 1 dell'art. 2641 c.c., a misura di sicurezza patrimoniale e quella di "valore", disciplinata dall'art. 2641, comma 2 c.c., a misura avente carattere sanzionatorio.

In particolare, già dal titolo del capo IV<sup>38</sup> del Titolo XI<sup>39</sup> ricompreso nel libro V del codice civile, ove viene contemplato l'art. 2641 c.c., emerge la loro comune natura di *misure di sicurezza*<sup>40</sup>. Entrambe le ipotesi di confisca previste dall'art. 2641 c.c., inoltre, prevedono quale presupposto applicativo la condanna o l'applicazione della pena su richiesta delle parti, con riferimento alle ipotesi criminose di cui al titolo XI sopra richiamato<sup>41</sup>.

La Corte di Cassazione<sup>42</sup> ha affermato, tra l'altro, che la previsione di cui all'art. 2641 c.c., della confisca diretta e/o per equivalente non solo del prodotto e del profitto di reato, ma anche dei beni utilizzati per commetterlo, valga anche per la fattispecie di cui all'art. 2638 c.c. e che possa riguardare anche, nel caso specifico, la provvista messa a disposizione di terzi per l'acquisto delle azioni proprie ovvero delle risorse destinate alle operazioni in virtù delle quali si è giunti alla mendace rappresentazione del patrimonio di vigilanza attraverso una realtà artificiosa. Un'accezione quindi molto lata del concetto di *"bene utilizzato per commettere il reato"*, comprendendo anche le risorse usate per l'operazione di *maquillage* oggetto di contestazione.

La norma contemplata dall'art. 2641 c.c. nel prevedere due fattispecie di confisca ne enfatizza la natura obbligatoria rispetto al *"prodotto, profitto del reato ed i beni utilizzati per commetterlo (il reato societario)"*, ovvero, in via subordinata ad *"una somma di denaro o beni di valore equivalente"*, unitamente al carattere sussidiario<sup>43</sup>, a differenza dell'art. 240 c.p. che riserva l'obbligatorietà al solo prezzo del reato.

<sup>38</sup> Recante *"Degli altri illeciti, delle circostanze attenuanti e delle misure di sicurezza patrimoniali"*.

<sup>39</sup> Disposizioni penali in materia di società, consorzi e altri enti privati.

<sup>40</sup> EPIDENDIO, *La Confisca*, in *Diritto Penale delle Società* (a cura di CANZIO, CERQUA, LUPARIA), Milano, 2016, Parte VI Il trattamento sanzionatorio, Capitolo XXV, p. 632 e ss., osserva: *"...se la pericolosità della cosa è da intendersi, non come attitudine a produrre di per sé un danno, ma come concetto relazionale, in forza del quale deve essere valutata in rapporto al soggetto che la possiede, non vi sono ragioni per non riconoscere, analogamente a quanto già fatto in relazione all'art. 240 c.p., la natura di «misura di sicurezza» anche alla confisca ex art. 2641 c.c."*.

<sup>41</sup> DI VIZIO, *Sequestri e confische degli illeciti di market abuse e dei delitti di infedeltà informativa*, Coordinamento del Gruppo di Lavoro nel corso "Mercato Finanziario e Diritto Penale", Scuola Superiore della Magistratura, Università La Sapienza, Roma, 27—29 maggio 2019.

<sup>42</sup> Cass. Pen., Sez. V, del 26 maggio 2017.

<sup>43</sup> Cass. Pen., Sez. V, 18 febbraio 2021, n. 6391, in parziale accoglimento del ricorso promosso dal condirettore *pro tempore* della Banca Popola di Bari, ha annullato,

### **7. Il diritto a non autoincriminarsi (*nemo tenetur se detegere*)**

Il rapporto tra l'ostacolo alle funzioni di vigilanza e il riconoscimento del diritto a non autoincriminarsi, sulla base del principio di derivazione penale *nemo tenetur se detegere*, ha recentemente spinto la Corte Costituzionale a proporre un rinvio pregiudiziale nei confronti della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Al riguardo, come descritto nei paragrafi che precedono, i poteri di *detection* e di indagine<sup>44</sup> riconosciuti alla Consob si traducono spesso in un illecito amministrativo oltreché in una violazione penale, nel caso in cui i destinatari non evadano le specifiche richieste avanzate dalla menzionata Autorità.

Del resto, anche il diritto a non autoincriminarsi trova legittimazione sia in norme nazionali che sovranazionali<sup>45</sup>, ragion per cui la Corte di Giustizia è stata chiamata a decidere se il diritto a non autoincriminarsi valga anche per le autorità di vigilanza e se, nel caso specifico, un soggetto sospettato di aver posto in essere una condotta di *market abuse* possa far valere il diritto di non rispondere alle domande poste dalle stesse Autorità<sup>46</sup>.

In merito, la Corte di Strasburgo si è espressa riconoscendo il diritto al silenzio per quelle persone fisiche sottoposte ad un procedimento sanzionatorio amministrativo nel caso in cui le proprie dichiarazioni possano rivelarsi autoaccusatorie in ordine a responsabilità concernenti un illecito punibile con sanzioni amministrative aventi carattere penale ovvero a responsabilità penale<sup>47</sup>.

### **8. La legittimazione a costituirsi parte civile dei soggetti diversi dalle Autorità di Vigilanza**

La legittimazione a costituirsi parte civile in procedimenti attinenti il reato di cui all'art. 2638 c.c. da parte di soggetti diversi da Banca d'Italia e Consob, viene promossa nell'ambito del procedimento Bim – Veneto Banca, ove il Giudice dell'Udienza Preliminare ha ammesso anche quei soggetti che avrebbero subito dei "*danni mediati*" dalle commissioni della fattispecie in rassegna<sup>48</sup>.

---

con rinvio, l'ordinanza del Tribunale di Bari che disponeva il sequestro per equivalente sui beni di sua proprietà. Ciò per non aver preliminarmente vagliato la possibilità di rinvenire, in via diretta, i beni strumentali al reato in seno al citato istituto, nel cui interesse e a vantaggio del quale erano stati commessi i reati, in evidente violazione del principio di sussidiarietà che regola i rapporti tra il sequestro diretto e per equivalente.

<sup>44</sup> Come previsto dall'art. 187-*octies* c.1 TUF.

<sup>45</sup> Art. 24 c.2, Cost., art. 47 CDFUE, art. 6 CEDU e art. 14 PIDCP.

<sup>46</sup> In deroga a quanto disposto dall'art. 187-*octies* c.1 TUF.

<sup>47</sup> CGUE, Grande Sezione, sentenza 2 febbraio 2021, C-489/19, D.B. c. CONSOB

<sup>48</sup> Ordinanza del 12 dicembre 2020 del Tribunale di Treviso, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari.

In particolare, è stata posta l'attenzione sulla *"non coincidenza tra persona offesa e soggetti danneggiati dal reato"*, che non è *"in alcun modo ostativa al riconoscimento anche in capo a questi ultimi di un diritto risarcitorio, purché venga accertata la produzione nella sfera giuridica degli stessi di un danno ascrivibile, secondo le regole della causalità umana, alla condotta del soggetto attivo del reato"*.

Viene previsto, inoltre, che laddove il bene giuridico tutelato dalla norma in commento riguardi un determinato interesse pubblico, non sia esclusa la possibilità *"che anche interessi privati possano essere lesi o compressi dalla violazione della norma incriminatrice, giustificando, di conseguenza, la costituzione di parte civile nel processo penale di chi di tali interessi è portatore"*. Vieppiù, la rappresentazione non veritiera della situazione economico-patrimoniale della banca sarebbe stata *"idonea a trarre in inganno i risparmiatori e gli investitori, in particolare comunicando alle Autorità di controllo un ammontare del Patrimonio di Vigilanza difforme dal vero, ledendo così la fiducia dei risparmiatori e la loro libertà negoziale"*<sup>49</sup>.

L'ordinanza, infine, ammette la costituzione di parte civile anche avuto riguardo alla fattispecie prevista dall'art. 173 bis D.Lgs. 58/1998 (Falso in prospetto), poiché *"fattispecie a consumazione istantanea produttiva di effetti idonei a protrarsi nel tempo"*, estendendo tale possibilità anche a coloro che *"pur non avendo aderito all'aumento di capitale, si sia determinato ad acquistare azioni in epoca poco successiva, basando (e provando) le proprie valutazioni di convenienza dell'operazione sul prospetto informativo medesimo"*.

---

<sup>49</sup> MEAZZA, *Legittima la costituzione di parte civile dei risparmiatori per l'ostacolo alle funzioni di vigilanza e per il falso in prospetto*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020.