

La tutela penale delle autorità di vigilanza

Andrea Perini

Professore associato di Diritto penale commerciale nell'Università di Torino
e dottore commercialista

Oggi la tutela penale delle funzioni di vigilanza è disciplinata dall'articolo 2638 c.c.: si noti come già la collocazione topografica di tale disciplina susciti un particolare interesse, dal momento che non risulta essere contenuta né nel Testo unico bancario né in quello della finanza, bensì unicamente all'interno del codice civile.

Ciò in quanto il legislatore del 2002 si è posto come fine ultimo quello di unificare in un'unica ipotesi (racchiusa nell'art. 2638 c.c., che originariamente prevedeva una pena massima di quattro anni) tutta una serie di fattispecie volte alla tutela delle diverse autorità di vigilanza le quali al tempo risultavano disseminate nella legislazione complementare.

Nonostante il tentativo di accentramento posto in essere dal legislatore del 2002, tale processo si rivelò vano: infatti, oggi accanto all'art. 2638 c.c. vi sono almeno altre quattro norme anch'esse volte alla tutela dell'attività di vigilanza.

Per prima, si fa riferimento all'art. 170-*bis* t.u.f., che prevede la reclusione fino a due anni per chiunque ostacoli le funzioni di vigilanza attribuite alla Consob o alla Banca d'Italia fuori dai casi previsti dall'art. 2638 c.c..

Inoltre, sempre all'interno del Testo unico della finanza, l'art. 187-*quinqüesdecies* prevede sanzioni amministrative per chiunque non ottemperi nei termini previsti alle richieste della Banca d'Italia e della Consob, non cooperi con le stesse al fine dell'espletamento delle relative funzioni di vigilanza o, infine, ritardi l'esercizio delle stesse.



Open access

© 2018 |  Creative Commons Attribution 4.0 International Public License



Citation Perini, Andrea (2018). "La tutela penale delle autorità di vigilanza". *Ricerche giuridiche*, 7(2), 137-144.

DOI 10.30687/Rg/2281-6100/2018/02/002

Da ultime, vi sono altre due norme: una prevista dal codice delle Assicurazioni ed un'altra dalla normativa in materia di fondi pensione.

Si noti che tutte le norme appena citate trovano applicazione esclusivamente fuori dai casi previsti dall'art. 2638 c.c., quasi a specificare che debba essere proprio quest'ultimo articolo a punire i casi più gravi di ostacolo alle funzioni di vigilanza.

In realtà, come emergerà nel prosieguo, la dottrina lamenta una capacità espansiva dell'art. 2638 c.c. tale da rendere difficile prevedere quelle che potranno essere le sue potenzialità applicative.

La riforma del 2002 vide sostanzialmente lo smantellamento delle false comunicazioni sociali, motivo per il quale fu molto criticata, tant'è che nel 2015 il legislatore intervenne nuovamente riformulando la fattispecie di cui all'art. 2621 c.c.

Certamente, tra i pochi elementi positivi della riforma del 2002 vi fu il tentativo di accorpate tutte le norme a tutela delle autorità di vigilanza sotto l'art. 2638 c.c. e con la previsione di una pena che comunque aveva una sua significatività.

Andando a ritroso nel tempo, si pensi che negli anni '70 (più precisamente, nel 1974), quando venne costituita la Consob, la tutela operata dalla medesima era assicurata esclusivamente da norme convenzionali (l. 7 giugno 1974, n. 216, art. 3, co. 2 ed art. 5-*quinquies*) e la trasmissione di documenti falsi alla Consob, ad esempio, era punita in misura quasi bagatellare. In modo del tutto singolare, all'epoca era punito molto più severamente il fatto di ostacolare le attività di vigilanza svolte dagli organismi interni della società (ad esempio: la società di revisione o il collegio sindacale) ed, infatti, il "vecchio" art. 2623, n. 3, c.c. prevedeva una pena da sei mesi a tre anni.

Oggi vi è stato un vero e proprio rovesciamento di tale prospettiva: infatti, la tutela interna delle società in generale, ed in particolare nelle banche, è sanzionata in modo molto meno severo dall'art. 2625 c.c. Quest'ultimo prevede solamente una sanzione di tipo amministrativo, a meno che dall'ostacolo alle funzioni di vigilanza non ne derivi un danno ai soci. In quest'ultima ipotesi la pena massima è pari ad un anno, eventualmente due se si tratta di società quotate.

Dunque, il raffronto effettuato tra la disciplina degli anni '70 e quella attualmente in vigore fa emergere chiaramente il totale rovesciamento della prospettiva in principio adottata: prima più rigorosa nei confronti della tutela delle attività di controllo interno delle società, oggi, al contrario, più indirizzata alla salvaguardia delle attività svolte dagli organismi di vigilanza pubblici.

Forse, questa inversione di rotta trova una sua giustificazione nel fatto che un tempo si riponeva maggiore fiducia nei controlli interni che oggi, al contrario, in questo ambito sembrano assumere invece un ruolo marginale.

Da ultimo, il legislatore del 2005 intervenne con una disciplina volta all'inasprimento dei fenomeni di frode ai danni del risparmio

raddoppiando la pena massima e mostrando in tal modo maggiore sensibilità rispetto al passato relativamente alla tutela delle attività di vigilanza.

Infatti, il terzo comma dell'art. 2638 c.c. stabilisce che la pena è raddoppiata laddove si tratti di società emittente di titoli quotati, senza però far alcun cenno alle banche.

Alla luce di tale inasprimento legislativo, carente di qualsivoglia riferimento agli istituti bancari, potrebbe accadere che la medesima fattispecie di reato dia origine a due pene radicalmente diverse. Infatti, se la banca è emittente titoli quotati in mercati regolamentati ricade nell'art. 2638, co. 3, c.c. e, dunque, la fattispecie potrebbe comportare il raddoppio della pena; se, invece, la banca non risulta essere quotata, permane la pena massima di quattro anni, pena comunque già severa se parametrata alle altre norme penali previste nel codice civile.

Proseguendo il tema attuale della tutela delle funzioni di vigilanza, da una prima lettura dell'art. 2638 c.c. è chiaro come la norma individui nel "risparmio" il bene finale da tutelare (ossia il bene giuridico primario). Ciò in modo estremamente anticipato, focalizzando l'attenzione su quanto deve compiere l'autorità di vigilanza, nel caso specifico la Banca d'Italia, e su quanto accade se quell'attività viene ostacolata.

Tuttavia il bene giuridico intermedio direttamente tutelato è la funzione di vigilanza, ossia la possibilità che le *authorities* possano dispiegare in modo efficace i loro compiti.

In particolare, l'art. 2638 c.c. prevede due fattispecie incriminatrici: una al primo comma, che punisce il mendacio rivolto all'autorità di vigilanza quando questo abbia la finalità di ostacolarne l'attività; l'altra, al secondo comma, di portata probabilmente residuale, che persegue qualsiasi condotta, anche di omissione di comunicazioni dovute alle predette autorità, che abbia come risultato quello di realizzare un ostacolo alle funzioni di vigilanza.

Ne deriva una prima osservazione: i penalisti con riferimento al secondo comma dell'art. 2638 c.c. parlano di reati causali. Con ciò si intende la specifica tecnica normativa volutamente utilizzata dal legislatore al fine di tutelare in modo pieno un bene giuridico ritenuto di importanza fondamentale.

In altre parole, il primo comma punisce il mendacio finalizzato ad ostacolare l'attività di vigilanza (bene giuridico primario), il secondo, invece, qualsiasi condotta che abbia come effetto quello di realizzare questo ostacolo (bene giuridico intermedio).

È chiaro che il legislatore, con questa norma, intende tutelare la funzione di vigilanza a tutto tondo: qualunque sia il modo in cui il soggetto pregiudichi tale attività, sarà in ogni caso sanzionato penalmente.

Più nel dettaglio, il primo comma dell'art. 2638 c.c. tipizza qualsivoglia forma di falso finalizzato ad ostacolare l'attività di vigilanza,

tra cui l'esposizione di fatti materiali, ancorché oggetto di valutazioni, non rispondenti al vero.

Senza entrare nel tema ormai dissodato relativo alla rilevanza o meno delle valutazioni in riferimento alle false comunicazioni sociali, la formulazione della norma non pone dubbi circa la possibilità che le valutazioni siano ritenute penalmente rilevanti quando queste si discostano dai criteri valutativi previsti normativamente o dai criteri valutativi enunciati dal valutatore. Ovverosia: se un soggetto, nel compiere una valutazione, per esempio in un bilancio o in un'altra comunicazione che la banca indirizza all'autorità di vigilanza, indica dei fatti, anche valutativi, adottando un criterio diverso da quello previsto o comunque non illustrando il criterio effettivamente utilizzato, commette l'illecito di cui all'art. 2638, co. 1, c.c..

A tal riguardo, merita di essere citata una pronuncia della Corte di Cassazione di particolare interesse (Cass. Pen., Sez. V, 16 giugno 2015, n. 33774) relativa al tema dei dati previsionali, tema più tipico delle false comunicazioni sociali, che sotto questo profilo ha una certa area di sovrapposizione con l'ostacolo alle funzioni di vigilanza.

In merito, ci si chiede se sia possibile mentire nell'esposizione di dati previsionali come quelli esposti in un piano industriale o in un *business plan*. In linea di principio, la risposta a tale quesito dovrebbe essere negativa ed, infatti, la sentenza citata si pronuncia in tal senso, chiarendo che se un dato è meramente previsionale o, addirittura, assimilabile ad un'opinione, questo non è suscettibile di essere qualificato come vero o falso. Sicuramente, tale affermazione risulta essere condivisibile nella misura in cui una previsione può essere più o meno attendibile ma, appunto, non suscettibile di essere catalogata come vera o falsa. Ed infatti, la verità o la falsità riguardano enunciati dichiarativi, che fanno riferimento ad un dato storico avvenuto.

Questa affermazione, però, deve essere ponderata nella misura in cui i *business plan* o i piani industriali muovono sempre da una realtà fattuale storica che poi viene proiettata su eventi futuri.

Ora, il profilo di inaffidabilità del piano riguarda le modalità di proiezione nel futuro di un certo dato. Ad esempio, potrebbero essere utilizzati dei tassi di crescita non affidabili, o troppo ottimistici, ma avendo pur sempre come punto di partenza una fotografia fedele della realtà storica; probabilmente, in tal caso è difficile pensare che il *business plan* o il piano industriale siano falsi, ma resta aperto il problema se questo comportamento si possa configurare come un ostacolo all'attività di vigilanza.

E ciò comporterebbe l'applicazione del secondo comma dell'art. 2638 c.c. nella misura in cui tale comportamento fosse volto ad ostacolare consapevolmente l'attività di vigilanza.

Non di rado, però, accade che i *business plan* e i piani industriali eccessivamente ottimistici muovano già da un travisamento dei dati storici, che vengono fotografati in modo non fedele e che, dunque,

vengono successivamente prospettati in maniera distorta al fine di supportare proiezioni esageratamente ottimistiche.

Ecco che, nello specifico caso di travisamento di un dato storico, anche un piano industriale o un *business plan* possono essere tacciate di falsità e, quindi, rientrare sia nella fattispecie di false comunicazioni sociali che nell'ipotesi di ostacolo alle funzioni di vigilanza.

Infine, il primo comma dell'art. 2638 c.c. sanziona l'occultamento con altri mezzi fraudolenti di fatti che sarebbero dovuti essere comunicati alle autorità di vigilanza. In tal senso, la norma punisce la reticenza collocata in un contesto comunicativo: secondo la dottrina, infatti, non si tratta di un'ipotesi meramente omissiva, dal momento che non è punito il semplice "non fare qualcosa", ma è sanzionato il fatto di rendere un'informazione parziale e, nella sua parzialità, fuorviante o, in alternativa, un'informazione che crea un convincimento erroneo in capo a chi la riceve.

Siamo di fronte ad un tema più tipico delle false comunicazioni sociali: è vero che il primo comma dell'art. 2638 c.c. non punisce condotte meramente omissive, le quali, come si avrà modo di chiarire in un secondo momento, sono punite dal comma che segue; ciò rischia di rendere un po' sterile la questione concernente la corretta catalogazione dei fatti meramente omissivi.

Si precisa però che la fattispecie di cui all'art. 2638, co. 1, c.c. richiede un comportamento fraudolento da parte del soggetto, nel momento in cui specifica che «*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*».

In tale prospettiva, il mero silenzio non pare poter assumere rilevanza ai fini del primo comma dell'art. 2638 c.c.; tuttavia, come anticipato, rischia di avere una rilevanza penale ai sensi del comma successivo del medesimo articolo.

A tal riguardo, è fondamentale precisare che, all'interno del primo comma, l'elemento soggettivo, il c.d. mendacio, sia sotto forma di esposizione di fatti falsi, sia sotto forma di esposizione di una comunicazione parziale ma comunque forviante per ciò che viene taciuto, deve essere finalizzato ad ostacolare l'attività di vigilanza. È proprio l'atteggiamento consapevole di ostacolo all'attività di vigilanza che può divenire la linea di demarcazione tra le false comunicazioni sociali e il delitto di cui all'art. 2638 c.c., nella misura in cui i "falsi" che abbiano altra finalità dovrebbero essere estranei al citato articolo ed, al più, essere puniti ai sensi dell'art. 2621 c.c..

In tale prospettiva, la giurisprudenza tende invece ad accogliere una linea interpretativa in base alla quale in presenza di "falsità" in

documenti ufficiali si possa venire a configurare il concorso tra queste due fattispecie. Infatti, i documenti sono rivolti sì ai soci e agli *stakeholders*, ma anche alle autorità di vigilanza. Sulla scia di tale orientamento, non sono rari i casi in cui viene contestato sia il reato di cui all'art. 2621 c.c., quindi false comunicazioni sociali nei confronti di soci e *stakeholders*, sia la fattispecie di cui all'art. 2638 c.c., cioè l'ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza.

Proseguendo nell'esame del dettato normativo, il secondo comma dell'art. 2638 c.c. tratta una fattispecie di più ampia portata che punisce qualsiasi condotta, anche l'omissione di comunicazioni dovute alla predetta autorità, che abbia come fine ultimo quello di ostacolare le funzioni di vigilanza.

Il comportamento sanzionato da tale previsione normativa può avere una connotazione sia attiva, quindi un "*agere*" che ha come risultato quello di ostacolare l'attività di vigilanza, sia anche però una connotazione meramente omissiva, quindi il "non svolgere" un'attività nei confronti dell'autorità di vigilanza; ad esempio, non svolgere l'attività di *disclosure* è già un elemento sufficiente ai fini della rilevanza penale nella misura in cui, naturalmente, questo si possa tradurre in un ostacolo.

Si precisa che il disposto normativo rimanda al concetto di ostacolo, e non invece a quello di impedimento: non si viene a configurare la fattispecie penale in esame nel caso in cui l'attività di vigilanza semplicemente venga impedita, ma è necessario che tale attività venga ostacolata.

Un tema molto discusso è sicuramente quale debba essere il concetto di «ostacolo» ed, in particolar modo, l'individuazione del livello minimo di ostacolo tale da integrare la fattispecie di reato trattata. Tale problema, come già accennato, trae la sua origine dalle numerose altre fattispecie che contornano l'art. 2638 c.c.; queste ultime puniscono forme di ostacolo all'autorità di vigilanza alcune volte come semplici illeciti amministrativi (art. 187-*quienquiesdecies* t.u.f.), altre volte con vere e proprie sanzioni penali (art. 170-*bis* t.u.f.). Ciò lascerebbe intendere che il legislatore abbia inteso adottare una tutela graduale: a ostacoli lievi corrispondono sanzioni amministrative; a ostacoli un po' più significativi sanzioni penali meno severe rispetto all'art. 2638 c.c.

A tal riguardo, la giurisprudenza di Cassazione è particolarmente rigorosa e tende ad applicare in modo molto ampio il concetto di «ostacolo».

A conclusione dell'analisi svolta relativamente al primo e secondo comma dell'art. 2638 c.c., si prospetta il tema molto delicato del rapporto intercorrente tra le due distinte fattispecie.

Secondo l'orientamento maggioritario della dottrina, il primo comma del citato articolo sarebbe speciale rispetto al secondo: quindi, in caso di "falso", e dunque di esposizione di fatti non rispondenti al

vero, si ricadrebbe nella prima fattispecie; invece per qualsiasi altra forma di ostacolo alle funzioni di vigilanza si ricadrebbe nella seconda fattispecie. Tale orientamento è chiaramente diretto a scongiurare il concorso tra i due reati, che, invece, è ammesso dalla giurisprudenza.

Oltre a quanto sinora esaminato, l'art. 2638 c.c. contempla due forme di confisca: la prima ai sensi dell'art. 2641 c.c. (confisca per equivalente), prevista nell'ambito di tutti i reati societari, e la seconda ai sensi dell'art. 25-ter del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 che include, tra le varie forme di confisca, anche quella per equivalente (in tema di responsabilità degli enti).

Da ciò derivano due ordini di problemi: un primo relativo al coordinamento delle due tipologie di confisca, tema che riguarda tutti i reati societari; un secondo che si profila invece in questo specifico contesto, connesso alla determinazione del *quantum* confiscabile.

Proprio con riferimento al *quantum*, la Cassazione a Sezioni Unite, nella famosa sentenza 27 marzo 2008, n. 26654, ha identificato tale ammontare nell'incremento patrimoniale di cui viene a godere il soggetto che ha commesso il fatto di reato.

Questa decisione, nota come "Fisia Impianti", è stata pronunciata in ambito di responsabilità dell'ente, ma ritengo che quasi certamente il principio enunciato possa essere applicato a tutte le forme di confisca. Si pone, dunque, il problema di individuare il profitto che si viene a configurare nella fattispecie di «ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza».

Parte della dottrina tende ad identificare il profitto di una fattispecie di mendacio, quale è almeno il primo comma dell'art. 2638 c.c., con l'entità del mendacio stesso. In tale prospettiva, ad esempio, il profitto del reato derivante dall'omissione di svalutazione di un credito o di stanziamento di un fondo per un dato ammontare coinciderebbe con tale importo. Al contrario, altra giurisprudenza (come Cass., Sez. V, 4 marzo 2014, n. 10265), resa in ambito di false comunicazioni sociali, richiama il lettore ad una ulteriore analisi e, nello specifico, pone l'attenzione non sull'entità del falso, bensì sul profitto che il soggetto ha tratto dal falso.

È chiaro come si tratti di un tema delicato soprattutto con riferimento alla figura degli amministratori di società, per i quali, accanto alla sanzione penale, si prospetta l'ipotesi della confisca, la quale, in questo caso, può avere ad oggetto tanto il patrimonio degli stessi ai sensi dell'art. 2641 c.c., quanto, e forse soprattutto, il patrimonio della banca (dell'ente) che può aver tratto il profitto dall'attività di ostacolo alle funzioni di vigilanza.

Riferimenti bibliografici essenziali

PERINI, A. *Commento sub art. 2621*, in AA.VV., *Commentario al codice civile* diretto da Scialoja-Branca-Galgano, a cura di G. De Nova, Torino, 2018.

TRIPODI, F. *Commento sub art. 2638*, in AA.VV., *Commentario al codice civile*, diretto da Scialoja-Branca-Galgano, a cura di G. De Nova, Torino, 2018.