

Cassazione penale

direttore scientifico **Domenico Carcano**
condirettore **Mario D'Andria**
LVI - settembre 2016, n° 09

09

20
16

| **estratto**

OSTACOLO ALL'ESERCIZIO DELLE
FUNZIONI DELLE AUTORITÀ PUBBLICHE
DI VIGILANZA: PROBLEMATICHE IN
TEMA DI CONCORSO DI REATI

con nota di **Guido Stampanoni Bassi**

462 LA NATURA GIURIDICA DEI REATI PREVISTI

DAI COMMI 1 E 2 DELL'ART. 2638 C.C.

SEZ. V - UD. 12 NOVEMBRE 2015 (DEP. 22 FEBBRAIO 2016), N. 6884 - PRES. NAPPI - REL. GUARDIANO - P.M. MAZZOTTA (CONCL. CONF.)

SOCIETÀ E CONSORZI - Violazione degli obblighi incombenti agli amministratori - Ipotesi delittuose previste dai commi 1 e 2 dell'art. 2638 c.c. - Natura giuridica - Concorso formale - Configurabilità.

(C.C. ART. 2638; C.P. ART. 81)

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.

[Massima redazionale]

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO - MOTIVI DELLA DECISIONE - 1. Con sentenza pronunciata il 12.12.2014 la Corte di appello di Trento confermava la sentenza con cui il giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Trento, in data 10.12.2013, decidendo in sede di giudizio abbreviato, aveva condannato G.R., P.F. e A.C. alle pene ritenute di giustizia, in relazione al reato di cui all'art. 2638 c.c., comma 2, in quanto, nelle loro rispettive qualità di presidente del consiglio di amministrazione e legale rappresentante *pro-tempore*, di direttore e di vice direttore generale della società cooperativa "(Omissis)", omettevano sia 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)", sia di informare, in violazione di specifici obblighi di legge, tra gli altri, l'organo di revisione, in tal modo ostacolando 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 disporne il commissariamento solo nel settembre del 2010.

2. Avverso la sentenza della corte di appello, di cui chiedono l'annullamento, hanno proposto tempestivo ricorso per cassazione con un unico atto di impugnazione sorretto da motivi comuni tutti gli imputati, a mezzo dei loro difensori, avv. M.S. ed avv. L.P., del Foro di Trento, lamentando: 1) violazione di legge in relazione al reato di cui all'art. 2638 c.c., in quanto la corte territoriale ha desunto la responsabilità penale degli imputati esclusivamente sulla base del dato oggettivamente incontestabile della mancata annotazione della fidejussione nei conti d'ordine della società, senza estendere la propria indagine all'elemento soggettivo del reato, al fine di dimostrare, come sarebbe stato necessario, che la condotta omissiva sia stata sorretta dalla specifica volontà di ostacolare l'esercizio delle funzioni di vigilanza delle pubbliche autorità ad esse preposte; peraltro, evidenziano i ricorrenti, la corte territoriale, nel disattendere le doglianze difensive sul punto ha osservato che, in realtà, nel caso in esame, non ricorre l'ipotesi di reato di cui

all'art. 2638 c.c., comma 1, ma quella di cui al comma 2 della medesima norma, punita a titolo di dolo generico, fattispecie di cui, tuttavia, secondo i ricorrenti, difettano gli elementi costitutivi, in quanto, da un lato non sussiste un autonomo dovere di comunicazione avente ad oggetto l'attendibilità e la completezza delle singole poste dei bilanci, quale l'avvenuto rilascio di una fidejussione, nel caso, come quello in esame, in cui i bilanci societari sono stati sempre comunicati agli organi interni ed esterni di vigilanza, dovendosi, peraltro, ritenere che ogni violazione del dovere di comunicazione ricada nella previsione normativa di cui all'art. 2638 c.c., comma 1; dall'altro non può affermarsi che dalla omessa comunicazione di anche una sola delle suddette poste derivi il verificarsi dell'evento materiale di ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza, fattispecie caratterizzata da notevole indeterminatezza, in cui non può farsi rientrare l'omissione dell'annotazione di una singola posta di bilancio, omissione oltretutto facilmente superabile attraverso il semplice e doveroso esame da parte degli organi di vigilanza e di controllo della documentazione contrattuale di supporto della più rilevante tra le operazioni finanziarie poste in essere dalla società cooperativa; 2) violazione di legge in relazione al mancato rilievo della intervenuta estinzione per prescrizione del reato, in quanto, trattandosi di reato istantaneo con effetti eventualmente permanenti, essendo stata la fidejussione rilasciata il 28 ottobre del 2005, quindi nel corso dell'esercizio sociale del 2005, essa avrebbe dovuto essere iscritta nei conti d'ordine del bilancio chiuso al 30.6.2006, che rappresenta il *dies a quo* del relativo termine prescrizione, pari, nella sua massima estensione, a sette anni e sei mesi; 3) vizio di motivazione in ordine alla ritenuta responsabilità dell'A., che, essendo un mero dipendente della cooperativa, non può ritenersi titolare della posizione di garanzia di cui all'art. 2638 c.c., ovvero destinatario dei relativi obblighi; né la corte territoriale ha indicato in cosa sarebbe consistito il concreto contributo fornito dall'imputato ai soggetti qualificati nella commissione del reato proprio, non potendosi ritenere tale il ruolo, definito rilevante, svolto dal ricorrente nella gestione dell'operazione "acquisizione (*Omissis*)" all'interno della quale si colloca il rilascio della garanzia fidejussoria.

3. I ricorsi sono infondati e vanno, pertanto, rigettati.

4. Ed invero infondato appare innanzitutto il primo motivo di ricorso.

Al riguardo non appare revocabile in dubbio che l'art. 2638 c.c. ("Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza") appartenga al *genus*, individuato dalla dottrina penalistica, delle "norme miste cumulative", prevedendo, con particolare riferimento al contenuto del primo e del secondo comma, distinti fatti di reato, sanzionati con la stessa pena. In particolare, ai sensi dell'art. 2638 c.c., comma 1, «gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori di società o enti e gli altri soggetti sottoposti per legge alle autorità pubbliche di vigilanza, o tenuti ad obblighi nei loro confronti, i quali nelle comunicazioni alle predette autorità previste in base alla legge, al fine di ostacolare l'esercizio delle funzioni di vigilanza, espongono fatti materiali non rispondenti al vero, ancorché oggetto di valutazioni, sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria dei sottoposti alla vigilanza ovvero, allo stesso fine, occultano con altri mezzi fraudolenti, in tutto o in parte fatti che avrebbero dovuto comunicare, concernenti la situazione medesima, sono puniti con la reclusione da uno a quattro anni. La punibilità è estesa anche al caso in cui le informazioni riguardino beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi».

Il secondo comma della fattispecie incriminatrice, invece, statuisce che «sono puniti con la stessa pena gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori di società, o enti e gli altri soggetti sottoposti per legge alle autorità pubbliche di vigilanza o tenuti ad obblighi nei loro confronti, i quali, in qualsiasi forma, anche omettendo le comunicazioni dovute alle predette autorità, consapevolmente ne ostacolano le funzioni». La coincidenza dei soggetti attivi del reato (in entrambi i casi si tratta di reato proprio) non fa venir meno la differenza ontologica dei fatti punibili.

Ed invero, come è stato opportunamente affermato, l'incriminazione di cui all'art. 2638 c.c., comma 1, è incentrata su due condotte, dotate di pari offensività: l'esposizione di fatti non rispondenti al vero e l'occultamento (anche parziale), con altri mezzi fraudolenti, di fatti la cui comunicazione sia imposta da una fonte normativa, non esclusivamente identificabile nella legge, ma che in quest'ultima trovi la sua legittimità.

L'ipotesi presa in considerazione dall'art. 2638 c.c., comma 2, invece, richiede, per la sua consumazione, che si sia realizzato un effettivo ostacolo alle funzioni di vigilanza, configurandosi come un reato di danno, laddove l'ipotesi di cui al citato primo comma si presenta come un reato di pericolo concreto, in cui, come è stato osservato dalla migliore dottrina penalistica, «l'ostacolo alle funzioni di vigilanza è solo l'oggetto sperato del dolo specifico», secondo un modello di tutela anticipata del bene giuridico protetto, focalizzato sulla natura fraudolenta delle condotte finalizzate ad ostacolare le funzioni di vigilanza mediante false informazioni.

Il delitto di cui all'art. 2638 c.c., comma 1, è, dunque, un reato di mera condotta, integrato sia dalla mera omessa comunicazione di informazioni dovute (cfr. Cass., Sez. V, 7 dicembre 2012, n. 49362, rv. 254065), sia dal ricorso a mezzi fraudolenti volti ad occultare all'organo di vigilanza l'esistenza di fatti rilevanti per la situazione economica, patrimoniale finanziaria della società (cfr. Cass., Sez. VI, 9 novembre 2010, n. 40164, rv. 248821), che si consuma nel momento in cui viene posta in essere una delle condotte alternative previste dalla menzionata disposizione normativa, finalizzata a celare la effettiva realtà economica, patrimoniale o finanziaria dei soggetti sottoposti al controllo delle autorità pubbliche di vigilanza (cfr. Cass., Sez. V, 4 luglio 2013, n. 51897, rv. 258033; Cass., Sez. V, 21 maggio 2014, n. 26596, rv. 262637). Il delitto previsto dall'art. 2638 c.c., comma 2, invece, è un delitto 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 quella consistente nella omissione delle comunicazioni dovute alle predette autorità (cfr. Cass., Sez. V, 7 dicembre 2012, n. 49362, rv. 254065), conformemente alle prescrizioni sulla incriminazione anche dei comportamenti omissivi contenute nell'art. 11, lett. b), della legge delega per la riforma del diritto societario, in base alla quale è stato emanato il d.lg. 11 aprile 2002, n. 61, che, nel rimodulare la disciplina dei reati societari, ha modificato, tra gli altri, anche l'art. 2638 c.c.

Atteggiandosi nei diversi modi innanzi indicati la condotta illecita prevista dall'art. 2638 c.c., commi 1 e 2, che, lo si ripete, configura due differenti ed autonome ipotesi di reato, non può revocarsi in dubbio che quando essa si concretizzi, come nel caso in esame, nella omessa comunicazione alle autorità di vigilanza di informazioni dovute, sia configurabile un concorso formale di reati c.d. eterogeneo, caratterizzato, cioè, dalla contemporanea violazione di diverse disposizioni di legge con una sola omissione, conformemente alla previsione dell'art. 81 c.p., comma 1. Ne consegue che la censura dei ricorrenti, volta a far valere un difetto di motivazione della sentenza impugnata con riferimento al dolo specifico richiesto per l'integrazione dell'ipotesi di reato di cui all'art. 2638 c.c., comma 1, cui si pretende di ricondurre la condotta degli imputati, non coglie nel segno, perché la suddetta condotta, ricostruita dai giudici di merito, come si è detto in termini omissivi, è idonea ad integrare anche la (diversa) ipotesi di reato di cui all'art. 2638 c.c., comma 2, per la quale è sufficiente il dolo generico.

Sul punto la motivazione della corte territoriale appare approfondita ed immune da vizi logici e di diritto. Il giudice di appello, infatti, secondo un percorso motivazionale del tutto condivisibile, nel ricondurre la condotta dei prevenuti al paradigma normativo di cui all'art. 2638 c.c., ha innanzitutto evidenziato come, ai sensi della legge regionale n. 5 del 9.7.2008, «gli organi della cooperativa in questione erano tenuti alla comunicazione dei bilanci alla Federazione Trentina della cooperazione, quale società di revisione, anche al fine di consentire un controllo mediato da parte della Provincia (tanto che la proposta di commissariamento avanzata dagli Uffici Provinciali proveniva proprio dalla Divisione Vigilanza della suddetta Federazione)», per cui non è «fondatamente sostenibile che la mancata appostazione della fidejussione nei conti d'ordine della società sia penalmente irrilevante».

Si è, dunque, verificato, come correttamente rilevato dal giudice di appello, attraverso la suddetta mancata appostazione, un concreto e rilevante ostacolo alle funzioni di controllo e di revisione, quindi di vigilanza, che la menzionata legge regionale attribuisce alla Provincia (anche per il tramite dell'associazione di rappresentanza del movimento cooperativo, come previsto dalla L.R. n. 5 del 2008, art. 21), che, infatti, «ha provveduto al commissariamento della Cantina (*Omissis*) con notevolissimo ritardo (Delib. 1965 del 1.9.2010)» (cfr. p. 8 della sentenza oggetto di ricorso).

La corte territoriale, infine, si è soffermata specificamente anche sul profilo dell'elemento soggettivo del reato, evidenziando come la prova del dolo generico si desuma dalle modalità della condotta (gli imputati hanno occultato ai soci, ai terzi ed alle stesse strutture amministrative della società «gli aspetti

maggiormente pregiudizievoli dell'acquisizione»); dalle qualifiche soggettive rivestite dagli imputati e dall'importo ingentissimo dell'obbligazione assunta dalla società (tutte circostanze che escludono un comportamento meramente colposo), in ciò conformandosi al costante insegnamento del supremo Collegio, secondo cui la prova della volontà di commissione del reato è prevalentemente affidata, in mancanza di confessione, alla ricerca delle concrete circostanze che abbiano connotato l'azione e delle quali deve essere verificata la oggettiva idoneità a cagionare l'evento in base ad elementi di sicuro valore sintomatico, valutati sia singolarmente sia nella loro coordinazione (cfr., *ex plurimis*, Cass., Sez. VI, 6 aprile 2011, n. 16465, rv. 250007).

5. Infondato appare anche il secondo motivo di ricorso. 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 antigiuridica, 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 antigiuridico per un apprezzabile lasso di tempo, dipende dalla volontà dell'autore del reato (cfr., in tal senso, da ultima, Cass., Sez. V, 3 febbraio 2015, n. 28157, rv. 264915). Applicando tali principi al caso in esame è, dunque, possibile affermare che la consumazione del reato di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza, realizzato, secondo la previsione tipica dell'art. 2638 c.c., comma 2, omettendo le comunicazioni dovute alle suddette autorità, si protrae per tutto il tempo in cui le comunicazioni, pur potendo ancora essere utilmente effettuate, continuano ad essere omesse, costituendo, per l'appunto, significativo indice rivelatore della permanenza la sistematica pluralità di omissioni di identico contenuto poste in essere dal soggetto agente, che trovano la loro ragione giustificatrice nel fattore unificante dell'ostacolo alle funzioni di vigilanza, conformemente ai tratti salienti del reato eventualmente permanente, come elaborati dalla giurisprudenza di legittimità (cfr., oltre alla già citata Cass., Sez. V, 3 febbraio 2015, n. 28157, rv. 264915; Cass., Sez. III, 25 giugno 2012, n. 37415, rv. 253359; Cass., Sez. III 10 giugno 2014, n. 30910, rv. 260011; Cass., Sez. VI, 25 settembre 2014, n. 49226, rv. 261355).

Ne consegue che il termine di prescrizione del reato per cui si procede (pari nella sua estensione massima a sette anni e sei mesi) 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 cooperativa ne vennero a conoscenza.

6. Manifestamente infondato, infine, deve ritenersi l'ultimo motivo di ricorso, che, peraltro, appare anche meramente ripetitivo delle doglianze prospettate con l'atto di appello, disattese dalla corte territoriale, con motivazione approfondita ed immune da vizi, con la quale il ricorrente non si confronta, limitandosi a proporre una nuova ricostruzione e valutazione dei fatti, senza individuare vizi di logicità tali da evidenziare la sussistenza di ragionevoli dubbi, ricostruzione e valutazione, in quanto tali, precluse in sede di giudizio di cassazione (cfr., *ex plurimis*, Cass., Sez. V, 22 gennaio 2013, n. 23005, rv. 255502).

Come rilevato, infatti, dalla corte territoriale, alle luce di una puntuale valutazione delle risultanze processuali, l'A., lungi dall'essere un semplice impiegato d'ordine della «Cantina (*Omissis*)... aveva rivestito una posizione primaria nella trattativa e nell'intera operazione dell'acquisizione di (*Omissis*)», venendo indicato dal teste G. (la cui attendibilità non ha fornito oggetto di contestazione da parte del ricorrente) «come un soggetto, altamente qualificato, che si era occupato dell'operazione in esame, della redazione dei bilanci e delle scritture della cooperativa Cantina LA.VIS» e «come la persona che manteneva i rapporti con la Divisione Vigilanza della Federazione delle cooperative».

Lo stesso imputato del resto, come sottolinea opportunamente la corte territoriale al fine di dimostrare la sussistenza dell'elemento soggettivo del reato in capo all'A., ha ammesso di essere stato a conoscenza della fidejussione prestata, «pur non riuscendo a spiegarsi la mancata indicazione a bilancio della stessa».

Né va taciuto che il ricorrente, quanto meno a far data dal 2008, come rileva la corte di appello, «rivestiva la posizione di vice direttore generale della cooperativa» (cfr. p. 10-12). Se ne deduce, pertanto, che, in considerazione del ruolo dirigenziale e non meramente esecutivo in concreto svolto dall'A. all'interno della cooperativa ed anche della posizione formale dallo stesso assunta a partire dal 2008 (tenuto conto, sotto tale ultimo profilo del carattere permanente della condotta illecita in esame), l'imputato rientra nel novero dei soggetti destinatari del precetto penale, quanto meno nella sua qualità di vice-direttore generale (figura equiparabile a quella di direttore generale, per la sua posizione apicale, che lo distingue dagli altri dirigenti) ovvero di dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, che ha violato concorrendo con gli altri imputati ad omettere le dovute comunicazioni.

7. Sulla base delle svolte considerazioni i ricorsi di cui in premessa vanno, dunque, rigettati, con condanna di ciascun ricorrente, ai sensi dell'art. 616 c.p.p., al pagamento delle spese del procedimento.

OSTACOLO ALL'ESERCIZIO DELLE FUNZIONI DELLE AUTORITÀ PUBBLICHE DI VIGILANZA: PROBLEMATICHE IN TEMA DI CONCORSO DI REATI

Obstruction to the Functions of the Public Supervisory Authorities: Problems About the Concurrence of Crimes

Prendendo spunto da una recente pronuncia della Corte di cassazione, l'Autore si sofferma sui reati di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità di vigilanza di cui all'art. 2238 c.c. analizzando, in particolare, le problematiche inerenti al concorso di reati tra comma 1 e comma 2.

Inspired by a recent judgment, the Author focuses on the crime of obstruction to the functions of the public supervisory authorities provided by Article 2238 of the civil code, by analyzing problems related to the concurrence of crimes between paragraphs 1 and 2.

di **Guido Stampanoni Bassi**

Avvocato

Sommario 1. Vicenda processuale e decisione della Corte. — 2. Le fattispecie di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza. — 3. Ostacolo alle funzioni di vigilanza mediante occultamento. — 4. In ordine al rapporto tra le ipotesi di cui al comma 1 e al comma 2 dell'art. 2638 c.c.

1. VICENDA PROCESSUALE E DECISIONE DELLA CORTE

La sentenza in esame offre lo spunto per affrontare più da vicino la fattispecie di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza prevista dall'art. 2638 c.c.

In breve la vicenda processuale. Gli imputati venivano condannati, sia in primo grado sia in appello, per il delitto di cui all'art. 2638, comma 2, c.c. in quanto, nelle rispettive cariche di presidente del consiglio di amministrazione, direttore e vice-direttore generale di una società cooperativa, omettevano sia di indicare nei bilanci societari una fideiussione di oltre 12 milioni

di euro rilasciata, nel 2005, nell'interesse di una controllata, sia di informare l'organo di revisione.

Proponevano ricorso per cassazione gli imputati deducendo, tra gli altri motivi, violazione di legge in relazione all'art. 2638 c.c., avendo la corte d'appello ritenuto applicabile l'ipotesi di cui al comma 2 esclusivamente sulla base della mancata annotazione della fideiussione.

Veniva dedotta, inoltre, violazione di legge in relazione al mancato rilievo dell'intervenuta prescrizione del reato dal momento che, trattandosi di reato istantaneo con effetti eventualmente permanenti, ed essendo la fideiussione stata rilasciata nel 2005, il 30 giugno 2006 (data in cui avrebbe dovuto essere iscritta nei conti d'ordine del bilancio) rappresenterebbe il *dies a quo* del relativo termine prescrizionale.

Anticipando le conclusioni, con la pronuncia in oggetto la Corte ha preso posizione in ordine al rapporto tra ipotesi di cui al comma 1 e al comma 2 dell'art. 2638 c.c. giungendo ad esiti inediti e poco condivisibili: in particolare, prendendo le mosse dalla diversità strutturale tra le due fattispecie, i giudici hanno sostenuto la possibilità di individuare un concorso formale eterogeneo di reati nel caso di omessa comunicazioni di informazioni previste *ex lege*.

2. LE FATTISPECIE DI OSTACOLO ALL'ESERCIZIO DELLE FUNZIONI DELLE AUTORITÀ PUBBLICHE DI VIGILANZA

Al fine di un corretto inquadramento dei temi affrontati dalla decisione in commento, appare opportuna una premessa introduttiva circa la genesi e la struttura delle fattispecie di reato di cui si discute.

Posta a presidio del regolare svolgimento della funzione amministrativa di vigilanza tipica delle autorità pubbliche, l'art. 2638 c.c. è inquadrabile nella categoria dogmatica delle c.d. "fattispecie a più norme" ⁽¹⁾: due i delitti previsti dalla disposizione in esame, che si caratterizzano per avere i medesimi soggetti attivi – sono entrambi reati propri – ed il medesimo trattamento sanzionatorio.

Il testo, nella sua attuale formulazione, è frutto dell'intervento del legislatore del 2002 che, con il d.lg. 11 aprile 2002, n. 61 ⁽²⁾, ha messo mano alla riforma dei reati societari unificando le diverse norme sino a quel momento poste a tutela dell'attività degli organi di vigilanza in un'unica figura criminosa, di portata generale, collocata nel capo IV del titolo IX del codice civile ⁽³⁾.

L'introduzione della nuova fattispecie ha conseguentemente portato alla abrogazione degli antecedenti normativi posti nell'ambito della disciplina settoriale di cui al testo unico bancario

⁽¹⁾ Sul punto si rinvia, nella manualistica, a F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Cedam, 2015, p. 464 che le definisce «disposizioni che contengono tante norme incriminatrici quante sono le fattispecie ivi previste, la violazione di ognuna delle quali dà perciò luogo ad altrettanti reati», in contrapposizione alle "norme a più fattispecie", che sono costituite da un'unica norma incriminatrice e sono applicabili una sola volta in caso di realizzazione sia di una soltanto, sia di tutte le fattispecie ivi previste, trattandosi di semplici modalità di previsione di un unico tipo di reato.

⁽²⁾ "Disciplina degli illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali, a norma dell'articolo 11 della legge 3 ottobre 2001, n. 366" pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 88 del 15 aprile 2002.

⁽³⁾ R. ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, Giuffrè, 2008, p. 194 il quale evidenzia come tale scelta ha avuto il merito di eliminare le numerose discrasie, le lacune di tutela e alcuni eccessi sanzionatori che la legislazione precedente aveva determinato sebbene, negli anni successivi, siano state introdotte nuove figure concernenti l'ostacolo alle funzioni di vigilanza della Consob (art. 170-bis d.lg. n. 58/1998 introdotto nel 2005) e dell'Isvap (introdotta dal codice per le assicurazioni private di cui al d.lg. n. 209/2005).

(art. 134 del d.lg. n. 385 del 1993) e al testo unico sull'intermediazione finanziaria (artt. 171 e 174 comma 2 del d.lg. n. 58 del 1998) ⁽⁴⁾.

Non si è mancato di far luce, in dottrina, sulla dubbia collocazione di tale fattispecie all'interno del codice civile tra le disposizioni penali in materia societaria, oltre che sul relativo trattamento sanzionatorio: da uno a quattro anni per entrambi i reati sebbene il primo si caratterizzi per l'anticipazione della soglia di punibilità tipica dei reati di pericolo mentre il secondo richiede la verifica di un danno ⁽⁵⁾.

Venendo ora alla configurazione delle due norme incriminatrici previste dall'art. 2638 c.c., quella di cui al comma 1 punisce il delitto di false informazioni alle autorità di vigilanza.

Modulata secondo lo schema tipico delle false comunicazioni sociali di cui agli artt. 2621 e 2622 c.c., tale disposizione prevede, a sua volta, due diverse modalità di realizzazione: l'esposizione di fatti materiali non rispondenti al vero e l'occultamento, con altri mezzi fraudolenti, di fatti che avrebbero dovuto essere comunicati.

In entrambi i casi si è in presenza di una fattispecie di pericolo concreto caratterizzata dal dolo specifico rappresentato dal fine di ostacolare l'esercizio delle funzioni di vigilanza.

Nel comma 2 si sanzionano, invece, le condotte di vero e proprio ostacolo alle funzioni di vigilanza, con tale espressione intendendosi non solo quelle puramente omissive (che rientrano in tale ipotesi per espressa scelta del Legislatore) ma quelle che, in qualsiasi forma, siano tali da ostacolare il controllo esercitato dalle autorità di vigilanza.

A titolo esemplificativo, rientreranno in tale ipotesi condotte ostruzionistiche, ingiustamente oppostive o di mancata collaborazione ⁽⁶⁾ a condizione che, in ossequio al principio di necessaria offensività, non si tratti di ostacoli momentanei o irrilevanti rispetto all'attività di vigilanza.

Non si è mancato di sottolineare in dottrina il notevole deficit di tassatività di tale norma, tutta incentrata su un concetto – qual è quello di ostacolo ⁽⁷⁾ – dagli incerti confini, la cui labilità è resa ancor più sfuggente dal fatto che sia stata concepita come reato a forma libera ⁽⁸⁾.

3. OSTACOLO ALLE FUNZIONI DI VIGILANZA MEDIANTE OCCULTAMENTO

Così sommariamente riepilogate le due distinte ipotesi di reato contemplate dall'art. 2638 c.c. – avvicinandoci al tema su cui si è pronunciata la Corte – occorre notare come dottrina e giurisprudenza si siano interrogate negli anni in merito alla possibilità di rispondere di tale delitto in forma omissiva.

Prevedendo tale ultima disposizione più norme incriminatrici, occorre esser chiari. Il problema di una eventuale configurabilità in forma omissiva non si pone evidentemente con riferimento all'ipotesi di cui al comma 2, trattandosi di reato a forma libera che punisce i

⁽⁴⁾ Per una ricostruzione della genesi della norma si rinvia a A. FUX, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza: nel pantheon delle autorità entra anche la F.i.g.c.*, in questa rivista, 2015, 10, p. 3744.

⁽⁵⁾ Sul punto v., tra i tanti, R. ZANNOTTI, *Il nuovo diritto*, cit., p. 199.

⁽⁶⁾ G.i.p. Trib. Milano, 10 luglio 2012, in *Diritto penale contemporaneo*.

⁽⁷⁾ La giurisprudenza tende ormai ad assimilarlo ad un «mezzo, o a un motivo, opposto allo svolgimento di un'azione o all'esplicazione di una facoltà, valido a ridurne notevolmente l'effetto o la portata, ovvero anche a ritardarne il compimento, senza per questo dover risultare insuperabile o definitivo», Sez. V, 7 dicembre 2012, n. 49832.

⁽⁸⁾ R. ZANNOTTI, *Il nuovo diritto*, cit., p. 209.

soggetti che, in qualsiasi forma, «anche omettendo le comunicazioni dovute», consapevolmente ostacolano le funzioni delle autorità di vigilanza.

E il problema nemmeno si pone con riferimento alla prima delle modalità descritte dall'art. 2638, comma 1, c.c., la quale richiede che l'ostacolo avvenga mediante «esposizione di fatti materiali non rispondenti al vero», così escludendo ipotesi meramente omissive dall'area del penalmente rilevante.

È dunque possibile ridurre l'ambito d'indagine e circoscrivere il problema alla configurabilità in forma omissiva dell'ostacolo alle funzioni di vigilanza mediante l'occultamento descritto dalla seconda parte dell'art. 2638, comma 1, c.c. («... ovvero, allo stesso fine, occultano con altri mezzi fraudolenti, in tutto o in parte, fatti che avrebbero dovuto comunicare, concernenti la situazione medesima ...»).

Ciò detto, la pronuncia in esame aderisce ad un orientamento, invero decisamente minoritario, secondo cui l'ipotesi di cui al primo comma dell'art. 2638 c.c. sarebbe configurabile anche in forma omissiva.

Si legge, infatti, nella sentenza che «il delitto di cui all'art. 2638 c.c., comma 1, è un reato di mera condotta integrato sia dalla mera omessa comunicazione di informazioni dovute, sia dal ricorso a mezzi fraudolenti volti ad occultare all'organo di vigilanza l'esistenza di fatti rilevanti per la situazione economica, patrimoniale finanziaria della società».

La mera omessa comunicazione di informazioni, dunque, sarebbe tale da integrare la condotta di cui all'art. 2638, comma 1, c.c.

Tale ricostruzione, a parere di chi scrive, si pone in irrimediabile contrasto sia con la struttura dei reati così come tipizzati dal Legislatore, sia con le coordinate che la giurisprudenza e la dottrina hanno ripetutamente offerto sul punto. Né, dalla lettura del provvedimento, è dato riscontrare uno sforzo argomentativo tale da superare orientamenti ormai consolidati e pienamente condivisibili.

Diversamente da quanto sostenuto nella pronuncia in annotazione, infatti, tanto la dottrina quanto la giurisprudenza, nel descrivere le modalità di realizzazione della fattispecie di reato di cui al primo comma, hanno posto l'accento sull'ontologica diversità tra la nozione di "occultamento" e quella di "omissione", con la conseguente impossibilità che quest'ultima modalità possa rilevare ai sensi dell'art. 2238, comma 1, c.c. ⁽⁹⁾.

Laddove il Legislatore richiede l'occultamento ⁽¹⁰⁾ – e il discorso, come si vedrà, non è limitato alla fattispecie qui in analisi – non è concesso all'interprete leggersi "omissione".

Per definizione – si è sostenuto con regolarità in dottrina – il "celare" implica comunque il

⁽⁹⁾ Si tratta di opinione diffusamente sostenuta in dottrina: v. L. FOFANI, sub art. 2238 c.c., in *Commentario Breve alle leggi penali complementari*, a cura di Palazzo-Paliero, Cedam, 2003, p. 1912 nonché R. ZANNOTTI, *Il nuovo diritto*, cit., p. 208 il quale precisa come la formulazione delle norme faccia emergere «la volontà del Legislatore di considerare il nascondimento una sorta di omissione subdola e insidiosa, idonea a fuorviare l'attività di vigilanza»: pertanto, quella che a prima vista potrebbe apparire come una condotta attiva, è in realtà una condotta commissiva, in quanto il nascondimento comporta necessariamente una attività. Dello stesso avviso anche A. ALESSANDRI, sub art. 2638 c.c., in *Reati in materia economica*, a cura di Alessandri, Giappichelli, 2012, p. 201. Del tutto isolata l'opinione contraria, E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, p. 199, secondo cui la seconda condotta incriminata apparirebbe di natura omissiva.

⁽¹⁰⁾ Occultare [dal lat. *occulère* "nascondere" da *ob colère* "velare" affine a "celare"], secondo il Devoto-Oli «sottrarre alla vista o anche alla considerazione o intuizione altrui, per lo più nel quadro di una manovra difensiva o fraudolenta».

compimento di un'azione positiva, non potendosi riconoscere l'illecito nella mera omissione della comunicazione da parte dell'obbligato ⁽¹¹⁾.

Per di più, la circostanza che la norma richieda che l'occultamento avvenga "con altri mezzi fraudolenti" – sulla falsariga di quanto avviene per l'art. 2625 c.c. – è stata letta, in maniera pressoché unanime in dottrina, nel senso che deve essere richiesto un *quid pluris* rispetto al mero silenzio ⁽¹²⁾, potendosi tutt'al più parlare di condotta mista, attiva quanto alla comunicazione e all'impiego di mezzi fraudolenti e omissiva rispetto a ciò che si sarebbe dovuto comunicare ⁽¹³⁾.

Come osservato da autorevolissima dottrina, è proprio la natura fraudolenta della comunicazione che, nel richiedere che ciò avvenga «con modalità tali da poter sviare l'indagine o la verifica dell'autorità e quindi ostacolare, per questa via, la funzione di vigilanza, insidiosamente portata a sottovalutare o a non cogliere segnali di rischio o di non conformità, per effetto di una *mise en scène* artificiosa» ⁽¹⁴⁾, impedirà di farvi rientrare il mero silenzio.

Nonostante la costruzione della disposizione sembri evocare una condotta omissiva, dunque, la stessa sembra doversi inequivocabilmente caratterizzare per l'esistenza di un comportamento attivo, caratterizzato, sotto il profilo modale, dal ricorso a mezzi fraudolenti utili a raggiungere l'obiettivo di occultamento di fatti che avrebbero dovuto essere comunicati ⁽¹⁵⁾.

Quella descritta dalla seconda parte del comma 1, dunque, altro non è che un'ipotesi tipicamente commissiva, non potendo l'occultamento esaurirsi in una mera omissione, la quale rileva semmai nel contesto della diversa ipotesi di cui al comma 2 ⁽¹⁶⁾.

Prendendo spunto da tale conclusione – su cui pare non possano residuare dubbi – ci si può allora interrogare sulla reale funzione selettiva (se non a fini meramente esemplificativi) svolta dal riferimento ad una condotta – qual è quella di "occultamento" – posto all'interno di una norma che già sanziona, nella prima parte, l'ostacolo mediante "esposizione di fatti non rispondenti al vero".

In altri termini, se l'occultamento altro non è che una specificazione dell'esposizione di fatti difformi, quale potrà essere lo spazio per autonome condotte di occultamento che non siano già

⁽¹¹⁾ L. FOFFANI, sub art. 2238 c.c., cit., p. 1912.

⁽¹²⁾ Di questo avviso G. LUNGHINI, sub art. 2638 c.c., in *Codice penale commentato* a cura di Marinucci-Dolcini, Giuffrè, 2011 nonché S. SEMINARA, *Riforma del diritto penale societario: attuata la legge delega*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 6, p. 671, secondo il quale la specificazione, nel primo comma, secondo cui l'occultamento debba avvenire con altri mezzi fraudolenti priva di rilievo la mera omissione assistita dal dolo specifico, che quindi trasforma nella previsione successiva.

⁽¹³⁾ L.D. CERQUA, sub art. 2638 c.c., in *Commentario al c.c.*, a cura di Bonfanti, Corapi, Marziali, Rordorf, Salafia, Cedam, 2007, p. 2146 nonché C. SANTORIELLO, *Il nuovo diritto penale delle società*, Utet, 2003, p. 353 il quale evidenzia correttamente che «la predetta previsione pare assolutamente idonea ad escludere che il delitto possa realizzarsi in caso di mancanza *tout court* della comunicazione obbligatoria: in questo caso, infatti, è assente completamente il connotato della fraudolenza e la violazione dell'obbligo è talmente palese da escludere ogni profilo di insidiosità, sì da non potersi parlare di falso in comunicazione, anche se sarà possibile sussumere la condotta omissiva sotto la fattispecie di cui al comma 2° dell'articolo».

⁽¹⁴⁾ A. ALESSANDRI, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità di pubblica vigilanza*, in *Il nuovo diritto penale delle società*, Ipsos, 2002, p. 259.

⁽¹⁵⁾ L. 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, p. 3; nonché L. FOFFANI, cit., il quale evidenzia come il riferimento esplicito all'uso di mezzi fraudolenti rappresenti proprio l'elemento di novità rispetto alla descrizione della condotta di nascondimento del precedente art. 171 comma 1 TUF.

⁽¹⁶⁾ E. MONTANI, in *Reati in materia economica*, a cura di A. Alessandri, Giappichelli, 2012, p. 197, il quale parla di «momento omissivo di una condotta attiva».

anche condotte di esposizione? Potranno esservi condotte di nascondimento, diverse dalla mera omissione, che non siano già sussumibili all'interno della condotta di esposizione di cui alla prima parte dell'art. 2638, comma 1, c.c.?

La risposta, a parere di chi scrive, non può che essere negativa, apparendo possibile inquadrare il riferimento alla condotta di occultamento tra quei prodotti normativi privi di effettiva utilità normativa, «la cui presenza, tuttavia, per ragioni di utilità linguistica o di altro genere, non è affatto un'assurdità, ma un'ipotesi logicamente ammissibile e storicamente ragionevole»⁽¹⁷⁾.

A sostegno di quanto sinora detto, può essere richiamata anche un'interpretazione letterale, oltre che sistematica, delle due disposizioni in esame, il cui diverso ambito applicativo si giustifica alla luce della diversa forma di tutela apprestata al bene giuridico tutelato.

Quella di cui al primo comma si caratterizza, infatti, per l'anticipazione della tutela al bene giuridico tutelato – tipica dei reati di pericolo – proprio in considerazione della particolare insidiosità delle condotte tipiche (falsità ed occultamento). Al contrario, quella di cui al secondo comma, essendo limitata a condotte caratterizzate da una minor lesività, non ha spinto il legislatore a concepirla quale reato di pericolo, richiedendo la verifica di un danno.

Non può allora che derivarne un ridimensionamento, per via interpretativa, della formula “in qualsiasi forma” di cui al comma 2: sebbene in tale formula ben potrebbero rientrare anche le condotte di falso o occultamento, tuttavia, l'unica interpretazione sostenibile è quella secondo cui tale locuzione ricomprenda solo ed esclusivamente le condotte diverse rispetto a quelle di cui al comma 1.

Sulla stessa lunghezza d'onda si colloca la giurisprudenza, la quale ha avuto modo di chiarire, in più di un'occasione, come la condotta di occultamento abbia natura tipicamente commissiva, presupponendo l'esistenza di una relazione di tipo comunicativo.

Non lasciano dubbi i precedenti giurisprudenziali sul punto.

Si veda, anzitutto, Sez. VI, 13 gennaio 2006, n. 17290 secondo cui «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. E l'obbligo giuridico del soggetto alla vigilanza di comunicarli risulta determinato sotto il profilo oggettivo dalla natura stessa del dato, tipicamente definita in relazione alla funzione di vigilanza informativa cui la comunicazione di esso è coordinata».

Ancora, si veda Sez. VI, 9 novembre 2010, n. 40164⁽¹⁸⁾ secondo cui «in base al tenore testuale della norma indicata, la comunicazione nascosta deve essere rilevante per la situazione economica, patrimoniale o finanziaria dell'ente sottoposto a vigilanza. Essa inoltre deve essere pertinente all'interpello dell'ente di vigilanza in qualunque forma esso sia fatto, di domanda o di contestazione. L'occultamento penalmente sanzionato deve infine essere corredato da mezzi fraudolenti, non potendo consistere in un semplice silenzio».

Si aggiunga, inoltre, che l'unico precedente giurisprudenziale richiamato a sostegno della

⁽¹⁷⁾ D. PULITANO, *Illiceità espressa ed illiceità speciale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1967, p. 84.

⁽¹⁸⁾ *L'elemento materiale del reato di ostacolo alle funzioni di vigilanza*, in *questa rivista*, 2011, 7-8, p. 2769.

configurabilità in forma omissiva dell'ipotesi di cui all'art. 2638, comma 1, c.c. ⁽¹⁹⁾ dice in realtà tutt'altro. Lungi dall'affermare il principio di diritto invocato dal collegio, la citata decisione sembra semmai avvalorare l'orientamento opposto laddove ricorda come la giurisprudenza richiede ormai, per quanto riguarda l'ipotesi di cui al comma 1, la «necessità che sussista il ricorso ai mezzi fraudolenti, negando rilevanza penale al silenzio»; e che, con riferimento all'ipotesi di cui al comma 2, «la condotta vietata appaia assai meno circoscritta e identificata [rispetto al comma 1] soltanto attraverso il nesso eziologico con l'impedimento alle funzioni di vigilanza ("in qualsiasi forma"), includendovi ogni ipotesi anche di carattere omissivo».

Alla luce di un siffatto panorama dottrinale e giurisprudenziale, si ritiene che la conclusione cui giunge il collegio – che dalla premessa della realizzabilità in forma omissiva del reato di cui all'art. 2638, comma 1, c.c. fa derivare la realizzazione di un concorso formale eterogeneo di reati – avrebbe senz'altro meritato maggior sforzo argomentativo.

Come sopra anticipato, il problema della distinzione tra omissione ed occultamento è noto all'interprete ed è stato approfondito con riferimento a molteplici norme incriminatrici.

Si pensi anzitutto al dibattito dottrinale sorto intorno all'originaria formulazione dell'art. 2621 c.c. e al suo richiamo alla condotta di "nascondimento", con riferimento alla quale si è osservato che se il legislatore avesse voluto incriminare la mera inazione avrebbe potuto utilizzare formule diverse quali, ad esempio, «omettono di comunicare ...» ⁽²⁰⁾.

La dottrina in questo caso aveva concluso con il negare il carattere omissivo di tale condotta evidenziando proprio come la fattispecie sanzionasse non chi semplicemente taceva, bensì chi non diceva tutto quello che doveva dire, lasciando così credere ai destinatari della comunicazione l'inesistenza di quanto non era stato riferito ⁽²¹⁾.

Di analogo interesse – sempre nel medesimo titolo del codice civile – appare anche la fattispecie di impedito controllo di cui all'art. 2625 c.c., la quale sanziona gli amministratori che, occultando documenti o con altri idonei artifici, impediscono o comunque ostacolano lo svolgimento delle attività di controllo legalmente attribuite a soci o altri organi sociali ⁽²²⁾.

Proprio in merito alle modalità attraverso cui può realizzarsi tale fattispecie, si è recentemente chiarito in giurisprudenza che «si tratta di condotta necessariamente attiva (con la irrilevanza, quindi, di mere omissioni) dal momento che l'artificio presuppone l'impiego di particolari espedienti volti a trarre in inganno» ⁽²³⁾.

O ancora, si pensi alla giurisprudenza formatasi in materia tributaria con riferimento alla fattispecie di occultamento di scritture contabili di cui all'art. 10 d.lg. n. 74/2000, ove si è evidenziato come la condotta di occultamento non possa che avere natura commissiva distinguendosi, pertanto, dalla mera omissione ⁽²⁴⁾.

Anche in altri settori dell'ordinamento penale, dunque, dottrina e giurisprudenza si sono premurate di distinguere ciò che è occultamento da ciò che è mera omissione.

⁽¹⁹⁾ Sez. V, 7 dicembre 2012, n. 49362 in questa rivista, 2013, 11, con osservazioni di L. PAOLONI.

⁽²⁰⁾ A. PERINI, *Il delitto di false comunicazioni sociali*, Cedam, 1999, p. 451.

⁽²¹⁾ C. PEDRAZZI, *Un concetto controverso: le false comunicazioni sociali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1977, p. 1565.

⁽²²⁾ Non sfuggirà all'interprete l'analogia tra questa norma e quella di cui all'art. 2638 c.c.: entrambe prevedono al primo comma una figura strutturata nella forma del reato di pericolo (quello di cui all'art. 2625, comma 1, c.c. è in realtà un illecito amministrativo) e, al secondo comma, un reato di danno; entrambe le norme sanzionano una condotta di ostacolo che può essere commessa anche "con altri artifici" ed entrambe tutelano lo svolgimento di una attività di controllo.

⁽²³⁾ Sez. V, 27 febbraio 2015, n. 15641 in *Giur. it.*, 2015, 6, p. 1494 con nota di A. ROSSI.

⁽²⁴⁾ Sez. III, 7 aprile 1998-6 marzo 1998, n. 4200, in *Riv. giur. trib.*, 1999, 1, p. 34 con nota di SCIELLO.

4. IN ORDINE AL RAPPORTO TRA LE IPOTESI DI CUI AL COMMA 1 E AL COMMA 2 DELL'ART. 2638 C.C.

Si è volutamente scelto di anteporre alla analisi del rapporto tra comma 1 e comma 2 il discorso circa la configurabilità in forma omissiva dell'ostacolo alle funzioni di vigilanza di cui al comma 1 in considerazione dei rilevanti riflessi che tale ultima questione ha sul tema – affrontato dalla pronuncia in esame – del concorso di reati tra l'ipotesi di cui al comma 1 e al comma 2 dell'art. 2638 c.c.

Spieghiamoci meglio. Oggetto di analisi nella pronuncia in questione è, come detto, il tema del rapporto tra le due diverse ipotesi disciplinate dall'art. 2638 c.c.: prendendo le mosse dalla diversità dei due delitti, i giudici di legittimità giungono a sostenere la possibilità di un concorso formale eterogeneo di reati nel caso in cui la condotta illecita si realizzi nella omessa comunicazione alle autorità di vigilanza di informazioni dovute.

Presupposto implicito di tale ricostruzione non può che essere l'individuazione di un ambito di "interferenza" tra le condotte di cui al primo e al secondo comma: il fatto, cioè, che sia possibile individuare una specifica condotta (nel caso di specie ravvisata nell'omessa comunicazione di informazioni dovute) che sia in grado di rientrare tanto nell'ambito della prima ipotesi quanto nell'ambito della seconda. In mancanza del verificarsi di tale condizione, verrebbe meno evidentemente la possibilità stessa di ipotizzare un concorso (formale, si intende) tra le ipotesi di cui al comma 1 e al comma 2 residuando eventualmente spazio per ipotesi di concorso materiale.

Ciò chiarito, l'interprete che vorrà sottoporre a vaglio tale interpretazione, dovrà allora interrogarsi su una almeno due questioni: *i*) sussistono effettivamente spazi di sovrapposizione tra le due disposizioni? *ii*) pur in presenza di eventuali interferenze, le due norme, così tipizzate, consentono l'applicazione dell'istituto del concorso formale di reati?

Tali interrogativi altro non rappresentano se non l'applicazione dei principi generali in tema di concorso di reati: il concorso formale sarà ipotizzabile solo laddove il Legislatore, nel tipizzare le norme incriminatrici, non abbia costruito le fattispecie in maniera tale da evitare spazi di sovrapposizione.

Una prima possibile soluzione al problema potrebbe essere quella di far applicazione dei principi in materia di concorso apparente di norme: più norme disciplinano la stessa materia ma, vuoi per un rapporto di specialità sussistente tra le norme, vuoi per ragioni di opportunità, dovrà trovare applicazione solo una di esse.

Tale soluzione, seppur non in maniera del tutto esplicita, pare intravedersi in una recente pronuncia di merito ⁽²⁵⁾ che, nell'accennare al rapporto tra ipotesi di cui al comma 1 e 2, così imposta il problema: «il capo di imputazione, sia che si versi nella logica dell'assorbimento, tipica del criterio di consunzione, sia che ricorrano i presupposti per una applicazione analogica del concorso apparente di norme o quelli del *post factum* non punibile, individua una interferenza tra primo e secondo comma che si sostanzia in una condotta connotata da mezzi fraudolenti (la seconda ipotesi del 1° 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 sanzionatori e, in via gradata, qualora il Tribunale non ritenesse integrato l'estremo dei mezzi fraudolenti, l'evento della

⁽²⁵⁾ Ci si riferisce alla sentenza Mps pronunciata dal Tribunale di Siena il 29 gennaio 2015 (ud. 31 ottobre 2014), n. 762 consultabile in *Archivio Penale Web*.

fattispecie causalmente orientata di cui al secondo comma, riguardo al quale è richiamato anche l'elemento soggettivo»⁽²⁶⁾.

Altra possibile soluzione al problema – cui si ritiene di aderire – è quella invece di provare a risolvere il problema a monte chiedendosi se le norme, così come tipizzate dal Legislatore, consentano l'operatività dell'istituto. Muovendo dal presupposto della diversità strutturale tra le ipotesi di cui al primo e secondo comma, occorrerà in altri termini chiedersi se gli elementi costitutivi delle due fattispecie incriminatrici non escludano a priori possibili sovrapposizioni (risolvendo, in radice, il problema).

Uno spunto al riguardo viene offerto dalla decisione del Tribunale di Siena appena citata, la quale, al di là del riferimento ai criteri secondo cui risolvere il tema del concorso di reati, concludeva ritenendo «integrata l'ipotesi di cui al comma 2 dell'art. 2638 c.c. essendo stato consumato l'ostacolo agli organi di vigilanza che rappresenta la massima lesione, in fatto, del bene interesse tutelato dalla fattispecie incriminatrice»⁽²⁷⁾.

Sebbene non si dilunghi sul punto, la sentenza è chiara in almeno due aspetti: *i*) gli eventuali spazi di interferenza tra le due norme dovranno limitarsi alle ipotesi di condotte connotate da mezzi fraudolenti (descritti dalla seconda ipotesi del primo comma) tali da realizzare anche l'evento di danno (richiesto dal secondo comma); *ii*) così individuati, in astratto, gli spazi di interferenza tra i due commi, qualora si realizzi il danno, l'ipotesi di cui al comma 2 esaurirà il disvalore delle condotte, non potendo l'imputato essere sanzionato tanto per l'ipotesi di pericolo quanto per quella di danno.

Ebbene – tornando alla decisione oggetto di approfondimento – i principi appena richiamati varranno a maggior ragione nel caso di specie, ove l'ipotizzata area di interferenza viene ravvisata, a torto, nella mera omissione di informazioni dovute (ipotesi, come detto, già espressamente contemplata dal comma 2).

Il fatto che la prima ipotesi sia concepita come reato di pericolo mentre la seconda sia concepita come reato di danno, non può che portare alla conclusione che rientreranno nella fattispecie di cui al comma 2 proprio quelle condotte che, in assenza dell'evento di ostacolo, sarebbero sanzionabili ai sensi del comma 1.

Ma, pur prescindendo da tale aspetto, è la scelta legislativa consistente nell'aver selezionato nel primo comma le condotte che, per il loro particolare disvalore, appaiono tali da giustificare l'anticipazione della tutela penale che consente di escludere spazi di sovrapposizione – e dunque di concorso – tra le due ipotesi di reato.

E qui viene in richiamo quanto detto con riferimento alle modalità descritte dal legislatore nel primo comma in merito ad una configurabilità in forma omissiva.

In conclusione se, alla luce di quanto sopra richiamato, deve senz'altro concludersi nel senso che la mera omissione, per la sua ontologica differenza rispetto all'occultamento, non potrà rilevare ai sensi del comma 1, ne deriva allora che, anche da un punto di vista di tipizzazione delle fattispecie – oltre che di tutela al bene giuridico tutelato – non potrà residuare alcuno spazio per ipotizzare un concorso formale eterogeneo tra le ipotesi di cui al comma 1 e comma 2.

⁽²⁶⁾ Trib. Siena, cit., p. 4.

⁽²⁷⁾ Trib. Siena, cit., p. 5

