

## Il Merito

---

### Reati societari

#### La decisione

**Reati societari - Ostacolo alle funzioni di vigilanza - Elemento oggettivo - Occultamento contratto di *mandate agreement* concluso - Reato - Sussistenza - Momento consumativo - Fattispecie** (C.c., art. 2638, co. 2).

*In tema di ostacolo alle funzioni di vigilanza, integra l'ipotesi di cui all'art. 2638, co. 2, c.c. l'aver celato alla conoscenza degli organi di vigilanza l'esistenza del Mandate Agreement, riposto all'interno di una cassaforte e non esibito nel corso delle ispezioni degli organi suddetti (In particolare, nel caso in esame il Collegio, ricondotto il fatto contestato all'interno dell'art. 2638, co. 2, c.c., ha ritenuto che la conservazione di tale documento all'interno della cassaforte del Direttore Generale e la sua mancata ostensione nel corso delle ispezioni che si erano susseguite fra il 2010 ed il 2012, abbia determinato una lesione all'esercizio dell'attività di vigilanza, non consentendo di acquisire diretta conoscenza né del contratto sottoscritto né dei suoi contenuti, aventi ad oggetto, in particolare, la realizzazione di un collegamento finanziario e giuridico tra le operazioni di investimento in BTP trentennali e la ristrutturazione del veicolo Alexandria, realizzate da MPS tutte con controparte Nomura).*

TRIBUNALE DI SIENA, 29 gennaio 2015 (ud. 31 ottobre 2014) - GRASSI, *Presidente* - GARRAPA, *Estensore* - GROSSO, NASTASI, NATALINI *P.M.* (parzialmente conformi) - Baldassari e altri, imputati.

#### Il commento

#### **Il reato di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza: osservazioni sulla nozione di ostacolo e sul momento consumativo del reato**

1. La sentenza che si commenta appare particolarmente interessante per una pluralità di ragioni.

Anzitutto per la rilevanza "sociale" dei fatti considerati, giungendo a mettere un, forse primo, punto fermo nel capitolo relativo alle vicende giudiziarie che hanno coinvolto uno dei più grandi operatori bancari a livello nazionale, e relativo ad operazioni finanziarie e speculative da questi poste in essere.

Non è, tuttavia, certo questa la sede, anche in ragione del carattere non ancora definitivo della pronuncia nei cui confronti è stato immediatamente preannunciato l'appello, per esprimere valutazioni in ordine alla natura ed alla tipo-

logia di tali operazioni.

Avvicinandoci al tema di queste osservazioni, la pronuncia in analisi offre lo spunto per soffermarsi sulla disciplina dei reati societari e, in particolare, su quello di cui all'art. 2638 c.c., facendosi particolarmente apprezzare per la puntualità con cui vengono affrontate e risolte le questioni poste all'attenzione del Collegio senese, sia in fatto relative, in particolare, alla ristrutturazione del veicolo Alexandria ed alla sottoscrizione di un *Mandate agreement* con Nomura, che in diritto.

Ed allora, senza voler indagare le implicazioni civilistiche delle operazioni realizzate quanto ai profili di invalidità negoziale, ove esistenti, non ci si può esimere dall'offrire sin da ora al lettore una pur sommaria descrizione, in punto di fatto, dei principali aspetti della vicenda scrutinata dal Tribunale toscano, rinviando alla lettura del testo integrale del provvedimento al fine di una più analitica ricostruzione degli accadimenti; quindi, ci si soffermerà sulla struttura della norma incriminatrice di riferimento.

**2.** La vicenda ha ad oggetto la complessa operazione finanziaria posta in essere tra la Banca Senese e la controparte Nomura, suggellata dalla sottoscrizione del *Mandate Agreement*, il quale costruisce - si legge in sentenza - «il collegamento negoziale ed economico tra la ristrutturazione del veicolo Alexandria e l'operazione BTP 2034».

In particolare, la ristrutturazione del veicolo Alexandria - che nell'anno 2009 vantava una perdita di circa 220 milioni di euro in quanto uno strumento sottostante era collegato all'andamento dei mutui *subprime* americani - prevedeva la sostituzione delle obbligazioni strutturate acquistate da Alexandria con altre obbligazioni, emesse da altro soggetto; tale operazione di ristrutturazione, poi, era a sua volta collegata ad altre tre operazioni finanziarie.

In base alle pattuizioni contenute nel *Mandate*, infatti, la Banca toscana si impegnavo a conferire mandato a Nomura di organizzare l'emissione delle altre obbligazioni che avrebbero dovuto sostituire quelle già acquistate; quindi, in relazione a tale ristrutturazione, il mandante si impegnavo a sottoscrivere una operazione di pronti contro termine (*Long term repo*) ed una operazione di *Asset Swap* per l'acquisto di BPT 2034, unitamente alla concessione di una linea di credito irrevocabile per tre miliardi di euro fino al 2040 (*repo facility*). Più nel dettaglio, in un primo momento Nomura avrebbe proceduto all'acquisto di BTP tramite quaranta diverse operazioni per un valore complessivo di 3,05 miliardi di euro, che erano, quindi, venduti ad MPS (tramite una operazione di *asset swap transaction*).

La banca toscana, tuttavia, non avrebbe dovuto corrispondere immediata-

mente il valore dei titoli acquistati, essendo prevista liquidazione differita; alla data indicata per la liquidazione dei BTP acquistati, infatti, Nomura finanziava, attraverso il contratto pronti contro termine, MPS, ricevendo le obbligazioni BTP 2034 in precedenza dalla stessa acquistate, con impegno a riacquistare i titoli al loro valore nominale dopo trentacinque anni.

Il rischio connesso a tale operazione era, infine, garantito con una linea di credito a Nomura dell'importo di tre miliardi di euro fino al 2040.

Tale operazione, peraltro, - evidenzia il Collegio - sarebbe stata attuata alla sola condizione in cui tra le parti fosse trovato un accordo circa il corrispettivo in favore di Nomura (*settlement value*) per avere predisposto la sostituzione delle obbligazioni; in caso contrario l'operazione si sarebbe conclusa mediante un accordo economico differente che prevedeva l'acquisto di titoli al 2039 (BTP 2039, cioè degli *asset swap* sostitutivi con scadenza di 5 anni successiva all'operazione BPT 2034).

Due precisazioni: si tratta, come correttamente evidenziato dal Tribunale, di un mandato *in rem propriam* atteso che la mandataria aveva un interesse diretto in siffatta operazione sol che si pensi che Mps non solo aveva assunto l'obbligo di avere come controparte Nomura ma anche di negoziare con la stessa mandataria l'operazione di ristrutturazione attraverso *asset swap* ovvero, in caso di mancato accordo in ordine al corrispettivo per la ristrutturazione, *asset swap* sostitutivi al 2039.

Infine, in punto di fatto, tale accordo, nonostante le due ispezioni che si sono succedute fra il 2010 ed il 2012, è rimasto nascosto all'interno di una cassaforte del direttore generale per circa tre anni dalla sua sottoscrizione.

Questa, in sintesi, è la materia su cui i Giudici toscani sono stati chiamati a confrontarsi, e che ha condotto il Tribunale toscano alla affermazione della responsabilità penale degli imputati, ancorché previa riqualificazione del fatto contestato nell'editto di accusa del Pubblico Ministero.

Una indicazione, per così dire, di metodo.

Sono, per vero, molteplici gli spunti di riflessione che possono ricavarsi da tale pronuncia, a principiarsi dalla stessa operazione di riqualificazione del fatto operata in sentenza.

E tuttavia, l'elevato tecnicismo che contraddistingue la materia impone di circoscrivere le brevi considerazioni che seguono solo ad alcuni degli aspetti affrontati all'interno del corposo apparato motivazionale.

Ed infatti, ferma l'indubbia valenza economica del *Mandate Agreement* ci si soffermerà in questa sede sulla nozione di ostacolo e sul momento consumativo del reato, cercando di valutare, percorrendo tali snodi argomentativi, l'*iter* motivazionale seguito dal Tribunale toscano.

Prima di tutto, però, quasi seguendo lo stesso ordine espositivo della sentenza in commento, è bene soffermarsi sulla norma incriminatrice di riferimento.

3. Ben può ritenersi che, con riferimento all'esegesi della disposizione, la sentenza in esame si inserisca nel solco dell'elaborazione giurisprudenziale consolidata.

Interessata dalla modifica legislativa attuata con il d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61 - "rea", secondo parte della dottrina, del fatto «... che alla devastante modifica del reato di false comunicazioni sociali, ha accostato una bagatellizzazione dei reati posti a tutela del capitale sociale e di non pochi abusi degli organi di gestione e di controllo...»<sup>1</sup> - la disposizione di cui all'art. 2638 c.c. non sembra

---

<sup>1</sup> Così, testualmente, SEMINARA, *I reati societari*, in *Società*, 2013, 1111. MEZZETTI, *I reati societari*, in AMBROSETTI, MEZZETTI, RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, 194, Bologna, 2013, evidenzia che la riforma del 2002, condivisibile nell'intento sistematico di procedere ad una razionalizzazione della materia riconducendo nell'alveo dell'art. 2638 c.c. le fattispecie incriminatrici relative ai soggetti che operano nei mercati, pone, ciò nondimeno, perplessità. In disparte le considerazioni in ordine alla collocazione del norma incriminatrice nel codice civile, l'Autore evidenzia il fatto che la riforma, pur mossa da uno scopo di omogeneizzazione, ha comunque inserito altre fattispecie incriminatrici nonché, quanto alla tecnica legislativa, si evidenzia la genericità del riferimento alla pubbliche autorità di vigilanza, non realmente in grado di selezionare i soggetti la cui funzione è oggetto di tutela.

A riguardo, tuttavia, deve evidenziarsi che a differenza del previgente art. 134 d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, la formulazione dell'art. 2638 «è stata dettata soprattutto dall'esigenza di natura tecnico-sistematica di ampliarne il riferimento, stralciando il reato dall'ambito esclusivo della vigilanza effettuata dalla Banca d'Italia per inserirlo nel quadro più ampio delle "funzioni delle autorità di vigilanza", comprendendo così anche le comunicazioni alla Consob e ad altre autorità pubbliche», così Cass., Sez. V, 11 marzo 2004, Bernardini, in *Mass. Uff.*, n. 229192, la quale ha altresì evidenziato che «sussiste successione di leggi meramente modificativa, ex art. 2, comma terzo, cod. pen., tra la fattispecie di cui all'art. 134 d.lgs. n. 385 del 1993 e quella contenuta nell'art. 2638 cod. civ., introdotta dal d.lgs. n. 61 del 2002, in quanto la nuova normativa non ha comportato l'abolizione generalizzata delle anteriori fattispecie criminose, ma soltanto la successione di nuove norme incriminatrici che hanno parzialmente modificato il contenuto delle fattispecie di reato, allargando l'ambito della punibilità e modificando l'entità della pena. Ne deriva che ai fatti commessi nella vigenza dell'art. 134 d.lgs. n. 385 del 1993 è applicabile la disciplina contenuta nel vigente art. 2638 cod. civ., che prevede un trattamento più favorevole. In applicazione di tale principio la S.C. ha ritenuto integrata la fattispecie, di cui al vigente art. 2638 cod. civ., nella condotta - già sanzionata dal previgente art. 134 succitato - di colui che, nella qualità di direttore di Banca, abbia comunicato alla Banca d'Italia fatti non veri, omettendo di indicare perdite conseguenti ad una data operazione, al fine di ostacolare, e di fatto ostacolando, l'esercizio delle funzioni di vigilanza. In motivazione la S.C. ha, altresì, evidenziato che, sul piano strutturale, sia la norma previgente che quella vigente descrivono un reato di pericolo che ha per oggetto l'esposizione, da parte dell'autore, di fatti materiali non rispondenti al vero, [ancorché oggetto di valutazione] sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria dei sottoposti alla vigilanza, che nel testo previgente era prevista l'omissione mediante "nascondimento", la quale costituisce un'ipotesi di "omissione fraudolenta", prevista nel nuovo testo ed, infine, che comune alle ipotesi contemplate nelle due fattispecie è l'elemento soggettivo costruito come un'ipotesi di dolo specifico.

Si veda, però, anche Id., Sez. VI, 24 ottobre 2005, Greco, *ivi*, n. 232849, secondo cui «l'omessa segnalazione all'Ufficio italiano cambi (UIC) di un'operazione sospetta da parte del responsabile di un istituto bancario, punita quale illecito amministrativo dalla legge 197 del 1991, non rientra tra le ipotesi di reato

aver “risentito” della nuova temperie culturale avviata con la stagione delle riforme del diritto societario negli anni 2002 e 2003, mossasi, inequivocabilmente, in una nuova dimensione della vita sociale, in cui ad assumere preminente rilievo è l'autonomia della amministrazione societaria, il carattere eminentemente privatistico degli interessi coinvolti e, di conseguenza, quello per lo più domestico dei sistemi di controllo.

Tanto la dottrina<sup>2</sup> quanto la giurisprudenza<sup>3</sup> concordano, infatti, nel ritenere che la disposizione in esame individui nel regolare svolgimento delle funzioni di vigilanza il bene giuridico tutelato.

Più in particolare, ancorché con differenti declinazioni e sfumature evidenziate in dottrina<sup>4</sup>, non pare potersi dubitare che la disposizione in esame abbia ad oggetto la tutela di interessi a vocazione pubblicistica<sup>5</sup>, salvaguardati, in via preventiva, attraverso la previsione di obblighi informativi la cui lesione assu-

di cui all'art. 2638 cod. civ. (ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza)», ciò in quanto, ad avviso del Giudice di Legittimità la previsione normativa da ultimo citata è posta a tutela della funzione amministrativa di vigilanza tipica attribuita alle autorità pubbliche, tra le quali non può farsi rientrare l'UIC, atteso che tale soggetto svolge - in particolare attraverso il sistema delle segnalazioni, ad opera di intermediari finanziari, imprese o liberi professionisti, di operazioni sospette - funzioni di prevenzione e contrasto, sul piano finanziario, del riciclaggio e dell'usura, che non hanno tuttavia ad oggetto immediato il controllo di tali soggetti.

Deve, infine, rilevarsi che la pur auspicata razionalizzazione dell'impalcatura normativa è stata smentita dallo stesso Legislatore che nel 2005 ha introdotto due ipotesi di ostacolo alle funzioni di vigilanza, dapprima con la l. 18 aprile 2005, n. 62, interpolando il d.lgs. n. 58 del 1998 relativa alla Consob; quindi con il d.lgs. 7 settembre 2005, n. 205, n. 209, art. 306 quanto alle funzioni dell'ISVAP.

<sup>2</sup> Si veda, in tal senso, MEZZETTI, *I reati societari*, cit., 195, nonché MESSINA, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza*, in CANZIO, CERQUA, LUPARIA, *Diritto penale delle società*, I, Padova 2014, 556.

<sup>3</sup> Si veda Corte d'app. Milano, Sez. II, 14 luglio 2010, X., in *Foro Ambr.*, 2010, 2, 223 secondo cui «Nel caso in cui il contenuto delle comunicazioni previste per legge alle autorità di pubblica vigilanza (Consob), a cui fa riferimento l'art. 2638, comma 1, prima parte c.c., sia il medesimo di comunicati stampa attraverso i quali si è commesso l'agiotaggio, il reato di ostacolo all'esercizio delle funzioni della Consob, che tutela il corretto svolgimento dell'attività di vigilanza, non può ritenersi assorbito dal reato di agiotaggio, che protegge la corretta formazione sul mercato del prezzo dello strumento finanziario, stante la diversità del bene giuridico tutelato»; si veda anche Cass., Sez. V, 28 settembre 2005, P.G. in proc. Mangiapane ed altri, in *Cass. pen.*, 2006, 1398 nonché Id., Sez. V, 8 novembre 2002, Secchiero, in *Mass. Uff.*, n. 224113 e in *Dir. pen. proc.*, 2003, 428. (Nella specie, la Corte ha precisato che sicuramente i piani delle due condotte delittuose si intersecano, posto che l'attività di vigilanza è strumentale al bene giuridico protetto dal reato di agiotaggio, vale a dire la corretta formazione del prezzo del titolo, ma, al più, sarà ravvisabile tra i due reati il vincolo della continuazione, ex art. 81 cpv. c.p., nonché l'aggravante del nesso teleologico di cui all'art. 61, n. 2, c.p.).

<sup>4</sup> Si veda, in particolare, MUSCO, *I nuovi reati societari*, Milano, 2004, 277, BARTOLO, *I reati di false comunicazioni sociali*, Torino, 2004, 150, SANTORIELLO, *Il nuovo diritto penale delle società*, Torino, 2003, 347. Tale dottrina, pur giungendo come si diceva a conclusioni sostanzialmente analoghe ad analoghe, ha ritenuto alquanto generica l'individuazione del bene giuridico tutelato nella correttezza dei rapporti tra ente controllato ed ente controllante, ritenendo che esso vada più correttamente identificato nella funzione di controllo dell'autorità pubblica di vigilanza.

<sup>5</sup> Si veda anche, CRISTIANI, *Diritto penale delle società e del credito*, Torino, 2003, 205.

me rilevanza penale anche a prescindere dall'effettiva lesione di un interesse di tipo privatistico, che come evidenziano i Giudici nella pronuncia in esame, viene in rilievo in via indiretta ed eventuale<sup>6</sup>.

Conferma ciò la differente (e più mite) tutela approntata dall'art. 2625 c.c., in tema di impedito controllo, la quale assolve alla differente funzione, conformemente allo spirito che ha animato la riforma del diritto societario di cui si diceva, di un controllo societario interno (*rectius*: privatistico)<sup>7</sup>.

Ed in tale solco, dunque, si inserisce pienamente la sentenza in commento laddove evidenzia che «le condotte sanzionate dalla fattispecie incriminatrice di cui all'art. 2638 c.c. [...] esauriscono il loro rilievo nella dialettica tra ente controllato ed autorità di controllo potendo attingere solo in via indiretta ed eventuale i patrimoni di soggetti terzi»<sup>8</sup> e, più nello specifico, che «il bene giuridico tutelato appare identificabile con il corretto esercizio delle funzioni di vigilanza delle autorità pubbliche cui è affidato il controllo di singoli segmenti del mercato finanziario e, dunque, consiste nella correttezza dei rapporti tra soggetto vigilato ed ente vigilante».

A siffatta ricostruzione del bene giuridico tutelato fa da *pendant* la struttura dell'illecito tracciata dall'art. 2638 c.c. che, costruita in entrambi i casi quale ipotesi di reato proprio, individua due ipotesi delittuose collocate al primo ed al secondo comma: reato di pericolo l'ipotesi disciplinata al primo comma, di danno quella di cui al comma successivo.

Andando con ordine, il primo comma disciplina l'ipotesi di false comunicazioni all'autorità di vigilanza, a sua volta realizzabile, rispettivamente, attraverso l'esposizione nelle comunicazioni previste dalla legge di fatti materiali non rispondenti al vero (ancorché oggetto di valutazione) sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria ovvero con occultamento (che si connota per la natura fraudolenta dei mezzi con cui lo stesso viene realizzato) di fatti che, concernenti la medesima situazione, avrebbero dovuto essere comunicati.

Accomunate dal dolo specifico di ostacolare l'esercizio delle funzioni di vigilanza, entrambe le previsioni individuano, come detto, un reato di pericolo (concreto), di cui in dottrina<sup>9</sup> si è sottolineato il *deficit* di determinatezza: anzitutto, in ragione del fatto che, se pur si volesse ritenere sufficiente determinata

---

<sup>6</sup> Si veda MESSINA, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza*, cit., ALESSANDRI, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza*, in *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di ALESSANDRI, Milano 2002, 225.

<sup>7</sup> In tal senso, MEZZETTI, *I reati societari*, in AMBROSETTI, MEZZETTI, RONCO, *op. cit.*

<sup>8</sup> Sul punto, si veda, in particolare, MESSINA, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza*, cit., e segnatamente, 556, in nota n. 15.

<sup>9</sup> MESSINA, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza*, cit.

la previsione nella parte in cui individua quale oggetto materiale della condotta l'esposizione di fatti materiali non rispondenti al vero nelle «comunicazioni alle predette autorità previste in base alla legge», con riferimento alla ipotesi di occultamento di fatti che avrebbero dovuto essere comunicati ben più difficile è l'individuazione della fonte di tale obbligo.

A riguardo si è, in maniera critica<sup>10</sup>, evidenziato correttamente che, così facendo, si finirebbe con l'assegnare alle Autorità indicate nella disposizione il ruolo di veri e propri legislatori, concorrendo a definire, quando non a creare, gli obblighi di comunicazioni<sup>11</sup> di guisa che – per dirla proprio con le parole del Collegio senese – financo «la stessa richiesta formulata dall'autorità di vigilanza, nella legittima applicazione dei poteri e delle prerogative ad essa conferiti *ex lege*, ha una valenza selettiva del dato da comunicare sotto il profilo oggettivo che, in ogni caso, deve attenere alla situazione economica patrimoniale o finanziaria del soggetto vigilato, quanto alla prospettazione del solo primo comma»<sup>12</sup>.

V'è, infine, proprio con riferimento alla condotta di occultamento (oggetto di contestazione nel caso di specie), il carattere scarsamente preciso con riferimento alla necessità dei mezzi fraudolenti<sup>13</sup>, tale da indurre «anche a ripensare

<sup>10</sup> SANTORIELLO, *Il nuovo diritto penale delle società*, cit.

<sup>11</sup> La giurisprudenza, per vero, pare essere consapevole di tale attrito con i principi di tassatività; forse proprio a tale scopo, infatti, si deve l'interpretazione e la lettura del fatto rilevante e del conseguente obbligo di ostensione sotto la duplice lente sia della rilevanza per la situazione economica, patrimoniale o finanziaria sia della *pertinenza* all'interpello dell'ente di controllo.

In tal senso, si veda, Cass., Sez. VI, 9 novembre 2010, Alma e altri, in *Mass. Uff.*, n. 248821, nonché in *Cass. pen.*, 2011, 2761 secondo cui «ai fini della sussistenza del reato di ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza mediante l'occultamento di fatti, è non solo necessario che gli stessi siano rilevanti per la situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società e che la loro comunicazione sia effettivamente pertinente all'interpello dell'ente di vigilanza, ma altresì che la condotta sia corredata dal ricorso a mezzi fraudolenti e non si risolva nel mero silenzio sulla loro esistenza».

<sup>12</sup> Con tale inciso, il Collegio pare aderire a quell'orientamento dottrinale che, nel tentativo di perimetrare i confini di tale obbligo, ha in alcuni casi fatto riferimento alle sole comunicazioni previste dalla legge o a quelle trasmesse su specifica richiesta dell'organo di vigilanza medesimo: in tal senso ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia. Reati societari e reati in materia di mercato finanziario*, Milano, 2008, 188; ancora SCANO, *Falso penale e nullità civile nella redazione del bilancio alla luce della riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, 465.

<sup>13</sup> Nonostante la costruzione della disposizione sembri evocare una condotta omissiva, la stessa pare più correttamente caratterizzarsi per l'esistenza di comportamenti attivi, caratterizzati, sotto il profilo modale del fatto, dal ricorso a mezzi fraudolenti utili a raggiungere l'obiettivo di occultamento di fatti che avrebbero dovuto essere comunicati.

Non a caso, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che la stessa possa «considerarsi omissiva solo nel senso che si risolve complessivamente in un'omissione di comunicazione di fatti rilevanti ai fini dell'esercizio dell'attività di sorveglianza e perciò destinati ad essere comunicati»; cfr. Cass., Sez. VI, 13 gennaio 2006, Marino, in *Mass. Uff.*, n. 234533; ciò in quanto, in sostanza, le connotazioni modali del fatto tipico, postulando l'esistenza di mezzi fraudolenti, concorrono a selezionare le condotte rilevanti le quali hanno un contenuto attivo.

al coordinamento tra le due ipotesi tipiche dell'art. 2638, co. 1, c.c.), atteso che ci si può fondatamente domandare «se la norma richieda o meno, sebbene in forma implicita, il riscontro di analogo requisito di insidiosità della condotta di esposizione di fatti materiali non rispondenti al vero al fine di colmare il *deficit* di tassatività-determinatezza»<sup>14</sup>.

La giurisprudenza, dal canto suo, riconnette la responsabilità ai sensi dell'art. 2638 c.c. qualora sia possibile ravvisare tre elementi dati dalla esposizione di fatti materiali rilevanti non rispondenti al vero, dall'occultamento anche parziale di fatti con mezzi fraudolenti, e, infine, dal valutazione in termini di pertinenza e rilevanza della richiesta con le funzioni dell'organo di vigilanza<sup>15</sup>; siffatta interpretazione appare, forse, quella più convincente atteso che, se da un lato consente di non dilatare eccessivamente l'area degli obblighi di comunicazione penalmente rilevanti, dall'altro soddisfa l'esigenza di ricomprendere tutte quelle comunicazioni, di contenuto non necessariamente predeterminabile *ex ante*, ma che possano *ex post* ostacolare l'esercizio delle funzioni di

---

Si veda anche Id., Sez. V, 10 marzo 2015, Penocchio, *ivi*, n. 262629, secondo cui «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 delle gestione delle società professionistiche di calcio». Si veda, tuttavia, Id., Sez. VI, 9 novembre 2010, in *Cass. pen.*, 2011, 2759, secondo la quale «ai fini della sussistenza del reato di ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza mediante l'occultamento di fatti non è solo necessario che gli stessi siano rilevanti per la situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società e che la loro comunicazione sia effettivamente pertinente all'interpello dell'ente di vigilanza, ma altresì che la condotta sia corredata dal ricorso a mezzi fraudolenti e non si risolva nel mero silenzio sulla loro esistenza».

Pur tuttavia, ciò che pare attribuire rilevanza anche alla mera inerzia è proprio l'inciso contenuto nel secondo comma della disposizione in analisi laddove, nello stabilire l'equiparazione *quoad poenam* fra l'esposizione di fatti non veri od il fraudolento occultamento, da un parte, e la causazione dell'ostacolo alle funzioni di vigilanza, dall'altra, prevede che questo possa realizzarsi «in qualsiasi forma, anche omettendo le comunicazioni dovute alle predette autorità».

In dottrina si veda MESSINA, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza*, cit., 572, che esalta la funzione del dolo specifico, quale elemento soggettivo comune ad entrambe le modalità alternative della condotta, ai fini dell'individuazione di condotte attive ed omissive penalmente rilevanti.

<sup>14</sup> Cfr. MESSINA, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza*, cit., 571 nonché, segnatamente, note 61 e 62.

<sup>15</sup> In dottrina, si rinvia a AMATI, MAZZACUVA, *Diritto penale dell'economia*, Padova, 2010, 197 ss.; Cass., Sez. VI, del 13 gennaio 2006, Marino, in *Mass. Uff.*, n. 234533, nonché in *Foro it.*, 2008, 49, ove si è ritenuto che «integra il reato di cui all'art. 2638 c.c. (Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza), la condotta del presidente di un istituto di credito soggetto alla vigilanza che invii alla Banca d'Italia una nota, ancorché successiva all'ispezione, contenente controdeduzioni al verbale ispettivo, con la quale si espongano fatti materiali, oggetto di valutazioni, non rispondenti al vero – nella fattispecie consistenti nelle condizioni economiche e finanziarie che si riflettono sulle previsioni di perdite di un'azienda sottoposta a sequestro di prevenzione – considerato che si tratta di comunicazione pertinente e rilevante al fine dell'esercizio della funzione di vigilanza e che alla falsità dei fatti esposti consegue l'ostacolo alla vigilanza stessa».

vigilanza<sup>16</sup>.

In tal senso, allora, la sentenza in commento pare inserirsi a pieno titolo nel filone giurisprudenziale appena richiamato atteso che, nell'annoverare il *Mandate Agreement* fra i fatti che avrebbero dovuto essere comunicati ne ha correttamente posto in risalto la sua rilevanza, in ragione proprio del contenuto negoziale da questo presentato, ai fini dell'esercizio dell'attività di vigilanza, destinato, dunque, quasi ontologicamente, a dover essere comunicato<sup>17</sup>: lo

---

<sup>16</sup> Si veda diffusamente MESSINA, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza*, cit., nonché FOFFANI, art. 2638 c.c. in *Comm. breve leggi pen. compl. Palazzo, Paliero*, Padova, 2003, 1912.

<sup>17</sup> Riprendendo quanto già evidenziato nel testo, il reato di false informazioni all'Autorità di vigilanza al fine di ostacolarne l'attività è un reato di condotta e di pericolo concreto che si perfeziona con il compimento delle azioni descritte nella fattispecie quali l'esposizione di fatti materiali non rispondenti al vero o l'occultamento con mezzi fraudolenti di fatti che avrebbero dovuto essere comunicati: cfr. nella giurisprudenza di merito Trib. Milano, Sez. III, 25 febbraio 2013, Ruggiero ed altri, in *Dir. pen. comp.* 5 marzo 2013, con nota BELL.

A riguardo, a ben vedere, il vero *punctum pruriens* della disposizione in analisi non è tanto l'individuazione delle comunicazioni rilevanti, quanto della condotta materiale, atteso che tutt'altro che agevole è ravvisare la "non corrispondenza al vero" dei fatti dichiarati in ordine alla situazione economica, patrimoniale e finanziaria, questo dovendo essere il parametro con il quale compiere una difficile *actio finium regundorum* tra ciò che è in grado di assurgere campo del penalmente rilevante e ciò che vi rimane estraneo.

In particolare, coerentemente con i criteri sopra indicati, la giurisprudenza di legittimità, affermata la sostanziale integrale corrispondenza dell'attuale espressione con quella «fatti non corrispondenti al vero» contenuta nell'abrogato art. 134 d.l. n. 385 del 1993, ha escluso dal perimetro della punibilità le opinioni, le previsioni o le congetture prospettate come tali, cioè quali apprezzamenti di carattere squisitamente soggettivo: cfr. Cass., Sez. V, 28 settembre 2005, P.G. in proc. Mangiapane ed altri, cit., nonché Id., Sez. V, 7 dicembre 2012, P.G. in proc. Consorte e altri, *ivi*, n. 254063 nonché in *Cass. pen.*, 2013, 4113, con nota di PAOLONI, *Osservazioni a Cass. Pen., sez. V, n. 49362, 7 dicembre 2012*. In dottrina, CARACCIOLI, *La riforma del falso in bilancio e i rapporti con i reati tributari*, in *Il Fisco*, 2002, 2656.

La questione si pone, tuttavia, in termini ben più complessi con riferimento all'esposizione di fatti materiali che, comunque, presuppongono od implicano un contenuto valutativo: cfr. LANZI, CADOPPI, *I nuovi reati societari*, Padova, 2002, 184.

Si veda, ancora, SCIUMBATA, *I reati societari*, in *La riforma del diritto societario*, Milano, 2002, 7, ad avviso del quale è comunque necessario ravvisare nell'esposizione in seno al documento societario un fatto non esistente o, comunque, difforme da quanto esposto.

Nel senso che l'innovazione normativa non fosse necessaria, si veda, ancora, FOFFANI, *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di GIARDA e SEMINARA, Padova, 2002, 26; PULITANÒ, *False comunicazioni sociali*, in *Il nuovo diritto penale delle società*, cit., 163; SEMINARA, *False comunicazioni sociali, falso in prospetto e nella revisione contabile e ostacolo alle funzioni delle autorità di vigilanza*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 676.

Ancora, si è evidenziato, cfr. ZANNOTTI, MEYER, *Le false comunicazioni sociali di cui all'art. 134 T.U.L.B.*, in MEYER, STORTONI, *Diritto penale della banca, del mercato mobiliare e finanziario*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, diretto da Bricola, Zagrebelsky, Torino, 2002, 191, che la configurabilità del reato dovrebbe essere valutata «sul piano del rapporto tra falsa rappresentazione economica ed esercizio della vigilanza mirata» configurando «la punibilità del fatto solo ove la situazione economica reale (dell'impresa), correttamente esposta all'organo di controllo, avrebbe imposto l'adozione di adeguate misure di vigilanza prudenziale». Ciò che non persuade appieno di tale tesi, di cui pur si condividono ampiamente gli intenti, è il fatto che, onde ravvisare la non verità dei fatti sembra

stesso infatti avrebbe determinato un collegamento negoziale tra l'operazione BTP e la ristrutturazione del veicolo Alexandria, con la previsione di un compenso a Nomura per la ristrutturazione del titolo, a sua volta legato al *financial value* riconosciuto alla stessa per le operazioni collegate sopra descritte.

La rilevanza, in sostanza, è evidente sol che si consideri che tale operazione avrebbe determinato una differente rappresentazione delle poste attive e, soprattutto, passive in bilancio, e col rischio di determinare, in caso di sua omissione, una seria alterazione delle funzioni di vigilanza.

4. E questa, del resto, era stata l'ipotesi accusatoria avanzata dal Pubblico Ministero che aveva ricondotto i fatti nell'alveo di cui al primo (ed al terzo) comma dell'art. 2638 c.c.

Tuttavia, il Tribunale, ravvisando "l'esistenza di un ostacolo" - per vero già espresso nel capo di imputazione con l'utilizzo dell'espressione "ostacolando le funzioni di vigilanza" - e dunque già consumato l'effettivo impedimento all'esercizio delle stesse, ha ritenuto integrata l'ipotesi di cui al secondo comma dell'art. 2638 c.c., già contestata in fatto nel campo di imputazione formulato.

Facendo seguito all'indicazione metodologica sopra posta, non ci si soffermerà - sia per evidenti ragioni di sintesi imposte dalla sede, sia perché ciò allon-

richiedere quasi una sorta di giudizio controfattuale avente ad oggetto la necessità di ravvisare, in caso di veritiera esposizione dei fatti, l'attivazione di una attività di vigilanza prudenziale.

Si veda, altresì, FRASCHETTI, *Osservazioni a Cass. Sez. V, n. 51897, 4 Luglio 2013*, in *Cass. pen.*, 2014, 4258 secondo cui «nel rispetto del principio di offensività, la sanzione penale possa "scattare" qualora alla condotta insidiosamente decettiva - prevista e punita dall'art. 2638, comma 1, c.c. - faccia seguito, sul piano causale, l'evento naturalistico dell'inganno (*rectius*, dell'induzione in errore) dell'autorità, la quale per tal via incorrerà in quella difficoltà accertativa che permea l'intera fattispecie di reato in questione». Tale tesi, tuttavia, non pare percorribile atteso, qualora sia possibile quale evento naturalistico riscontrare l'induzione in errore dell'autorità, potrebbe ritenersi già perfezionata la fattispecie di cui al secondo comma dell'art. 2638 c.c. e non più la prima.

Si veda, *funditus*, MESSINA, *Op. cit.*, 568 e ss.

Occorre ora chiedersi se il dibattito in ordine all'individuazione dei «fatti materiali non rispondenti al vero» e, ancor di più, del suo, per vero opinabile, inciso «ancorché oggetto di valutazione» sia destinato a trovare nuova linfa per effetto dell'eliminazione di analogo inciso in seno all'art. 2621 c.c., a seguito dell'intervento di ortopedia giuridica eseguito dall'art. 9, co. 1, della L. 27 maggio 2015, n. 69.

La considerazione meriterebbe ben altro approfondimento che, pur tuttavia, ci allontanerebbe dall'oggetto della presente indagine e dalla premessa metodologica che si è sopra svolta.

Quindi, si rinvia su tale aspetto, a quanto diffusamente evidenziato da MUCCIARELLI, «*Ancorché*» *superfluo, ancora un commento sparso sulle nuove false comunicazioni sociali*, in *Dir. Pen. Comp.*, 2 luglio 2015; Id, *Le nuove false comunicazioni sociali: note in ordine sparso*, in *Dir. Pen. Comp.*, 18 giugno 2015 nonché Perini, *I "fatti materiali non rispondenti al vero": harakiri del futuribile "falso in bilancio"?*, in *Dir. Pen. Comp.*, 27 aprile 2015.

In giurisprudenza si veda la recentissima Cass., sez. V, 30 luglio 2015, Crespi ed altri, non massimata.

tanerebbe troppo dal tema di indagine di queste osservazioni – sulle questioni concernenti la riqualificazione del fatto operata dal Collegio, se non per evidenziare la correttezza della soluzione adottata la quale risulta conforme ai principi enucleati sul punto dalla Corte EDU<sup>18</sup>.

Orbene, come si diceva, nel secondo comma dell'art. 2638 c.c. – che si distingue per una simmetria sanzionatoria<sup>19</sup> tra condotte ed ipotesi tra loro eterogenee, disegnata dall'incipit del secondo comma – gli stessi soggetti attivi realizzano l'evento (di ostacolo) che nel primo comma costituiva l'oggetto del dolo specifico.

Il Legislatore sembra quasi voler rimarcare con forza, nella descrizione della condotta, la natura causalmente orientata dell'illecito: sicché, come se non fosse stata già sufficiente la generica forma verbale utilizzata («ne ostacolano le funzioni») la progressione all'offesa<sup>20</sup> al bene giuridico può essere realizzata, recita l'art. 2638, co. 2, c.c., «in qualsiasi forma, anche omettendo le comunicazioni dovute alle predette autorità» con ciò affiancando la sostanziale indeterminatezza della condotta<sup>21</sup> alla indeterminatezza del risultato materiale (di cui non è fornita una più precisa descrizione dell'evento considerato) che questa deve perseguire.

E, in verità, l'ampiezza, quando non la stessa ambiguità della formula, si coglie negli sforzi di dottrina e giurisprudenza protesi a recuperare in qualche modo la compatibilità della previsione sul piano dei principi di tassatività e determinatezza: così da «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», cui è estraneo il carattere di «insuperabilità» o «definitività»<sup>22</sup>, l'ostacolo è descritto in termini

<sup>18</sup> Si veda, senza pretesa alcuna di esaustività, in giurisprudenza Cass. Sez. II, 4 marzo 2015, B. e altro, in *Mass. Uff.* n. 262778 nonché Id., Sez. III, 24 febbraio 2015, P.G. in proc. E L, *ivi*, n. 262911; in dottrina si veda, di recente, CIABALE, *Il contraddittorio sulla riqualificazione giuridica: da garanzia difensiva (nella CEDU), a strumento di legittimazione della prassi (in Cassazione)*, in *Cass. pen.*, 2015, 217; AIUTI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo ed il libero convincimento del giudice di appello*, *ivi*, 2014, 3963, nonché QUATTROCOLO, *Un auspicabile assestamento in tema di riqualificazione del fatto in sentenza*, *ivi*, 2013, 2362.

<sup>19</sup> Si veda diffusamente CORNACCHIA, in *Ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza*, sub art. 2638, in *Commentario del Codice civile. Della società. Dell'azienda. Della concorrenza*, a cura di SANTOSUOSSO, diretto da Gabrielli, Milano, 2014, il quale pone in risalto l'incongruenza derivante tra disvalore d'intenzione e disvalore d'evento, allorché vengono poste sullo stesso piano, equiparate nel trattamento sanzionatorio, le condotte orientate alla creazione di un ostacolo e le condotte che, invece, quell'ostacolo hanno generato.

<sup>20</sup> CORNACCHIA, in *Ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza*, cit.

<sup>21</sup> Sulla tipologia delle comunicazioni dovute si veda D'AMBROSIO, *L'ostacolo alle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza*, in *I reati del Mercato finanziario*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, a cura di DI AMATO, IX, Padova, 2007, 611 e ss. e, segnatamente, 633.

<sup>22</sup> Così, Cass., Sez. V, 7 dicembre 2012, P.G. in proc. Consorte e altri, in *Mass. Uff.*, n. 254063.

di «comportamenti ostruzionistici, o di mancata collaborazione, come l'opposizione ad ispezioni, il ritardo ingiustificato, il comportamento pretestuoso nella trasmissione di documenti ecc.»<sup>23</sup>.

Definizioni che hanno l'evidente obiettivo di contenere la potenziale indiscriminata espansione di una fattispecie «omnivora»<sup>24</sup> e «contenitore»<sup>25</sup> e tese, in maniera condivisibile, ad attribuire rilevanza penale a quelle condotte, attive od omissive, che abbiano «effettivamente provocato un inciampo all'autorità di vigilanza, influenzando in maniera rimarchevole la valutazione dell'autorità, rispetto alle valutazioni da assumere in vista della salvaguardia del bene finale»<sup>26</sup>: un ostacolo, cioè, tale da «sviare, al pari delle comunicazioni obbligatorie falsate o occultate, l'attività di indagine dell'autorità di vigilanza, alterandone i risultati»<sup>27</sup>.

Anche con riferimento a tali aspetti la sentenza si inserisce in maniera decisa nel quadro interpretativo sopra descritto.

Evidenzia il Collegio che le condotte che danno contenuto alla nozione di ostacolo possono essere costituite da un eterogeneo e vasto elenco di ipotesi, sottolinea che non si tratta di ipotesi indeterminate atteso che le stesse devono esser 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 veridiche o complete che avrebbe avuto il diritto di ricevere», afferma, ancora, che l'ostacolo deve sostanziarsi in un «risultato empiricamente tangibile» e - per dirla con le parole della Corte - «acclarabile tramite un giudizio controfattuale», teso a verificare in buona sostanza quale sarebbe stata la condotta che avrebbe tenuto l'autorità di vigilanza in assenza.

Non può dubitarsi, allora, della correttezza della soluzione adottata nella sentenza in commento: l'aver celato, nonostante l'espressa richiesta nel corso dell'attività ispettiva, l'esistenza del *Mandate Agreement*, l'aver occultato il collegamento negoziale che lo stesso creava tra la ristrutturazione del veicolo Alexandria e le ulteriori (tre) operazioni finanziarie a questo sottese nonché,

<sup>23</sup> Si veda, in particolare, MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit.

<sup>24</sup> MARTIELLO, «Market abuse» e profili di responsabilità penale individuale, in *Dir. e prat. soc.*, 2006, 43.

<sup>25</sup> CORNACCHIA, in *Ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza*, cit.

<sup>26</sup> CORNACCHIA, in *Ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza*, cit.

La dottrina parla, altresì, di «non momentaneo e non irrilevante», ALESSANDRI, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza*, cit.; o ancora «grandemente significativo», cfr. TRIPODI, *L'ostacolo alle funzioni di vigilanza della Consob*, in SGUBBI, FONDAROLI, TRIPODI, *Diritto Penale del mercato finanziario*, Padova, 2008, 205.

<sup>27</sup> Così, testualmente, MESSINA, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza*, cit., 576, in nota, n. 86; si veda anche, approfonditamente, CORNACCHIA, in *Ostacolo*, cit., 1133, in nota 93 nonché 1134 e ss.

infine, la stessa equivocità delle informazioni fornite che definivano l'operazione strutturata solo quale *carry trade*<sup>28</sup>, «impropriamente selezionate e centellate dal soggetto vigilato»<sup>29</sup>, ha determinato un evidente ostacolo all'attività di vigilanza, concretatosi in maniera empirica, tangibile e verificabile, alla stregua di un giudizio controfattuale richiamato in sentenza, nella circostanza che all'esito della (seconda) ispezione l'autorità di vigilanza aveva rassegnato le proprie conclusioni sulla scorta di informazioni che evidentemente non contemplavano il *Mandate Agreement* né il *settlement value* e la conseguente incidenza dello stesso sulle poste del bilancio.

Una situazione, tuttavia, che nel momento stesso in cui si verifica ha decretato già la massima lesione al bene tutelato dalla norma, integrando - come correttamente rilevato dal Tribunale - l'ipotesi di cui al secondo comma dell'art. 2638 c.c. essendosi realizzata non solo un turbamento o ritardo all'attività di vigilanza ma una situazione che, sottacendo il contenuto del *Mandate agreement*, l'ha resa di fatto impraticabile<sup>30</sup>.

5. C'è unicamente un passaggio che, nell'ordito motivazione saggiamente costruito dal Collegio, deve essere sottolineato ed è quello relativo al rapporto che sembra postulare tra le due fattispecie descritte dall'art. 2638 c.c.

Invero, sostiene il collegio, «il capo di imputazione - sia che si versi nella logica dell'assorbimento, tipica del criterio di consunzione, sia che ricorrano i presupposti per una applicazione analogica del concorso apparente di norme o quelli del *post factum* non punibile - individua una "interferenza" tra il primo ed il secondo comma dell'art. 2638 c.c. che si sostanzia in una condotta connotata da mezzi fraudolenti [...] tale da realizzare anche l'evento di danno; esso, nella prospettazione esplicitata dalla pubblica accusa nelle memorie depositate costituirebbe, quale *post factum*, elemento valutabile ai fini del trattamento sanzionatorio e, in via graduata, qualora il Tribunale non ritenesse integrato l'estremo dei mezzi fraudolenti l'evento della fattispecie causalmente orientata di cui al secondo comma, riguardo al quale è richiamato anche l'elemento soggettivo».

A riguardo, ciò che non convince del tutto è il riferimento ai criteri

---

<sup>28</sup> Definizione definita, in sentenza, «volutamente incompleta e fuorviante».

<sup>29</sup> Così testualmente si legge in sentenza.

<sup>30</sup> CORNACCHIA, in *Ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza*, cit., evidenzia, altresì, che il concetto di ostacolo si caratterizza per due elementi, la "relazionalità" e la "gradualità". Con il primo termine si fa riferimento all'esistenza di una attività di terzi che viene ostacolata, mentre con il secondo si fa riferimento alla tipologia di «comportamenti ostruzionistici, non collaborativi, dilatori, elusivi» che alternano le funzioni di vigilanza sino a renderla impraticabile.

dell'assorbimento e dell'applicazione analogica del) concorso di norme<sup>31</sup>.

Per vero, tornando alla struttura della disposizione, «la norma» – come si legge nella relazione di accompagnamento al decreto legislativo – «prevede due fattispecie delittuose diverse per modalità di condotta e momento offensivo: la prima centrata sul falso commesso al fine di ostacolare le funzioni di vigilanza; la seconda sulla realizzazione intenzionale dell'evento di ostacolo attraverso qualsiasi condotta (attiva o omissiva)».

Ne dovrebbe discendere, pur condividendo i dubbi che pone una autonoma tipizzazione del delitto di ostacolo alle funzioni di vigilanza, in assenza di una puntuale descrizione dell'evento di ostacolo<sup>32</sup> rispetto alla fattispecie di pericolo, la diversità strutturale delle due ipotesi delittuose e del fatto che la seconda, concepita come reato di danno, ancorché equiparata *quoad poenam* alla prima, possa vantare fra i propri elementi costitutivi le condotte che, in assenza dell'evento di ostacolo nei termini sopra descritti, sarebbero sanzionabili ai sensi del primo comma, senza con ciò far ricorso ai criteri che governano il concorso di norme.

È giunto, quindi, il momento di avviarcì alle battute conclusive.

Prima, tuttavia, sia consentito soffermarsi brevemente su un ultimo aspetto legato al momento consumativo del delitto in esame, di recente peraltro oggetto di dibattito anche nella giurisprudenza di merito<sup>33</sup>.

Orbene, in via generale, già si è detto della diversità strutturale delle due condotte; va da sé che da tale circostanza derivi anche una differenza rispetto al momento consumativo del reato.

Entrambi reati istantanei, si è affermato che l'ipotesi di cui al primo comma, si perfezioni con il compimento dell'azione descritta nella fattispecie<sup>34</sup> mentre

<sup>31</sup> Non è, evidentemente, questa la sede per occuparsi del tema del concorso apparente di norme.

Per una articolata ricostruzione del dibattito dottrinale, cfr. MANTOVANI, *Diritto Penale, Parte generale*, Padova, 2007, 450 nonché FIANDACA, MUSCO, *Diritto Penale, Parte generale*, Bologna, 2001, 635; ROMANO, *Sub art. 15 c.p.*, in *Comm. sist. C.p.*, I, Milano, 1995.

Sull'argomento, poi, si vedano DELITALA, *Concorso di norme e concorso di reati*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1934, 104; ANTOLISEI, *Concorso formale di reati e conflitto apparente di norme*, in *Giust. pen.*, 1942, 209, FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, Milano, 1971; PAGLIARO, voce *Concorso di norme penali*, in *Enc. Dir.*, VIII, Milano, 1961, 545; ID., *Relazioni logiche ed apprezzamenti di valore nel concorso di norme penali*, in *Ind. pen.*, 1976, 217; SINISCALCO, *Il concorso apparente di norme nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 1961; MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2000; CONTI, voce *Concorso apparente di norme*, in *Nss. Dig. It.*, Torino, 1958, nonché PETRONE, *Il principio di specialità nei rapporti tra millantato credito e truffa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, 160.

<sup>32</sup> Cfr. CORNACCHIA, in *Ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza*, cit., 1135.

<sup>33</sup> Il riferimento è a Trib. Milano, Sez. III, 25 febbraio 2013, Ruggiero ed altri, cit.

<sup>34</sup> Si discute, da ultimo, sull'esatta individuazione del momento consumativo. Ed invero, a fronte dell'impostazione dottrinale che aveva da sempre ravvisato la consumazione nel momento in cui vengono esternate da parte dell'ente obbligato a fornirle, cfr. in tal senso, per una ricostruzione, MESSINA,

la fattispecie di ostacolo, costituendo un reato di danno il cui evento può derivare da una pluralità di condotte nei termini che si è sopra cercato di descrivere, si consuma nel momento e nel luogo in cui si realizza l'attività di intralcio.

Orbene, tralasciando in questa sede la disputa in ordine all'individuazione del momento consumativo con riferimento alla ipotesi di cui al primo comma dell'art. 2638 c.c., anche la posizione assunta dalla giurisprudenza di merito in ordine al delitto di ostacolo non appare del tutto condivisibile.

Ed infatti, se il riferimento all'attività di intralcio quale individuazione del momento consumativo dell'ipotesi di cui al secondo comma deve essere inteso quale momento di manifestazione della condotta, la soluzione non sarebbe condivisibile atteso che, come affermato in maniera corretta in dottrina<sup>35</sup>, una volta ricondotta la fattispecie in esame nell'alveo delle ipotesi di reato di evento dovrebbe conseguire, coerentemente, che il momento (ed il luogo) in cui l'evento di ostacolo richiesto dalla norma è individuato non è quello in cui la condotta sia posta in essere ma nel (differente) momento in cui la lesione al bene si è perpetrata, cioè a dire nel momento in cui si è verificato l'intralcio all'attività di vigilanza, nelle forme in cui lo stesso si è, concretamente, manifestato.

Occorre, ora, calare le seguenti considerazioni nel caso concreto.

Nell'editto di accusa, il Pubblico Ministero aveva contestato l'illecito come "permanente e fino alla data di rinvenimento" del *Mandate Agreement* presso la sede legale della Banca.

---

*Ostacolo all'esercizio, cit.*, nonché MONTANI, *Sul luogo di consumazione del delitto di ostacolo alle funzioni di vigilanza*, in *www.penalecontemporaneo.it*, ed, infine, SCOLETTA, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza e locus commissi delicti*, in *Società*, 2013, 604; la giurisprudenza di merito, Trib. Milano, 25 febbraio 2013, Ruggiero, in *Dir. pen. comp.*, e in *Società*, 2013, 604 con nota di SCOLETTA, ha recentemente evidenziato che il momento consumativo del reato «vada individuato nel momento in cui le comunicazioni vengono portate a conoscenza o siano comunque conoscibili, per effetto della loro divulgazione, dall'Autorità destinataria delle stessa»; in questa direzione pare andare, altresì, Cass., Sez. V, 4 luglio 2013, in *Cass. pen.*, 2014, 4244, con nota di Frascchetti, già richiamata, ove è dato leggere «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. (In applicazione del principio, la Corte, in relazione ad una condotta consistita nel rispondere ad una richiesta della Consob con una comunicazione scritta che negava falsamente l'esistenza di un accordo volto ad eludere l'obbligo di procedere ad o.p.a., ha affermato che la data di consumazione del reato, da cui decorre il termine di prescrizione, non è quella dell'accertamento del fatto, ma quella della ricezione della comunicazione da parte dell'Autorità di vigilanza)».

<sup>35</sup> Cfr. SCOLETTA, *Ostacolo, cit.*, il quale evidenzia che, diversamente opinando, e ritenendo che rilevi il momento in cui viene posta in essere l'attività, di dovrebbe costruire la fattispecie come reato di condotta pericolosa.

In particolare tale contestazione era, all'evidenza, una conseguenza della qualificazione giuridica data al fatto riconducendola nell'ipotesi (alternativa) della condotta di occultamento (con mezzi fraudolenti) del *Mandate Agreement*; ipotesi che non poteva certo essere conservata (anche per ciò che concerne l'indicazione del momento consumativo) allorché si è operata una diversa riqualificazione del fatto ai sensi del secondo comma dell'art. 2638 c.c.

A riguardo, il Collegio senese dopo aver rilevato che la fattispecie in esame è un "reato di evento, istantaneo, plurisussistente", e che lo stesso si consuma nel momento e nel luogo in cui si è verificata, in tutta la sua gravità, la lesione del bene interesse tutelato dalla norma la quale «segna la fine dell'*iter criminis* e apre la fase del *post factum*», ha, ulteriormente, soggiunto che nel caso posto alla sua attenzione la condotta si era caratterizzata per una complessa fase preparatoria e per il successivo compimento di atti che «...divenendo penalmente rilevanti con l'ispezione Cantarella, dimostrano il dolo di ostacolo e l'intensità dello stesso. La consumazione avviene nel corso dell'ispezione guidata da Scardone e rappresenta la fase finale dell'*iter* criminoso, ossia il momento in cui il reato può dirsi cessato per aver raggiunto la massima gravità concreta, coincidente con l'ostacolo alla Banca d'Italia».

Orbene, se si può convenire con la riqualificazione del fatto operata in sentenza, occorre intendersi, invece, sull'esatta individuazione del momento consumativo del reato d'evento, rilevante - a tacer d'altro - anche per l'individuazione della decorrenza del termine prescrizione.

Invero, qualche perplessità desta la scansione temporale ipotizzata dal Collegio laddove pare immaginare una progressione dell'offesa, per così dire, permanente che, iniziata con la prima ispezione, giunge a definitiva consumazione solo con la seconda, con ciò concludendo l'*iter criminis* ed aprendo la fase della successiva irrilevanza penale delle condotte.

È in tale passaggio argomentativo che la sentenza in commento sembra tradire alcune contraddizioni dogmatiche.

Con maggior impegno esplicativo, infatti, se corrisponde al vero il dato che il momento consumativo del delitto di ostacolo sia da individuarsi nel verificarsi dell'evento (di ostacolo), allora pare doversi ritenere che gli atti che, come evidenzia lo stesso Collegio, assumono rilevanza penale già nel corso della prima ispezione «facendo sorgere» - ancora una volta appropriandoci delle parole della Corte - «l'obbligo penalmente sanzionato di consegnare il *Mandate Agreement* all'autorità» potrebbero essere considerati (ove non abbiano determinato il verificarsi di un ostacolo) alla stregua, forse, di un tentativo punibile; v'è da aggiungere, peraltro, che lo stesso, seppur astrattamente configurabile, sarebbe con ogni probabilità, a sua volta ed al ricorrerne dei presuppo-

sti, destinato ad assumere rilevanza penale già ai sensi del primo comma dell'art. 2638 c.c., del resto contestato dal pubblico ministero.

Se, invece, è la seconda ispezione (che nasce come *follow up*, cioè a dire di verifica dei rimedi alle criticità emerse nel corso della prima) quella che segna il momento di offesa al bene giuridico, anche in ragione delle richieste inoltrate dalla Consob, atteso che è in tal momento che l'autorità di vigilanza rassegna le proprie conclusioni sulla base di informazioni prive di qualsivoglia riferimento al *Mandate Agreement*, è in questo momento che deve essere individuato il momento consumativo del reato ma non perché si rendano «definitivi gli effetti della condotta» o si «esplichi compiutamente l'ostacolo», ma perché è in tale momento che l'ostacolo si è verificato e, quindi, il reato consumato.

**LUCA MARZULLO**