

ELISABETTA PIETROCARLO

L'ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza: condivisibili conferme e persistenti "punti oscuri" nella recente giurisprudenza della Cassazione

Il contributo, attraverso l'analisi della sentenza resa dalla Cassazione nel caso *Banca Etruria*, si confronta con alcune delle principali questioni interpretative relative alle fattispecie di cui all'art. 2638 c.c., ricostruendo altresì l'evoluzione giurisprudenziale e il dibattito scientifico in materia. Ciò consentirà, in ultima analisi, di trarre un bilancio sugli approdi della Suprema Corte che se, da un lato, sono pienamente condivisibili relativamente al tema dell'identificazione dei confini dell'ostacolo penalmente rilevante ai sensi del comma 2 e all'interpretazione della finalità di ostacolare di cui al comma 1, dall'altro, destano talune perplessità in punto di individuazione delle condotte riconducibili al reato di false comunicazioni all'autorità di vigilanza nonché di inquadramento del rapporto tra i due commi dell'art. 2638 c.c.

The Obstruction to the Functions of Public Supervisory Authorities: Agreeable Confirmations and Persistent "Blind Spots" in Recent Supreme Court Case Law

The article, through the analysis of the decision issued by the Italian Supreme Court in the Banca Etruria case, deals with some of the main interpretative issues related to the crimes provided for in Article 2638 of the Italian Civil Code, also rebuilding the case law development and the scientific debate on the subject. This will ultimately allow to draw a balance on the Supreme Court's conclusions, which if, on the one hand, are fully agreeable with regard to the issue of identifying the boundaries of the criminally relevant obstacle pursuant to paragraph 2 and the interpretation of the purpose of obstruction referred to in paragraph 1, on the other hand, they raise some concerns regarding the identification of the conducts relevant to the crime of false information to the Supervisory Authority as well as the relationship between the two crimes under Article 2638 of the Italian Civil Code.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il caso *Banca Etruria*: le imputazioni e le opposte decisioni dei giudici di merito. - 2.1. I ricorsi degli imputati. - 3. La posizione della Cassazione sull'evento-ostacolo (comma 2) e sulla finalità di ostacolare (comma 1). - 4. La rilevanza del mero silenzio ai sensi del comma 1 e il rapporto tra i due reati: alcuni punti oscuri. - 5. Riflessioni conclusive sugli approdi della Cassazione: ancora molta strada da percorrere.

1. *Premessa.* Il delitto di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza ha, come noto, acquisito un ruolo di primo piano nell'ambito dei processi penali relativi ai più noti scandali finanziari che hanno interessato

il nostro Paese¹. Ciò ha fatto sì che le due fattispecie previste dall'art. 2638 c.c., foriere di numerose questioni interpretative, divenissero oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina² e della giurisprudenza³, le quali hanno entrambe contribuito a prospettare valide soluzioni ai problemi che si sono posti:

¹ Il riferimento è, in particolare, ai casi *Bnl-Unipol* (Cass., Sez. V, 19 dicembre 2012, n. 49362, commentato da NISCO, *Il caso Bnl-Unipol: abuso di informazioni privilegiate e ostacolo alle funzioni di vigilanza*, in *Casi di diritto penale dell'economia*, a cura di Foffani-Castronuovo, Bologna, 2015, vol. II, 199 ss.; *Antonveneta* (Cass., Sez. II, 21 marzo 2013, n. 12989) su cui v. CONSULICH, *Il caso Antonveneta: abuso di informazioni privilegiate e ostacolo alle funzioni di vigilanza*, in *Casi di diritto penale dell'economia*, vol. II, cit., 153 ss.; *MPS-Nomura* (Cass., Sez. V, 4 luglio 2019, n. 29377) per la cui ricostruzione e analisi sia consentito rinviare a PIETROCARLO, *I 'labili' confini del concetto di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza*, in *Riv. dir. comm.*, 2021, 3, 533 ss.

² V., tra i molti, ALESSANDRI, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni pubbliche delle autorità di vigilanza*, in *Id.*, *Il nuovo diritto penale delle società. D.Lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, Milano, 2002, 252 ss.; AMATI-MAZZACUVA, *Diritto penale dell'economia*, Padova, 2023, 142 ss.; MEZZETTI, *I reati societari*, in AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2022, 210 ss.; CORNACCHIA, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza*, in *Giur. comm.*, 2017, 69 ss.; FOFFANI, voce *Società*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di Palazzo-Paliero, Padova, 2007, 2553 ss.; GENNAI-TRAVERSI, *Diritto penale commerciale*, Padova, 2017, 77 ss.; LOVECCHIO MUSTI, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza (art. 2638)*, in *I reati societari*, a cura di Rossi, Torino, 2005, 242 ss.; MASULLO, *Sub Art. 2638 c.c.*, in *Le leggi penali complementari*, a cura di Padovani, Milano, 2007, 2488 ss.; MESSINA, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza*, in *Diritto penale delle società*, a cura di Canzio-Cerqua-Luparia, Padova, 2016, 557 ss.; MONTANI, *Le attività di ostacolo*, in *Reati in materia economica*, a cura di Alessandri, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da Palazzo-Paliero, Torino, 2017, vol. VIII, 197 ss.; MUSCO-MASULLO, *I nuovi reati societari*, Milano, 2022, 209 ss.; NISCO, *L'ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza: spunti problematici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2013, 1-2, 249 ss.; ROSSI, *Illeciti penali e amministrativi in materia societaria*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da Grosso-Padovani-Pagliaro, Milano, 2012, vol. XI, 242 ss.; ROSSI, *Illeciti relativi al controllo ed alle funzioni di vigilanza*, in ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, Milano, 2022, vol. I, 333 ss.; SEMINARA, *Diritto penale commerciale. I reati societari*, Torino, 2021, vol. II, 168 ss.; TRIPODI, *Art. 2638 c.c., Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza*, in *Disposizioni penali in materia di società, di consorzi e di altri enti privati*, a cura di Perini, in *Commentario del Codice Civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di De Nova, Bologna, 2018, 619 ss.; ZANNOTTI, *Diritto penale dell'economia. Reati societari e reati in materia di mercato finanziario*, Milano, 2017, 200 ss.

³ V., tra le altre, le sentenze citate nella nota n. 1.

a partire dalla puntuale individuazione del bene giuridico tutelato⁴, fino alla non agevole perimetrazione della nozione di “autorità pubbliche di vigilanza”⁵.

Tuttavia, le maggiori difficoltà sul piano ermeneutico si sono riscontrate, per un verso, avuto riguardo alla definizione del concetto di ostacolo e al suo diverso ruolo nelle due distinte ipotesi di reato di cui rispettivamente ai commi 1 e 2 dell’art. 2638 c.c.- nell’un caso, oggetto del dolo specifico, nell’altro, evento - e, per altro verso, in relazione al rapporto tra le fattispecie in questione; tema a cui si ricollega altresì la questione della rilevanza dei comportamenti omissivi (nella forma del mero silenzio) tra le condotte sanzionate al comma 1.

A ben vedere, la prima delle criticità appena richiamate ha da qualche tempo trovato, sulla scorta delle preziose indicazioni elaborate in ambito scientifico⁶, una risposta davvero soddisfacente da parte della giurisprudenza di legittimità:

⁴ La giurisprudenza identifica l’oggetto di tutela nella «correttezza dei rapporti tra ente controllato ed ente controllante al fine di consentire la piena legittimità ed efficacia dell’attività di controllo» (così, *ex multis*, Cass., Sez. V, 14 gennaio 2003, n. 1252). In dottrina si fa riferimento alla salvaguardia del regolare esercizio delle funzioni di vigilanza delle autorità pubbliche, in una prospettiva di tutela del corretto funzionamento del mercato e, quindi, del pubblico risparmio *ex art. 47 Cost.*: v., tra gli altri, BELLACOSA, *Sub Art. 2638 c.c.*, in *Codice civile*, a cura di Rescigno, Milano, 2018, t. II, 5906; D’AMBROSIO, *L’ostacolo alle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza*, in *I reati del mercato finanziario*, a cura di Di Amato, Padova, 2007, 616; FOFFANI, voce *Società*, cit., 2555; MUSCO-MASULLO, *I nuovi reati societari*, cit., 212 ss.; ZANNOTTI, *Diritto penale dell’economia*, cit., 200. Con particolare riguardo alla ammissibilità della tutela di funzioni, v. SEMINARA, *Diritto penale commerciale. I reati societari*, cit., 169, che ricorda come da più parti si sia parlato di uno «smarrimento dell’identità del diritto penale». In generale sul tema, v. FIORELLA, *I principi generali del diritto penale dell’impresa*, in *Il diritto penale dell’impresa*, a cura di Conti, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, diretto da Galgano, Padova, 2001, vol. XXV, 21 ss.; MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni; tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 343 ss.; PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 453 ss.

⁵ V. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, 270 e, in particolare, ID., *Ostacolo*, cit., 257, che ha opportunamente individuato nella “vigilanza” la nota che caratterizza - e al contempo delimita - la gamma di organismi pubblici da includere nello spettro applicativo della disposizione e ha sottolineato la necessità di intendere tale concetto in senso tecnico come «controllo preventivo e successivo su determinate fasi o momenti di attività dei soggetti loro sottoposti, al fine di garantire, prima che accadano negative ricadute sul mercato, l’affidabilità di tali soggetti nel loro rapporto con il pubblico», così da escludere le autorità dotate di meri poteri di regolamentazione. Per un’articolata rassegna circa alcuni possibili esempi di autorità rientranti in tale nozione, si rinvia a NISCO, *L’ostacolo all’esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza*, cit., 252 ss.

⁶ V. in particolare ALESSANDRI, *Ostacolo*, cit., 260; TRIPODI, *Art. 2638 c.c.*, cit., 636 s. V. altresì GUIDI, *Riflessioni sul concetto di ostacolo all’esercizio delle funzioni di vigilanza*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2018, 1-2, 109 ss.

ci riferiamo agli approdi raggiunti dalla Cassazione nel caso *MPS-Nomura*⁷ relativamente alla nozione dell'evento di ostacolo rilevante *ex* comma 2, che hanno poi costituito la bussola per la giurisprudenza successiva⁸ nonché, da ultimo, nella recente sentenza relativa alla vicenda di *Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio*⁹ (di seguito *Banca Etruria*), che si è dovuta confrontare con l'accertamento del dolo specifico di ostacolo previsto nel comma 1. Per contro, le problematiche concernenti la rilevanza dell'omissione *ex* comma 1 dell'art. 2638 c.c. e i rapporti tra il delitto di false comunicazioni alle autorità di vigilanza (comma 1) e quello di evento (comma 2) rappresentano ancora intricati nodi da sciogliere.

Ciò è dimostrato proprio dalla pronuncia *Banca Etruria* che rappresenta un'occasione persa per confrontarsi seriamente con simili profili, adagiandosi piuttosto la Corte su soluzioni che, come avremo modo di argomentare, ci sembrano tradire le indicazioni ricavabili sul punto dal dato normativo nonché dalla *voluntas* del legislatore, rintracciabile nella Relazione illustrativa al d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61 con cui la disposizione in parola ha visto la luce.

L'obiettivo del presente lavoro è dunque quello di gettare nuovamente luce sul dibattito relativo ai delitti di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza, traendo spunto dalle recenti statuizioni dei giudici di legittimità nel caso appena richiamato.

A tal fine, dopo una preliminare ricostruzione della vicenda che ha coinvolto l'Istituto bancario e dell'*iter* processuale che ha preceduto il giudizio di legittimità, dedicheremo una prima parte della nostra riflessione al tema dell'identificazione dei confini dell'ostacolo penalmente rilevante ai sensi del comma 2 e all'interpretazione della finalità di ostacolare di cui al comma 1, valorizzando le affermazioni della Cassazione contenute nella decisione in esame; in seguito, analizzeremo invece in chiave critica la soluzione offerta dai giudici in punto di

⁷ Il riferimento è a Cass., Sez. V, 29 maggio 2019, n. 29377, cit., che abbiamo avuto modo di valorizzare in altra occasione: v. PIETROCARLO, *I 'labili' confini del concetto di ostacolo*, cit., 540 ss.

⁸ V. in tal senso Cass., Sez. V, 7 settembre 2021, n. 3555, in *Foro it.*, 2022, 7-8, 447 ss., con nota di COSTANZI; Cass., Sez. V, 4 maggio 2022, n. 17789, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2022, 1-2, 350 ss., con nota di PIETROCARLO.

⁹ V. Cass., Sez. III, 7 marzo 2023, n. 9623.

individuazione delle condotte riconducibili al reato di false comunicazioni all'autorità di vigilanza nonché di inquadramento del rapporto tra i due commi dell'art. 2638 c.c., prospettando altresì la via che ci sembra piuttosto da battere. Iniziamo dunque con il volgere l'attenzione alle articolate contestazioni mosse ai vertici di Banca Etruria, per poi soffermarci sull'esito dei due giudizi di merito.

2. *Il caso Banca Etruria: le imputazioni e le opposte decisioni dei giudici di merito.* I fatti sottoposti allo scrutinio dei giudici – i quali, peraltro, si inseriscono nel più ampio *crack* che ha interessato Banca Etruria – riguardavano l'ostacolo del corretto processo di valutazione ispettiva di Banca d'Italia in relazione, anzitutto, all'operazione di dismissione immobiliare denominata "Consorzio Palazzo della Fonte" per quanto attiene alla determinazione delle plusvalenze iscrivibili; operazione, questa, considerata dall'accusa come una vendita non effettiva nella misura in cui gli acquirenti – segnatamente, un consorzio tra imprese – sarebbero stati in parte finanziati dalla stessa Banca Etruria. In secondo luogo, a venire in rilievo era una asserita sottovalutazione, nel bilancio relativo all'anno 2012, di crediti deteriorati, poiché erroneamente contabilizzati come incagli e, quindi, come ancora recuperabili.

La procura contestava pertanto al presidente del consiglio di amministrazione e al direttore generale dell'istituto di credito la fattispecie di cui all'art. 2638 c.c. *in maniera alternativa*: cioè sia nella forma del reato di pericolo consistente nelle false comunicazioni all'organismo di vigilanza (comma 1), sia in quella del delitto di evento-ostacolo conseguente alla condotta di omessa comunicazione di informazioni dovute (comma 2).

Torneremo più avanti su tale (e, per vero, diffusa)¹⁰ prassi allorché ci confronteremo con le statuizioni della Cassazione in merito al rapporto tra le due

¹⁰ Lo stesso meccanismo di contestazione alternativa è stato adottato dalla Procura di Siena nell'ambito dell'inchiesta *MPS-Nomura*: volendo, per una ricostruzione dettagliata e critica al riguardo, v. PIETRO-CARLO, *I 'labili' confini del concetto di ostacolo*, cit., 534 e 538 s. In generale su tale prassi, v. ROSSI, *L'art. 2638 c.c.: problematici dati normativi e problematiche applicazioni giurisprudenziali*, in *Giur. it.*, 2016, 6, 1486, nonché CONSULICH, *Il caso Antonveneta*, cit., 163, secondo il quale sarebbe «la stessa conformazione normativa dell'art. 2638 c.c. a indurre a questo risultato».

fattispecie dell'art. 2638 c.c.¹¹; ci limitiamo qui ad anticipare come sia piuttosto preferibile operare sin da subito una selezione della specifica ipotesi entro cui sussumere i comportamenti di volta in volta in questione, trattandosi di figure di reato che presentano ambiti di applicazione distinti.

Ad ogni modo, così delineati dal pubblico ministero i (fumosi) confini dell'accertamento giudiziale, il Gup del Tribunale di Arezzo, con sentenza del 30 novembre 2016 emessa in sede di rito abbreviato, assolveva gli imputati da entrambe le accuse contestate.

In particolare, con riferimento alla prima delle imputazioni descritte (ovverosia l'operazione "Palazzo della Fonte"), il giudice di prime cure - pronunciando assoluzione con formula piena ("perché il fatto non sussiste") - negava l'integrazione dell'elemento oggettivo del reato di false comunicazioni all'autorità di vigilanza (comma 1)¹².

Quanto invece alla condotta di non veritiera esposizione nel bilancio delle perdite sui crediti deteriorati, il Gup, trovandosi di fronte alla contestazione alternativa delle fattispecie di cui all'art. 2638 c.c.¹³, dapprima escludeva la configurazione del delitto di cui al comma 1 per carenza dell'elemento soggettivo, poi riconduceva i fatti nella fattispecie di cui al comma 2¹⁴ e assolveva gli imputati - perché il fatto non costituisce reato - per mancanza del dolo (generico e almeno diretto).

¹¹ V. *infra*, par. 4.

¹² Discostandosi dalla ricostruzione accusatoria, il Gup, da un lato, non riteneva che l'omissione di informazioni a Banca d'Italia circa la strutturazione dell'operazione era volta a mascherare l'insussistenza di una *true sale* e, dall'altro, escludeva la ricorrenza di una falsa rappresentazione delle condizioni di adeguatezza patrimoniale a seguito delle plusvalenze iscritte in conseguenza dell'esternalizzazione, in considerazione della correttezza del trattamento contabile della manovra, apprezzata anche da Consob, e dell'analitica verifica degli indici che deponavano per l'effettività della stessa.

¹³ In particolare, il pubblico ministero aveva concentrato in un'unica enunciazione sia la condotta di falsa esposizione di informazioni a Banca d'Italia relative al portafoglio deteriorato attraverso le comunicazioni periodiche effettuate con i flussi della matrice dei conti (*controllo off site*), sia «una più generale condotta di doloso ritardo nell'attivare il processo di revisione del credito, la cui inadeguatezza aveva appunto dato causa a quelle erronee classificazioni o svalutazioni dei crediti e dunque alla asserita alterazione dei dati contabili circa le perdite sul portafoglio deteriorato» (v. Cass., Sez. III, 7 marzo 2023, n. 9623, cit., in motivazione § 5.3).

¹⁴ Ciò in quanto il Gup valorizzava la seconda parte della contestazione che sembrava alludere alla sussistenza dell'evento di ostacolo, consistito nell'aver costretto Banca d'Italia, durante le tre ispezioni risalenti, rispettivamente, agli anni 2010, 2012 e 2013, a procedere a rilevanti rettifiche delle perdite sui crediti deteriorati.

A seguito dell'appello proposto dal pubblico ministero e da Banca d'Italia in qualità di parte civile, la Corte d'appello di Firenze, con sentenza del 13 febbraio 2020, ha invece condannato i vertici di Banca Etruria. Un simile, difforme esito è dipeso, per un verso, dalla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale con l'esame di un ispettore di Banca d'Italia e, per altro verso, da una differente valutazione del quadro probatorio alla base della pronuncia di primo grado¹⁵.

Quanto all'esatto inquadramento giuridico dei fatti, i giudici di appello, contrariamente alla sentenza di primo grado, hanno ravvisato la ricorrenza del reato di false comunicazioni all'autorità di vigilanza di cui al comma 1, nella peculiare forma dell'occultamento con altri mezzi fraudolenti, con riguardo alla esposizione in bilancio dei crediti deteriorati nonché all'incidenza della relativa classificazione sulla quantificazione del patrimonio dell'Istituto bancario¹⁶.

Rispetto al dolo specifico, richiesto ai fini dell'integrazione del delitto in parola, la Corte d'appello ha statuito che tale elemento «risulta presente ogni volta che sia dimostrato che l'omissione dell'informazione o la comunicazione falsa non sono frutto di errore, ma di una condotta consapevole»¹⁷.

¹⁵ Nello specifico, a non convincere la Corte erano le dichiarazioni rese dal consulente tecnico dell'accusa, sulle quali si era in definitiva fondata l'assoluzione del Gup. In particolare, le perplessità dei giudici di appello riguardavano la ricostruzione dei rapporti tra vigilante e vigilato in termini di mera interlocuzione e l'affermazione, contenuta nella consulenza tecnica, secondo cui le diverse valutazioni cui era pervenuta Banca d'Italia fossero da ricondurre all'utilizzo di criteri postumi e più stringenti rispetto alle prescrizioni tecniche che disciplinano la materia e che erano state correttamente rispettate dagli imputati. Al contrario, secondo la sentenza impugnata, la sistematica classificazione dei crediti in sofferenza all'interno di categorie non pertinenti avrebbe fornito una non veritiera rappresentazione del rischio di realizzazione; così come il calcolo e l'indicazione delle plusvalenze concernenti l'operazione "Palazzo della Fonte" erano affetti da falsità.

¹⁶ Più nel dettaglio, le scelte classificatorie di tali crediti, effettuate da Banca Etruria, si sarebbero rivelate errate rispetto ai criteri di valutazione impiegati nel corso dell'ispezione da parte dell'*Authority* (ovverosia quelli contenuti nelle disposizioni codicistiche e di vigilanza bancaria nonché nei principi contabili internazionali).

¹⁷ Tale passaggio è espressamente richiamato da Cass., Sez. III, 7 marzo 2023, n. 9623, cit., in motivazione § 5.4.1. Ad ogni modo, nel caso di specie, il dolo specifico sarebbe stato desunto, secondo la Corte, da puntuali indicatori, quali: l'enorme divergenza tra le stime di Banca Etruria e le rettifiche segnalate all'esito dell'ispezione di Banca d'Italia; la sistematica sottostima delle garanzie immobiliari; e, infine, il mancato adeguamento organizzativo, da parte dell'ente vigilato, ai rilievi espressi dall'Autorità già nel 2010 e poi ribaditi sempre con maggiore urgenza.

La medesima qualificazione giuridica a mente del comma 1 dell'art. 2638 c.c. è stata data anche alla diversa condotta oggetto di contestazione, ossia quella relativa all'operazione di *spin off* immobiliare "Palazzo della Fonte". Qui i giudici del gravame, valorizzando esclusivamente l'omessa comunicazione, da parte di Banca Etruria all'autorità di vigilanza, della apertura di linee di credito ai *partner* industriali del Consorzio Palazzo della Fonte - utilizzate per la sottoscrizione di quote di partecipazione al medesimo consorzio - hanno rilevato la fraudolenta dissimulazione di un *leasing* finanziario, con conseguente falsa esposizione nel bilancio della plusvalenza derivante dalla cessione. In particolare, la sentenza impugnata ha messo in evidenza come nella comunicazione dell'ente vigilato a Banca d'Italia risalente al 14 dicembre 2012 mancasse ogni riferimento a tali finanziamenti, dei quali poi l'Autorità avrebbe appreso solo successivamente. In questo caso, il dolo specifico è stato rintracciato nell'assenza di indicazioni, nella nota informativa del 12 dicembre 2012, sui finanziamenti formalmente erogati pochi giorni dopo.

In definitiva, riportate entrambe le condotte contestate al delitto di false comunicazioni all'autorità di vigilanza, la Corte d'appello ha emesso sentenza di condanna *ex art.* 2638, co. 1 c.c. nei confronti degli imputati, i quali, attraverso i rispettivi difensori, hanno presentato ricorso per cassazione.

2.1. *I ricorsi degli imputati.* Gli articolati atti di impugnazione presentati dai difensori degli imputati toccano diversi profili¹⁸; concentreremo qui la nostra attenzione sul motivo riguardante l'art. 2638 c.c. che permette di soffermarsi sulle questioni interpretative di fondo relative alle fattispecie di ostacolo.

I ricorrenti rilevano la violazione di legge e il correlato vizio della motivazione con riguardo all'art. 2638 c.c. relativamente al capo di imputazione che aveva ad oggetto l'operazione di *spin off* immobiliare "Consorzio Palazzo della Fonte". In particolare, si contesta alla Corte d'appello di aver seguito criteri di valutazione prudenziali, omettendo di confrontarsi con la valutazione della

¹⁸ Non ci confronteremo, invece, con le doglianze di stampo processuale e con quelle relative alla contestazione concernente i crediti deteriorati, che coinvolgono piuttosto il delicato tema dei criteri da adottare nella redazione del bilancio.

effettività della cessione immobiliare e assegnando valore decisivo – ai fini dell’affermazione della responsabilità penale degli imputati – alla mera omessa comunicazione a Banca d’Italia, da parte di questi ultimi, della concessione di linee di credito a favore dei *partners* del Consorzio Palazzo della Fonte per la sottoscrizione di quote del medesimo consorzio.

In definitiva, il percorso motivazionale della decisione di appello tradisce, a detta della difesa, una erronea interpretazione della legge penale (*sub specie*, dell’art. 2638, co. 1 c.c.) nonché delle disposizioni in materia di vigilanza bancaria.

Sotto il primo aspetto, invero, si assegna rilievo penale al mero silenzio, senza considerare che l’incriminazione – come avremo modo di sottolineare¹⁹ – si riferisce a condotte di carattere marcatamente decettivo (nel dettaglio, “occultamento con altri mezzi fraudolenti”); di conseguenza, si trascura altresì l’assolvimento dell’onere motivazionale rispetto a una simile connotazione modale che la condotta deve assumere.

Si evidenzia peraltro, a confutazione della possibile ricorrenza di un comportamento omissivo, come non sussistesse in capo all’ente vigilato alcun obbligo di attestazione rispetto alla concessione di linee di credito, sebbene tale circostanza fosse stata comunque resa accessibile all’Autorità attraverso altri documenti condivisi²⁰.

Ulteriori censure si indirizzano verso l’asserita ricorrenza, da parte della Corte di merito, del dolo specifico richiesto dall’art. 2638, co. 1 c.c. sulla base del riscontro della mera oggettività dell’omissione di informazioni (pur, come detto, non dovute) e in mancanza della – come argomberemo – necessaria

¹⁹ V. *infra*, par. 4.

²⁰ Al riguardo, si sottolinea che la comunicazione dell’operazione “Consorzio Palazzo della Fonte” del 14 dicembre 2012 – già nota dall’approvazione del Piano Operativo, trasmesso all’Autorità di vigilanza il 21 settembre 2012 – ha, come confermato dall’ispettore di Banca d’Italia sentito in sede di rinnovazione del dibattimento, carattere preventivo e non si estende alle sopravvenienze. Inoltre, nell’*information memorandum* allegato alla comunicazione a Banca d’Italia del 14 dicembre 2012 e nelle periodiche segnalazioni di Centrale rischi, erano stati indicati i nominativi dei *partners* della manovra immobiliare. In definitiva, a detta dei ricorrenti, la successiva apertura di finanziamenti, deliberata tra il 24 e il 28 dicembre 2012, non doveva essere comunicata, ma era stata comunque resa accessibile mediante altri canali.

verifica circa l'idoneità delle condotte a ostacolare le funzioni di vigilanza delle autorità pubbliche.

Quanto all'inosservanza e all'erronea applicazione delle disposizioni di Banca d'Italia, i ricorrenti non condividono la contrapposizione, operata dalla Corte territoriale, tra la "prospettiva contabile" (o "correttezza delle operazioni") e la "prospettiva prudenziale" (o "correttezza dei rapporti" tra vigilante e vigilato), sulla cui base i giudici avrebbero ritenuto la vendita effettiva sul piano contabile per poi invece escluderla "prudenzialmente". Al contrario, tali due versanti, come stabilito in apposita circolare²¹, dovrebbero essere oggetto di un'unica valutazione.

Si aggiunge poi che, per un verso, il consulente del pubblico ministero aveva dato evidenza dell'esito positivo del controllo operato dalla Consob, escludendo ipotesi di interposizione fittizia tra l'Istituto bancario e gli esponenti del Consorzio e, per altro verso, la stessa Guardia di Finanza, nella relazione conclusiva, aveva osservato come il finanziamento dei *partners* nell'ambito dei processi di esternalizzazione dei patrimoni immobiliari non sia vietato.

Vediamo dunque, alla luce delle censure mosse – e che, lo anticipiamo, sono state ritenute fondate, conducendo all'annullamento con rinvio della sentenza di appello –, di analizzare le statuizioni della Corte.

Inizieremo dall'esame della parte della pronuncia che si è focalizzata sul diverso ruolo dell'ostacolo nell'ambito delle due figure delittuose di cui all'art. 2638 c.c., assestandosi su posizioni pienamente condivisibili.

La seconda parte della nostra riflessione sarà invece riservata all'analisi critica dei punti oscuri della sentenza *Banca Etruria*, ovvero sia la questione relativa all'inquadramento della condotta di occultamento (o, in altre parole, alla discussa rilevanza, ai sensi del comma 1, del mero silenzio) nonché il tema dei rapporti tra il delitto di false comunicazioni all'autorità di vigilanza (comma 1) e quello di ostacolo (comma 2).

Volgiamo quindi finalmente lo sguardo al cuore della pronuncia.

²¹ V. la Circolare di Banca d'Italia n. 263 del 27 dicembre 2006, aggiornata al gennaio 2012 che, al titolo I, capitolo 2, paragrafo 8.4, indica la finalità e l'oggetto dei criteri di computo degli utili nel patrimonio di vigilanza.

3. *La posizione della Cassazione sull'evento-ostacolo (comma 2) e sulla finalità di ostacolare (comma 1).* Iniziamo con l'affrontare i profili condivisibili della pronuncia della Cassazione, rappresentati da una generale rilettura dell'art. 2638 c.c. al metro di alcuni principi fondamentali della materia penale.

Quanto alla fattispecie di cui al comma 2 - oggetto dell'attenzione dei giudici solo nella misura in cui la stessa era stata contestata (in alternativa all'altra) da parte dell'accusa ma, come si ricorderà, la Corte d'appello aveva poi emesso condanna per il delitto di cui al comma 1 - la Suprema Corte si preoccupa di rimarcare i confini dell'evento di ostacolo. Quest'ultimo deve essere «effettivo e rilevante» e può realizzarsi sia con l'impedimento *in toto* delle funzioni di vigilanza ovvero «con il frapporre al suo dispiegarsi difficoltà di considerevole spessore o con il determinarne un significativo rallentamento»²².

È innanzi tutto il principio di offensività²³, inteso nella sua duplice accezione (in astratto e in concreto), a rappresentare non solo un limite per il legislatore nelle scelte di incriminazione, ma anche a imporre al giudice - atteggiandosi così a "criterio interpretativo-applicativo" - di selezionare i soli fatti che abbiano leso o messo in pericolo il bene giuridico tutelato (*sub specie*, il regolare esercizio delle funzioni di vigilanza delle autorità pubbliche). Ne consegue - conclude la Corte - che condotte come il mero ritardo, che non determinino un intralcio dotato delle caratteristiche appena delineate, esuleranno dal paradigma punitivo dell'art. 2638, co. 2 c.c., poiché inoffensive.

Per altro verso - e qui entra in gioco il principio di sussidiarietà - una simile lettura trova conforto a livello sistematico nell'art. 187-*quinquiesdecies* t.u.f. e in tutte le altre analoghe fattispecie disseminate nelle normative di settore²⁴, che comminano una sanzione amministrativa rispetto a quelle situazioni di

²² Cass., Sez. III, 7 marzo 2023, n. 9623, cit., in motivazione § 5.1.2.

²³ Al riguardo, v. nella manualistica MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2022, 10 ss.; nonché, tra i lavori monografici, MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005.

²⁴ Il riferimento è alle fattispecie amministrative previste nel Codice delle assicurazioni private - d.lgs. 7 settembre 2005, n. 309 - a presidio dell'attività di vigilanza dell'Ivass e in ambito pensionistico - d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252 - rispetto al controllo della Covip.

inosservanza formale prive di quella «più pregnante connotazione lesiva»²⁵ che giustifica il ricorso alla sanzione penale²⁶.

Rispetto alla figura delittuosa di cui al comma 1, la Cassazione afferma che la finalità di sviamento impone all'interprete di escludere dalla sfera applicativa del delitto in questione tutte quelle condotte che siano sprovviste di una concreta idoneità ostativa dei compiti di controllo delle *Autorithies*. In altre parole, il giudice dovrà compiere un giudizio di prognosi postuma, *ex ante* e in concreto, in base al quale assegnare rilievo penale ai soli comportamenti che risultino «idonei a indurre in errore il vigilante, in guisa da sviarne il fisiologico esercizio dei poteri»²⁷.

A ben vedere, come sottolinea la Suprema Corte, una simile esigenza è vieppiù impellente rispetto a una fattispecie – come quella prevista all'art. 2638, comma 1, c.c. – che anticipa la punibilità alla soglia del pericolo²⁸ e che, ciononostante – circostanza che qui ci limitiamo a segnalare ma sulla quale torneremo²⁹ –, è punita con la stessa pena (reclusione da uno a quattro anni) prevista per il delitto di evento di cui al comma 2³⁰.

Affermazioni, anche queste, pienamente condivisibili, che consentono alla Cassazione nella parte conclusiva del proprio ragionamento, di censurare la ricostruzione operata sul punto dalla Corte d'appello di Firenze, la quale non ha svolto l'indicato accertamento sull'idoneità offensiva della condotta contestata al fine di «verificare se – con riferimento all'oggetto della vigilanza, nonché

²⁵ Così Cass., Sez. III, 7 marzo 2023, n. 9623, cit., in motivazione § 5.1.2.

²⁶ In questo senso, v. in dottrina SEMINARA, *Diritto penale commerciale. I reati societari*, cit., 178 s.; nonché GUIDI, *Riflessioni sul concetto di ostacolo*, cit., 117; NISCO, *Il caso Bnl-Unipol*, cit., 204; TRIPODI, *Art. 2638 c.c.*, cit., 637 s.

²⁷ V. ancora Cass., Sez. III, 7 marzo 2023, n. 9623, cit., in motivazione § 5.1.1; v. altresì Cass., Sez. V, 4 maggio 2022, n. 17789, cit., in motivazione § 6.4, secondo cui occorre selezionare le sole condotte che presentino «le caratteristiche di rilevanza e pertinenza rispetto ai compiti di vigilanza e risultino idonee a mettere a rischio l'effettivo esercizio delle funzioni» delle autorità pubbliche. In questo senso, nella giurisprudenza più risalente, v. Trib. Milano, Sez. I, 18 dicembre 2012, in *Dir. pen. cont.*, 18 dicembre 2008, relativa al caso *Parmalat*. In dottrina, già da tempo si valorizzava un simile aspetto: v. in particolare ZANNOTTI, *L'ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza (art. 2638 c.c.)*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di Giarda-Seminara, Padova, 2002, 587; nonché TRIPODI, *Art. 2638 c.c.*, cit., 633.

²⁸ V. Cass., Sez. III, 7 marzo 2023, n. 9623, cit., in motivazione § 5.1.1.

²⁹ V. *infra*, par. 4.

³⁰ In dottrina, evidenzia questo aspetto SEMINARA, *Diritto penale commerciale. I reati societari*, cit., 175 s.

valutando le iniziative sollecitatorie di Banca d'Italia – gli effetti decettivi dei fatti comunicativi, prevedibili in concreto ed ‘*ex ante*’ quali conseguenze della condotta dell’agente, siano stati potenzialmente idonei a provocare una sensibile alterazione della predetta funzione rispetto a quella svolta secondo un corretto processo comunicativo»³¹.

Inoltre, si rimprovera ai giudici di seconde cure di essersi adagiati su una motivazione «del tutto inconsistente» in relazione al dolo specifico, identificato, in sostanza, nella mera e formale omissione. Sebbene, infatti, la decisione contestata non abbia negato che la concessione di finanziamenti finalizzati alla partecipazione al consorzio fosse comunque stata resa accessibile alla Banca d'Italia, essa «finisce per sanzionare la mera non inclusione della stessa informazione nella comunicazione del 14 dicembre 2012, in tal modo arrestando la propria valutazione sul dato meramente formale»³². Rileva ancora criticamente la Cassazione come, nell’ordito motivazionale della Corte territoriale, manchi ogni riferimento alla «circostanza per cui l’esternalizzazione del patrimonio immobiliare di BPEL sia stata operazione non solo indicata, ma persino guidata dall’organo di vigilanza sin dall’approvazione del Piano operativo approvato il 21 settembre 2012 e trasmesso a Banca d'Italia, con uno scambio di corrispondenza costante che rende vieppiù rilevante l’allegazione di dati, con modalità condivisa, ai fini della dimostrazione del dolo specifico di ostacolo»³³.

Ebbene, l’approdo della Cassazione si innesta in un apprezzabile percorso giurisprudenziale che ha, in un primo momento, posto fine a quella prassi giudiziaria incline a estendere la fattispecie di evento oltre i confini che le sono propri³⁴ e, successivamente, ha posto l’accento sul necessario accertamento della idoneità ostativa delle condotte di cui al comma 1, valorizzando il dolo specifico³⁵.

³¹ Così Cass., Sez. III, 7 marzo 2023, n. 9623, cit., in motivazione § 7.1.

³² V. Cass., Sez. III, 7 marzo 2023, n. 9623, cit., in motivazione § 7.2.

³³ Cass., Sez. III, 7 marzo 2023, n. 9623, cit., in motivazione § 7.2.

³⁴ Alludiamo alla vicenda *MPS-Nomura* (Cass., Sez. V, 4 luglio 2019, n. 29377, cit.).

³⁵ Il riferimento è, in particolare, a Cass., Sez. V, 4 maggio 2022, n. 17789, cit., in motivazione § 6.3 che afferma di utilizzare la sentenza *MPS-Nomura* come «chiave di lettura comparativa» rispetto alla fattispecie di cui al comma 1.

Con particolare riguardo al primo aspetto, si ricorderà invero che la giurisprudenza tendeva a intendere l'evento di ostacolo come «qualsiasi forma di intralcio all'esercizio delle funzioni di vigilanza»³⁶. Per certi versi, si potrebbe sostenere che un simile atteggiamento sia stato in qualche modo – e involontariamente – avallato dal legislatore del 2002, il quale ha omesso di ricorrere a una tecnica di redazione normativa precisa e determinata³⁷, dando vita a quella che è stata definita una «*catch all provision*»³⁸, suscettibile di intercettare anche condotte di inosservanza formale (che, come detto, sono penalmente irrilevanti). È pur vero, però, che autorevoli studiosi, sin dalla introduzione dell'art. 2638 c.c., hanno profuso i loro sforzi indicando ai giudici la strada da percorrere.

In particolare, si è suggerito di delimitare la configurabilità della fattispecie ai casi in cui l'ostacolo fosse «non momentaneo e non irrilevante [...] dunque di un certo spessore»³⁹. In questa prospettiva, si è suggerito di considerare l'elemento in questione come un «intralcio grandemente significativo» rispetto all'attività *in concreto* svolta dall'autorità, che non ricorre quando questa, seppur in parte sviata, «possa comunque giungere ad esito positivo percorrendo differenti canali di indagine»⁴⁰.

Quanto alla seconda questione, già da tempo la dottrina sottolineava l'esigenza di non relegare il dolo specifico di ostacolo nella sfera psicologica bensì di collocarlo in quella della tipicità⁴¹ e, di conseguenza, rimarcava l'importanza di puntare sulla capacità selettiva di tale elemento della fattispecie, dovendo esso

³⁶ Testualmente Cass., Sez. V, 5 maggio 2004, n. 21067, Rv. 229192.

³⁷ La scelta del legislatore delegato di dare vita a una ipotesi delittuosa “a maglie larghe” deriva probabilmente dalla esigenza, espressa nella delega parlamentare, di mettere ordine tra le diverse fattispecie al tempo previste nel nostro ordinamento. In particolare, l'art. 11, lett. b) della l. 3 ottobre 2001, n. 366 demandava al Governo il compito di «armonizzare e coordinare le ipotesi riguardanti le falsità nelle comunicazioni alle autorità pubbliche di vigilanza, ostacolo alla svolgimento delle relative funzioni e omesse comunicazioni alle autorità medesime [...] anche mediante la formulazione di fattispecie a carattere generale» [il corsivo è nostro].

³⁸ L'espressione è di CONSULICH, *Il caso Antonveneta*, cit., 163.

³⁹ Così ALESSANDRI, *Ostacolo*, cit., 260.

⁴⁰ In questi termini TRIPODI, *Art. 2638 c.c.*, cit., 636; nonché nello stesso senso BELLACOSA, *Sub Art. 2638 c.c.*, cit., 5908.

⁴¹ In questo senso, con particolare riguardo all'ostacolo, v. TRIPODI, *Art. 2638 c.c.*, cit., 633. In generale, v. l'indagine monografica di PICOTTI, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli “elementi finalistici” delle fattispecie penali*, Milano, 1993, 501. Per un quadro aggiornato, v. DEMURO, *Sub Art. 43 c.p.*, in *Codice penale commentato*, diretto da Dolcini-Gatta, Milanofiori Assago, 2021, t. I, 623.

raggiungere «quel *minimum* di obiettiva idoneità per fuorviare effettivamente l'attività dell'autorità destinataria»⁴². Tuttavia, al netto di talune pronunce di merito⁴³, mancava una solida presa di posizione della giurisprudenza di legittimità in tal senso.

Ebbene, i passaggi della sentenza *Banca Etruria* sin qui esaminati confermano la (almeno apparentemente) definitiva adesione della Cassazione alle posizioni più illuminate della dottrina; al contrario, come anticipato, vi sono alcuni punti della decisione in esame che ci paiono problematici.

Passiamo subito ad analizzarli.

4. *La rilevanza del mero silenzio ai sensi del comma 1 e il rapporto tra i due reati: alcuni punti oscuri.* La prima questione attiene alla possibilità di sussumere all'interno del delitto di false comunicazioni alle autorità di vigilanza (art. 2638, co. 1 c.c.) e, segnatamente, della condotta di occultamento con altri mezzi fraudolenti, i comportamenti omissivi. Invero, in più punti della sentenza di legittimità sul caso *Banca Etruria*⁴⁴ – nonché già nella decisione della Corte d'appello di Firenze e in diverse altre pronunce della Cassazione⁴⁵ – si perviene a tale soluzione, attribuendo rilievo al mero silenzio.

Ricordiamo che, con riferimento alla contestazione relativa all'operazione di dismissione immobiliare Palazzo della Fonte, la Corte d'appello di Firenze

⁴² Testualmente ZANNOTTI, *L'ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza (art. 2638 c.c.)*, cit., 587; v. altresì AMATI-MAZZACUVA, *Diritto penale dell'economia*, cit., 151; LOSAPPIO, *Falsità delle valutazioni, false comunicazioni sociali e false comunicazioni alle "pubbliche autorità di vigilanza"*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 3, 687; LOVECCHIO MUSTI, *Ostacolo*, cit., 250; NISCO, *L'ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza*, cit., 258 s.; SEMINARA, *Diritto penale commerciale. I reati societari*, cit., 175;

⁴³ V. Trib. Milano, Sez. I, 18 dicembre 2012, cit.; Trib. Milano, 1 febbraio 2013, n. 1934, in *Dir. pen. cont.*, 5 marzo 2013, con nota di BELL.

⁴⁴ È esemplificativa la parte della sentenza in cui si afferma senza mezzi termini che: «Il delitto di cui all'art. 2638 c.c., comma 1, è, dunque, un reato di mera condotta, integrato sia dalla mera omessa comunicazione di informazioni dovute [...], sia dal ricorso a mezzi fraudolenti volti ad occultare all'organo di vigilanza l'esistenza di fatti rilevanti per la situazione economica, patrimoniale, finanziaria della società» (così Cass., Sez. III, 7 marzo 2023, n. 9623, cit., in motivazione § 5.1.3).

⁴⁵ V. ad esempio Cass., Sez. V, 26 maggio 2017, n. 42778; Cass., Sez. V, 12 novembre 2015, n. 6884, in *Giur. it.*, 2016, 6, 1482 ss., con nota di ROSSI, *L'art. 2638 c.c.*, cit., nonché in *Cass. pen.*, 2016, 9, 3405 ss., con nota di STAMPANONI BASSI, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza: problematiche in tema di concorso di reati*, che sono poi pervenute, sulla base di tale errata premessa di fondo, ad affermare un concorso formale di reati tra il comma 1 e il comma 2.

aveva condannato gli imputati *ex art. 2638, co. 1 c.c.* per aver questi omesso di comunicare, a Banca d'Italia, la concessione di finanziamento ai *partner* industriali del consorzio per la sottoscrizione di quote di partecipazione a quest'ultimo, rilevando così una fraudolenta dissimulazione di un *leasing* finanziario, con conseguente falsa esposizione nel bilancio della plusvalenza derivante dalla cessione.

La Suprema Corte censura una simile statuizione, criticando la mancata indicazione, da parte del giudice di seconde cure, della specifica condotta a cui sono stati ricondotti i fatti contestati, nella misura in cui, a detta della Cassazione, non si comprende se l'omesso riferimento, nella comunicazione del 14 dicembre 2012 indirizzata a Banca d'Italia, ai finanziamenti concessi ai *partner* industriali sia stato ritenuto integrante «*un'omessa comunicazione di informazioni dovute*, ovvero – secondo la complessiva declinazione della contestazione – il ricorso a mezzi fraudolenti volti ad occultare l'esistenza di fatti rilevanti per la situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società, trasfusi in bilancio mediante appostazione della relativa plusvalenza»⁴⁶ [il corsivo è nostro]. In realtà, ci sembra che i giudici di legittimità siano incorsi in un equivoco, poiché, come subito approfondiremo, l'omissione comunicativa non potrebbe in ogni caso integrare la fattispecie in parola.

L'equivoco nasce dal ritenere configurabile anche in chiave omissiva la condotta di occultamento con altri mezzi fraudolenti. Vi sono tuttavia diversi motivi che si oppongono a siffatta conclusione.

Il primo è di natura prettamente semantica nel senso che “occultare informazioni” – peraltro attraverso il ricorso a mezzi fraudolenti, come richiesto dalla norma incriminatrice⁴⁷ – significa nascondere artificiosamente e, dunque, implica l'adoperarsi dell'agente in tal senso⁴⁸. Al contrario, l'omissione allude a un *non facere*, a cui certamente corrisponde il silenzio.

⁴⁶ Cass., Sez. III, 7 marzo 2023, n. 9623, cit., in motivazione § 7.1.

⁴⁷ Questo aspetto è messo in evidenza da MUSCO-MASULLO, *I nuovi reati societari*, cit., 220; v. altresì ALESSANDRI, *Ostacolo*, cit., 259; LOVECCHIO MUSTI, *Ostacolo*, cit., 249; NISCO, *L'ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza*, cit., 257 s.; ROSSI, *Illeciti relativi al controllo*, cit., 352.

⁴⁸ V. ZANNOTTI, *L'ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza (art. 2638 c.c.)*, cit., 586, il quale sottolinea che «il nascondimento comporta pur sempre necessariamente una attività».

Il secondo è ricavabile da un raffronto con il delitto di ostacolo di cui al comma 2, ove il legislatore, nel delineare un reato di evento e a forma libera, ha espressamente previsto la possibilità che anche i comportamenti omissivi (la norma recita «in qualsiasi forma, anche omettendo le comunicazioni dovute») rilevino ai fini dell'integrazione delle fattispecie. E nello stesso senso – ecco il terzo argomento a sostegno della nostra tesi – ci sembra deporre il confronto con le fattispecie di false comunicazioni sociali di cui agli artt. 2621 e 2622 c.c., che hanno ispirato il legislatore nella tipizzazione delle false comunicazioni all'autorità di vigilanza: ebbene, mentre è stata riprodotta nell'art. 2638 c.c. la condotta di esposizione non veritiera di fatti materiali, non così è accaduto per l'omissione di informazioni⁴⁹.

Ciò ci pare confermare la volontà di limitare l'ipotesi di ostacolo a quei comportamenti – come l'occultamento con mezzi fraudolenti – che presentino una carica decettiva decisamente più pregnante del semplice silenzio.

Nel senso appena illustrato depone altresì – e qui un indice di conferma è dato dalla Relazione al d.lgs. n. 61/2002 – la scelta di equiparare sotto il profilo sanzionatorio le fattispecie di reato di cui al primo e al secondo comma, sul presupposto che, nella Relazione illustrativa al provvedimento di introduzione della disposizione in esame, si impone di circoscrivere l'area di rilevanza penale delle false comunicazioni all'autorità di vigilanza rispetto a condotte connotate da fraudolenza. Invero, ivi si legge che la previsione della stessa cornice edittale è motivata in virtù della «sostanziale equivalenza fra la più grave condotta di falso, nella prima, e le condotte meno gravi, nella seconda, che però determinano l'ostacolo alle funzioni di vigilanza»⁵⁰.

Le affermazioni della Cassazione risultano pertanto in contrasto con la lettera dell'art. 2638, co. 1 c.c., ove sono incriminate *solo condotte positive*⁵¹ (false

⁴⁹ V. sul punto SEMINARA, *Diritto penale commerciale. I reati societari*, cit., 175.

⁵⁰ Così V. Relazione al d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61, p. 11, reperibile su: www.tuttocamere.it/files/dirsoc/2002_61_Relazione.pdf. V. GUIDI, *Riflessioni sul concetto di ostacolo*, cit., 105 il quale, facendo leva sul disposto della Relazione, afferma che l'equiparazione *quoad poenam* tra i due commi si giustifica «in ragione della intrinseca maggior gravità del mendacio rispetto ad altre condotte non specificamente menzognere ma concretamente produttive dell'ostacolo alle funzioni di vigilanza».

⁵¹ V. ancora MUSCO-MASULLO, *I nuovi reati societari*, cit., 220; nonché D'AMBROSIO, *L'ostacolo*, cit., 1866; FOFFANI, voce *Società*, cit., 2557; ROSSI, *Illeciti penali*, cit., 248; LOVECCHIO MUSTI, *Ostacolo*, cit.,

comunicazioni e occultamento fraudolento) e non anche il mero silenzio, il quale potrà rilevare esclusivamente ai sensi del comma 2, laddove determini la verifica dell'evento di ostacolo.

Il secondo punto critico della sentenza *Banca Etruria* – peraltro, come vedremo, collegato all'aspetto appena analizzato – attiene al rapporto tra le due fattispecie, che ci apprestiamo subito ad affrontare.

Segnaliamo, per completezza, che i giudici hanno ritenuto di dedicarsi a tale questione in ragione della diversa qualificazione giuridica, operata dai giudici di merito, relativamente all'imputazione concernente la sottovalutazione dei crediti deteriorati.

La premessa iniziale da cui essi prendono le mosse è che, come detto, il reato di pericolo concreto di cui al comma 1 sia integrato sia dalla “mera omessa comunicazione di informazioni dovute” sia da comportamenti fraudolenti, mentre quello di cui al comma 2, realizzabile attraverso qualsiasi condotta – tra cui, del pari, l'omissione comunicativa – richieda la verifica dell'evento-ostacolo; sicché si ravvisa, in buona sostanza, uno spazio di sovrapposizione tra le due ipotesi.

Ciò conduce i giudici a sostenere, in ultima analisi, che tra le due fattispecie intercorra un rapporto di c.d. specialità bilaterale o reciproca, nella misura in cui, per certi versi, dovrebbe prevalere la figura delittuosa di cui al comma 1, «contenendo la stessa, rispetto al secondo, elementi specializzanti, che si traducono nel dolo specifico (c.d. specialità per aggiunta) e nella natura vincolata della condotta alternativa di falso (c.d. specialità per specificazione)»; per altri versi, la Corte osserva che «anche il comma 2 presenta un carattere di specialità

249; STAMPANONI BASSI, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni*, cit., 3412 ss.; TRIPODI, *Art. 2638 c.c.*, cit., 632; NISCO, *L'ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza*, cit., 257, il quale sottolinea che «entrambe le condotte descritte dall'art. 2638, comma 1, c.c. devono considerarsi commissive, in quanto suppongono l'attività del “comunicare”». Ritiene si tratti di una condotta mista (cioè attiva in relazione alla comunicazione e all'impiego di mezzi fraudolenti; omissiva rispetto a ciò che si sarebbe dovuto comunicare) GIUNTA, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, Torino, 2004, 329. In giurisprudenza, v. Cass., Sez. V, 15 novembre 2010, n. 40164, Rv. 248821, che esclude espressamente la rilevanza del mero silenzio e afferma che tutt'al più l'occultamento può essere letto in termini omissivi nella misura in cui «si risolve complessivamente in un'omissione di comunicazione».

per aggiunta rispetto al primo, richiedendo la verifica dell'evento di ostacolo»⁵².

Come osservato in dottrina, la categoria della c.d. specialità reciproca – che si riferisce alle ipotesi in cui due norme tipizzano «fatti di reato che, accanto ad un nucleo di elementi comuni, presentano elementi speciali ed elementi generali rispetto ai corrispondenti elementi dell'altra»⁵³ – è assai discussa, dubitandosi che in simili evenienze si verta ancora nel campo dell'art. 15 c.p., quanto piuttosto, come sostenuto anche dalla giurisprudenza prevalente, in quello del concorso di reati⁵⁴. Non è difatti agevole, in queste ipotesi, identificare il criterio in base al quale assegnare prevalenza a una disposizione.

Ebbene, ci sembra che la conclusione cui perviene la Cassazione, nei fatti, non fornisca una risposta soddisfacente alle esigenze di coordinamento tra le due fattispecie.

Abbiamo infatti cercato di evidenziare – allorché ci siamo interrogati della rilevanza del silenzio *ex* comma 1 – come, dal menzionato passaggio della Relazione illustrativa, traspaia la volontà di assegnare alle due fattispecie spazi applicativi separati⁵⁵: nel comma 1, rientrano le più insidiose condotte (attive) di falsa esposizione e occultamento fraudolento che, proprio in virtù delle loro caratteristiche, rilevano *ex se*, a prescindere dalla realizzazione di uno sviamento della vigilanza pubblica; nel comma 2, confluiscono *condotte meno gravi* (compreso il silenzio), quindi *diverse* da quelle tipizzate al comma precedente, che però assumono rilievo penale nella misura in cui cagionino un ostacolo al corretto espletamento dell'attività delle *Authorities*. In particolare,

⁵² Così Cass., Sez. III, 7 marzo 2023, n. 9623, cit., in motivazione § 5.1.4.

⁵³ Così MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., 616. Su tale categoria, v. altresì BASSI, Sub Art. 15 c.p., in *Codice penale commentato*, diretto da Dolcini-Gatta, Milanofiori Assago, 2021, t. I, 308 e 313.

⁵⁴ La giurisprudenza si muove verso questa direzione: v. Cass., Sez. III, 20 novembre 2015, n. 3539; Cass., Sez. II, 16 novembre 2012, n. 3397, Rv. 254312; Cass., Sez. II, 27 marzo 2008, n. 15879, Rv. 239776; Cass., Sez. II, 26 ottobre 2005, n. 40921, Rv. 232525; Cass., Sez. I, 24 giugno 2004, n. 30546, Rv. 229801. Nella manualistica, v. in senso contrario MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Milanofiori Assago, 2020, 510 ss.; in ambito monografico, v. DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Milano, 1980, 59 ss.

⁵⁵ In questi termini, v. nonché MESSORI, *L'ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza. Orientamenti (e disorientamenti) giurisprudenziali nell'applicazione dell'art. 2638 c.c.*, in *Arch. pen. web*, 2020, 3, 32 s. che rileva come si tratti di «un caso di incompatibilità tra fattispecie».

guardando alla lettera dell'art. 2638, co. 2 c.c. si tratterebbe di interpretare la locuzione «in qualsiasi forma» come «altra e diversa rispetto a quella già descritta e punita al primo comma»⁵⁶.

Ciò, a differenza di quanto sostenuto dalla Cassazione nella vicenda in esame, ci induce a escludere a monte la sussistenza di un possibile ambito di convergenza tra le due fattispecie, in presenza del quale “scomodare” l'istituto del concorso apparente di norme⁵⁷ o, peggio ancora, propendere – come di fatto è accaduto in giurisprudenza – per il concorso formale di reati⁵⁸. Riteniamo piuttosto che nei casi in cui a una condotta di falsa esposizione ovvero occultamento con mezzi fraudolenti segua un effettivo e rilevante ostacolo, reclamerà applicazione solo il delitto di cui al comma 1, in ragione della ricorrenza di quelle peculiari condotte, mentre l'intralcio costituirà un postfatto non punibile.

In definitiva, ci sembra che, tra le diverse letture prospettabili in relazione ai rapporti tra le due fattispecie, quella che identifica un rapporto di alternatività tra le stesse, basandosi sulle indicazioni ricavabili dalla Relazione illustrativa, rappresenti la giusta strada da percorrere.

Inoltre, tale soluzione – che distingue a monte le sfere di applicazione delle due ipotesi – ben si presterebbe a ovviare alla accennata tendenza delle procure a contestare in maniera congiunta i due reati dell'art. 2638 c.c., oltre che a facilitare *ex post* l'individuazione dei confini dell'accertamento giudiziale. Tendenza che peraltro è stata seguita, come si è visto⁵⁹, anche nel caso in esame, ed è poi stata ritenuta ammissibile dalla Suprema Corte.

⁵⁶ Così MASULLO, Sub Art. 2638 c.c., cit., 2494. Nello stesso senso TRIPODI, Art. 2638 c.c., cit., 640 nonché, volendo, PIETROCARLO, *I 'labili' confini del concetto di ostacolo*, cit., 526 s.

⁵⁷ Questa è l'opinione di ALESSANDRI, *Ostacolo*, cit., 260, secondo cui l'elemento specializzante sarebbe rappresentato dalle condotte di falsa esposizione e occultamento con mezzi fraudolenti, con la conseguenza che qualora le stesse cagionino l'evento ostativo, questo costituirà un *post factum* non punibile e troverà esclusiva applicazione il comma 1.

⁵⁸ V. le sentenze richiamate nella nota n. 45.

⁵⁹ V. *supra*, par. 2.

Invero, secondo un consolidato orientamento, cui peraltro ha aderito anche il Tribunale di Siena nell'ambito della vicenda *MPS-Nomura*⁶⁰, deve escludersi che una simile tecnica di redazione del capo d'imputazione possa ledere il diritto di difesa dell'imputato, il quale è comunque «messo in condizione (come richiesto anche dalla giurisprudenza sovranazionale) tutte le direttrici lungo le quali potrà svilupparsi il dibattito processuale»; inoltre, la stessa determina legittimamente, «in caso di impugnazione, la devoluzione di tale alternatività sia al giudice di appello che a quello di legittimità, libero di concentrare la decisione su una delle alternative senza violare il [...] principio di correlazione tra accusa e sentenza»⁶¹. Aggiunge però la Cassazione in un diverso passaggio della pronuncia che, in caso di diversa qualificazione, incomberà sul giudice del gravame «un onere argomentativo rigidamente conformato all'ipotesi privilegiata»⁶², che ne evidenzia la ricorrenza in tutti i suoi elementi costitutivi.

Al di là di queste importanti precisazioni a tutela del diritto di difesa, non ci sembra che la contestazione alternativa delle fattispecie in parola meriti di essere condivisa. Riteniamo dunque preferibile la selezione a monte, da parte degli organi inquirenti, del reato oggetto di contestazione (il comma 1, al cospetto delle particolari condotte insidiose ivi tipizzate, mentre il comma 2 negli altri casi in cui però ricorra l'evento ostativo), con tutte le conseguenze che ne derivano sul piano istruttorio.

5. Riflessioni conclusive sugli approdi della Cassazione: ancora molta strada da percorrere. L'analisi sin qui compiuta ha permesso di confrontarsi con le principali problematiche che, nel tempo, hanno interessato l'art. 2638 c.c.: la carica lesiva che deve assumere l'evento di ostacolo affinché si configuri il delitto di cui al comma 2; l'esigenza di accertamento dell'idoneità delle condotte tipizzate al comma 1 a ostacolare le funzioni delle autorità di vigilanza; la (ir)rilevanza

⁶⁰ Per ulteriori riferimenti alla sentenza del Tribunale di Siena, sia consentito rinviare a PIETROCARLO, *I 'labili' confini del concetto di ostacolo*, cit., 534 e, in particolare, nota n. 57 per i richiami alla giurisprudenza interna e sovranazionale sul punto.

⁶¹ Cass., Sez. III, 7 marzo 2023, n. 9623, cit., in motivazione § 4.

⁶² Cass., Sez. III, 7 marzo 2023, n. 9623, cit., in motivazione § 5.2.1.

dei comportamenti omissivi ai sensi del comma 1; e, infine, il rapporto tra i due reati.

In questo senso, la sentenza *Banca Etruria* rappresenta un'apprezzabile conferma dei risultati ermeneutici raggiunti tanto dalla Cassazione nel caso *MPS-Nomura* relativamente ai confini dell'ostacolo nel delitto di evento – il quale deve presentare marcati profili di offensività che valgono altresì a porre un argine rispetto agli illeciti amministrativi –, quanto dalle successive pronunce che, forti di un precedente così illuminato, hanno proseguito nella valorizzazione di uno stringente accertamento della idoneità delle condotte di falsa esposizione e occultamento fraudolento di cui al comma 1 a ostacolare i compiti di controllo delle autorità pubbliche.

Quanto agli approdi in punto di identificazione della condotta punita ai sensi del comma 1 e di ricostruzione dei rapporti tra le due figure di cui all'art. 2638 c.c., la Cassazione continua a battere, per un verso, la strada della rilevanza del silenzio a titolo di false comunicazioni all'autorità di vigilanza e, per altro verso, a risolvere nel senso della specialità reciproca la relazione tra le ipotesi di cui al primo e al secondo comma della disposizione in esame.

Come auspichiamo di aver dimostrato, è altra, in entrambi i casi, la via da percorrere.

Sul primo fronte, occorre circoscrivere la punibilità a quei comportamenti (commissivi) di carattere spiccatamente decettivo atti a nascondere all'autorità di vigilanza fatti che avrebbero dovuto essere comunicati, da cui esula il semplice silenzio.

Sul secondo, bisogna prendere atto che le fattispecie vantano ambiti applicativi distinti, segnati dalle diverse condotte attraverso cui possono estrinsecarsi, sicché si configurerà soltanto il comma 1 in presenza di quelle particolari condotte insidiose, a prescindere dalla verifica dell'ostacolo, che potrà al più rappresentare, se presente, un postfatto non punibile; l'operatività del comma 2 deve essere invece circoscritta alle ipotesi di ricorrenza di comportamenti meno gravi e diversi (anche omissivi) che però determinino un effettivo e rilevante intralcio alle attività di vigilanza delle *Authorities*.

Insomma, prosegue opportunamente il lento cammino della giurisprudenza di legittimità volto, da un lato, a dare sostanza al concetto di ostacolo, evitando che il reato di evento di cui al comma 2 conquisti indebitamente spazi a detrimento dell'illecito amministrativo, e, dall'altro, a porre l'accento sulla necessaria idoneità di intralcio delle condotte di cui al comma 1, affinché tale fattispecie possa configurarsi. Deve invece ancora penetrare nella prassi applicativa quella lettura del rapporto tra le due fattispecie che appare preferibile al fine di evitare soluzioni che ci sembrano privare di razionalità l'intero art. 2638 c.c.