

QUESITI

LAVINIA MESSORI

**L'ostacolo all'esercizio delle funzioni
delle autorità pubbliche di vigilanza
Orientamenti (e disorientamenti)
giurisprudenziali nell'applicazione
dell'art. 2638 c.c.**

Lo scopo del contributo è quello di esaminare e tentare di risolvere alcuni aspetti controversi del reato di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza, quali il *tempus* e il *locus commissi delicti*, il concorso fra i commi 1 e 2 dell'art. 2638 c.c. e la natura del bene giuridico protetto. Si darà atto delle criticità tanto del testo normativo quanto di alcuni orientamenti giurisprudenziali, i quali incidono negativamente sulla concreta ed effettiva prevedibilità della decisione giudiziaria.

Hindrance to the supervisory public authority functions. Case-law directions and misdirections in the application of art. 2638 of the Civil code

The purpose of the essay is to examine and attempt to resolve some controversial aspects of the offence of hindrance to the supervisory public authority functions, such as the *tempus* and the *locus commissi delicti*, the relationships between paragraphs 1 and 2 of Article 2638 of the Civil Code and the nature of the protected juridical good. The analysis will focus on the critical aspects of both the legislative text and certain case-law trends that prevent the judicial decisions from being concretely foreseeable.

SOMMARIO: 1. Una disposizione a più norme: le false informazioni e l'ostacolo. - 2. Due reati istantanei con un diverso momento consumativo. - 3. Il (falso) problema del concorso formale fra co. 1 e co. 2 dell'art. 2638 c.c. - 4. La natura istituzionale del bene protetto e la problematicità del concetto di 'mediazione amministrativa'. Tutela di un bene-funzione, di una funzione strumentale o di una mera funzione?

1. *Una disposizione a più norme: le false informazioni e l'ostacolo.* Sono plurime le ragioni che spingono, a diciott'anni dalla sua introduzione, verso una nuova riflessione sul reato di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità di pubblica vigilanza, un reato societario del tutto peculiare, invero forse difficilmente etichettabile come tale se non per la sua collocazione sistematica. Anzitutto quella stigmatizzata dal legislatore è una condotta che nella prassi riveste un ruolo strategico nell'ordito criminale tessuto dai vertici societari, posto che nella quasi totalità dei casi è la commissione di altri reati lo scopo o l'occasione o talvolta il movente della realizzazione di questa fattispecie¹, la cui emersione è dunque idonea a squarciare quel velo di opacità sotto cui si consumano fatti di corruzione, atti di infedeltà patrimoniale, reati legati

¹ ROSSI, *Ostacolo alla vigilanza e nuova disciplina del falso in bilancio*, in *Riv. guardia di finanza*, 2016, 68; MAZZACUVA, AMATI, *Diritto penale dell'economia*, Milano, 2018, 115 s.

all'insolvenza, *etc.*; un rinnovato interesse per questo reato è però più propriamente dettato dal suo essere «sbarcato in provincia»², non riguardando esso ormai più solo i pochi colossi del mondo finanziario ma anche le ben più numerose realtà bancarie e finanziarie di ridotte dimensioni, capillarizzate nel territorio. La fattispecie ha trovato cioè negli ultimi anni un'applicazione più pervasiva, non più legata, come al tempo della sua nascita, ai soli maxi scandali delle scalate bancarie³.

La sua innegabile natura sintomatica e la sua utile funzione “spia” dialogano poi con una formulazione problematica, perché estremamente aperta, forse addirittura in bianco, ma comunque certamente poco tassativa⁴, accompagnata per giunta da una considerevole severità sanzionatoria (inferiore solo a quella dell'aggitaggio e a quella delle false comunicazioni sociali successive alla riforma del 2015). Tutto ciò rende assai sentita l'esigenza di definire con maggiore precisione i confini applicativi di questo reato societario, specie a fronte di orientamenti giurisprudenziali ondivaghi e in parte meritevoli di essere rimeditati.

In particolare, si vuole qui chiarire alcuni punti, allo stato assai incerti, legati alla individuazione del *tempus* e del *locus commissi delicti* e alla possibile area di convergenza fra i due commi dell'art. 2638 c.c., precisazione quest'ultima che pare cruciale specie alla luce della diffusa prassi delle Procure di formulare capi di imputazione che si riferiscono indifferentemente tanto al primo quanto al secondo comma⁵ o di impostare l'ipotesi accusatoria in modo tale che essa, nonostante l'espresso riferimento al solo delitto “previsto e punito” dall'art. 2638, co. 1 c.c., si sostanzi anche nella contestazione in fatto dell'illecito di cui al secondo comma⁶.

² ROSSI, *Ostacolo alla vigilanza e nuova disciplina del falso in bilancio*, cit., 68.

³ Notava qualche anno fa FOFFANI, *Economia, sistema bancario e intervento penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 985 ss. come «l'ultimo decennio ha visto l'irrompere di processi penali economici di dimensioni e rilevanza (anche mediatica) inusitate: Parmalat, Cirio, BNL-Unipol, Antonveneta, ecc.».

⁴ *Infra* par. 2.

⁵ Segnala come ciò non sia in verità frutto di una sciattezza della prassi invalsa nelle Procure ma sia piuttosto dovuto alla stessa conformazione dell'art. 2638 c.c., il cui secondo comma è caratterizzato da una formulazione così generica da racchiudere anche il tipo delittuoso del comma precedente (con la conseguenza che quest'ultimo finirebbe così per rappresentare una anticipazione esemplificativa del successivo) CONSULICH, *Il caso Antonveneta: abuso di informazioni privilegiate e ostacolo alle funzioni di vigilanza*, in, *Casi di diritto penale dell'economia*, I, a cura di Foffani, Castronuovo, Bologna, 2015, 163.

⁶ Si veda a tal proposito, fra i vari, la contestazione operata dal Pubblico Ministero nell'ambito del noto caso giudiziario che ha coinvolto l'istituto di credito Monte dei Paschi di Siena. Si legge infatti nella sentenza Trib. Siena, 29 gennaio 2015, n. 762, imp. Baldassarri, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di GITTARDI, *Caso mps: la sentenza del Tribunale di Siena in materia di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità di vigilanza*, che «il capo di imputazione – sia che si versi nella logica

L'art. 2638 c.c., rubricato in maniera onnicomprensiva come "Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza" racchiude in verità al suo interno, in maniera incontestata, due diverse figure criminose⁷, la prima qualificabile alternativamente come 'falsità' e 'fraudolento occultamento di fatti' (co. 1), la seconda, invece, questa sola, effettivamente qualificabile come da rubrica quale 'ostacolo all'esercizio delle funzioni'.

Rinviando ad un secondo momento il più puntuale inquadramento della questione (*infra* par. 4), può sin da subito constatarsi la natura non patrimoniale del bene protetto, rappresentando difatti l'art. 2638 c.c. la versione "pubblicistica" del reato di impedito controllo di cui all'art. 2625 c.c., che diversamente ostacola l'attività di controllo legalmente attribuita ai soci o ad altri organi sociali⁸.

Oggetto di protezione è in sostanza l'attività di mediazione tra stabilità ed efficienza economica esercitate dalle Autorità pubbliche di vigilanza⁹: la tutela di funzioni non emerge difatti unicamente al momento dell'ingresso degli operatori economici nel mercato (si pensi alle fattispecie di abusivismo, dettate per rafforzare i vari presidi di controllo per il regolare esercizio di determinate attività, il cui svolgimento indiscriminato rappresenterebbe un'insidia per i

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 (la seconda ipotesi del I comma), 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 in 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» (p. 3).

⁷ A titolo esemplificativo si veda FOFFANI, *sub art. 2638*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di Palazzo, Paliero, Padova, 2003, 1914; ZANNOTTI, *Diritto penale dell'economia*, Milano, 2017, 202 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.; GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Torino, 2018, 141 ss.; LANZI, INSO-LERA, *Codice penale d'impresa*, Roma, 2015, 115; INFANTE, in *Corso di diritto penale dell'impresa*, a cura di Manna, Padova, 2018, 449 ss.; MAZZACUVA, AMATI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 116 ss.; ROSSI, *Illeciti penali e amministrativi in materia societaria*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di Grosso, Padovani, Pagliaro, Milano, 2012, 242 ss.; AMBROSETTI, MEZZETTI, RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2016, 236 ss.; TOPPAN, TOSI, *Lineamenti di diritto penale dell'impresa*, Padova, 2017, 89 s.

⁸ Sul punto cfr. SEMINARA, *L'impedito controllo (art. 2625 c.c.)*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di Giarda, Seminara, Padova, 2002, 454 s.; AMBROSETTI, MEZZETTI, RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit. 236; MAZZACUVA, AMATI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 111.

⁹ Sulla identificazione del bene protetto con una funzione pubblicistica v., in particolare, MUSCO, *I nuovi reati societari*, Milano, 2004, 275 ss.; SANTORIELLO, *Il nuovo diritto penale delle società*, Torino, 2003, 347 ss.; ALESSANDRI, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza*, in *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di Id., Milano, 2002, 254 ss..

beni di primaria importanza che vi risultano coinvolti) ma può profilarsi anche lungo la vita dell'attività economica attraverso, anzitutto, il grimaldello dell'art. 2638 c.c., che a seguito della riforma avutasi con la l. n. 61/2002, con la sua portata generale e unificante¹⁰, punisce le condotte che siano in vario modo di ostacolo alle funzioni delle (genericamente indicate come) autorità pubbliche di vigilanza. A tale previsione si accompagnano poi talune altre fattispecie che ricalcano il c.d. modello ingiunzionale¹¹, imperniate cioè sulla violazione degli obblighi di collaborazione e sull'inottemperanza agli obblighi di comunicazione alle autorità di settore (perlopiù in tema di omessa comunicazione di partecipazioni 'rilevanti' alla Banca d'Italia, alla Consob, all'Ivass e alla Covip): si pensi agli artt. 139, co. 2 e 140 t.u.b., ma anche agli artt. 169 e 174, co. 1 t.u.f., all'art. 16, co. 2 l. n. 20/1998 e all'art. 18 *bis* d.lgs. n. 124/1993.

Tali fattispecie sono in verità una specificazione di quel più generale obbligo di "trasparenza esterna", la cui violazione è sanzionata proprio all'art. 2638 c.c.

È noto come la fattispecie in esame abbia mortificato quella spinta, impressa dalla l. n. 61/2002, verso una maggiore coerenza sistematica, considerate le plurime ambiguità contenutistiche¹² riguardanti (oltre che il bene protetto, di cui si dirà) le Autorità pubbliche effettivamente prese in considerazione (sono solo quelle preposte alla tutela dei mercati finanziari? o in generale tutte quel-

¹⁰ Con la riforma menzionata sono stati abrogati i precedenti reati di ostacolo alle funzioni di vigilanza e di comunicazione di dati falsi, collocati nella legislazione complementare, fra cui l'art. 134 t.u.b. e gli artt. 171 e 174, co. 2 t.u.f. La prima incriminazione di condotte lesive dell'attività degli organi di vigilanza risale in verità alla legge istitutiva della Consob (d.l. 8 aprile 1974, n. 95, convertito in l. 7 giugno 1974, n. 216), cui seguirono nel tempo figure omologhe poste a tutela delle nuove autorità di vigilanza via via istituite. Il progetto di unificazione si è tuttavia in parte arrestato con l'introduzione dell'art. 170 *bis* t.u.f. (avutasi con la l. n. 62/2005), volto a tutelare le funzioni di Consob e Banca d'Italia strettamente relative agli abusi di mercato, e con l'introduzione dell'art. 306 del codice delle assicurazioni private (d.lgs. n. 209/2005), che protegge le funzioni di accertamento del possesso dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività assicurativa dell'Ivass. Si vedano anche gli artt. 19 *ter* d.lgs. n. 252/2005 (con riferimento ai poteri della Covip) e 29 d.lgs. n. 39/2010 (sull'ostacolo allo svolgimento delle attività di revisione legale).

¹¹ Per una analisi critica delle tecniche di descrizione delle fattispecie penali nel campo societario v. MARINUCCI, ROMANO, *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, 698 ss.; MARINUCCI, *Gestione d'impresa e pubblica amministrazione: nuovi e vecchi profili penalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 424 ss.; sugli apprezzabili vantaggi derivanti dall'uso del modello ingiunzionale nell'ambito del governo dell'attività d'impresa v. ALESSANDRI, *Parte generale*, in PEDRAZZI, ALESSANDRI, FOFFANI, SEMINARA, SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, 50 ss., nonché PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, in *Comportamenti economici e legislazione penale*, a cura di Id., Milano, 1979, 38 e Id., *Odierno esigenze economiche e nuove fattispecie penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 1107.

¹² Fra le varie voci critiche v. SANTORIELLO, *Il nuovo diritto penale delle società*, cit., 347.

le preposte alla tutela di valori costituzionali?¹³), nonché le comunicazioni effettivamente rilevanti ai fini della tipicità del fatto¹⁴ (sono solo quelle imposte dalla legge o anche quelle richieste dalle singole Autorità con conseguente «autopoiesi penalistica¹⁵»?). La fattispecie si presenta altresì aperta con riferimento ai soggetti attivi; si tratta sì di un reato proprio ma la formula di chiusura «gli altri soggetti sottoposti per legge alle autorità pubbliche di vigilanza» produce un'estensione della portata applicativa della fattispecie, i cui confini risultano così conoscibili solo alla luce delle plurime e diversificate normative di settore¹⁶.

Il *deficit* di determinatezza è valso a riconoscere al reato di ostacolo (additato come fattispecie onnivora¹⁷) una prevalente valenza politica, in quanto agevole strumento idoneo, da un lato, ad avviare indagini «esplorative», volte cioè alla scoperta di diversi e più dannosi reati¹⁸, dall'altro, a perseguire condotte che

¹³ Le perplessità sono efficacemente esposte da CRISTIANI, *Commentario di diritto penale delle società e del credito*, Torino, 2003, 206 ss.; ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, Milano, 2008, 199 ss.; SEMINARA, *False comunicazioni sociali, falso in prospetto nella revisione contabile e ostacolo alle funzioni delle autorità di vigilanza*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 687 ss.. Ritene come l'estensione della tutela a tutte le autorità pubbliche, indipendentemente da competenze e finalità, trasformerebbe la fattispecie in esame in un presidio penale di interessi istituzionali, proiettato su una dimensione lesiva autoreferenziale SEMINARA, voce *Reati societari (le fattispecie)*, in *Enc. dir.*, Annali, IX, Milano, 2016, 782.

Vi è chi osserva che il co. 2 dell'art. 2638 c.c. non menziona la natura economica, finanziaria o patrimoniale dei dati da comunicare, con la conseguenza che detta fattispecie riguarderebbe anche informazioni di tipo non economico e dunque tutelerebbe l'operato anche di autorità di vigilanza non aventi finalità economiche (v. in proposito FOFFANI, *sub art. 2638*, cit., 1916; LUNGHINI, *sub art. 2638*, in *Codice penale commentato*, a cura di Dolcini, Gatta, Milano, 2015, 1968). Ritene che si debba risalire al modello al quale si è ispirato il legislatore nella formulazione della nuova fattispecie, che è certamente costituito da quello coniato per la Banca d'Italia, ALESSANDRI, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza*, 256 s.

¹⁴ Il dubbio sorge dal riferimento operato dal legislatore alle informazioni «previste in base alla legge» e non a quelle «previste dalla legge» come invece accade all'art. 2621 c.c. Si vedano a tal proposito MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., 278; ZANNOTTI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 203 s. Trattati di imprecisione si colgono anche in relazione all'ampio riferimento alla situazione economica, patrimoniale e finanziaria dell'ente; a fronte di ciò vi è chi ha ritenuto che le informazioni rilevanti ai fini penali siano soltanto quelle funzionalmente collegate al concetto di vigilanza e che possano cioè concretamente mettere in pericolo la vigilanza od ostacolarla effettivamente (v. MONTANI, *Le attività di ostacolo*, in *Reati in materia economica*, a cura di Alessandri, Torino, 2017, 203 s.).

¹⁵ CONSULICH, *Il caso Antonveneta*, cit. 164.

¹⁶ Si vedano i rilievi di ALESSANDRI, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza*, cit., 258; LOSAPPIO, *Risparmio, funzioni di vigilanza e diritto penale: lineamenti di un sottosistema*, Bari, 2004, 163.

¹⁷ In questi termini CORNACCHIA, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità di vigilanza*, in *Giur. comm.*, 2017. Di *catch all provision* parla CONSULICH, *Il caso Antonveneta*, cit., 162 ss.

¹⁸ MAZZACUVA, AMATI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 116 osserva come dalla concreta esperienza del mercato possa desumersi che l'elusione della vigilanza sia sintomatico di precedenti o

avrebbero altrimenti rischiato di rimanere impunte, considerata la scarsa applicabilità del reato di falso in bilancio nella sua formulazione *ante* 2015¹⁹. I reati nascosti dalla cortina fumogena delle falsificazioni e degli intralci a danno delle *Authority* sono infatti non di rado reati soggetti a brevi termini prescrizione, spesso insuscettibili di indagini a mezzo di intercettazioni, che non legittimano l'applicazione di custodie cautelari in carcere, e che cancellano di fatto la prospettiva di condanne certe e significative dei vertici aziendali. Un po' come la contestazione dell'associazione per delinquere, il reato in esame permette nella pratica un ampliamento delle risorse di indagine e delle prospettive di condanne non irrisorie.

Come anticipato, al primo comma di predetto articolo è punita la condotta degli esponenti aziendali che, allo specifico fine di ostacolare l'esercizio delle funzioni di vigilanza, espongono fatti materiali non rispondenti al vero nelle comunicazioni previste in base alla legge sulla situazione economica/patrimoniale/finanziaria, ovvero occultano con altri mezzi fraudolenti fatti che avrebbero dovuto comunicare: il disvalore è qui manifestato dall'intenzione (dolo specifico di ostacolo) e dalle modalità comportamentali insidiose (falsità o impiego di artifici), che si risolvono nella *costruzione di realtà solo apparenti*.

Il reato è con tutta evidenza di mera condotta²⁰ e il riferimento ai mezzi fraudolenti volti all'occultamento non può richiedere la necessaria prova di un'induzione in errore dell'autorità pubblica di vigilanza²¹. Piuttosto il dolo specifico di offesa impone di considerare la fattispecie alla stregua di un reato di pericolo concreto, per evitare che il disvalore rimanga relegato nel foro interno dell'autore: il soggetto attivo deve porre in essere una falsificazione e/o

imminenti atti di infedeltà patrimoniale, fatti di corruzione, abusi d'ufficio, fatti di bancarotta, *etc.* per i quali non sarebbe possibile quasi mai effettuare intercettazioni, richiedere misure cautelari custodiali o ottenere sentenze di condanna significative; v. anche ROSSI, *Ostacolo alla vigilanza e nuova disciplina del falso in bilancio*, cit., 73 e 84.

¹⁹ Parla di «immobilismo forzato» del delitto di false comunicazioni sociali ALESSANDRI, *Evoluzioni e prospettive del diritto penale economico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 600 ss.

²⁰ Aspetto, questo, mai messo in dubbio dalla giurisprudenza; v. *ex multis* Cass. pen., sez. V, 12 novembre 2015, n. 6884, in *Ced.*; Cass. pen., 21 maggio 2014, n. 26596 in *Ced.*; Cass. pen., sez. V, 7 dicembre 2012, n. 49362 in *Ced.*

²¹ Sostiene che l'inganno, ricavabile dalla fraudolenza, ossia dall'impiego di «altri mezzi fraudolenti», ancorché come pura idoneità, dovrebbe configurarsi con modalità tali da sviare l'attività di vigilanza, che sarebbe così insidiosamente portata a sottovalutare segnali di rischio, «per effetto di una *mise en scene artificiosa*» ALESSANDRI, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza*, cit., 259 ss. In termini adesivi alla tesi della necessaria induzione in errore FRASCETTI, *La natura dei reati di ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza e di aggrottaggio manipolativo*, in *Cass. pen.*, 2014, 4260 ss.

un occultamento fraudolento concretamente idonei a ostacolare la funzione di vigilanza, dunque concretamente idonei ad indurre in errore i funzionari, in modo da sviarne il fisiologico esercizio dei poteri. L'induzione in errore rappresenta un evento irrilevante ai fini del co. 1, il quale si perfeziona dunque a prescindere dalla realizzazione effettiva dell'ostacolo.

Al secondo comma, invece, sono puniti gli stessi soggetti ove, in qualsiasi forma, anche omettendo le comunicazioni dovute, ostacolano consapevolmente le funzioni di vigilanza. Si ha qui un reato causalmente orientato, in cui l'ostacolo deve essere consapevolmente cagionato da *qualsiasi* (salvo quanto subito si dirà) condotta attiva, oppure anche da uno specifico contegno omissivo ("omettendo le comunicazioni dovute"). In quest'ultimo caso la fattispecie si presenta alla stregua di un reato omissivo improprio espressamente tipizzato²²; ancorché rara non è questa tecnica un *unicum* nella legislazione nazionale, potendosi ravvisare incriminazioni espresse (senza cioè il ricorso alla clausola di equivalenza dell'art. 40 cpv. c.p.) di mancati impedimenti di eventi nell'art. 57 c.p. (ove si punisce il direttore o il vice-direttore responsabile, il quale omette di esercitare sul contenuto del periodico da lui diretto il controllo necessario ad impedire che col mezzo della pubblicazione siano commessi reati), nell'art. 659 c.p. (che punisce colui il quale, non impedendo strepiti di animali, disturba le occupazioni o il riposo delle persone) ed anche nell'art. 2629 *bis* c.c. (il quale incrimina il mancato impedimento di danni alla società o a terzi attraverso la violazione degli obblighi di cui all'art. 2391, co. 1 c.c.). Il disvalore che nel comma precedente è espresso dalle *modalità* e dall'*intenzione* (da tradursi anche in attitudine offensiva) qui pare divenire disvalore d'*evento*, anche se sembra assai arduo definire con chiarezza la natura di un ostacolo (*infra* par 2).

Quanto preme per il momento evidenziare è che si tratta di una disposizione a più norme: i due commi introducono due fattispecie a sé stanti, con la conseguenza che l'amministratore che ponga in essere tanto la condotta di falsificazione della realtà economico-patrimoniale quanto una ulteriore, causalmente connessa all'evento di intralcio, commetterà due reati (sulla possibile sovrapposizione delle condotte rilevanti tra primo e secondo comma *infra* par. 3), come chiarito dall'apertura del comma 2, attraverso la quale il legislatore ha indicato una pena autonoma, ancorché di pari entità, per il secondo contegno criminoso (duplicando così le fattispecie). Non si tratta in sostanza di condotte alternative ma si ha a che fare con (secondo altra terminologia) una

²² Anche la Corte di cassazione (nel noto caso Antonveneta) ha parlato di delitto commissivo mediante omissione (Cass. pen., sez. II, 28 novembre 2012, n. 2935).

norma mista cumulativa.

Similmente alla figura della bancarotta fraudolenta²³, l'ipotesi in esame è, nella sua interezza, una disposizione a più norme, nel senso appena visto, ma è anche, al comma 1, una norma a più fattispecie (o norma mista alternativa) risolvendosi le condotte tipizzate di falsità o occultamento fraudolento in modalità alternative di integrazione del fatto tipico lì descritto. L'amministratore che esponga fatti falsi e con artifici diversi e ulteriori dalla falsificazione ne occulti di ulteriori risponderà di un unico reato, quello di mera condotta di cui all'art. 2638, co. 1 c.c.; se oltre a fare ciò ostacola l'Autorità, ad esempio con reticenze o impedendo ispezioni, allora commetterà due reati, quello di mera condotta e quello di evento di cui al comma successivo.

2. Due reati istantanei con un diverso momento consumativo. Le false informazioni, costruite come si è visto come reato di mera condotta, non fanno sorgere grossi dubbi sulla loro natura istantanea: è evidente che l'espone fatti materiali non rispondenti al vero o l'occultare con altri mezzi fraudolenti fatti da comunicare non sono contegni che perdurano nel tempo ma iniziano e si esauriscono al tempo della redazione della comunicazione all'*Authority*. Per cui il reato si *perfeziona e consuma* evidentemente nel momento in cui è posta in essere la condotta tipica²⁴.

Nondimeno la giurisprudenza non è affatto concorde sull'individuazione del momento e del luogo consumativo e pare che le incertezze applicative siano dettate da un fraintendimento sul ruolo e sulla funzione da ascrivere all'accertamento del pericolo, il quale attiene sì tanto alla prova dell'offensività della condotta quanto al suo perfezionarsi (se l'informazione non è concretamente pericolosa il reato, così come disegnato dal legislatore, non è integrato), ma detto accertamento viene talvolta scorrettamente impiegato per giustificare uno spostamento in avanti della soglia di consumazione.

²³ V. quanto affermato in Cass. pen., Sez. Un., 26 maggio 2011, n. 21039, in *Ced*.

²⁴ Le riflessioni che seguono circa l'individuazione del *tempus commissi delicti* sono da riferirsi, nello specifico, alla soglia della consumazione rilevante ai fini della decorrenza del termine prescrizione *ex art. 158 c.p.*; il problema del *tempus commissi delicti* non può del resto essere affrontato in modo unitario ma la risoluzione varia a seconda della *ratio* dei diversi istituti: i ragionamenti che qui verranno esposti non possono certo valere dunque per aspetti assai diversi, quale, ad esempio, la successione di leggi nel tempo, o comunque per tutti quegli istituti che impongono di fare riferimento al momento della condotta, ossia al momento in cui il soggetto agente compie una scelta e si autodetermina (si pensi all'imputabilità). Sulla crisi dei criteri tradizionali di determinazione della consumazione in relazione ai vari istituti v. BRASCHI, *La consumazione del reato. Fondamenti dogmatici ed esigenze di politica criminale*, Padova, 2020, 5 ss.

Per comprendere meglio questo equivoco, occorre premettere che l'esposizione di fatti materiali non rispondenti al vero viene correttamente interpretata come reato di pericolo concreto²⁵: il giudizio circa l'attitudine offensiva della condotta per il bene protetto non è qui operato a monte dal legislatore ma la pericolosità deve al contrario essere oggetto di puntuale opera di accertamento da parte del giudice, figurando quale elemento costitutivo della fattispecie, implicito – come già detto – nella richiesta del dolo specifico di offesa²⁶. Oltre a ciò, milita in favore della concretezza del pericolo l'assenza delle ragioni che giustificerebbero l'astrazione del pericolo: la dottrina che si è occupata del tema ha ancorato la legittimità del ricorso a tale tecnica legislativa all'importanza del bene protetto e alla sua dimensione collettiva, ma soprattutto alla necessità di salvaguardare lo stesso non da episodi dannosi isolati, spesso irrilevanti (c.d. microviolazioni), ma dalla sommatoria di questi ultimi (condotte seriali) attraverso l'introduzione di un presidio penale ai modelli di organizzazione e controllo di una certa attività²⁷; si tratterebbe dunque in questi limitati casi, per la particolarità della materia, dell'«unica forma di protezione» dei beni giuridici²⁸.

Trattandosi di reato di pericolo concreto, dunque, in base a un giudizio prognostico va verificato se la falsità sarebbe stata in grado di alterare la valutazione e la conseguente reazione dell'organo di vigilanza pubblico e dunque di ledere il bene giuridico rappresentato dal corretto svolgimento dell'attività di vigilanza.

L'offensività sta in verità in parte già nella natura *indirizzata* dell'oggetto materiale della condotta distorsiva della realtà, che è costituito dalle comunicazioni, ossia dagli strumenti principi attraverso i quali le *Authority* sorvegliano

²⁵ Cass. pen., sez. V, 12 novembre 2015, n. 6884, cit. (p. 6); Cass. pen., sez. V, 11 marzo 2004, n. 21067, in *Ced*.

²⁶ MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 578 s.; DE VERO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2012, 155; PICOTTI, *Il dolo specifico*, Milano, 1993, 558 ss. e *passim*; MARINUCCI, *Tendenze del diritto penale bancario e bancarotta preferenziale*, in *La responsabilità penale degli operatori bancari*, a cura di Romano, Bologna, 1980, 59; PEDRAZZI, *Mercati finanziari (nuova disciplina penale)*, in *Dig. disc. pen.* (aggiornamento), Torino, 2000, 587.

²⁷ Sulla nozione di pericolo astratto v. E. GALLO, *Riflessioni sui reati di pericolo*, Padova, 1970, 29; M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, 3 ss.; ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004, 338; FIANDACA, *Note sui reati di pericolo*, in *Il Tommaso Natale*, Palermo, 1977, 175; D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti soglia: le promesse non mantenute del diritto penale*, Milano, 2012, 162; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1992, 210 ss.; PEDRAZZI, *Problemi del delitto di agiotaggio*, ora in *Id.*, *Diritto penale*, IV, *Scritti di diritto penale dell'economia*, Milano, 2003, 46 ss.;

²⁸ PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria generale del reato*, Milano, 1976, 169 s.; GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, cit., 707.

l'operato dei soggetti controllati, ricostruendone la situazione patrimoniale, economica e finanziaria. Il soggetto attivo deve mentire, deve occultare ma deve farlo nelle comunicazioni, le quali non sarebbero tali se non fossero, anzitutto, atti rivolti a un destinatario. Non è però il caso di scomodare a questo proposito, come fa certa giurisprudenza²⁹, la nozione civilistica di atto 'recettizio' (*empfangsbedürftig*, ossia 'che deve essere ricevuto').

Tale nozione trova la propria ragion d'essere sicuramente in relazione agli atti negoziali, ossia a quegli atti di volontà privata autorizzati dall'ordinamento a perseguire un proprio scopo pratico³⁰, che consiste nella costituzione, modificazione o estinzione di una situazione meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico: le modificazioni delle situazioni giuridiche dipendono qui direttamente dalla volontà di chi pone in essere l'atto³¹. È dunque atto recettizio quell'atto che produce *effetti* solo al momento dell'intervenuta conoscenza del proprio contenuto da parte dei destinatari (o al momento in cui questi ultimi avrebbero almeno avuto la possibilità di prenderne cognizione usando l'ordinaria diligenza³²).

La comunicazione all'autorità pubblica di vigilanza non è un atto negoziale, ma al più una dichiarazione di scienza o di verità³³ che ha quale proprio tratto

²⁹ Il riferimento alla natura recettizia è esplicito in Trib. Roma, 13 luglio 2018, in *Giur. pen.*, con nota di FATTA, FERRARI, *Del luogo di consumazione del reato di ostacolo alla vigilanza e dove trovarlo*; mentre è implicito ma ugualmente evidente in Cass., sez. V, 4 luglio 2013, n. 51897, in *Ced.*: «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)».

³⁰ SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9° ed. (ristampa), Napoli, 2012, 125.

³¹ V. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 46° ed., Padova, 2013, 85, 100.

³² V. la puntuale distinzione tra dichiarazione non indirizzata, dichiarazione indirizzata e dichiarazione recettizia in GIAMPICCOLO, *Dichiarazione recettizia*, in *Enc. dir.*, 1964, 385. Secondo l'A. dichiarazione recettizia e indirizzata non rappresentano schemi equivalenti: nel primo caso la dichiarazione non acquista (compiuta) rilevanza e non può produrre i suoi effetti se e fintanto che la formula nella quale essa si esprime non raggiunge il terzo, nel secondo caso la ricezione non è un evento realizzato ma solo progettato. Anche una dichiarazione che debba essere indirizzata non è per ciò solo una dichiarazione recettizia.

³³ Con riferimento agli avvisi, alle notificazioni, *etc.* autorevole dottrina preferisce parlare, anziché di dichiarazioni di scienza (ossia di atti aventi la funzione di affermare ciò che si sa o ciò che è) di partecipazioni, o di dichiarazioni (nel senso che sono destinate alla conoscenza di altri soggetti) di fatti o di intenzioni (SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 109). Per 'partecipazioni' si

caratteristico la natura indirizzata, essendo essa ideonea solo a portare a conoscenza di *fatti* il proprio destinatario, senza che assuma alcuna rilevanza il requisito della volontà per il raggiungimento di uno scopo pratico. Qui il comportamento manifestativo opera nella direzione del terzo e pertanto il suo contenuto «se già non risulta contestualmente percepibile, tende comunque a raggiungere il destinatario e renderglisi conoscibile senz'uopo di ricerca»³⁴.

Va tuttavia dato atto della diffusa tesi secondo cui la natura recettizia si giustifica non solo alla luce del fatto che un determinato atto è modificativo dell'altrui sfera giuridica (es. recesso *ex art. 1373 c.c.*, rimessione del debito *ex art. 1236 c.c.*), per cui si vuole accordare all'altro il diritto di averne conoscenza prima di subirne le conseguenze, ma altresì alla luce del fatto che un determinato negozio unilaterale non può concretamente operare senza la consapevolezza del suo destinatario (es. diffida ad adempiere *ex art. 1454 c.c.*).

Ma anche a voler considerare una dichiarazione non negoziale, quale quella in esame, alla stregua di una dichiarazione recettizia, ciò su cui tale qualificazione incide è il momento dell'efficacia e non già dell'esistenza: la dichiarazione giunge ad esistenza quando il mezzo dichiarativo viene impiegato, e cioè al momento della sua emissione³⁵.

E proprio questa considerazione aiuta, come subito si dirà, a illuminare l'effettivo momento consumativo.

Il completamento dell'attitudine offensiva dipenderà ovviamente anche dal contenuto dei dati comunicati e dalle circostanze del caso concreto, che devono cioè rendere la rappresentazione alterata della realtà credibile e altresì ingannevole.

Proprio facendo leva sui supposti tratti offensivi della recettizietà, da un lato, e dell'idoneità ingannatoria, dall'altro, parte della giurisprudenza³⁶ finisce per snaturare la condotta tipica, che consiste appunto nell'espone fatti falsi o nell'occultare fraudolentemente dati da comunicare, spostando la soglia di consumazione al momento dell'effettiva ricezione delle informazioni da parte

intendono le comunicazioni a taluno di una notizia affinché il destinatario ne tragga una regola per la sua condotta (v. SCHLESINGER, *Dichiarazione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, 1964, 383).

³⁴ GIAMPICCOLO, *Dichiarazione recettizia*, cit., 385.

³⁵ CARRARO, *Dichiarazione recettizia*, in *Noviss. dig. it.*, 1960, 597. Sostengono parimenti la tesi della sufficienza della dichiarazione per l'esistenza del negozio recettizio SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 139; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, 92; RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, 187 s.

³⁶ V. nota 30.

delle Autorità, con la conseguenza che i procedimenti vengono instaurati nel luogo in cui ha sede l'organo di vigilanza. Secondo questo diffuso orientamento giurisprudenziale, ciò sarebbe giustificato alla luce del fatto che l'efficacia offensiva delle comunicazioni si disvelerebbe solo ed esclusivamente al momento della ricezione delle stesse da parte dell'Autorità, cioè quando esse divengono conoscibili da parte del soggetto passivo³⁷.

Ciò che rende evidente il malinteso è che l'accertamento del pericolo è un giudizio di idoneità, relativo cioè alla possibilità che dalla condotta derivi l'evento dannoso che la norma incriminatrice è tesa a scongiurare; giudizio questo che va operato ponendosi idealmente al tempo della condotta così come descritta dal legislatore. È evidente che l'esposizione di dati falsi o la redazione fraudolenta delle comunicazioni divengono concretamente pericolose già al tempo in cui la comunicazione è fuoriuscita dalla sfera di signoria del soggetto agente, mediante la spedizione, ove essa sia idonea a raggiungere il proprio destinatario e in grado di alterare la realtà.

Ritenere che il reato di mera condotta in esame si consumi nel tempo e nel luogo di effettiva ricezione delle comunicazioni significa contaminare il piano dell'integrazione del fatto tipico (ossia del perfezionamento della condotta) con elementi che attengono al giudizio di idoneità offensiva, il quale richiede di considerare elementi ulteriori e successivi alla condotta serbata *ma solo in termini prognostici*.

La condotta di esporre fatti materiali non rispondenti al vero assume una carica offensiva *in quanto* le comunicazioni risultino conoscibili da parte dell'Autorità di vigilanza, e non *al momento* in cui le stesse lo diventano effettivamente, e ritenere diversamente significa (non già richiedere un pericolo concreto senza accontentarsi di quello astratto, come tenta di sostenere questo indirizzo giurisprudenziale, ma) torcere il significato letterale della condotta chiaramente scolpita dal legislatore, trasformando l'espressione "espongono fatti" nella ben diversa dicitura "rendono noto". In altre parole, un conto è "comunicare", "portare a conoscenza", altro è indicare falsità *nelle comunicazioni* che sono soltanto l'oggetto materiale della condotta tipica di esposizione (anche se certamente capaci di tratteggiare il primo elemento di lesività, dovuto, come già detto, alla loro natura indirizzata).

Individuare la soglia di consumazione (e dunque il *tempus* e il *locus commissi delicti*) nel tempo e nel luogo in cui le informazioni dirette alle Autorità

³⁷ Così Cass. pen., sez. V, 21 maggio 2014, n. 26596 in *Ced*; Cass. pen., sez. V, 4 luglio 2013, cit.; Trib. Milano, sez. III, 11 febbraio 2013, n. 1934; Trib. Milano, 10 luglio 2012, cit.. Questa tesi è sposata anche da parte della dottrina: v. SEMINARA, voce *Reati societari (le fattispecie)*, cit., 786.

sono state predisposte non significa accontentarsi del pericolo astratto³⁸. Quest'ultimo ricorre quando il pericolo anziché figurare come elemento costitutivo bisognoso di prova opera come valutazione a monte del legislatore, che sceglie di incriminare determinate condotte in quanto reputate generalmente pericolose; proprio perché il giudizio di pericolosità è già stato condotto, il giudice dovrà (anziché accertare la verifica del pericolo) solo valutare che l'accadimento concreto abbia le caratteristiche per dirsi conforme al modello predisposto dal legislatore.

Individuare correttamente il momento consumativo al tempo della condotta tipica non significa, invece, sollevare il giudice dalla prova della sussistenza del pericolo, richiedendogli solo di accertare che il contegno concretamente serbato coincida col modello di incriminazione la cui pericolosità è presunta; al contrario il giudice sarà chiamato ad accertare il pericolo, attraverso quel giudizio probabilistico *ex ante* sulla idoneità della comunicazione ad essere ricevuta dalla autorità destinataria e sull'idoneità della stessa a fuorviare il suo operato.

È certamente vero che più risulta arretrata la consumazione più vi è il rischio di prescindere da elementi avanzati nella base del giudizio (che nel nostro caso sono rappresentati da tutti quei dati di fatto che potrebbero verificarsi dopo la spedizione e prima della ricezione, quali lo smarrimento o comunque il mancato arrivo a destinazione non imputabile al mittente), con conseguente minore concretizzazione del pericolo. La differenziazione fra pericolo astratto e concreto passa infatti attraverso stadi intermedi influenzati da fattori di maggiore o minore astrazione (o viceversa minore o maggiore concretizzazione); uno di questi è senza dubbio il tempo del giudizio medesimo, il quale può comportare una minore o maggiore approssimazione alla realtà³⁹ a seconda che la valutazione operi, per esempio, al tempo della condotta o al tempo dell'evento di pericolo⁴⁰.

³⁸ Di diverso avviso CORNACCHIA, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità di vigilanza*, cit., 94, secondo il quale si dà una lettura della fattispecie in termini di pericolo astratto se si ritiene «sufficiente in tale prospettiva il semplice atto di esposizione, quindi il momento e il luogo in cui la comunicazione fuoriesce dalla sfera giuridica del soggetto agente, a prescindere dal raggiungimento del suo destinatario».

³⁹ PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990, 260.

⁴⁰ Alcuni esempi possono rendere più chiaro questo passaggio. Con tutta evidenza si avrebbe maggiore astrazione laddove il reato di incendio di cosa propria di cui all'art. 423, co. 2 c.p. (ipotesi paradigmatica di pericolo concreto), anziché incriminare chiunque cagioni un incendio, adottasse la diversa formulazione del "chiunque appicca il fuoco alla cosa propria": venendo incriminata una condotta pericolosa e non la causazione di un evento pericoloso si avrebbe l'espulsione dall'oggetto del giudizio di quell'insieme di circostanze successive alla condotta, che potrebbero fornire la prova

Nel caso delle false comunicazioni all'*Authority* è evidente però che, specie con i mezzi di oggi, non vi sia una distanza temporale significativa tra comunicazione effettuata e ricevuta, con la conseguenza che l'individuazione della consumazione al tempo della condotta non priva la base del giudizio di elementi valutativi di rilievo. Cionondimeno evidenziare il corretto momento consumativo, oltre ad essere imposto da ragioni di puro rigore, è utile sul piano pratico per l'individuazione del *locus commissi delicti* e dunque del giudice competente.

Come già evidenziato, aderire alla tesi avversa significa alterare il significato proprio delle parole impiegate all'art. 2638, co. 1 c.c., stravolgendo la condotta, che è di esposizione e non di "procurata conoscenza" e che ha quale proprio oggetto materiale un atto indirizzato (cioè rivolto a qualcuno) i cui tratti caratteristici non coincidono con, e la cui esistenza non dipende da, una compiuta ricezione da parte del destinatario ma piuttosto dall'essere a quest'ultimo diretta. Una comunicazione è tale anche se non è ancora letta; certo se non giunge a destinazione, perché affidata ad una modalità di spedizione inidonea a raggiungere il suo destinatario, è inoffensiva, ma questo non fa di essa una 'non-comunicazione' ma solo una comunicazione inidonea a porre in pericolo il bene protetto, di cui si terrà conto nel giudizio prognostico, senza che ciò incida sul momento conclusivo dell'azione espositiva.

La tesi giurisprudenziale qui criticata non finisce però addirittura, com'è stato sostenuto⁴¹, per trasformare la fattispecie da reato di mera condotta a reato di evento. L'interpretazione ortopedica che muta il senso di "esporre nelle comunicazioni" in "rendere noto a", attraverso l'improprio ricorso alla nozione di atto recettizio, non introduce un evento naturalistico ma finisce per richiedere la conoscenza del destinatario, come nella diffamazione, che resta nonostante ciò un reato di mera condotta⁴² integrato cioè dall'atto di comunicare a

dell'inesistenza di un pericolo. Allo stesso modo, con riferimento alla manipolazione del mercato ex art. 185 t.u.f., considerare l'espressione «concretamente idonei a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari» (riferita alle notizie diffuse o agli altri artifici posti in essere) non come una mera modalità della condotta, ma come un vero e proprio evento di pericolo (anche temporalmente distaccato dal contegno tipico), permette di prendere in considerazione elementi quali il volume della negoziazione o gli effetti generati *ex post*.

⁴¹ FATTA, FERRARI, *Del luogo di consumazione del reato di ostacolo alla vigilanza e dove trovarlo*, cit., 6.

⁴² Va dato tuttavia atto di come ricorra nella giurisprudenza la convinzione che la diffamazione integri un reato di evento: Cass. pen., sez. 5, 11 novembre 2000, n. 4741, in *Ced* («invero, in quanto reato di evento, la diffamazione si consuma nel momento e nel luogo in cui i terzi percepiscono la espressione ingiuriosa»); Cass. pen., sez. V, 22 ottobre 2018, n. 55386, in *Ced* («la diffamazione, che è reato di evento, si consuma nel momento e nel luogo in cui i terzi percepiscono le espressioni offensive e dunque, nel caso in cui frasi o immagini lesive siano state inserite in un messaggio di posta elettronica

più persone, con la conseguenza che, fino a che le persone destinatarie non vengono raggiunte, la condotta non è tipica. Solo in questo caso, come nella manipolazione del mercato, la consumazione è chiaramente legata alla ricezione dell'informazione da parte del destinatario, ma ciò non perché si abbia a che fare con atti recettizi in senso tecnico, ma perché la condotta tipica è di "procurata conoscenza".

In definitiva, il reato di mera condotta di cui al comma 1 è reato di pericolo concreto e ciò non è contraddetto dal fatto che esso si consuma nel luogo in cui il soggetto agente predispose e diffonde le false comunicazioni, mediante modalità di trasmissione concretamente idonee a raggiungere la sfera di conoscibilità delle Autorità di vigilanza destinarie del mendacio. Anzi tale individuazione risulta l'unica compatibile con il dato letterale e lascia lo spazio per l'accertamento della pericolosità in concreto, senza utilizzare uno dei due poli del giudizio di probabilità tipico del pericolo (quello dell'offesa al bene giuridico) quale espediente per impropri radicamenti territoriali delle indagini e del processo penale.

Giungendo ora all'analisi del secondo comma dell'art. 2638 c.c., può segnalarsi che la giurisprudenza parla dell'ostacolo come *evento naturalistico* ed elemento centrale e caratterizzante della fattispecie a forma libera, variamente integrabile da comportamenti di ostruzionismo, opposizione o mancata collaborazione purché causalmente connessi all'*evento* di ostacolo⁴³.

Tale conclusione, seppur condivisibile nella sostanza, esige tuttavia una più puntuale giustificazione anche alla luce dell'importanza che riveste la corretta qualificazione del delitto (di mera condotta o di evento) ai fini dell'individuazione del momento consumativo.

Non è in effetti chiaro cosa sia un ostacolo. Esso in null'altro consiste se non in una condotta (ostacolante, appunto)? O è forse un effetto di una condotta, però non naturalisticamente tangibile? O è invece un evento naturalisticamente isolabile dalla condotta ostacolante? E se è isolabile, coincide con il momento in cui la vittima non compie ciò che avrebbe altrimenti compiuto? O coincide con il momento in cui la vittima finalmente compie, con ritardo, l'atto ostacolato (in caso di ostacolo superabile) ovvero con il momento in cui

diretto a più destinatari, non è sufficiente il mero inserimento nella rete, ma occorre quanto meno la prova dell'effettivo recapito dello stesso, ovvero che il messaggio sia stato "scaricato" mediante trasferimento sul dispositivo del destinatario». Pare evidente, tuttavia, che il senso da attribuire alle parole della Cassazione sia quello di evento giuridico, dunque di offesa al bene protetto, e non di evento naturalistico.

⁴³ V., da ultimo, Cass. pen., sez. V, 29 maggio 2019, n. 29377, in *Ced.*

la vittima scopre l'esistenza del marchingegno fraudolento (in caso di definitivo impedimento di un potere ormai esaurito)?

La giurisprudenza pare dare per scontato, con riferimento al secondo comma, che si tratti di un reato di evento, ma non si interroga sulla sua reale consistenza (il che si riflette, come si vedrà, sull'incerta individuazione del momento consumativo), mostrando di ritenere l'ostacolo quale impedimento non necessariamente insuperabile o definitivo, ma piuttosto come un intralcio, seppure non insormontabile, comunque non momentaneo e non irrilevante, tale da impedire alle pubbliche autorità di vigilanza di svolgere correttamente ed in modo efficace le proprie funzioni⁴⁴.

Invero proprio dal lessico impiegato dal legislatore non pare così evidente la natura di evento, con la conseguenza che vi è il rischio di indentificare l'ostacolo - a piacere dell'interprete - sia con la condotta ostacolante sia con gli effetti del procurato ritardo, ossia il ritardo stesso. Stando alla lettera della disposizione, il legislatore ha utilizzato l'espressione "ne ostacolano le funzioni"⁴⁵, ricorrendo cioè non alla descrizione di un evento naturalistico (come avrebbe potuto fare incriminando l'amministratore che "cagioni un ritardo, un impedimento") ma descrivendo le caratteristiche di una condotta, appunto, ostruzionistica⁴⁶.

Di qui i dubbi avanzati dalla dottrina⁴⁷, non essendo chiaro se si abbia a che fare con un evento naturalistico, un evento giuridico, un effetto della condotta o con una semplice modalità della condotta (mascherata da "pseudoevento"⁴⁸). Banalmente, se io ostacolo la corsa di un podista verso il traguardo, l'ostruzione coincide con la mia condotta (consistente, ad esempio,

⁴⁴ *Ex multis*, Cass. pen., sez. V, 7 dicembre 2012, n. 254065; Cass. pen., sez. V, 19 dicembre 2012, n. 49362, in *Ced*; Trib. Siena, 31 ottobre 2014, n. 762. Segnala come sia allora difficile tracciare la linea di demarcazione con gli illeciti amministrativi che puniscono l'inottemperanza alle richieste e il ritardo arrecato alle autorità NISCO, *L'ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2013, 261.

⁴⁵ Si tratta di espressioni analoghe a quelle contenute negli abrogati artt. 134, co. 2 t.u.b., 171, co. 2 e 174 t.u.f.

⁴⁶ Parla di mancata tipizzazione di un evento naturalistico determinato, empiricamente afferabile e a contenuto di lesività chiaramente caratterizzato CORNACCHIA, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza*, cit., 92.

⁴⁷ V. i rilievi critici di ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, 210; MESSINA, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza*, 573 ss.; TRIPODI, *L'ostacolo alle funzioni di vigilanza della Consob*, in SGUBBI, FONDAROLI, TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario*, Padova, 2008, 263; CRISTIANI, *Commentario di diritto penale delle società e del credito*, cit., 211.

⁴⁸ CONSULICH, *Il caso Antoveneta*, cit., 164 evidenzia come l'ostacolo si ponga come pseudoevento perché concepibile tanto in termini sostantivali, cioè come effetto della condotta, quanto in termini aggettivali, quale sua qualità intrinseca.

nell'essermi io frapposto fisicamente fra lui e il traguardo, magari strattonandolo, o nell'aver io predisposto, anche con ore di anticipo rispetto al suo passaggio, uno sbarramento, aggirabile non senza fatica) oppure è enucleabile un evento naturalisticamente scindibile dal mio contegno (che potrà ovviamente verificarsi anche nell'immediatezza della condotta oppure dopo un più o meno lungo lasso di tempo, come del resto può accadere nell'omicidio, tra il colpo inferto e la morte dell'uomo)?

Dato lo scarno dettato legislativo, occorre orientarsi alla luce di una interpretazione complessiva dell'art. 2638 c.c. che, pur contenendo fattispecie di reato autonome, è pur sempre evidentemente il frutto di un'unica scelta di politica criminale del legislatore della riforma del 2002. Per le due ipotesi delittuose è prevista la medesima cornice sanzionatoria (il che, come si vedrà, risulta un solido argomento per negare che si abbia qui a che fare con una progressione criminosa) giustificata dal fatto che il disvalore è sostanzialmente equipollente: nelle false comunicazioni vi è disvalore di intenzione (che deve riflettersi nella concreta pericolosità) accompagnato dall'insidiosità delle modalità esecutive; nell'ostacolo alle funzioni l'intenzione manca e le modalità esecutive non sono più quelle fraudolente di cui al primo comma, ma, nonostante ciò, il disvalore viene recuperato in punto di effettivo ostacolo.

A sostegno di tale conclusione milita la Relazione al d.lgs. n. 61/2002, ove si legge che «si è ritenuto di prevedere la stessa pena per ambedue le ipotesi, attesa la sostanziale equivalenza fra la più grave condotta di falso, nella prima, e le condotte meno gravi⁴⁹, nella seconda, che però determinano l'ostacolo alle funzioni di vigilanza»⁵⁰.

Da questa interpretazione sistematica si evince che il co. 2 non può essere inteso quale reato di mera condotta ostruzionistica (nonostante la lettura isolata di tale capoverso astrattamente lo legittimi) ma occorre configurarlo quale reato di evento per recuperare un disvalore che faccia da congruo contrappeso a quello di cui al co. 1 e giustifichi l'equivalenza sanzionatoria; occorre cioè che venga intercettata l'azione del soggetto passivo, la cui fisiologica esecuzione risulti così alterata. Ritornando all'esempio del podista, occorrerà che quest'ultimo effettivamente giunga sul luogo in cui è posto l'intralcio e ne risulti da ciò ritardato. 'Ostacolo' è dunque qui da ritenersi quale, quantomeno,

⁴⁹ Sulla natura meno grave delle condotte di cui al co. 2 rispetto a quelle di cui al co. 1, con conseguente assenza di spazi di sovrapposizione e convergenza fra i due illeciti, v. *infra* par. 3.

⁵⁰ Relazione al D.Lgs. 11 aprile 2002, n. 61 (G.U. n. 88 del 15 aprile 2002): disciplina degli illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali, a norma dell'articolo 11 della legge 3 ottobre 2001, n. 366, in www.tuttocamere.it.

‘procurato ritardo’ (che potrà poi eventualmente tradursi in un definitivo impedimento, ove la barriera impedisca definitivamente di giungere a tagliare il traguardo).

Per aversi ostacolo deve dunque necessariamente intercettarsi l’azione di qualcun altro: non obbedire a una richiesta, non comunicare, comportarsi scorrettamente potranno anche essere condotte ostruzionistiche (un po’ come abbandonare materiale voluminoso lungo il tragitto del podista) ma l’ostacolo non vi è fintanto che non è riscontrabile un’attività di un terzo (il passaggio del podista). L’evento eziologicamente connesso alla condotta ostruzionistica a danno dell’autorità di vigilanza va allora individuato nell’esercizio di un *potere quantitativamente o qualitativamente diverso* rispetto a quello che si sarebbe altrimenti dispiegato (in assenza di intralcio) o nel *mancato esercizio di un potere* (se quello cagionato non è un semplice ritardo ma un vero e proprio impedimento): solo così può dirsi che la condotta abbia provocato un significativo arresto dell’attività, di modo che la valutazione dell’autorità di vigilanza rispetto alle decisioni da assumere (a tutela del bene finale cui è preposta per legge) risulti concretamente influenzata. Pertanto, questo evento è temporalmente da collocarsi al tempo e nel luogo in cui detto potere sarebbe stato altrimenti esercitato.

Quanto detto non significa tuttavia che si tratti per ciò solo di un reato di danno⁵¹. Chiaramente impropria è l’assimilazione tra evento e danno considerato che ben può esserci un evento di pericolo. L’evento quale elemento costitutivo della fattispecie infatti non fa della stessa un reato di danno; è forse fin troppo scontato precisare che condotta-evento sono elementi che afferiscono alla descrizione del fatto, mentre pericolo-danno sono elementi qualificanti l’offesa al bene protetto. Può dunque esservi un reato di evento di pericolo (diretto o indiretto peraltro), e questo è il caso del reato di ostacolo (2638, co. 2 c.c.); ma è vero anche che ben può esserci un reato di mera condotta di danno (si pensi alle percosse, alla violenza sessuale, al furto, che danneggiano e non si limitano a porre in pericolo il bene protetto, senza che si

⁵¹ Parlano di reato di danno con riferimento al secondo comma ZANNOTTI, *Diritto penale dell’economia*, cit., 207; FANELLI, *Profili penalistici nell’informazione dell’attività bancaria*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2005, 212; MAZZACUVA, E. AMATI, *Diritto penale dell’economia*, cit., 119. Dello stesso avviso è la giurisprudenza (es. Cass. pen., sez. V, 12 novembre 2015, cit.). Optano invece più condivisibilmente per la natura di reato di pericolo CRISTIANI, *Commentario di diritto penale delle società e del credito*, cit., 211 (secondo l’A. «la stessa opzione normativa del termine “ostacolo”, rispetto ad altri come “elusione” o “impedimento”, ha un’eloquenza emblematica a favore dell’evento *in fieri*, concettualmente perfetto a livello di pericolo»); TRIPODI, *L’ostacolo alle funzioni di vigilanza della Consob*, cit., 263, spec. nota 16; INFANTE, in *Corso di diritto penale dell’impresa*, cit., 458 ss.

abbia tuttavia un evento naturalistico, ma solo un evento giuridico, il quale peraltro mai manca⁵²).

Se il bene protetto è da indentificarsi con il corretto esercizio delle funzioni di vigilanza è evidente che il termine ostacolo non indica necessariamente un danno (cioè una frustrazione definitiva del bene giuridico) ma ricomprende già il semplice pericolo perché, non richiedendo necessariamente l'impedimento definitivo, risulta integrato dalla semplice possibilità che la funzione non venga esercitata; tant'è che se la funzione viene esercitata (con la conseguenza che il potere non può dirsi interamente frustrato), seppur con ritardo non irrilevante, il fatto tipico è comunque integrato. La sussistenza di un mero pericolo è resa poi ancora più evidente se si considera il bene-funzione quale oggetto di protezione strumentale alla tutela di un bene finale di maggiore palpabilità, plasmato sugli interessi collettivi per la cui protezione le autorità sono sorte (v. par. 4).

Va a questo punto detto che proprio la forma libera della condotta causalmente orientata fa dipendere maggiormente il *tempus* e il *locus commissi delicti* dalle peculiarità del caso concreto, dipendendo essi cioè dalle forme con cui l'intralcio si è concretamente manifestato e dalla tipologia di potere intercettato (*id est* ostacolato), elementi che potranno avvicinare o allontanare temporalmente l'evento di ostacolo dalla condotta ostacolante.

L'intralcio infatti può consistere in una reticenza, in un impedimento all'ispezione o in una mera omessa comunicazione e ciò può intralciare, nel caso concreto, poteri differenti che vanno dal semplice potere ispettivo a quello autorizzativo o persino sanzionatorio o comunque di reazione ad una data situazione di precarietà⁵³. Entrambi gli elementi incidono sul concreto verificarsi dell'evento di ostacolo.

Se il potere è ispettivo (di pura conoscenza) e la condotta consiste nell'impedire l'ingresso nei locali dell'ente controllato ai funzionari dell'autorità di controllo è evidente che l'impedimento temporalmente coin-

⁵² L'assenza di un evento naturalistico negli esempi offerti non è tuttavia un dato incontestato in dottrina. Secondo una nota ricostruzione, infatti, vi sarebbe comunque in questi casi un «substrato materiale», un «risultato della condotta», un «accadere esteriore nel suo significato umano e sociale», che non modifica necessariamente la realtà esteriore (v. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Milano, 1983, 119 ss. e 138 ss.). La condotta dannosa sarebbe allora soltanto quella rispetto alla quale l'offesa è *in re ipsa* in virtù di una sorta di previsione *ex lege*, quale è il caso di certe omissioni-inosservanze, se si configura il bene protetto alla stregua di una funzione di controllo (*infra* par. 4).

⁵³ V. in proposito le distinzioni, peraltro dichiaratamente labili, tra funzioni di regolazione, di garanzia, di vigilanza, di indirizzo e di stampo "vetero amministrativo" che comoterebbero la fisionomia delle varie autorità pubbliche (e di conseguenza i relativi poteri) in NOTARO, *Autorità indipendenti e norma penale. La crisi del principio di legalità nello stato policentrico*, Torino, 2010, 321 ss. e 331.

ciderà con il tempo della condotta (come l'evento morte in caso di fendente immediatamente letale). Il problema qui è rappresentato semmai dalla legittimità di un reato posto a tutela di una mera funzione, disancorata cioè da un potere di intervento attivo a tutela di beni finali⁵⁴ (*infra* par. 4). Se invece il potere ostacolato è un potere di reazione o controreazione (come può essere un potere autorizzativo, inibitorio, di commissariamento, *etc.*) l'evento potrà temporalmente allontanarsi dalla condotta ove questa sia tenuta a distanza di tempo rispetto al momento in cui il potere sarebbe stato (in assenza di intralci) esercitato. Potrei, cioè, aver ammesso all'ispezione i funzionari, ma nondimeno essere stato reticente (*condotta ostacolante*) ad un tempo X in cui la condotta alternativa lecita non avrebbe immediatamente (ma solo a distanza di tempo più o meno lungo) rappresentato il fondamento dell'adozione di un particolare atto espressivo della funzione, che al tempo Y non verrà, in ragione della mia reticenza, adottato (*evento di ostacolo*).

Si pensi all'ipotesi in cui non vengano comunicati dati idonei a far luce sulla reale situazione economica dell'ente vigilato: in tal caso, ove siffatta omissione abbia condotto l'autorità di vigilanza a concedere un'autorizzazione (ad es. all'offerta pubblica di acquisto) a un richiedente in verità privo dei requisiti patrimoniali minimi, l'evento di intralcio non può che consistere proprio nell'esercizio falsato del potere autorizzatorio (a fronte di un'attività del richiedente magari risalente).

E la giurisprudenza in effetti correttamente tende oramai ad assimilare l'ostacolo a un «mezzo, o a un motivo, opposto allo svolgimento di un'azione

⁵⁴ Si può qui anticipare come la stessa giurisprudenza abbia avvertito l'esigenza di restringere le tipologie di poteri che, se ostacolati, assumono rilevanza ai sensi dell'art. 2638 c.c.: si legge in Cass. pen., sez. VI, 24 ottobre 2005, n. 44234, in *Ced*, che «l'art. 2638 c.c. si riferisce, infatti, ad un concetto tecnico di vigilanza, che deve essere inteso nel senso di *potere di tipo ispettivo funzionale ad esercitare un controllo preventivo e successivo* sull'attività dei soggetti sottoposti, al fine di garantirne l'affidabilità nel mercato e nel rapporto con il pubblico» (p. 5 e 6). E alla luce di ciò la Corte giunge ad affermare che «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 di cui all'art. 2638 cod. civ. (la Corte ha chiarito che tale ultima norma tutela la funzione amministrativa di vigilanza tipica attribuita alle autorità pubbliche, tra le quali non può farsi rientrare l'UIC, che 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)».

In dottrina, v. la riflessione di SEMINARA, voce *Reati societari (le fattispecie)*, cit., 782, che fa leva sulla collocazione dell'art. 2638 c.c. fra i reati societari, da cui deve necessariamente dedursi che sia indispensabile una caratterizzazione della tipologia di vigilanza esercitata, che non si limita alle condizioni di accesso o di permanenza sul mercato o a controlli qualitativi, ma specificamente si proietta sull'attività gestionale delle società commerciali.

o all'esplicazione di una facoltà, valido a ridurne notevolmente l'effetto o la portata, ovvero anche a ritardarne il compimento, senza per questo dover risultare insuperabile o definitivo»⁵⁵.

Tuttavia pare anche qui potersi scorgere un possibile disorientamento giurisprudenziale, frutto di premesse corrette cui fanno da contraltare, come in relazione al già esaminato comma 1, conseguenze errate. Con riferimento alle false informazioni, come si è detto, si assume correttamente che si tratti di reato di mera condotta *espositiva*, per poi richiedere la conoscenza da parte del destinatario del dato comunicato per ritenere integrato il reato; in questo secondo caso, invece, si evidenzia correttamente (ancorché apoditticamente) che si tratta di reato di *evento* per poi dare l'impressione di disattendere tale premessa in punto di individuazione del momento consumativo.

Secondo una certa giurisprudenza, infatti, il secondo comma, *in quanto reato di evento*, si consumerebbe nel momento e nel luogo in cui si realizza l'*attività* di intralcio⁵⁶. È un po' come se si dicesse che l'omicidio si consuma nel momento e nel luogo in cui si realizza l'atto mortale (ciò è vero nei soli casi di colpo immediatamente mortale, non sempre)⁵⁷. Pertanto, appare più corretto concludere che il *locus commissi delicti* individuato ove l'attività di controllo doveva effettuarsi e, quindi, presso la sede della persona giuridica soggetta all'attività di vigilanza.

Se poi la condotta causale è integrata da una mera omissione, il momento consumativo è identificato, secondo un certo orientamento giurisprudenziale⁵⁸, nel momento cui la carenza espositiva viene scoperta. È un po' come se si

⁵⁵ Cass. pen., sez. V, 7 dicembre 2012, n. 49362 (p. 19).

⁵⁶ Trib. Milano, 10 luglio 2012, cit.: «ai fini della determinazione della competenza per territorio, il luogo di consumazione del reato di cui all'art. 2638 co. 2 c.c. deve essere individuato in quello in cui è stata posta in essere l'attività di intralcio». Fattispecie in cui il Giudice per l'udienza preliminare, dopo aver precisato che il co. 2 dell'art. 2638 c.c. descrive un reato di danno integrabile con qualsiasi forma, ha ritenuto che l'attività di intralcio all'esercizio delle funzioni di vigilanza dell'AGCOM sia stata realizzata nel luogo in cui, mediante artificio tecnico-contabile, si è intervenuti direttamente sui sistemi informatici aziendali con l'univoca finalità di alterare i criteri di elaborazione dei dati che devono essere comunicati all'Autorità Garante (massima a cura di Chiara Gaio in www.penalecontemporaneo.it). V. sul punto le riflessioni di MARZULLO, *Il reato di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza: osservazioni sulla nozione di ostacolo e sul momento consumativo del reato*, in *Arch. pen.*, 2015, 14 e 15.

⁵⁷ Osservano come ritenere rilevante il momento in cui viene posta in essere l'attività dovrebbe condurre a costruire la fattispecie come reato di mera condotta pericolosa SCOLETTA, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza e locus commissi delicti*, in *Le Società*, 2013, 604 e MARZULLO, *Il reato di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza*, cit., 15.

⁵⁸ V. Cass. pen., sez. V, 12 novembre 2015, n. 6884, in *Cass. pen.*, 2016, con nota di STAMPANONI BASSI, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza: problematiche in tema di concorso di reati*, 3405.

identificasse l'evento di ostacolo del podista con il suo sopraggiungere in ritardo al traguardo, anziché con la sua deviazione dal tracciato.

Si rischia così di oscillare fra due eccessi: si veicola l'idea che si possa identificare il momento consumativo di un reato di evento o con la condotta (quando si fa coincidere la consumazione con l'attività di intralcio) o con le conseguenze dell'evento di ostacolo (quando lo si fa coincidere con l'esercizio ritardato del potere).

Quest'ultima ricostruzione, che ha l'effetto di spostare in avanti il momento consumativo dell'omissione e dunque di sfuggire alla scure della prescrizione, è motivata da una articolata sentenza della Corte di cassazione alla luce della ritenuta natura eventualmente permanente del reato in esame. In particolare si legge come «proprio la natura di reato di danno a forma libera della fattispecie di cui all'art. 2638 c.c., comma 2, ne legittima la costruzione anche in termini di reato eventualmente permanente, di reato, cioè, che, nel concreto atteggiarsi della condotta criminosa, può assumere la forma tipica del reato permanente, in relazione al quale il soggetto agente ha il potere non soltanto di instaurare la situazione antiggiuridica, ma anche di rimuoverla, determinando così la riespansione del bene compresso, sicché il protrarsi dell'offesa al bene protetto, che richiede il mantenimento dello stato antiggiuridico per un apprezzabile lasso di tempo, dipende dalla volontà dell'autore del reato»⁵⁹.

Tale asserzione risulta in effetti, se disancorata dal contesto, più che condivisibile; tuttavia va precisato che il reato contestato e per cui fu poi confermata la condanna era il reato di evento di cui all'art. 2638, co. 2 c.c., cagionato dall'aver omesso di indicare «nei bilanci societari la fidejussione di euro 12.200.000,00 rilasciata il 2.11.2005 dalla suddetta società cooperativa in favore di “(Omissis) s.p.a.” nell'interesse della controllata “(Omissis)”» e di informare «in violazione di specifici obblighi di legge, tra gli altri, l'organo di revisione». Tali omissioni avevano intralciato «l'esercizio delle funzioni di verifica e di controllo degli organi preposti alla vigilanza sulla gestione economica della cooperativa, che ne venivano a conoscenza solo nel giugno del 2010, provvedendo, di conseguenza, a disporre il commissariamento solo nel settembre del 2010».

Si trattava dunque di un evento di ostacolo cagionato a mezzo di omissione.

Il Collegio conclude, a proposito del *dies a quo* della prescrizione, che dalla natura permanente del reato «consegue che il termine di prescrizione del reato per cui si procede (pari nella sua estensione massima a sette anni e sei me-

⁵⁹ Cass. pen., sez. V, 12 novembre 2015, n. 6884, cit. (p. 9 s.).

si) non può ritenersi perento. Ed invero, essendo stata fissata al 2 novembre 2011 la durata della fidejussione, come accertato dai giudici di merito, l'obbligo di riportare in bilancio la concessione della suddetta garanzia, in modo che ne avessero contezza gli organi di vigilanza, poteva e doveva essere adempiuto anche per gli anni successivi al 2006, per cui il dies a quo del relativo termine di prescrizione non deve individuarsi nel 30 giugno 2006, ma piuttosto, in quello (non prima del giugno 2010) in cui gli organi preposti alla vigilanza sulla gestione economica della cooperative ne vennero a conoscenza».

Ebbene, i *reati permanenti* si caratterizzano per il fatto che l'offesa da essi prodotta si protrae nel tempo a danno di beni indistruttibili ma comprimibili, per effetto di una condotta duratura, persistente e volontaria del soggetto, che potrebbe liberamente far cessare, a proprio piacimento, la situazione antiguridica⁶⁰. La permanenza descrive, secondo una felice espressione, «la durata della ribellione alla norma»⁶¹, durante la quale il fatto è ininterrottamente tipico⁶². Se poi il soggetto fa perdurare l'offesa, senza che ciò sia richiesto dalla legge per l'esistenza del reato, la dottrina⁶³ parla di *reato eventualmente permanente*.

Si ha in questi casi una scissione temporale fra perfezionamento e consumazione del reato⁶⁴, che apre all'operatività di una serie di istituti anche in una fase successiva rispetto alla realizzazione di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie, quali il concorso di persone nel reato, il concorso formale di reati, la legittima difesa o alcune circostanze aggravanti o attenuanti⁶⁵, che ben possono configurarsi fino al momento in cui il reato non cessa (*id est* non si con-

⁶⁰ Per tutti, DE FRANCESCO, *Profili strutturali e processuali del reato permanente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, 574 ss.; RAMPIONI, *Contributo alla teoria del reato permanente*, Padova, 1998, 20 e *passim*; BERNASCONI, *Il reato permanente*, in *Studium Iuris*, 1998, 672 ss.; per una puntuale illustrazione critica della c.d. concezione bifasica e della c.d. concezione pluralistica del reato permanente v. BARTOLI, *Sulla struttura del reato permanente: un contributo critico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 149; nella giurisprudenza v. le SS.UU. Cavallaro e Lauriola (Cass. pen., Sez. Un., 27 febbraio 2002, n. 17178; Cass. pen., Sez. Un., 14 luglio 1999, n. 18).

⁶¹ PECORARO ALBANI, *Del reato permanente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, 428 ss.

⁶² Così BARTOLI, *Sulla struttura del reato permanente*, cit., 149.

⁶³ Per tutti, PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2017, 315; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2017, 429. Per una critica di tale distinzione v. BARTOLI, *Sulla struttura del reato permanente*, cit., 159 e RAMPIONI, *Contributo alla teoria del reato permanente*, cit., 10 ss.

⁶⁴ GALLO, *Reato permanente ed omesso conferimento di grano all'ammasso*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1984, 333; SINISCALCO, *Tempus commissi delicti, reato permanente e successioni di leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, 1103; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 429.

⁶⁵ Propone l'esempio dell'aggravante della crudeltà in danno del sequestrato MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 429.

suma).

Non meritevole di autonomia dogmatica è invece la categoria dei *reati istantanei ad effetti permanenti*⁶⁶, rispetto ai quali ciò che perdura non è la condotta ma la conseguenza dannosa (l'offesa cioè perdura a prescindere da una condotta volontaria del reo); va osservato che pressoché ogni manifestazione criminosa produce conseguenze irrimediabili e l'inutilità di siffatta categoria è resa evidente dal fatto che ad essa si applica comunque la disciplina sostanziale del reato istantaneo⁶⁷.

Ulteriore categoria, questa volta di conio giurisprudenziale⁶⁸, è quella dei *reati a consumazione prolungata*, in cui, dopo un'unica azione istantanea, gli effetti lesivi continuano a prodursi per effetto di successive frazioni criminose; qui l'azione non perdura (come accade, ad esempio, se si mantiene in vita un'associazione per delinquere o se si trattiene un sequestrato) ma l'offesa presenta tratti complessi, ripetendosi nel tempo in tratti criminali singolarmente isolabili.

Ad esempio, la truffa (reato normalmente istantaneo di evento) è stata talvolta etichettata come reato a consumazione prolungata, talaltra come reato eventualmente permanente. La giurisprudenza ha parlato di reato a consumazione prolungata in presenza di raggiri con cui si perseguono prestazioni incassate non in un'unica soluzione ma periodicamente: la condotta artificiosa si esaurisce ma episodi di profitto ingiusto con altrui nocimento proseguono nel tempo, quale frutto dell'induzione in errore, attraverso plurimi atti di incasso⁶⁹. In altre occasioni, invece, si è sostenuto che la truffa può, in base alle circostanze del caso concreto, divenire reato permanente, ove il vantaggio e il pregiudizio siano continuativi, come nel caso dell'omessa comunicazione, da parte di assegnatario di alloggio popolare, della cessazione delle condizioni

⁶⁶ Così MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 429.

⁶⁷ V. Cass. pen., Sez. Un., 28 febbraio 2001, n. 8, in *Ced*: «Il delitto di trasferimento fraudolento di valori (art. 12 quinquies d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. in l. 7 agosto 1992, n. 356) integra un'ipotesi di reato istantaneo con effetti permanenti, e si consuma nel momento in cui viene realizzata l'attribuzione fittizia, senza che possa assumere rilevanza il permanere della situazione antiggiuridica conseguente alla condotta criminosa. (Fattispecie relativa all'individuazione del "tempus commissi delicti" al fine di determinarne l'antiorità o meno rispetto al momento della consegna dell'imputato da parte di uno Stato estero a seguito di estradizione). Più di recente, sul reato di avvelenamento di acque o sostanze destinate all'alimentazione, Cass. pen., sez. IV, 24 ottobre 2018, n. 48548, in *Ced*, che nega che i reati ad effetti permanenti possano considerarsi una categoria dotata di autonoma rilevanza.

⁶⁸ Da ultimo, con riferimento al reato di frode nelle pubbliche forniture di cui all'art. 356 c.p., Cass. pen., sez. VI, 6 febbraio 2020, n. 12073, in *Ced*.

⁶⁹ In questi termini Cass. pen., 15 novembre 2017, n. 53479 in *Ced*; Cass. pen., 11 giugno 2015, n. 40380 in *Ced*; Cass. pen., 22 gennaio 2014, n. 5943 in *Ced*; Cass. pen., 9 marzo 2011, n. 17157 in *Ced*; Cass. pen., 19 giugno 2009, n. 42322 in *Ced*; Cass. pen., 10 luglio 2008, n. 34910 in *Ced*.

legittimanti la permanenza della titolarità del rapporto di assegnazione⁷⁰.

Prima di vagliare la correttezza della qualificazione del reato di ostacolo a mezzo di omissione alla stregua di reato eventualmente permanente, va premesso che un bene in tanto può essere aggredito attraverso una condotta illecita protratta nel tempo oltre il momento offensivo iniziale in quanto esso non ne risulti distrutto in via definitiva⁷¹. L'offesa permanente alle funzioni di vigilanza può allora, sotto questo primo punto di vista, certamente ammettersi ove il potere non sia interamente consumato ma risulti ancora esercitabile, ancorché con ritardo rispetto a quanto sarebbe avvenuto in assenza della condotta illecita del vigilato.

La criticità della sentenza sta però negli argomenti utilizzati per giustificare lo spostamento in avanti della consumazione, giustificazione che pare attagliarsi alle sole omissioni proprie e non già ad un reato commissivo mediante omissione come quello in esame, la cui protrazione andrebbe viceversa puntualmente provata *anche* in relazione all'evento (come nella truffa la permanenza inerisce al vantaggio e al pregiudizio) e *non solo* alla condotta omissiva.

La Corte ritiene infatti che l'ostacolo non possa dirsi consumato al tempo della omessa menzione della fideiussione nei bilanci e dell'omessa comunicazione della stessa all'organo di revisione; qui non vi è nulla da eccepire, posto che non si tratta di reato di mera condotta ed occorre altresì l'evento. L'omissione, fintanto che non si produce l'evento di ostacolo, è del tutto atipica. Il ragionamento che pare posto alla base della decisione è fondato però su argomenti validi solo per l'omissione propria.

Il concetto stesso di omissione (quale violazione del dovere di attivarsi, e *non* di impedire un evento) reca con sé aspetti inevitabili di permanenza (potenzialmente anche all'infinito, finché l'inerzia non viene sostituita dall'azione) e per questo motivo notevoli sono stati gli sforzi dottrinali volti a distinguere l'omissione istantanea da quella permanente. Vi è chi ha sostenuto che l'omissione è permanente ove l'obbligo di attivarsi possa essere ancora utilmente adempiuto; secondo altri essa perdura giuridicamente solo in assenza di un termine o in presenza di un termine meramente ordinatorio e non perentorio⁷²; un'ulteriore ricostruzione ha utilizzato il criterio distintivo della na-

⁷⁰ Cass. pen., sez. VI, 3 aprile 1998, n. 5579 in *Ced*.

⁷¹ Fra i molti, RAMPIONI, *Contributo alla teoria del reato permanente*, cit., 9.

⁷² Questo criterio è ad oggi abbandonato dalla giurisprudenza. V. Cass. pen., sez. III, 4 luglio 2018, n. 30062 in *Ced*: «una distinzione di tal genere (termine perentorio/termine ordinatorio) maturata nel diritto civile, sostanziale e processuale, non appare pienamente applicabile in ambito penalistico; infatti è evidente che il termine per l'adempimento penalmente rilevante è solo quello perentorio; in presenza di un termine ordinatorio al soggetto sarebbe concessa la facoltà di decidere il momento in cui

tura indistruttibile, ossia comprimibile e poi riespandibile, o meno del bene giuridico; si è fatto altresì riferimento alla permanenza o meno dell'interesse del soggetto passivo al compimento dell'azione dovuta⁷³; infine si è detto che l'omissione è permanente se permanente sarebbe stata la condotta doverosa, come accade, per esempio, nell'omesso soggiorno nel comune d'obbligo⁷⁴.

Ebbene, la Corte impiega proprio uno di questi argomenti, sostenendo che l'obbligo poteva e doveva essere (utilmente) adempiuto anche per gli anni successivi, ritenendo che ciò basterebbe ad affermare la natura permanente del reato.

In sostanza, della permanenza trattano come se si avesse a che fare con una omissione propria che si protrae fino alla scadenza del termine per agire, mentre avrebbero piuttosto dovuto dire che l'induzione in errore dell'autorità (*rectius* il suo "sviamento" di potere) si è protratto nel tempo.

La natura permanente può infatti inerire tanto a reati di mera condotta, quanto (in determinati e limitati casi) a reati di evento⁷⁵, ma in quest'ultimo caso non ci si può accontentare della permanenza della condotta: sarà altresì necessaria la prova di un 'evento perdurante'.

Se la condotta si protrae, ma l'evento ancora non si è verificato, come detto, il fatto è atipico (perché manca un segmento del fatto tipico); se l'evento si verifica, ma è istantaneo, la consumazione coincide con il suo prodursi. Viceversa, se l'evento è perdurante, il momento consumativo potrebbe subire spinte

adempiere, quindi non potrebbe mai parlarsi, entro questo ambito di tempo, di obbligo penalmente sanzionato. Sembra più corretto affermare che ogni reato omissivo proprio prevede, esplicitamente o implicitamente, un termine entro il quale si deve ottemperare all'obbligo di azione descritto dalla norma; non sempre però, alla realizzazione della condotta, corrisponde l'esaurimento del reato medesimo. Anche i reati omissivi propri possono dunque, sia pure eccezionalmente, assumere natura permanente. Ciò si verifica quando l'esame della norma evidenzia che, malgrado la scadenza del termine, continua a sussistere per il destinatario della stessa il dovere di assolvere l'obbligo; in tale tipo di analisi un ruolo essenziale svolge la natura del bene oggetto di tutela che determina una permanente necessità di difesa.

⁷³ Questa distinzione è adottata da talune ormai risalenti pronunce della Corte di cassazione: v. Cass. pen., sez. V, 24 novembre 1977, n. 14905 in *Ced* (in cui si legge che il reato di omesso deposito del bilancio e delle scritture contabili configura un «reato omissivo proprio a carattere permanente, in quanto l'interesse all'adempimento della procedura fallimentare permane fino all'effettivo deposito dei predetti documenti»; Cass. pen., sez. V, 8 aprile 1975, n. 3904).

⁷⁴ Questa è la tesi esposta da CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, vol. II, Padova, 1988, 894 s.

⁷⁵ Così COCCO, *Reato istantaneo, di durata e a più fattispecie. Questioni controverse di unità e pluralità*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 383. Anche BARTOLI, *Sulla struttura del reato permanente*, cit., 168 sostiene la compatibilità dei reati di evento con la permanenza, ove a perdurare siano tanto l'evento quanto il nesso di causalità insieme con la condotta. La permanenza non sarebbe invece ammissibile nei reati di evento secondo CARACCIOLI, *Condotta permanente e permanenza degli effetti nella fattispecie criminosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, 223, in quanto il rapporto causale, su cui sono costruiti i reati di evento, ne segnerebbe la definitiva incompatibilità, posto che il suo risultato non può che prodursi in un istante cronologico determinato.

in avanti, ma è necessario a questo proposito una opportuna restrizione.

Quella di ‘evento perdurante’ è una nozione che certamente è possibile riscontrare nella realtà naturalistica (es. un incendio che dura ore, giorni, settimane) ma che assume rilevanza giuridica solo se: *a)* è il legislatore a richiedere la sua perduranza (es. grave e perdurante stato d’ansia negli atti persecutori⁷⁶); *b)* in base alle circostanze del caso concreto, per ragioni di pura contingenza, un che di istantaneo non sarebbe sussumibile nella tipologia di evento richiesto dal legislatore (come accade nell’esempio fatto della truffa mediante omessa comunicazione della perdita dei requisiti che danno diritto ad un alloggio popolare: qui il vantaggio ingiusto consiste nel ‘permanere presso quell’abitazione’, ciò che avvantaggia a detrimento altrui è, e non potrebbe che essere, una situazione che si protrae, perché se non si protraesse non costituirebbe un vantaggio e, in altre parole, non sarebbe sussumibile nell’evento indicato dalla fattispecie astratta).

Vi è poi un’ulteriore condizione, questa volta in negativo: *c)* non si deve trattare di un reato necessariamente istantaneo, che si ha quando la fattispecie astratta contiene anche solo un elemento che è insuscettibile di protrarsi nel tempo (come la morte dell’uomo nell’omicidio)⁷⁷.

Al di fuori di questi casi non pare che la perduranza naturalistica di un evento possa assumere alcuna rilevanza giuridica. Si pensi al caso di un soggetto che impieghi giorni interi, senza sosta, per appiccare un incendio sempre più vasto (qui la condotta perdura e l’evento insieme con essa); incendio che poi ulteriormente prosegue, a causa dell’intervenuto contatto con materiale infiammabile, anche una volta interrotto il contegno criminoso (la condotta cessa mentre l’evento perdura): finché perdura la condotta incendiaria non si ha consumazione, ma una volta cessata l’azione ad essa si sostituisce una mera inerzia, del tutto atipica, perché nel precetto non può essere ricompreso an-

⁷⁶ Secondo una certa impostazione (v. COCCO, *Reato istantaneo, di durata e a più fattispecie*, cit., 383) il richiamo alla perduranza sarebbe talvolta non esplicito ma comunque rinvenibile nella struttura della previsione astratta, come nel caso dei delitti di disastro, i quali esprimerebbero, tanto quanto il sequestro di persona, un evento di durata. Sul disastro come evento perdurante nel tempo per effetto di una condotta persistente del soggetto attivo v. Cass. pen., sez. IV, 17 maggio 2006, n. 4675 sul noto caso del petrolchimico di Porto Marghera e Trib. Torino, sez. I, 13 febbraio 2012, Schimdheiny, in *Dir. pen. cont.*, sull’altrettanto discusso caso Eternit. Nell’ambito di quest’ultimo si sono viste avvicinarsi le seguenti tesi sulla natura del delitto di cui all’art. 434, co. 2 c.p.: quella del reato omissivo improprio permanente (sostenuta dalla Procura di Torino), quella dell’evento permanente (sposata dal Tribunale di Torino nella sentenza citata), quella del reato a consumazione prolungata (fatta propria dalla Corte d’appello di Torino): per tutti, CASTRONUOVO, *Il caso Eternit: omissione di cautele antinfortunistiche e disastro ambientale dolosi*, in *Casi di diritto penale dell’economia*, II, a cura di Foffani, Castronuovo, Bologna, 2015.

⁷⁷ Così BARTOLI, *Sulla struttura del reato permanente*, cit., 162.

che il dovere di neutralizzare il pericolo innescato, con la conseguenza che il momento consumativo non può che ritenersi già intervenuto⁷⁸.

Ciò risulta ancor più chiaro se si evidenzia che la permanenza deve avere «un contenuto identico a quello del momento della perfezione»⁷⁹, nel senso che l'illecito deve persistere senza variazioni né interruzioni, attraverso una protrazione di *tutti* gli elementi costitutivi del fatto tipico, ossia dell'evento e della condotta tipica (sotto la cui etichetta non può essere ricondotta quella di omessa eliminazione di quanto precedentemente cagionato in spregio al pre-cetto).

Orbene, nell'ipotesi di cui all'art. 2638, co. 2 c.c. il legislatore non ha fatto espressamente riferimento a un evento duraturo, ma la permanenza non è neppure esclusa in assoluto dalla presenza di elementi necessariamente istantanei (caso *sub b*). Il Collegio, dunque, si sarebbe potuto interrogare circa la natura permanente dell'evento di ostacolo così come concretamente prodottosi, nel senso che avrebbe potuto accertare che solo una deviazione duratura dei fisiologici poteri dell'autorità di controllo sarebbe stata sussumibile, nel caso di specie, nel concetto di ostacolo; esso si è invece limitato a motivare la natura permanente della sola condotta omissiva. Avrebbe cioè potuto argomentare la permanenza dell'evento di ostacolo, ossia la perdurante corrispondenza del fatto storico alla fattispecie legale, alla luce della funzione impedita: se la funzione protetta nel caso di specie era meramente quella di "essere a conoscenza" ben si sarebbe potuto argomentare in favore della natura permanente dell'ostacolo, trattandosi di una funzione non istantanea ma di uno stato di consapevolezza e conoscenza dell'ente controllore che necessariamente si protrae nel tempo; viceversa se la funzione protetta dalla norma ed esercitata dall'autorità era un potere di controreazione, non resta alcuno spazio per la permanenza.

Proprio alla luce delle parole usate nella motivazione della sentenza, ossia proprio dal riferimento al procurato ritardo nell'adozione del provvedimento di commissariamento, risulta evidente che la funzione ostacolata non era una funzione permanente cui non poteva che fare da contraltare un evento di ostacolo permanente (che perdura finché l'opacità non cessa); l'evento di ostacolo pare qua da collocarsi nel momento in cui l'organo vigilante avrebbe

⁷⁸ Ritiene invece che «il periodo consumativo assistito dalla conformità al tipo va dal momento nel quale si verifica la consumazione formale a quello in cui l'incendio viene spento e quindi l'evento cessa di verificarsi» BRUNELLI, *Il reato portato a conseguenze ulteriori: problemi di qualificazione giuridica*, Torino, 2000, 128.

⁷⁹ BARTOLI, *Sulla struttura del reato permanente*, cit., 142 e 150. V. anche COPPI, voce *Reato permanente*, in *Dig. disc. pen.*, 1996, 318.

esercitato quella sua specifica funzione intralciata, che è, nel caso in esame, quello dell'adozione di un provvedimento di commissariamento: il reato non può che consumarsi al tempo in cui detto potere sarebbe stato esercitato, cioè al tempo in cui la situazione patrimoniale occultata aveva raggiunto quel livello di criticità che fa da presupposto, per legge, all'esercizio del potere di commissariamento.

Spostare il momento consumativo al tempo della scoperta del dato omesso non trova alcuna giustificazione alla luce della struttura d'evento del reato.

In altre pronunce si legge invece il più condivisibile assunto secondo il quale l'omissione da cui sia derivato un ostacolo alle funzioni di vigilanza integra un «reato di evento, istantaneo, plurisussistente». Nella specie, ciò è affermato dalla nota sentenza con cui il Tribunale di Siena ha condannato i vertici dell'istituto di credito Monte dei Paschi di Siena a fronte della condotta di occultamento nei confronti della Banca d'Italia di un particolare documento, il *Mandate agreement*, la cui conoscenza avrebbe dato luogo a una assai differente ricostruzione delle poste attive e passive del bilancio; lo stesso racchiudeva «un patrimonio informativo che era necessario conoscere onde consentire alla Banca di Italia di effettuare le valutazioni che le sono demandate e che, una volta reso noto, ha fatto sì che il Monte dei Paschi e gli organi di controllo (interni ed esterni) analizzassero e valutassero l'adozione di strumenti correttivi»⁸⁰. La vicenda si caratterizzava, in breve, per l'avvenuto compimento di due ispezioni da parte dell'Authority; già durante la prima non veniva mostrato il documento cruciale, e al termine della seconda (c.d. di *follow up*, cioè di verifica della precedente) l'autorità di vigilanza rassegnava le proprie conclusioni, ignorando l'esistenza della pattuizione celata.

Il Tribunale senese ha individuato al tempo della seconda ispezione la consumazione del reato di ostacolo ma con una giustificazione che pare disattendere le proprie stesse premesse, fondate sulla natura istantanea del reato⁸¹. Infatti, il Collegio ha affermato che «la condotta oggetto del procedimento è caratterizzata da una complessa fase preparatoria - volta a tener celato il documento prima ancora che iniziassero le attività ispettive, consentendone soltanto una circolazione estremamente ristretta nell'ambito dell'istituto di credito - e dall'esecuzione di più atti (...) che, divenendo penalmente rilevanti con l'ispezione Catarella [prima ispezione], dimostrano il dolo di ostacolo e l'intensità dello stesso. La consumazione avviene nel corso dell'ispezione gui-

⁸⁰ Trib. Siena, 29 gennaio 2015, n. 762, cit. (p. 155).

⁸¹ Così anche MARZULLO, *Il reato di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza*, cit., 16 s.

data da Scardone [seconda ispezione] 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»⁸².

Così sembrano tradite le premesse sulla natura istantanea del reato che, invece, e più semplicemente, porta a dover ritenere il reato consumato sì nel corso della seconda ispezione, ma non perché qui l'*iter criminis* già avviato giunge a completamento (con una struttura che riecheggia la permanenza) ma perché è durante questo *follow up* che il potere dell'organo di vigilanza viene esercitato in maniera qualitativamente diversa: l'autorità di vigilanza rassegna le proprie conclusioni senza menzionare il documento da cui avrebbe tratto conclusioni assai diverse e in ciò va riconosciuto l'evento di ostacolo.

3. Il (falso) problema del concorso fra co. 1 e co. 2 dell'art. 2638 c.c. Gli orientamenti giurisprudenziali che paiano affetti da aspetti di criticità riguardano anche il tema del possibile concorso formale fra le due fattispecie contenute nell'art. 2638 c.c. Per affrontare il tema occorre ovviamente premettere una riflessione sui possibili punti di "sovrapposizione" fra le due fattispecie delittuose; infatti, solo di fronte a una ipotesi di convergenza fra più fattispecie su di un caso concreto, si potrà poi discutere di prevalenza di una a discapito dell'altra (concorso apparente di norme regolanti la "stessa materia"⁸³) o di concorso effettivo di reati.

Considerata la natura vincolata della condotta descritta al co. 1 e la forma libera di quella causalmente orientata di cui al co. 2, potrebbe in astratto ritenersi che una sovrapposizione fra le due fattispecie delittuose si abbia in presenza di una condotta di falso o di occultamento nelle comunicazioni che abbia altresì dato causa ad un effettivo ostacolo. Il co. 2 fa riferimento a «qualsiasi forma» di condotta che risulti eziologicamente collegata all'evento di ostacolo e dunque ben potrebbe, a prima lettura, risultare integrato anche da una condotta di falso, rilevante già ai sensi del co. 1.

A fronte di detta convergenza, alla giurisprudenza prevalente che ritiene con-

⁸² Trib. Siena, 29 gennaio 2015, n. 762, cit. (pag. 10).

⁸³ Senza alcuna pretesa di completezza, ci si vuole qui limitare a ricordare come il significato dato al concetto di "stessa materia" dalla giurisprudenza più recente è frutto di un raffronto logico-strutturale tra gli elementi delle fattispecie (Cass. pen., Sez. Un., 28 ottobre 2010, n. 1963, in *Ced*): la "stessa materia" ricorre in presenza di un rapporto di genere a specie di tipo unilaterale o bilaterale in parte per specificazione e in parte per aggiunta.

figurabile un concorso formale di reati⁸⁴ fa da contraltare la dottrina prevalente che viceversa lo esclude.

Secondo una certa impostazione, questa ipotesi di convergenza si risolverebbe in un concorso apparente di norme a fronte della specialità del co. 1 rispetto al co. 2⁸⁵: in presenza di una falsa esposizione o di un occultamento con mezzo fraudolento, trova sempre applicazione il reato di false comunicazioni all'autorità di vigilanza e non quello di ostacolo. In effetti il primo comma contiene elementi specializzanti rispetto al comma secondo, ossia il dolo specifico (specialità per aggiunta) e la natura vincolata della condotta di falso (specialità per specificazione). Di palmare evidenza è però la specialità anche del comma secondo rispetto al primo, richiedendo quest'ultimo la verifica anche dell'evento di ostacolo (specialità per aggiunta). Dando dunque per scontata un'area di convergenza fra le due fattispecie, dovrebbe a rigore optarsi per il concorso formale di reati a fronte della riscontrata specialità bilaterale: le due fattispecie si presentano come cerchi intersecantisi⁸⁶.

Come detto, anche la giurisprudenza opta per la configurabilità del concorso formale fra i due reati racchiusi all'interno dell'art. 2638 c.c., ma nel farlo si espone a due critiche. La prima riguarda l'apoditticità di questo orientamento

⁸⁴ V. Cass. pen., sez. V, 12 novembre 2015, n. 6884, con nota di STAMPANONI BASSI, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza: problematiche in tema di concorso di reati*, in *Cass. pen.*, 2016, 3405 ss.: «in tema di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza di cui all'art. 2638 c.c., mentre il delitto di cui al comma 1 è 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 e finanziaria della società, che si consuma nel momento in cui viene posta in essere una delle condotte alternative previste dalla menzionata disposizione normativa, il delitto di cui al comma 2 è, invece, un reato di evento, per la cui consumazione è necessario che si sia verificato un effettivo e rilevante ostacolo alle funzioni di vigilanza degli organi a ciò preposti, quale conseguenza di una condotta che può assumere qualsiasi forma, anche consistente nella omissione delle comunicazioni dovute alle predette autorità; sicché, ove la condotta illecita si concretizzi nella omessa comunicazione alle autorità di vigilanza di informazioni dovute, è configurabile un concorso formale di reati eterogeneo, caratterizzato, cioè, dalla contemporanea violazione di diverse disposizioni di legge con una sola omissione, conformemente alla previsione dell'art. 81, comma 1, c.p.». Dello stesso avviso anche Cass. pen., sez. V, 26 maggio 2017, n. 42778, in *Cass. pen.*, 2018, con nota di FEDERICI; Trib. Milano, Sez. III, ud. 11.2.2013 (dep. 25.2.2013), Pres. Gamacchio, Est. Locurto, imp. Ruggiero et al., in *Dir. pen. cont.*, con nota di A. BELL.

⁸⁵ V. ALESSANDRI, *L'ostacolo all'esercizio delle funzioni delle pubbliche autorità di vigilanza*, cit., 260. Secondo l'A. «siamo di fronte a una figura che, a parità di risposta sanzionatoria, si pone come "generale" rispetto alla figura "speciale" descritta nel primo comma. Di più: in alcuni casi si registra una netta sovrapposizione, tale da rendere pressoché superflua la figura speciale, per esempio laddove si prevede di punire l'omessa comunicazione, senza bisogno che ciò avvenga con mezzi fraudolenti e senza la specificazione che le comunicazioni siano inerenti alle condizioni economiche, patrimoniali o finanziarie della società o dei soggetti».

⁸⁶ MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 465.

giurisprudenziale, che non fa alcun riferimento alla specialità bilaterale per giustificare il concorso effettivo e per escludere quello apparente ma si limita ad invocare l'applicabilità dell'art. 81, comma 1, c.p. considerata la contemporanea violazione di diverse disposizioni di legge. La ben più radicale critica riguarda però il fatto che questa massima che ammette il concorso viene spesso replicata in presenza non già di condotte attive di falso o di occultamento fraudolento che abbiano altresì cagionato un effettivo ostacolo, ma anche in presenza di mere omissioni causative dell'intralcio⁸⁷, ossia di condotte che mai potrebbero integrare anche il co. 1 dell'art. 2638 c.c.

La condotta di occultamento di dati che ricadrebbero nell'obbligo di comunicazione deve essere posta in essere «con altri mezzi fraudolenti», il che rende evidente che si tratta di una condotta attiva (o al più di un segmento omissivo di una condotta attiva⁸⁸) connotata da modalità ingannevoli⁸⁹.

La soluzione più corretta al problema risulta tuttavia quella della inconfigurabilità del concorso effettivo di reati a fronte della assenza totale, a monte, di spazi di sovrapposizione fra le due norme; a riprova di ciò può nuovamente invocarsi la Relazione di accompagnamento al d.lgs. n. 61/2002 che parla di «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»⁹⁰.

Ancora una volta l'interpretazione della disposizione alla luce del criterio ermeneutico della volontà del legislatore storico ci guida con precisione e ci permette di superare agevolmente l'incertezza: le condotte che possono integrare il reato apparentemente a forma libera del comma secondo sono in realtà circoscritte in positivo quali condotte causali rispetto all'ostacolo e in negativo quali condotte meno gravi della, e dunque diverse dalla, falsità. La figura delittuosa causalmente orientata ha in certo senso un carattere residuale, risultando integrabile solo nelle ipotesi in cui l'evento di ostacolo è conse-

⁸⁷ È questo il caso di Cass. pen., sez. V, 12 novembre 2015, cit.

⁸⁸ GIUNTA, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, Torino, 2004, 329.

⁸⁹ V. FOFFANI, *sub art. 2638*, cit., 1914 s.; GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006, 602 s.; MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., 294; ROSSI, *Illeciti penali e amministrativi in materia societaria*, cit., 279. In giurisprudenza v. Cass. pen., sez. VI, 13 gennaio 2006, n. 17290 in *Ced* («la seconda fattispecie di reato prevista nel primo comma dell'art. 2638 c.c. può 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. In realtà, la condotta tipica è costituita da un'azione, consistente nell'occultamento, e con mezzi fraudolenti, dei dati predetti, individuati perché relativi alla situazione economica, patrimoniale e finanziaria del soggetto alla vigilanza»).

⁹⁰ Relazione al D.Lgs. 11 aprile 2002, n. 61, cit. (i corsivi sono aggiunti).

guenza di condotte diverse da quelle espressamente indicate nel primo comma⁹¹; si tratta quindi di un caso di incompatibilità fra fattispecie⁹².

A ulteriore riprova di ciò, va evidenziato che il legislatore ha previsto la medesima cornice sanzionatoria, il che risulterebbe incostituzionale per violazione dei principi di uguaglianza e ragionevolezza⁹³ se davvero si intendesse il rapporto fra i due reati come una progressione criminosa, assimilabile a quella esistente tra tentativo e reato consumato. L'intenzione del legislatore è evidentemente non quella di descrivere due attacchi via via più penetranti al bene giuridico, ma quello di punire le condotte più insidiose a prescindere dalla verifica dell'evento di ostacolo e altresì di punire, con la medesima pena, qualsiasi altra condotta (dai tratti meno ingannevoli) purché, questa volta, l'ostacolo si sia concretamente prodotto.

Non si rinvengono dunque stadi di offesa crescente fra i due commi che viceversa hanno ambiti totalmente differenti di applicazione: in presenza di una falsificazione potrà applicarsi solo il co. 1, anche ove essa abbia dato effettivamente luogo ad un ostacolo, perché la condotta tipica di cui al co. 2 risente di una delimitazione in negativo rintracciabile agevolmente nell'intenzione del legislatore, così come espressa nella citata relazione di accompagnamento, che vale peraltro a far salvo l'art. 2638 c.c. da seri dubbi di costituzionalità.

Da ciò deriva peraltro che ben potrebbe essere configurabile un tentativo di ostacolo alle funzioni di vigilanza (co. 2), ma tale tentativo non può coincidere con la condotta di cui al primo comma⁹⁴ perché, anzitutto, la condotta di falso sarebbe estranea al tipo tracciato al capoverso dell'art. 2638 c.c., e altresì perché se così fosse il tentativo del co. 2 altro non sarebbe che la consumazione del co. 1 e dunque si finirebbe per punire con la medesima pena il tentativo e la consumazione. La autonomizzazione del tentativo attraverso la costruzione di una fattispecie di parte speciale fondata proprio sull'adozione di atti idonei e univoci non costituirebbe certo una stranezza né sarebbe per ciò solo censurabile, ben potendo il legislatore scegliere di escludere un dato contegno, già punibile *ex art. 56 c.p.*, dalla disciplina del tentativo (primo fra tutti

⁹¹ Si coglie allora il motivo per cui viene invocato, a sostegno della tesi dell'assenza di convergenza tra le due norme, il principio di conservazione delle norme, considerato che questa sola interpretazione permette di fuggire da censure di costituzionalità e di recuperare un'autonomia applicativa del co. 2 (v. i riferimenti riportati da GUIDI, *Riflessioni sul concetto di ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2018, 107, nt. 17).

⁹² MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 479; ID., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, 349.

⁹³ V. CORNACCHIA, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità di vigilanza*, cit., 92; MESSINA, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza*, cit., 578.

⁹⁴ Analogamente SEMINARA, voce *Reati societari (le fattispecie)*, cit., 784.

l'obbligo della diminuzione). Ma ad essere censurabile sarebbe, ancora una volta, la previsione della medesima cornice sanzionatoria per il tentativo e per il reato consumato⁹⁵.

4. La natura istituzionale del bene protetto e la problematicità del concetto di 'mediazione amministrativa'. Tutela di un bene-funzione, di una funzione strumentale o di una mera funzione? Come si è accennato in apertura, l'oggetto della tutela del reato in esame presenta chiare fattezze pubblicistiche ed è inquadrabile all'interno della categoria dei cc.dd. beni-funzione⁹⁶: il bene giuridico protetto è qui il corretto esercizio di una funzione, quella di vigilanza delle autorità pubbliche di controllo.

Questo aspetto conduce nel vivo del dibattito intorno alla legittimità di una incriminazione posta a presidio del *fisiologico operare* di autorità di settore, che secondo taluni condurrebbe, come si vedrà, a uno smarrimento dell'identità del diritto penale, a fronte della creazione di precetti in cui all'effettiva lesioni di beni vengono sostituite condotte disfunzionali.

Proprio il reato di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza ci restituisce un esempio di smaterializzazione o comunque di scarsa riconoscibilità del bene giuridico. Avendo il legislatore inteso proteggere interessi collettivi, non descrivibili in termini strettamente "personali", che consistono essenzialmente nel regolare funzionamento di settori regolati da Autorità di vigilanza⁹⁷, queste ultime divengono oggetto diretto di tutela.

Occorre tuttavia una breve premessa.

⁹⁵ V. tuttavia l'opinione contraria di MESSINA, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza*, cit., 580.

⁹⁶ In argomento cfr. HASSEMER, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 108 s.; ID., *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, Heidelberg, 1996, 9 ss.; PADOVANI, *Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo*, in *Cass. pen.*, 1987, 670 ss.; ID., *Diritto penale della prevenzione e mercato finanziario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 639 ss.; PATRONO, *Diritto penale dell'impresa e interessi umani fondamentali*, Padova, 1993, 103, 106 ss.

⁹⁷ L'interesse della collettività risiederebbe nella soddisfazione dell'esigenza a che certe attività vengano assoggettate ad un controllo preventivo di idoneità e rispettino determinate prescrizioni in modo che non possano entrare nel sistema soggetti capaci di inquinarlo. Rileva PULITANÒ, *Supplemento giudiziario e poteri dello Stato*, in *Quad. cost.*, 1983, 101 ss. che il controllo sulla compatibilità dell'attività economica con gli interessi protetti è affidata proprio all'autorità competente per il rilascio delle autorizzazioni. Sul tema della tutela di funzioni *ex multis* CASTRONOVO, *Brevi note sull'atteggiarsi del pericolo per il bene giuridico nei reati alimentari*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1997, 637 ss.; MANES, *La tutela penale*, in *Il diritto e gestione dei beni culturali*, a cura di Cammelli, Sciuillo, Barbati, Leon, Tuccini, Fregni, Manes, Bologna, 2011, 219 ss., 237 ss.

La sede naturale di commissione del reato di cui all'art. 2638 c.c. è peculiare: si tratta infatti di settori dell'agire economico connotati da una consistente "dipendenza amministrativa"⁹⁸, in cui, cioè, si è optato per un modello di governo e di controllo che viene attribuito ad Autorità amministrative *sui generis* (in quanto insensibili alle direttive dell'esecutivo⁹⁹), e che si fonda su obblighi informativi posti in capo all'operatore e su poteri di acquisizione riconosciuti alle Agenzie di controllo. Queste ultime operano la c.d. mediazione amministrativa, ossia stabiliscono quale sia il corretto temperamento fra le esigenze di libera iniziativa economica e quelle di tutela dell'interesse alla cui conservazione sono preposte¹⁰⁰; si pensi al concetto di "sana e prudente gestione" dell'attività bancaria alla cui garanzia devono essere informati i poteri esercitati dalla Banca d'Italia¹⁰¹, in ciò coincidendo il punto di equilibrio fra il libero esercizio dell'attività bancaria e la tutela del risparmio e del credito. Si tratta inevitabilmente di concetti normativi indeterminati, che debbono essere riempiti di contenuto a seconda della peculiare congiuntura economica del momento, e da cui deriva il flessibile potere regolamentare riconosciuto all'Autorità di settore.

Di qui l'affioramento in ambito penale di una prospettiva di tutela delle agenzie pubbliche, allo scopo di agevolarne i controlli, anziché proteggere in via immediata i beni giuridici di fattezze più tradizionali. Il diritto penale che ne emerge, ad andatura più sostenuta (e dunque ad operatività anticipata), divie-

⁹⁸ In questi termini CATENACCI, HEINE, *La tensione fra diritto penale e diritto amministrativo nel sistema tedesco di tutela dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1990, 921 ss.

⁹⁹ *Ex multis* GIRAUDI, RIGHETTINI, *Le autorità amministrative indipendenti: dalla democrazia della rappresentanza alla democrazia dell'efficienza*, Roma, 2001; CHIEPPA, *Le Autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2010, 309; CHIEPPA, *Potere economico e Autorità indipendenti: funzioni neutrali e sindacato del Giudice amministrativo*, in *Rivista della scuola superiore dell'economia e delle finanze*, 2005, 1. Distingue tra fattori esogeni (emersione di settori sensibili) e fattori endogeni (la crisi dell'istituzione parlamentare) che hanno portato all'avvento delle Autorità amministrative indipendenti NOTARO, *Autorità indipendenti e norma penale*, cit., 7 ss. e 14 ss.

¹⁰⁰ V. DE MINICO, *Lineamenti del potere regolamentare della Consob*, in *Osservatorio sulle fonti 1996*, a cura di De Siervo, Padova, 1996, 205 che richiama il compito della Consob di ideare una misura di equilibrata composizione tra gli oneri informativi (posti a protezione delle esigenze del pubblico dei risparmiatori di disporre di un'informazione a supporto di scelte di investimento ragionate) e la necessità di garantire reali condizioni di efficienza (che non vedano cioè le imprese disincentivate ad entrare nel mercato regolamentato).

¹⁰¹ Art. 5 t.u.b.: «1. Le autorità creditizie esercitano i poteri di vigilanza a esse attribuiti dal presente decreto legislativo, avendo riguardo alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario nonché all'osservanza delle disposizioni in materia creditizia. 2. La vigilanza si esercita nei confronti delle banche, dei gruppi bancari, degli intermediari finanziari, degli istituti di moneta elettronica e degli istituti di pagamento. 3. Le autorità creditizie esercitano altresì gli altri poteri a esse attribuiti dalla legge».

ne così «cerniera esterna»¹⁰² dei modelli di intervento pubblicistico nell'economia, a tutela, dunque, indiretta dei beni finali. Si profila in tal senso un diritto penale sanzionatorio che si distingue in punto di tecnica legislativa per il ricorso abbondante ad elementi normativi che trovano specificazione in fonti regolamentari di settore o che hanno struttura negativa, nel senso che si risolvono nella mancanza di autorizzazione o nel mancato rispetto di una prescrizione o di un ordine amministrativo¹⁰³. Addirittura è stato evidenziato come si sia andati oltre il meccanismo degli elementi normativi, essendo un vero e proprio formante amministrativo ad operare la selezione penalistica, a “preparare dal basso” la norma penale il cui contenuto viene talvolta riempito persino da prassi amministrative (che concorrono a delineare un ‘crittotipo’), con la conseguente inversione del naturale ordine ‘norma di valutazione’/‘norma precettiva’¹⁰⁴.

Oggetto di tutela divengono in questo campo le prerogative riconosciute alle *Authorities* dalle varie leggi istitutive e/o regolatrici (le c.d. regole del gioco) e, in particolare, viene così presidiato dalla sanzione penale il flusso corretto e ininterrotto di informazioni con gli operatori del settore, in modo tale da neutralizzare le fonti di rischi per il sistema (quale può essere l'operatore che non sia in grado di fornire garanzie di solidità).

L'anticipazione della soglia di intervento penale, allo scopo di proteggere interessi a carattere diffuso, segue sempre alla condivisibile presa di coscienza del fatto che limitarsi alla tutela di beni personali comporterebbe l'attivazione dell'armamentario punitivo dinanzi a una progressione offensiva intollerabilmente avanzata: lo spazio di operatività indisturbata dell'attività economica risulterebbe così ampio da rendere inutile l'intervento tardivo del diritto penale. Occorre, in altri termini, intervenire in una fase in cui l'evento di pericolo può ancora essere adeguatamente controllato¹⁰⁵.

In questo senso, l'anticipazione della tutela nei confronti di beni cruciali viene realizzata proteggendo situazioni che altro non sono che la «premessa indispensabile per il benessere e lo svolgimento della personalità di ciascuno dei consociati: situazioni ampie, estese, non riferibili a soggetti determinati, ma per ciascuno necessarie come condizioni essenziali della vita individuale e

¹⁰² COCCO, *Beni giuridici funzionali*, cit., 173.

¹⁰³ Cfr. PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, cit., 32 ss.

¹⁰⁴ DONINI, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto. L'imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale*, in *Arch. pen.*, 2020, 2.

¹⁰⁵ COCCO, *Beni giuridici funzionali versus bene giuridico personalistico*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini, Paliero, Milano, 2006, 186.

sociale»¹⁰⁶. Del resto, un'importante caratteristica della criminalità economica è proprio la sua proiezione offensiva nei confronti, spesse volte, di soggetti indeterminati, sottoposti ad aggressioni a lesività seriale. E proprio l'indeterminabilità *ex ante* delle vittime, in uno con la potenziale diffusività delle conseguenze lesive, ha favorito la costruzione di fattispecie volte alla tutela di interessi superindividuali o "pubblicistici". L'importanza di tali interessi (es. il patrimonio degli investitori) suggerisce di non limitare l'intervento sanzionatorio alla fase della concreta lesione, così come il carattere diffuso e, in particolare, la non offendibilità per mezzo di una singola condotta (ma solo attraverso una sommatoria di condotte), suggeriscono di non richiedere la concreta lesione.

Vengono pertanto solitamente enucleati dei beni intermedi o strumentali, che sono tutelati non in sé stessi ma in vista della tutela di un altro bene¹⁰⁷, il quale (solo) è in grado di soddisfare in modo immediato un bisogno dell'uomo. Appare in effetti spesso opportuno enucleare un evento intermedio (di danno o di pericolo) anziché richiedere necessariamente la produzione di un macro-evento, poiché si rende così possibile individuare se vi sia stato un pericolo per i rappresentanti di un interesse adespota. Il bene strumentale garantirebbe in questo senso un livello di maggiore concretezza in punto di accertamento dell'offesa¹⁰⁸.

Tuttavia, pare doversi operare una sostanziale differenziazione tra beni strumentali e beni-funzione. Talvolta infatti si ha a che fare con fattispecie criminose in cui è arduo individuare un bene giuridico palpabile (sullo sfondo rispetto a quello intermedio), parendo al contrario rinvenibili comminatorie di sanzioni a fronte di mere trasgressioni a un apparato regolamentare (es. difetto di autorizzazione, violazione delle condizioni indicate nel provvedimento autorizzativo, false informazioni, ostacolo alle funzioni di vigilanza), rispetto alle quali la lesività in termini di dannosità sociale è davvero scarsamente afferrabile, se non attraverso correttivi interpretativi che forzerebbero intollerabilmente il principio di legalità. Come detto, sanzionare penalmente la semplice elusione di una rete regolamentare, e dunque la semplice condotta non

¹⁰⁶ SEMINARA, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, cit., 26.

¹⁰⁷ FIORELLA, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Torino, 2018, 218 ss; ID., voce *Reato in generale*, in *Enc. Dir.*, 1987, 797 ss.

¹⁰⁸ PULITANÒ, *L'anticipazione dell'intervento penale*, in *Atti del IV congresso nazionale di diritto penale. Diritto penale, diritto di prevenzione e processo penale nella disciplina del mercato finanziario*, Torino, 1996, 14, menziona a titolo esemplificativo i beni strumentali della uguaglianza dei partecipanti al mercato, l'affidabilità dei soggetti esercenti determinate attività, le condizioni di funzionamento dei sistemi di governo e controllo istituzionale sul mercato o sui suoi settori.

conforme a una disciplina dettata per il corretto funzionamento di un settore economico, porta alla totale dematerializzazione del bene giuridico (l'oggetto di tutela altro non appare che la *ratio legis*, ossia la finalità regolatoria che viene di volta in volta in rilievo). Ciò svilisce di certo anzitutto la funzione critica, ma altresì la funzione interpretativa del bene giuridico e, in definitiva, la sua funzione garantista, stante l'assenza di interessi pre-dati, palpabili, a rilevanza sociale e danneggiati o posti in pericolo dall'autore¹⁰⁹.

Occorre tuttavia ora una precisazione: non può tacersi come lo stesso codice Rocco conosca forme di tutela di funzioni, come ad esempio la tutela dell'amministrazione della giustizia o della p.a. Tuttavia, la tutela di (mere) funzioni, nell'accezione qui delineata, altro non appare che mezzo di espansione della zona di intervento penale¹¹⁰, attraverso il grimaldello della creazione di beni giuridici artificiali, che essenzialmente permette di superare i problemi in punto di accertamento del pericolo¹¹¹. Le funzioni tipiche delle Autorità di controllo sono dirette alla tutela di interessi talvolta di settore e talvolta trasversali e l'operatività delle fattispecie penali poste a garanzia del loro indisturbato operare potrebbe scattare infatti anche laddove l'inosservanza non abbia messo in pericolo tali interessi (es. gli interessi patrimoniali dei risparmiatori).

Si tratta di un connotato tipico della tutela di funzioni che non è limitato al solo settore economico ma che si estende a tutti i settori (specie quello ambientale) in cui si ha la menzionata mediazione amministrativa. Ebbene, il pericolo di frustrazione del requisito della necessaria lesività appare di fattezze concrete, con però alcuni necessari distinguo, che si cercherà ora di illustrare, fra *beni-funzioni*, *funzioni strumentali* e *mere funzioni*.

Comunemente si parla di protezione di funzioni tutte le volte in cui vengono incriminate le violazioni di discipline che operano, come già detto, una me-

¹⁰⁹ Evidenza come l'esigenza irrinunciabile di affidare il contemperamento di interessi all'azione di mediazione della p.a. non esclude ma anzi implica il necessario riferimento a beni sostanziali in gioco, poiché solo una loro concreta afferibilità e una loro concreta esigenza di protezione possono legittimare e conformare la mediazione istituzionale PULITANO, *L'anticipazione dell'intervento penale*, cit., 16.

¹¹⁰ In questi termini RAMPIONI, *Diritto penale dell'economia*, cit. 7 s. *Contra* MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di Diritto Penale*, Milano, 2001, 554; DOLCINI, *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 10 ss. Secondo questi Autori le *Authorities* giocano un ruolo fondamentale nella complessa società contemporanea, tale per cui la loro assimilazione ai tradizionali organi amministrativi non può dirsi arbitraria; diversamente ragionando altro non si farebbe che veicolare ideologie liberiste volte a sottrarre determinati settori a controlli accentrati statali (*ivi*, 18).

¹¹¹ MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflessi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 346.

diazione (e regolano i conflitti) tra beni contrapposti: in particolare – nel caso delle autorità amministrative deputate al controllo dei settori della vita economica – una mediazione (potremmo dire, con una generalizzazione) tra le esigenze dell'imprenditore (dunque di libera iniziativa economica) e l'interesse che si intende proteggere da attacchi.

Sotto questa etichetta sono rinvenibili ipotesi (quasi sempre fondate sul pericolo) che hanno grandi profili di diversità: talvolta la funzione si rende indipendente da qualsivoglia ulteriore interesse materiale (e rileva in sé), talaltra invece la funzione è tutt'altro che autonoma, in quanto vero e proprio strumento di protezione di un bene-scopo. Infine, come si chiarirà, altre volte ancora sono «mero travestimento estetico di irregolarità, trasgressioni, etc.»¹¹².

Del primo modello (quello dei *beni-funzioni*) fanno parte le fattispecie volte alla tutela di funzioni di organi statali, *storicamente avvertiti come beni autonomi*¹¹³: ne è certamente un esempio l'amministrazione della giustizia e, dunque, la funzione di accertamento dei reati, che è bene tutelato in sé dal Titolo III del codice penale. Al di fuori di questi casi, la funzione non può essere tutelata in se stessa, altrimenti si fuoriesce dallo schema dell'illecito offensivo per sanzionare la mera disobbedienza ad un ordine impartito dall'Autorità di regolazione, mirando a conseguire un risultato che non pre-esiste all'ordine stesso, ma che al contrario consiste nel puro esercizio controllato e pianificato di una certa attività: i reati posti a tutela di *mere* funzioni appaiono perciò estranei alla tutela di beni giuridici¹¹⁴, frutto al più di una concezione metodologica dei medesimi¹¹⁵.

¹¹² DONINI, *Modelli di illecito penale minore. Un contributo alla riforma dei reati contro la salute pubblica*, in *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, a cura di Donini, Castronuovo, Padova, 2008, 246.

¹¹³ DONINI, *Modelli di illecito penale minore*, cit., 246.

¹¹⁴ Si esprimono in tal senso SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, 1990, 19 ss.; FORNASARI, *Il concetto di economia pubblica. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, Milano, 1994, 146 ss.; PEDRAZZI, *Interessi economici*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di Stile, Napoli, 1985, 306 ss. e *passim*.; MOCCIA, *La "promessa non mantenuta". Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, 61 ss.

¹¹⁵ Cfr. PANAGIA, *Del metodo e della crisi del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, spec. 1140, nt. 55, il quale non ammette una terza via, ulteriore rispetto alle funzioni tutelabili come beni in sé e alle mere-funzioni: «attraverso la tutela della funzione si vuole surrogare o meglio dissimulare la mancata tutela del bene (ad esempio, nei reati ambientali: l'ambiente salubre) che il legislatore non intende, nella realtà normativa, preferire ad altro bene (l'economia) con cui il primo si trova in conflitto. In questo caso la funzione dissimula la mancata tutela effettiva del bene da parte del legislatore. Non si può dunque parlare di tutela strumentale, ma di mancata tutela del bene. Il correlativo schema normativo, che è quello tipico dei reati d'obbligo, evidenzia questa realtà: si puniscono, insomma, condotte che violano un obbligo (e che non offendono un bene) come ad esempio lo scarico in violazione

Il solo argomento della importanza sociale storicamente attribuibile a una funzione non basta tuttavia a segnare il confine tra *beni-funzioni* e *mere funzioni*; si tratterebbe infatti di una linea di demarcazione estremamente arbitraria oltre che verosimilmente cangiante nel tempo. La legittimità della tutela di (certe) funzioni in sé e per sé considerate risiede altrove, ma tale puntualizzazione richiede la preliminare introduzione del terzo modello di funzione sopra preannunciato: la *funzione strumentale*.

Il rischio di tutelare mere funzioni, e dunque di svuotare di contenuto offensivo la fattispecie, non viene corso ove la funzione di controllo sia specificamente volta alla prevenzione di un pericolo per un bene finale, e dunque a garantire un risultato diverso e ulteriore rispetto alla mera efficienza del controllo medesimo. Ciò accade quando un bene sostanziale diverso dal mero indisturbato operare di un organo entra nell'oggetto della tutela, il che - come è stato sostenuto in termini convincenti¹¹⁶ - si verifica: (1) sia per mezzo di una tipizzazione di un pericolo astratto empiricamente fondata su di un giudizio di generale pericolosità della condotta; (2) sia attraverso la previsione di eventuali sanatorie/ravvedimenti *ex post* che determinino l'irrilevanza penale di condotte *ab origine* inoffensive del bene finale¹¹⁷ (ma solo elusive del controllo strumentale e, per così dire, delle regole del gioco); (3) sia mediante l'attribuzione di rilevanza a sole situazioni pregnanti (in cui la pericolosità atiene al contesto e all'oggetto della condotta).

Si tratta in questo secondo caso di fattispecie volte alla tutela di funzioni che appaiono però reinterpretabili in chiave offensiva, atteggiandosi in definitiva la *funzione* a bene *strumentale*, perché vi è un bene finale che è al tempo stesso risultato e oggetto della funzione¹¹⁸: a essere punita non è la disobbedienza (alla prescrizione della p.a.) ma l'attitudine offensiva delle condotte che integrano tale disobbedienza¹¹⁹.

Sussiste, in altre parole, in questi casi, una relazione - anche se mediata dal bene strumentale - tra la condotta e i beni alla cui salvaguardia è orientata la

dell'obbligo di chiedere (...) o di ottenere l'autorizzazione».

¹¹⁶ DONINI, *Modelli di illecito penale minore*, cit., 249 ss.

¹¹⁷ PADOVANI, *Diritto penale della prevenzione e mercato finanziario*, in *Atti del IV congresso nazionale di diritto penale*, cit., 82.

¹¹⁸ Sulle potenzialità involutive della tecnica della seriazione dei beni giuridici in tutti i casi in cui la condotta offensiva del bene intermedio non sia in grado di esprimere alcuna diretta connessione con il bene finale v. per tutti FIORELLA, *Reato in generale* (voce), in *Enc. dir.*, 1987, 797 ss.; ID., *I principi generali del diritto penale dell'impresa*, in CONTI, *Il diritto penale dell'impresa*, Padova, 2001, 15 ss.; MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, 86 ss.

¹¹⁹ Così CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente*, Padova, 1996, 141.

disciplina che pone le ‘regole del gioco’. La categoria dei *Pflichtdelikte* non comporta necessariamente l’abbandono del modello dell’illecito costruito intorno alla lesione di un bene giuridico: «in un sistema fondato sul principio di offensività di beni giuridici la violazione del dovere può avere diritto di cittadinanza non come fondamento della responsabilità ma come ulteriore requisito in aggiunta all’offesa al bene giuridico»¹²⁰.

Il potenziale pregiudizio per il bene finale è qui elemento intrinseco della condotta tipica, la quale è ritenuta astrattamente idonea a pregiudicare il bene medesimo. Deve allora ricorrere quel giudizio di generale pericolosità su cui si reggono i reati di pericolo astratto: la criminalizzazione di condotte non autorizzate che siano meramente preliminari e dunque neppure in astratto offensive (come potrebbe essere per esempio la sola apertura non autorizzata di una succursale bancaria senza esercizio alcuno di attività bancaria) non potrebbe superare il vaglio di legittimità costituzionale. La peculiarità sta nel fatto che la valutazione in concreto di pericolosità è operata dall’Autorità di controllo, alla quale, per esigenze pratiche, è attribuito il compito di formulare prescrizioni.

Anche lo schema della mancanza di un’autorizzazione ammette una reinterpretazione in chiave offensiva, benché più limitata; le condotte rientranti in queste tipologie di fattispecie sembrano infatti avere un’attitudine offensiva più scolorita, perché (almeno in apparenza) fondate sulla mera esigenza di sottoporre un’attività al preventivo vaglio della p.a. Tuttavia, anche in questo caso, potrebbero individuarsi casi in cui una norma incriminatrice fondata su di un momento autorizzatorio non risulti volta a tutelare una evanescente mera funzione, a incriminare una mera disobbedienza (facendo cioè coincidere il bene tutelato con il simmetrico della condotta vietata), ma mostri al contrario un chiaro legame con il bene finale (il corretto dispiegarsi dell’attività dell’organo deputato a concedere l’autorizzazione sarebbe, di conseguenza, un bene strumentale). Il controllo deve essere allora volto ad accertare il possesso di requisiti che permettano ad un operatore di stare sul mercato senza introdurre rischi per beni sostanziali pre-esistenti¹²¹. La condotta tipica deve

¹²⁰ ANGIONI, *Contenuto e finzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, 122.

¹²¹ La giustificazione dell’intervento penale nel caso di condotta tenuta senza la necessaria autorizzazione unicamente «laddove il controllo pubblico sia finalizzato all’accertamento dell’esistenza dei presupposti e requisiti fattuali di idoneità in assenza dei quali l’attività controllata presenta un pericolo altissimo» è sostenuta da PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 470 s. V. anche VALLINI, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torino, 2003, 168 ss., secondo il quale il legame con beni giuridici rilevanti si scorgerebbe, da un lato, nel fatto che l’autorizzazione costituisce un’attestazione di conformi-

cioè mostrare un'attitudine offensiva nei confronti del bene finale e la fattispecie deve presentarsi come volta *ab origine* alla tutela del medesimo. Resta certamente il problema dell'elusione del controllo all'ingresso da parte del soggetto che risulti comunque in possesso dei requisiti necessari e dunque del soggetto a cui l'autorizzazione sarebbe stata concessa, se ritualmente domandata.

Tornando ora alla distinzione fra *beni-funzioni* e *mere funzioni* (le prime tutelabili in sé e per sé, mentre le seconde unicamente se funzionali alla tutela di un bene finale e dunque solo se reinterpretabili come *funzioni strumentali*), per fare chiarezza si può partire da un esempio che rende forse più agevole districare la matassa.

L'amministrazione della giustizia (che è, come si è visto sopra, un bene funzione) incarnando, attraverso i poteri riconosciuti ai propri organi, l'interesse alla repressione dei reati (che è porzione consistente del più ampio concetto di garanzia dell'ordine pubblico e difesa sociale), esercita una funzione che non può dunque dirsi strumentale a un interesse che sia altro da sé; le norme incriminatrici del Titolo III del codice penale tutelano del resto proprio in sé della amministrazione della giustizia, tipizzando condotte idonee a porre in pericolo (sia esso astratto o concreto) l'*iter* proprio dell'accertamento dei reati. Non solo: l'amministrazione della giustizia non è strumentale perché è un *bene finale generico di categoria*.

La lesività delle varie condotte criminose inserite in quel Titolo va raffrontato infatti con lo specifico bene-oggetto, che varia da fattispecie a fattispecie, e che mette in luce l'aspetto più concreto della tutela¹²²: così il favoreggiamento è in grado di declinare in vario modo il bene di categoria, ad esempio in termini di tutela delle indagini di polizia; l'omessa denuncia riguarda invece l'esercizio dell'azione penale, *etc.* Si tratta, in sostanza, di condotte che vanno collegate a

tà della condotta serbata rispetto ad una disciplina preesistente e già sostanzialmente definita anche nelle sue regole specificamente inerenti ai limiti di tollerabilità rilevanti nel caso di specie, dall'altro lato, nella circostanza che l'attività autorizzatoria è strettamente connessa ad un'attività di monitoraggio volta al contenimento quantitativo e all'indirizzamento contenutistico di certe attività che potrebbero, se incontrollate, minacciare beni giuridici rilevanti (il fallimento complessivo del monitoraggio comporterebbe dunque il naufragio del contenimento dei livelli di rischio). Invero, anche in questo caso, andrebbe preventivamente considerata la finalità concreta del monitoraggio, non potendo quest'ultimo essere tutelato in sé: se il monitoraggio è volto a evitare l'instillazione in un dato settore del rischio X, allora rilevante sarà solo l'ostacolo al controllo idoneo a creare quello specifico rischio X. Una condotta elusiva, disobbediente ma non in grado di incidere in senso distruttivo o di essere pericolosa per le specifiche finalità risulta del tutto estranea all'idea di illecito come lesione di un bene giuridico.

¹²² Sul punto v. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005, 249 (nota 14) e 262 s.

distinti eventi e interessi-scopo, cioè a specifici istituti, organi o fasi.

Oltre a ciò, si può dire che *la componente punitiva è la ragione* dell'esistenza di detto organo dello Stato e dell'attribuzione ad esso dei relativi poteri.

Questo non accade con riferimento al controllo demandato alla p.a., ad esempio, sulle armi¹²³, sui giochi e le scommesse (la cui normativa è contenuta nel tulp), o - in maniera ancor più lampante - con riferimento al controllo demandato alle autorità amministrative indipendenti, ad esempio sui livelli minimi di patrimonializzazione delle banche: i controlli sono qui espressione di funzioni strumentali a interessi pre-esistenti. Mentre l'amministrazione della giustizia è funzionalizzata alla repressione di reati e ha un ruolo dunque proattivo, costitutivo (di qualcosa che non le pre-esiste), al contrario, ad esempio, la Banca d'Italia è funzionalizzata a garantire il contenimento del rischio, la stabilità patrimoniale e la sana e prudente gestione degli istituti bancari (artt. 5 t.u.b. e 5 t.u.f.) e ha pertanto un ruolo conservativo - attraverso la garanzia della sana e prudente gestione della raccolta del risparmio e dell'esercizio del credito - di un interesse pre-dato, e solennemente garantito dalla Costituzione all'art. 47.

La componente punitiva è qui un effetto (eventuale) dell'esercizio dei poteri. È perciò evidente che se si disobbedisce a una richiesta/prescrizione senza che sia posto in pericolo l'interesse pre-dato (anche se danneggiati o posti in pericolo risultano i regolari controlli dell'*Authority*) non residua alcuno spazio d'operatività per il principio di offensività; tutelare con la sanzione penale il suo indisturbato operare, senza avere riguardo alla finalità istituzionale, non può che dar luogo a un reato di mera disobbedienza. In altre parole, si può ostacolare, disobbedire alla autorità amministrativa indipendente senza in alcun modo toccare il bene finale alla cui tutela la stessa è volta; non così con l'amministrazione della giustizia: ostacolandola, si ostacola sempre l'accertamento dei reati (salvo che si tratti di condotta inoffensiva - si pensi alla calunnia grossolana che non induca in errore l'operatore di polizia giudiziaria - ma questo nulla sposta ai nostri fini, dal momento che renderebbe il fatto del tutto atipico, perché non si avrebbe, a monte, alcun ostacolo

¹²³ Diversa risulta invece la ricostruzione di DONINI, *Modelli di illecito penale minore*, cit., 249 ss. Secondo l'Autore la funzione di controllo sulle armi va annoverata fra le funzioni da intendersi come beni in sé; qui si preferisce invece distinguerla e classificarla come funzione strumentale, essendo la fattispecie incriminatrice fondata sì sulla trasgressione/violazione di una cautela (che l'incriminazione fa propria), ma con un elemento che fa capire come la norma penale sia volta sin dall'inizio alla tutela di un che di ulteriore rispetto al mero governo amministrativo: la presenza di almeno un'arma funzionante rende evidente che si tratti di protezione accordata non al controllo pubblicistico ma all'incolumità pubblica.

all'amministrazione della giustizia).

Lesione della amministrazione della giustizia e lesione dell'interesse all'accertamento dei reati vanno di pari passo: non si può ledere la prima senza offendere anche il secondo. E questo non accade invece con riferimento alle funzioni strumentali¹²⁴.

Ebbene, la tutela apprestata dall'art. 2638 c.c. a determinate istituzioni (di cui non può affatto dubitarsi alla luce del dato letterale) trova certamente la propria ragione giustificatrice nella circostanza che le stesse risultano per legge preposte alla protezione di interessi finali di primaria importanza; tuttavia ci si chiede – ancora una volta – se quegli interessi finali perdano o meno rilevanza nella fattispecie concreta.

In altre parole, è una tutela di mere funzioni o di funzioni strumentali? Si è al cospetto di un'anticipazione della tutela dei beni materiali più volte menzionati, o piuttosto alla mutazione della prospettiva della tutela attraverso fattispecie di pericolo o di danno per le (sole) funzioni delle autorità?

Si tratta secondo taluni di una tutela in via indiretta anche della sfera patrimoniale dei singoli, nell'interesse dei quali l'attività di vigilanza viene svolta¹²⁵.

Si può constatare come tale conclusione, ossia il far rientrare l'interesse patrimoniale all'interno dell'oggettività giuridica del reato, certamente porterebbe ad un rimediazione dell'ampiezza della fattispecie, e nello specifico ad una sua più che auspicabile restrizione entro confini di sicura idoneità offensiva, dovendo richiedersi un nesso funzionale tra informazione resa od omessa e il bene patrimoniale.

Secondo questa lettura, la funzione di vigilanza non potrebbe dirsi oggetto di protezione penale in sé e per sé, ma unicamente alla luce dei suoi obiettivi specificamente fissati dalla legge. Dal che discenderebbe la necessità di accertare la pertinenza e la rilevanza della richiesta avanzata dall'Autorità di controllo con le funzioni sue proprie¹²⁶. Inoltre, nessuna rilevanza potrebbe essere

¹²⁴ Non pare dunque possibile riconoscere un ruolo di centralità ad un bene giuridico finale in presenza di una tutela di funzioni (cfr. sul punto PADOVANI, *Il problema del bene giuridico e la scelta delle sanzioni*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 119; ID., *Tutela dei beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo*, in *Cass. pen.*, 1987, 675 s.; ID., *Diritto penale della prevenzione e mercato finanziario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 81 in cui l'Autore afferma che con la repressione di condotte disfunzionali si spaccia per bene giuridico la mera inosservanza di una norma, la quale finirebbe col tutelare se stessa, «in un circolo vizioso che disvela l'artificiosità della costruzione, il suo risolversi in un semplice gioco di specchi»).

¹²⁵ MESSINA, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza*, cit., 560

¹²⁶ Tale elemento trova invero riscontro in giurisprudenza: si legge in Cass. pen., sez. VI, 13 gennaio 2001, n. 17290, in *Ced* che «integra il reato di cui all'art. 2638 cod. civ. (Ostacolo all'esercizio

ascritta alle condotte ingannatorie aventi ad oggetto non dati patrimoniali (o comunque di marcata impronta economica), ma dati meramente organizzativi, laddove l'*Authority* sia concepita come istituzione deputata a fronteggiare (unicamente) rischi economici¹²⁷. Non solo. Andrebbe sempre vagliata l'esistenza di una correlazione tra la falsa rappresentazione economica e l'esercizio della vigilanza mirata, nel senso che dovrebbe riconoscersi la punibilità solo ove le condotte fraudolente siano tali da aver celato una situazione economica dell'impresa che, se correttamente esposta, avrebbe imposto l'adozione di adeguate misure di vigilanza, influenzando cioè la valutazione che l'Autorità di settore avrebbe assunto per salvaguardare il bene finale. La funzione penalmente tutela andrebbe cioè intesa, secondo questa ricostruzione, non come semplice potere conoscitivo come potere di adottare contromisure¹²⁸, risultando punibile soltanto l'effettivo contrasto di un'azione intrapresa dall'Autorità¹²⁹.

Le due ipotesi criminose previste dai primi due commi dell'art. 2638 c.c. dovrebbero allora di conseguenza considerarsi entrambe di pericolo. La prima incriminerebbe il pericolo di un evento pericoloso: la condotta dovrebbe essere soggettivamente finalizzata (e dunque concretamente idonea) a porre in pericolo la funzione di vigilanza, il che porrebbe a sua volta in pericolo il bene finale. La seconda incriminerebbe la causazione di un evento pericoloso

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 esponano 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*».

¹²⁷ Si pensi alla Banca d'Italia che è per legge preposta alla garanzia della sana e prudente gestione delle banche nazionali, nell'ottica di una tutela della complessiva stabilità del sistema, con la conseguenza che le condotte tipiche ai sensi dell'art. 2638 c.c. altro non dovrebbero essere che quelle idonee a indurre in inganno circa l'adeguatezza patrimoniale e il coefficiente di solvibilità del singolo istituto bancario. Cfr. Cass. pen., sez. VI, 9 novembre 2010, n. 40164 in *Ced.* «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».

¹²⁸ La necessità di una sorta di giudizio controfattuale viene sostenuta, ancorché con riferimento all'abrogato art. 134 t.u.f., da ZANOTTI, MEYER, *Le false comunicazioni sociali di cui all'art. 134 t.u.f.*, in *Diritto penale della banca, del mercato mobiliare e finanziario*, coord. da Meyer, Stortoni, Torino, 2002, 187 ss.

¹²⁹ ROMANO, *Diritto delle società e sistema punitivo italiano nel contesto internazionale*, in AA.VV., *La società per azioni oggi. Tradizione, attualità e prospettive*, Milano, 2007, 290 ss.

(l'ostacolo effettivo alle funzioni di vigilanza, con conseguente pericolo per il bene finale). Va peraltro considerato che la tutela risulta ancor più anticipata se si considera che 'ostacolo' non equivale a 'impedimento', ma piuttosto ad intralcio, ancorché «non momentaneo» e «non irrilevante»¹³⁰.

Questa tesi - mossa da intenti di far riemergere una concreta idoneità offensiva nei confronti di interessi pre-dati - potrebbe tuttavia portare ad una interpretazione che va oltre il dato letterale, a cui si finisce per attribuire, con una torsione della legalità, un significato che non ha.

Da una interpretazione strettamente letterale, pare che quelli incriminati siano comportamenti disfunzionali, lesivi dell'interesse pubblicistico alla efficienza e funzionalità delle agenzie di controllo (tanto da giustificare la perseguibilità d'ufficio), nel solco di una propensione "statolatrica" alla repressione di infedeltà in danno della p.a.¹³¹: si avrebbe sì una anticipazione della tutela, ma attraverso una tecnica ben distante dall'impiego del pericolo astratto o presunto, e che si realizzerebbe piuttosto con la *creazione di nuovi oggetti di tutela* (rappresentati proprio dalle funzioni o istituzioni) e quindi con l'incriminazione di inosservanze o non conformità rispetto a una serie di prescrizioni (le "regole del gioco" appunto), per mezzo della formulazione di reati all'interno del cui fatto tipico potrebbe non residuare neppure l'ombra dagli interessi concreti dei singoli, che rimangono così relegati a mera *ratio legis*. Conseguentemente, vi è il rischio che «l'offensività degrad[i] ad impalpabile forma di intralcio istituzionale»¹³².

L'assenza di interessi privatistico-patrimoniali potrebbe dedursi dal fatto che la portata della fattispecie non è limitata alle sole autorità finanziarie: sotto l'etichetta di Autorità pubblica di vigilanza possono ricadere soggetti quali il Garante delle privacy, nonché le commissioni di vigilanza sulle società calcistiche professionistiche¹³³ e, in generale, qualsiasi altro ente di diritto pubblico

¹³⁰ ALESSANDRI, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza*, cit., 260; TRIPODI, *L'ostacolo alle funzioni di vigilanza della Consob*, in SGUBBI, FONDAROLI, TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario*, Padova, 2013, 205.

¹³¹ PADOVANI, STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, 2006, 43 ss.

¹³² NISCO, *L'ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza*, cit., 273.

¹³³ «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 Calcio Calcio (FIGC), posto che a questa è riconosciuta la titolarità di un potere ispettivo e di controllo di rilevanza pubblicistica attinente alla regolarità della gestione delle società professionistiche di calcio» (Cass. pen., sez. V, 31 ottobre 2014, n. 10108, in *Cass. pen.*, 2015, 3740).

investito di funzioni di controllo¹³⁴.

Dall'assenza di interessi privatistico-patrimoniali dall'area della tutela conseguirebbe che le false informazioni rese all'*Authority* non devono essere idonee a riverberarsi negativamente sugli interesse finali. Le condotte tipiche devono soltanto essere idonee a ostacolare (co. 1) o devono aver ostacolato le funzioni pubbliche di controllo (co. 2).

Nondimeno un recupero di un substrato offensivo non pare del tutto irrinunciabile: si può infatti qui cogliere l'intento di far fronte al problema della tutela del flusso informativo, che «appare particolarmente urgente nell'attuale congiuntura internazionale di esplosione finanziaria, nella quale si assiste a un incremento esponenziale del rischio di comunicazioni false o incomplete alle autorità di vigilanza da parte di operatori economici che cercano di occultare le proprie criticità (ovviamente per evitare provvedimenti pregiudizievoli), a discapito dell'interesse collettivo al corretto funzionamento del mercato e alla tutela del risparmio»¹³⁵.

¹³⁴ ZANOTTI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 197.

¹³⁵ CORNACCHIA, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità di vigilanza*, cit., 73.