

L'importanza delle funzioni di vigilanza a presidio del mercato

Il nostro ordinamento garantisce il corretto esercizio delle funzioni di vigilanza sul mercato finanziario mediante alcune norme che, se tradizionalmente sono a tutela della «correttezza dei rapporti tra ente controllato ed ente controllante», in via mediata tutelano il corretto funzionamento del mercato. Le norme che approntano questa difesa sono l'art. 2638 c.c. e due fattispecie del T.U.F., l'art. 170 bis e l'art. 187 quinquiesdecies che tutelano specificatamente l'attività di Consob e di Banca d'Italia; la prima norma del T.U.F. prevede un delitto comune con un evento di ostacolo identico al reato codicistico, mentre la seconda norma prevede un'ipotesi di illecito amministrativo basato sulla tempistica delle condotte (consistenti nel non ottemperare nei termini alle richieste o nel ritardare l'esercizio delle funzioni di Consob e Banca d'Italia). Le disposizioni del T.U.F. sono ipotesi residuali (per espressa riserva legislativa si applicano «fuori dai casi previsti dall'art. 2638 c.c.») e sarà forse questo il motivo per cui le stesse hanno ceduto il passo all'applicazione giurisprudenziale pressoché totalitaria del ben più grave art. 2638 c.c. che, non a caso, è stato definito dalla dottrina «illecito onnivoro» per la nozione assolutamente generica di «ostacolo». L'art. 2638 c.c. (c.d. «norma mista cumulativa») contempla due autonome figure di reato che hanno la peculiarità di essere punite con la stessa pena (reclusione da 1 a 4 anni). Al primo comma sono punite le false informazioni all'autorità di vigilanza:



Carlo Baccaredda Boy,
fondatore Studio legale Baccaredda Boy

è un reato di pericolo e di mera condotta integrato sia dall'esposizione di fatti materiali non veri che dall'occultamento con mezzi fraudolenti di fatti rilevanti per la situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società, col fine di ostacolare le funzioni di vigilanza. Il secondo comma punisce la realizzazione di un effettivo ostacolo alle funzioni di vigilanza attraverso qualsiasi condotta sia commissiva che omissiva (reato di evento). L'«ostacolo» viene trasfuso dal piano delle intenzioni (ossia da oggetto di dolo specifico quale finalità del soggetto agente nel primo comma) a quello dei fatti e diviene l'evento dal quale dipende l'esistenza del reato di cui al secondo comma. Non qualsiasi disobbedienza o scorrettezza posta in essere dal soggetto vigilato costituisce condotta che effettivamente espone a pericolo o lede l'esercizio delle funzioni di vigilanza: in ottemperanza al principio di offensività, è

necessario che la condotta posta in essere dall'agente sia stata finalizzata o abbia determinato un effettivo e rilevante ostacolo alle funzioni istituzionali delle autorità pubbliche di vigilanza. Uno dei problemi interpretativi che si sono posti ha riguardato il fatto se sia possibile ravvisare un'ipotesi di «interferenza» tra i due reati. Chi scrive, ad esempio, ha assistito a processi in cui l'accusa ha contestato strategicamente entrambe le fattispecie di cui all'art. 2638 c.c. lasciando poi all'organo giudicante l'onere di collocare il fatto storico nel reato di pericolo o di danno e di risolvere l'eventuale conflitto tra fattispecie. A tale proposito, non si ritiene condivisibile l'approdo della Corte di Cassazione (Sez. V, n. 6884/2015) che, in un caso di omessa comunicazione all'autorità di vigilanza di informazioni dovute, ha ritenuto configurabile un concorso formale di reati c.d. eterogeneo conformemente alla previsione dell'art. 81 c.p. comma 1 (quindi, con un possibile aumento fino al triplo della sanzione da infliggersi). Sembra più corretto il ragionamento del Tribunale di Siena nella vicenda Monte dei Paschi che, di fronte a condotte di occultamento connotate da mezzi fraudolenti tali da realizzare anche l'evento, cioè l'ostacolo alle funzioni di vigilanza, «che rappresenta la massima lesione in fatto del bene interesse tutelato dalla fattispecie incriminatrice», ha ritenuto di condannare unicamente per l'ipotesi di cui al comma 2 dell'art. 2638 c.c. ritenuta esaustiva del disvalore delle condotte.