

VINCENZO PATALANO

TUTELA DELL'ORDINE ECONOMICO E
"SISTEMA" PENALE BANCARIO.

La nuova disciplina tra effettività e simbolicità.

Sommario: 1. LA NORMA PENALE BANCARIA E L'EVOLUZIONE DEL MERCATO FINANZIARIO. 2. LE FATTISPECIE INCRIMINATRICI. 2.1. Abusivismo bancario e finanziario. 2.1.1. La cd. banca di fatto. 2.1.2. La denominazione abusiva. 2.2. Ostacolo o elusione di funzioni di vigilanza o di controllo. 2.3. Aggressione al patrimonio della banca. 2.3.1. Obbligazioni degli esponenti aziendali (art. 136). 3. SIMBOLICITÀ DELLA LEGISLAZIONE PENALE BANCARIA: IL PROBLEMA DELL'INEFFETTIVITÀ. 4. IL CONTENUTO DI OFFENSIVITÀ DEL RICICLAGGIO E DISEGUAGLIANZA NEI RAPPORTI ECONOMICI. 5. SISTEMA DEI CONTROLLI, "TRASPARENZA", CARATTERI E "RISCHI" DELL'INTERVENTO PENALE. 6. CONCLUSIONI.

1. La nuova legge bancaria e l'evoluzione del mercato finanziario.

Il nuovo T.U. in materia bancaria e creditizia, al di là del tentativo di sistemare unitariamente tutte le disposizioni approvate in questi ultimi anni per regolamentare l'attività dei mercati finanziari e del credito¹, poteva rappresen-

1) Il testo unico varato con il d. lgs. n°385/1993 non costituisce infatti la riforma della disciplina bancaria, dal momento che tale riforma, com'è stato rilevato (v. MARCHETTI P., *Note introduttive al testo unico delle leggi bancarie e creditizie*, in *Riv. società*, 1993, p.1148s.), "è in verità avvenuta in precedenza, gradualmente, spesso senza clamori, con vari provvedimenti primari e secondari". Si è quindi in presenza di un processo graduale di riforma del settore, cadenzato secondo le tappe fondamentali rappresentate, prima, dalla legge Amato, dai relativi decreti di attuazione e dalle conseguenti istruzioni della Banca d'Italia; poi dalla legge *antitrust* (l. n°287/1990), dal d. lgs. n°481/1992 di attuazione della seconda direttiva C.E.E. e dalle sue norme applicative, dalla legge n°207 del 1992 sulle banche popolari, dalla legge n°154/1992 sulla trasparenza bancaria e da numerosi altri provvedimenti. Era dunque inevitabile che lo stratificarsi di tanti interventi suscitasse diffuse aspettative affinché dall'insieme delle analisi emergesse, secondo le indicazioni contenute nell'art.25 della legge n°142/1992, un testo unico capace di fare chiarezza e di mettere ordine in un sistema di leggi e regolamenti estremamente complesso ed oneroso per gli operatori del settore (cfr. ROSSI A., *Ente creditizio nazionale ed ente creditizio comunitario: i poteri della Banca d'Italia e le più recenti "istruzioni di vigilanza"*, in AA.VV., *Diritto penale e attività bancaria*, a cura di G. MARINI, Padova, 1994, p.24). Sull'evoluzione dell'ordinamento giuridico creditizio v. la raccolta di articoli di BELLI F., *Verso una nuova legge bancaria*, Torino, 1993.

tare una preziosa occasione per dare assetto organico ad una materia che, viceversa, lamenta una mancanza di attenzione da parte del legislatore che può farsi risalire a molti decenni fa².

Si tratta, in verità, di una caratteristica che contraddistingue il diritto penale economico in genere³, se non addirittura tutta la legislazione complementare. Una legislazione che non è azzardato definire “a pelle di leopardo” se, insieme alla discontinuità degli interventi, si considerano le disposizioni penali in materia di società contenute nel codice civile, quelle in materia fallimentare, le norme penali in materia economica contenute nello stesso codice penale e le altre fattispecie disseminate in una miriade di leggi che a volerle citare tutte sarebbe impresa ardua. Sabino Cassese, già dieci anni fa, indicava ben “cinquecento ... atti normativi di varia natura” riguardanti il settore bancario che costituivano un vero iceberg di cui il regio decreto del 1936 rappresentava solo la parte visibile⁴.

Insomma, uno statuto penale dell'impresa che si fondi sul rispetto rigoroso del dato costituzionale è un sogno (o una velleità?) di pochi giuristi che ormai da alcuni decenni invano richiamano l'attenzione del legislatore e degli operatori sulla necessità che, perlomeno nei profili sistematici e nei principi ispiratori dei diversi interventi, vi sia coerenza sistematica e non discontinuità⁵.

2) L'inadeguatezza della disciplina del settore, lamentata dalla maggior parte degli autori, ha rappresentato inoltre la causa principale del formarsi di un vero e proprio “diritto penale giurisprudenziale” in materia bancaria (cfr. ROMANO M., *Introduzione allo studio del diritto penale bancario*, in AA.VV., *La responsabilità penale degli operatori bancari*, a cura di M. Romano, Bologna, 1980, p.42). Ritiene di potere ravvisare una matrice ideologico-politica in tale evoluzione giurisprudenziale, con particolare riferimento alla qualificazione giuridica dell'attività bancaria ai fini penali, ACCARDI M., *Imprenditorialità bancaria e tutela penale fra nuove prospettive e vecchie contraddizioni*, in *Giur. it.*, 1991, IV, c. 121.

3) Cfr. PATERNITI C., *Diritto penale dell'economia*, Torino, 1995, p.34.

4) Cfr. CASSESE S., *E' ancora attuale la legge bancaria del 1936?*, in *Bancaria*, 1985, p.282.

5) Ciò sarebbe peraltro possibile se la nostra legislazione penale economica si fosse sviluppata “secondo un disegno unitario e coerente che consentisse di ancorare la configurabilità dell'illecito a ben precisi contenuti di disvalore” (PATALANO V., *Beni costituzionali e tutela penale degli interessi economici*, in AA.VV., *Studi in onore di G. Vassalli. Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale*, a cura di M.C. Bassiouni-A.R. Latagliata-A.M. Stile, vol. I, Milano, 1991, p.635), laddove in un diritto penale dell'economia costruito sull'irrazionalità e sulla contingenza delle scelte politiche, qual'è il nostro, i due poli della dicotomia, lungi dall'integrarsi reciprocamente, entrano spesso in cortocircuito. Un corto circuito efficacemente definito legislazione simbolica (cfr. PALIERO C.E., *Metodologie de lege ferenda per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992).

Ma forse un tentativo di coerenza vi è nella legge qui in esame. Ed infatti, soprattutto il penalista, deve ancora una volta lamentare come la legislazione bancaria nell'ultimo testo legislativo, e quella complementare in genere, sembri confermare l'inquietante sospetto che si sia voluto porre mano per l'ennesima volta ad una disciplina penale meramente sanzionatoria⁶. Laddove la legislazione complementare, per la specificità degli interessi alla cui tutela dovrebbe rivolgersi, sarebbe opportunamente da costruirsi come una legislazione penale in cui le sanzioni dovrebbero essere coerenti col sistema al quale si rivolgono.

In definitiva, se ci è consentito azzardare un primo sommario giudizio su questa legge, ci sembra di poter dire che il legislatore ancora una volta - e questa volta clamorosamente, per le considerazioni che svolgeremo da qui ad un momento - è mancato a quell'appuntamento che la complessa realtà dei rapporti e degli interessi che nel mondo finanziario e bancario s'intrecciano e si riconoscono, gli imponeva di rispettare.

L'evoluzione, prima ancora che legislativa, operativa della banca⁷, quella che vive dei rapporti economici alla cui mutevolezza deve necessariamente adeguarsi, non è stata assolutamente tenuta in considerazione, almeno per la parte penale, dal legislatore.

Si pensi all'abbandono del modello organizzativo delle banche pubbliche, la cui conversione in società per azioni rappresenta parte della più generale trasformazione che il settore ha conosciuto nell'ultimo decennio, trasformazione avvenuta all'insegna della concorrenza e della competitività internazionale. Soprattutto a partire dai primi anni ottanta, invero, si è fatta sem-

6) Tanto che da parte di alcuni Autori non si è esitato a manifestare addirittura il proprio "sconcerto" di fronte alla rinuncia, da parte del legislatore italiano, a "scrivere" le norme penali in materia ... come norme penali!" (ROSSI VANNINI A., *L'art. 36 del decreto legislativo 14 dicembre 1992, n°481: Profili penalistici*, in AA.VV., *Diritto penale e attività bancaria* cit., p.85ss.). Sull'argomento, cfr. però le notazioni di CERASE M., *I nuovi reati bancari*, in *Cass. pen.*, 1993, p.1864, il quale, all'interno del "micro-sistema" composto dalle fattispecie previste al capo VI del d. lgs. n°481/1992 (trasfuso con variazioni marginali nella legge bancaria del 1993), distingue le "misure meramente sanzionatorie di precetti altrove stabiliti" (attività abusive e tutela dell'attività di vigilanza) dai "precetti penali autonomi" (denominazioni abusive, reati societari, obbligazioni degli esponenti aziendali, mendacio bancario, falso interno, aggio bancario).

7) Sul punto, di recente, v. SARCINELLI M., *La banca in trasformazione*, in *Riv. bancaria*, 4/1994, p.15ss.; v. altresì gli scritti raccolti da ARCUTI L., *Quale modello di banca per l'Europa di domani*, Milano, 1993.

pre più viva l'esigenza di adeguare significativamente la disciplina del settore, non solo a causa della nascita di intermediari finanziari diversi da quelli bancari, ma anche e soprattutto per l'incombente concorrenza comunitaria. L'approssimarsi del mutuo riconoscimento delle licenze ha reso rapidamente obsoleto il modello di mercato bancario "protetto" che perdurava senza rilevanti alterazioni da quasi mezzo secolo: un mercato nel quale le banche godevano di una "protezione rassicurante" non solo verso l'esterno, attraverso il blocco delle autorizzazioni all'ingresso di banche estere, ma anche verso l'interno, grazie a marcate segmentazioni incidenti tanto sull'operatività delle banche quanto sui processi di concentrazione. La logica della concorrenza ha progressivamente sconvolto tale ordine, imponendo la rimozione dei vincoli alla libertà operativa e l'adozione di modelli organizzativi, come quello delle società per azioni, "più adatti per muoversi su di un mercato concorrenziale". Ovviamente tale evoluzione del sistema ha portato con sé la necessità di predisporre regole comportamentali e forme di controllo che, con riferimento a tutti gli operatori del settore finanziario, assicurino la correttezza e la regolarità delle negoziazioni nonché la trasparenza delle condizioni contrattuali, in modo da fronteggiare i nuovi rischi ai quali la concorrenza espone le imprese bancarie⁸.

La tendenza ormai ampiamente acquisita a vedere realizzato anche a livello legislativo un modello di banca polifunzionale, despecializzata⁹, scevra

8) In proposito cfr. COSTIR., *Introduzione*, in *Il Testo Unico del credito annotato con la relazione governativa*, Milano, 1994, p.XIIIss.

9) Per un sistema creditizio quale quello italiano, che per le peculiarità dello sviluppo capitalistico del Paese ha visto giustapporsi funzioni bancarie e tipi di banca tra loro diversi e, almeno di massima, non comunicanti, ed ha assistito alla cristallizzazione di tale situazione ad opera della legge bancaria del 1936, la "despecializzazione" significa innanzitutto "caduta delle norme -di qualsivoglia natura- specializzanti e limitative, nonché ... rimessione delle scelte imprenditoriali, sul tipo di attività da svolgere, all'autonomia dei singoli Enti e, quindi, principalmente ai loro statuti" (GIOVANDO G., *Principi ispiratori e finalità della normativa in attuazione della direttiva C.E.E. n°646 del 1989*, in AA.VV., *Dir. pen. e attività bancaria* cit., p.7). Sebbene il tema della "despecializzazione" sia assurto tra i principi cardine della disciplina bancaria già con il d. lgs. n°481/92, "tuttavia - è stato notato (MINERVINI G., *L'armonizzazione della legislazione bancaria: la revisione dell'ordinamento bancario del 1936*, in *Atti del Convegno su La nuova legge bancaria: disciplina e controllo dell'attività delle banche e degli intermediari creditizi*, Milano, 14 e 15 ottobre 1993, p.13 del testo dattiloscritto)- "residui di specialità istituzionale si rinvencono ancora nell'art.48 del Testo unico, a proposito delle banche abilitate all'esercizio del credito su pegno". Altre eccezioni possono rinvenirsi per i processi di fusione e di trasformazione delle banche in forma di società cooperativa.

da distinzioni del passato più o meno attuali, non ha minimamente interessato il legislatore che avrebbe dovuto adeguare il sistema penale bancario alla realtà nella quale la banca moderna già vive. Non è difficile, perciò, ipotizzare che ancora una volta molte delle disposizioni penali di questa legge avranno vita soltanto in qualche sommaria trattazione teorica, trovando ben scarsa applicazione giurisprudenziale.

Il rilievo riguarda il T.U. di cui parliamo, ed è quanto in più occasioni fu rilevato a proposito delle disposizioni precedenti, alcune delle quali sono state semplicemente trascritte o "ripenalizzate", confermando ancora una volta quella tendenza "schizofrenica" del legislatore (alla quale nemmeno quello attuale è riuscito a sottrarsi) che prima criminalizza tutto, poi dichiara di voler depenalizzare in gran parte, poi si pente e depenalizza solo in parte, e poi si pente ancora una volta e torna a criminalizzare¹⁰.

È probabile quindi che, anche in questa occasione, la dottrina penalistica dovrà registrare una delusione, e forse una sconfitta. Tutti gli sforzi per ancorare la previsione di incriminazioni a principi come quelli della *extrema ratio*, della proporzionalità, della sussidiarietà, meritevolezza di pena ed effettività delle sanzioni, naufragano puntualmente in occasione dell'emanazione di leggi complementari¹¹ che, come quella in esame, continuano ad attribuire al diritto penale una funzione meramente sanzionatoria, contro la storia e la cultura giuridica di ogni paese civile¹².

In verità, già il titolo della relazione che ci è stata assegnata, con l'inserire la parola sistema tra due virgolette, lasciava intravedere, negli organizzato-

10) Ad un atteggiamento schizofrenico del legislatore nel campo del diritto penale societario, con particolare riferimento all'alternarsi di depenalizzazioni e ripenalizzazioni, si riferisce MUSCO E., *La società per azioni nella disciplina penalistica*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. 9° *Profili internazionalprivatistici e profili penalistici*, Torino, 1994, pp.215-216.

11) La tendenza manifestatasi nella legislazione speciale al logoramento dei principi costituzionali che dovrebbero vincolare il legislatore penale è stata da tempo e da più parti rilevata. Cfr., ad es., il dibattito su *Il codice Rocco cinquant'anni dopo*, tenutosi a Bologna il 16 e 17 gennaio 1981, in *Quest. crim.*, nn°1 e 2 del 1981.

12) Cfr. i rilievi critici di MARINI G., *Introduzione*, in AA.VV., *Diritto penale e attività bancaria cit.*, p.VIII s., il quale con estrema lucidità rileva come sia stata persa "un'ulteriore occasione" per "abbandonare totalmente la via della mera comminazione di sanzioni penali a garanzia di precetti, più o meno chiari, aventi presumibilmente, nella loro formulazione e casistica, una propria giustificazione in campo privatistico ma inaccettabili, alla luce dei principi di legalità formale e sostanziale, in campo penale».

ri, perplessità e dubbi sulla possibilità di ricostruire in un quadro organico il c.d. diritto penale bancario¹³. E dopo il nuovo T.U. le perplessità aumentano, se si considera che restano fuori da questo testo di legge, quasi che non si trattasse di temi comunque ricompresi nel filone legislativo della banca e della sua attività, problemi relativi ad esempio ai titoli di credito, al riciclaggio e così via.

2. Le fattispecie incriminatrici.

Nel passare ad un'analisi delle fattispecie incriminatrici contenute nella legge bancaria, riteniamo che la ricostruzione dei "profili" di un sistema ci esoneri, almeno in parte, dal prendere in considerazione aspetti strutturali ed applicativi di ogni singola figura di reato delineata dal legislatore del 1993. Infatti, di alcune di esse si discuterà approfonditamente nel corso di questo Convegno in occasione di incontri, specifici, di altre -già presenti nella precedente normativa bancaria- dottrina e giurisprudenza si sono già occupate, per cui è possibile qui limitarne la trattazione all'individuazione di raccordi strutturali con altre figure di reato.

Com'è ben noto, sull'estensione della categoria dei "reati bancari" non esiste uniformità di opinioni. Ciò dipende soprattutto dal fatto che non risulta ancora sufficientemente definito l'oggetto della tutela ed il punto di riferimento dell'offesa realizzata dalle condotte considerate.

Pur limitando l'analisi alle ipotesi previste dal T.U. del 1993 ed al riciclaggio, va detto che rientrano sicuramente tra i reati bancari quelli previsti

13) In ambito extrapenale si è invece ritenuto di poter cogliere l'esistenza di un "sistema" che disciplina sia l'attività bancaria che la raccolta e gestione del risparmio non connesse all'erogazione del credito: il tessuto connettivo di tale ordinamento sarebbe prodotto dall'estensione generalizzata della disciplina prudenziale, che rappresenterebbe il *leit motiv* tanto della normativa ricompresa nel T.U. quanto di quella non refluita nel d. lgs. n°385/1993 perché esclusa dalla legge delega: "Raccolta del risparmio ed erogazione del credito, dunque, costituiscono già oggi attività disciplinate, sia se svolte in via congiunta sia se condotte in via autonoma, secondo criteri e principi tendenzialmente omogenei sotto il profilo qualitativo". In tal senso, MARCHETTI P., *Note introduttive*, cit., p.1149).

dalla legge sull'assegno ed altri che non sono esclusivamente "bancari"¹⁴.

Il nuovo T.U., che per comodità espositiva citeremo soltanto come "legge bancaria", nell'utilizzare figure criminose già contenute nella legislazione precedente ed introducendone altre, delinea un "sistema" nel quale assumono rilevanza essenzialmente tre tipi di condotte¹⁵:

- quelle di abusivismo bancario e finanziario;
- quelle di ostacolo o elusione di funzioni di vigilanza o controllo;
- quelle di aggressione al patrimonio della banca.

14) Cfr. ANTOLISEI F. - CONTI L., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. I, 9ª ed., Milano, 1994, p.15ss. Per un'accezione restrittiva dei reati bancari, intesi esclusivamente come reati "propri" bancari, cioè quelle fattispecie "che prevedono, quali soggetti attivi del reato, esclusivamente i funzionari appartenenti ad aziende e istituti di credito", cfr. D'AGOSTINO P., *I reati bancari*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, diretto da A. DI AMATO, vol. III, Padova, 1992, p.25ss. Per una suddivisione tra reati bancari "in senso stretto" ed "in senso ampio", cfr. FIORELLA A., *Problemi attuali del diritto penale bancario (Reati bancari in senso stretto)*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 1988, p.489ss.; ID., *Problemi attuali del diritto penale bancario (Reati bancari in senso ampio)*, ivi, 1989, p.1ss.

15) Il criterio sistematico adoperato nel testo, che ricalca in alcuni punti quello proposto in ANTOLISEI-CONTI, op. cit., p. 40, per la classificazione dei reati societari e bancari, attribuisce rilievo preminente al tipo di condotta presa in considerazione dal legislatore. Parte della dottrina preferisce invece utilizzare un diverso modello strutturale, da tempo seguito, "imperniato sulla diversa collocazione del fattore 'banca' nell'eziologia e nella dinamica di realizzazione dell'illecito" (DOLCINI E. - PALIERO C.E., *Il diritto penale bancario: Itinerari di diritto comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p.941; accoglie quest'ultimo criterio classificatorio, anche dopo la riforma del 1993, BARTULLI A., *Responsabilità penali nell'esercizio dell'attività bancaria: il quadro normativo e la nuova legge bancaria*, Atti del Convegno *Delega e responsabilità penali nell'esercizio dell'attività bancaria*, Milano, 28 giugno 1994). Tale modello strutturale distingue, all'interno del sistema penale bancario, quattro gruppi di ipotesi, a seconda che la 'banca' (direttamente, come persona giuridica ovvero gli operatori bancari "a titolo individuale") sia 'autore' del reato (ciò che avviene, ad es., nei reati di abusivismo bancario e nelle ipotesi di reati societari di cui agli artt.2621 ...), 'vittima' dello stesso (si tratta delle ipotesi di frodi nella richiesta del credito quali, ad es., il mendacio bancario, ovvero dell'aggiotaggio bancario), oppure, al tempo stesso, 'autore' e 'vittima' (come avviene nelle fattispecie di illeciti rapporti patrimoniali degli esponenti aziendali con la banca e nei fenomeni di cd. abuso di fido bancario), o, finalmente, 'strumento' di commissione dell'illecito (caso tipico l'abuso in carte di credito o assegni che può concretarsi, ad es., nel delitto di emissione 'a vuoto').

2.1. *Abusivismo bancario.*

Nel primo gruppo possono ricomprendersi le ipotesi previste negli artt. 130-132 e l'omissione della domanda di autorizzazione (art. 139), mentre una collocazione a parte spetta all'ipotesi prevista nell'art. 133, dove l'abuso consiste non nell'esercizio di attività finanziaria o bancaria senza autorizzazione, bensì nell'abusivo utilizzo di determinate denominazioni riservate ai soggetti autorizzati a svolgere tale attività.

Con gli artt. 130 e 131 il legislatore ha punito distintamente la raccolta del risparmio in mancanza di autorizzazione (art. 130) e l'esercizio della vera e propria attività bancaria che consiste nella raccolta del risparmio congiunta all'esercizio del credito (art. 131). Nel primo caso, si tratta di un'ipotesi contravvenzionale punita con l'arresto da sei mesi a tre anni e con l'ammenda da venticinque a cento milioni; nel secondo è stata prevista un'ipotesi delittuosa punita con la reclusione da sei mesi a quattro anni, oltre alla multa da quattro a venti milioni.

La doppia previsione, sotto un certo profilo, potrebbe risultare superflua: le due ipotesi avrebbero ben potuto essere ricomprese in un'unica disposizione. La riforma concorre invece a risolvere un dubbio interpretativo che la vecchia normativa lasciava sussistere circa l'oggetto del divieto¹⁶. Ed infatti, con la distinta disciplina dell'ipotesi contravvenzionale dedicata all'abusiva raccolta del risparmio, e con l'espressa previsione dell'esercizio congiunto della raccolta del risparmio e dell'erogazione del credito, cade ogni incertezza interpretativa circa la nozione di attività di banca che si caratterizza per la realizzazione di entrambe le condotte¹⁷.

L'art. 10, del resto, risulta formulato in termini che non lasciano adito a dubbi: "la raccolta di risparmio tra il pubblico e l'esercizio del credito -precisa la norma- costituiscono l'attività bancaria". E, ad ulteriore precisazione, il successivo art. 11 sancisce che "è raccolta del risparmio l'acquisizione di fondi con obbligo di rimborso, sia sotto forma di depositi sia sotto altra forma". Entrambe le previsioni, quindi, nel punire distintamente le due condotte, riba-

16) Per una puntuale ricostruzione delle differenti posizioni assunte in dottrina e giurisprudenza con riferimento all'art. 96 l.b. abr., cfr. RICCI R., *La raccolta di risparmio tra il pubblico ai sensi della legge bancaria*, in *Nuova giur. civ.*, 1985, II, p. 146.

17) E' una svolta dovuta alla direttiva C.E.E. n°646 del 1989, per la quale "non il solo esercizio del credito (attività tipica anche delle società finanziarie), non la sola raccolta del risparmio tra il pubblico, ma l'attività congiunta e professionale su entrambi i versanti dà luogo all'impresa bancaria". Cfr. GIOVANDO G., *Principi ispiratori*, cit., p. 5.

discono che la sola raccolta del risparmio, attività che in linea di massima risulta riservata alle banche (art. 10 co.2), non costituisce attività bancaria¹⁸.

Ai fini della configurabilità del reato di abusiva attività bancaria, sia l'art.131 che l'art.10 del T.U. richiedono che la raccolta di risparmio tra il pubblico e l'erogazione del credito siano svolte congiuntamente, anzi l'una in connessione con l'altra.

La disposizione rappresenta una novità soltanto dal punto di vista legislativo, poiché in effetti non fa altro che conformarsi ad un orientamento autorevolmente affermatosi in dottrina già nella vigenza dell'art.96 della vecchia legge bancaria, secondo il quale ai fini della configurabilità del reato è necessario che tra le due attività sussista una connessione finalistica, nel senso che la raccolta del risparmio dev'essere destinata all'erogazione del credito, anche se non è necessario l'esercizio in atto del credito stesso¹⁹. Ed è ovvio che, anche con l'attuale previsione dell'art.131, la connessione tra le due attività non potrà essere semplicemente presunta, ma dovrà essere accertata sulla base di elementi concreti, primo tra tutti l'esistenza di una sia pur minima organizzazione a ciò destinata²⁰.

Del resto, nel fare riferimento allo svolgimento di "attività", la norma non si limita a richiedere soltanto una pluralità di atti, ma esige la realizzazione continuativa, e non occasionale o sporadica, di comportamenti che implicano

18) D'altro canto, il requisito dell'obbligo di rimborso richiesto dall'art.11 consente di escludere dall'accezione di 'attività bancaria' "ogni raccolta che venga effettuata per beneficenza, per finalità altruistiche, culturali sociali, assistenziali" nonché "tutte le forme di raccolta caratterizzate dall'aleatorietà dell'investimento (es. investimento in titoli azionari, fondi, ecc.)". Sul punto, MONTEDORO G., *Commento all'art.130*, in CAPRIGLIONE F., *Commentario al Testo Unico delle legge in materia bancaria e creditizia*, Padova, 1994, p.646.

19) Tale interpretazione costituiva quella che più si avvicinava verosimilmente alle intenzioni del legislatore del 1936, di un'epoca in cui "lo sviluppo di attività diverse da quelle di intermediazione creditizia... non era tale da richiedere la soggezione alla particolare disciplina pubblicistica introdotta per la tutela del risparmio raccolto nella collettività" (SALANITRO N., *Tecniche giuridiche di individuazione e regolamentazione dell'attività bancaria e finanziaria*, in Banca e borsa, 1988, I, p.326). Cfr. altresì BIGIAVI W., *Il fallimento Giuffrè*, in *Giur. it.*, 1959, I, 2, c. 354; COSTI R., *L'ordinamento bancario*, Bologna, 1986, p.119ss.; CRESPI A., *Attività bancaria e raccolta del risparmio non autorizzata*, in *Banca borsa*, 1960, IV, p.495; MOLLE G., *Il "caso Giuffrè" e la legge bancaria*, in *Banca borsa*, 1960, I, p.412ss.

20) Cfr. MINERVINI G., *Banca, attività bancaria, contratti bancari*, in *Studi in onore di P. Greco*, Padova, 1965, vol. II, p.733s.; ANTOLISEI CONTI, op. cit., 9^a ed., p.386.

la necessità di un'organizzazione²¹ la cui dimensione dipende unicamente dal volume e dal tipo delle operazioni svolte.

La necessità, poi, che la raccolta del risparmio avvenga "tra il pubblico"²², consente di escludere la configurabilità del reato (artt. 130 e 131) in tutte quelle ipotesi in cui l'attività in questione si svolga nei confronti di un numero, sebbene ampio, tuttavia determinato, o con certezza determinabile, di persone, come -ad esempio- tra i dipendenti di una stessa società oppure tra gli iscritti ad un'associazione .

Perché la raccolta del risparmio presenti le caratteristiche richieste dalla legge per l'incriminazione, è necessario che essa avvenga indiscriminatamente, e si rivolga alla generalità delle persone. L'art. 11, nel precisare i requisiti dell'attività di raccolta del risparmio (al punto 3) chiarisce espressamente che "il CICR stabilisce limiti e criteri, anche con riguardo all'attività e alla forma giuridica dei soggetti, in base ai quali non costituisce raccolta del risparmio tra il pubblico quella effettuata: a) presso soci e dipendenti; b) presso società controllanti, controllate o collegate ai sensi dell'art. 2359 del codice

21) Sul punto, v. ANTOLISEI CONTI, *ult. loc. cit.*; v., inoltre, GIOVANDO G., *Principi ispiratori* cit., p. 5. Con riferimento all'art. 96 l.b. abr., cfr. D'AGOSTINO P., *Reati bancari*, cit., pp. 135-136; DE VECCHIS, *L'internazionalizzazione del sistema bancario*, in *Dir. ed economia*, 1988, p. 81; VIGNOCCHI G., *Il servizio del credito nell'ordinamento pubblico italiano*, Milano, 1968, p. 428; MINERVINI G., *ult. loc. cit.*

22) E' stata da più parti lamentata l'ambiguità di questa formula normativa che, non individuando con precisione la nozione di "pubblico", ingenera incertezze ed oscillazioni "tra criteri di ordine quantitativo e qualitativo per la discriminazione tra raccolta privata ovvero tra il pubblico": TROIANO V., *La disciplina della raccolta del risparmio nel d. lgs. n°481 del 14 dicembre 1992*, in AA.VV., *Il recepimento della seconda direttiva in materia bancaria*, Bari, 1993, p. 197; ID., *Commento all'art. 11*, in CAPRIGLIONE F., *Commentario* cit., p. 73s.; CAPRIGLIONE F., *Commento all'art. 131*, in *Commentario* cit., p. 649. Ciò a causa della determinazione "in negativo" del concetto di "raccolta tra il pubblico" che fornisce l'art. 11 del T.U. n°385/93 per cui, al di fuori delle fattispecie di cui alle lett. a e b del terzo comma di tale norma, "permane... il problema di determinare quando possa qualificarsi indiscriminata, e pertanto effettuata tra il pubblico, un'attività di acquisizione di disponibilità monetarie con obbligo di rimborso" (TROIANO V., *ult. op. cit.*, p. 74). Tuttavia, gli ambiti ben determinati (ex art. 11, co. 3 l. b.) entro i quali la raccolta del risparmio non viene considerata come effettuata "tra il pubblico" portano "ancora una volta" a fondare il criterio discriminatore della nozione di pubblico "sulla posizione (rectius: status soggettivo) del depositante": in tal senso, CAPRIGLIONE F., *Commento all'art. 131* cit., p. 650.

civile e presso controllate da una stessa controllante"²³. Spetta dunque all'organismo interministeriale definire i limiti entro i quali soggetti diversi dalle banche possono esercitare la raccolta del risparmio nei casi previsti dal comma 3 dell'art.11. Ma in assenza di tale definizione, nelle situazioni ivi previste l'assunzione dei fondi *secundum legem* potrà avvenire liberamente, anche in deroga al divieto di cui al secondo comma dell'art.11²⁴.

Le considerazioni che precedono permettono di precisare che, proprio per questi elementi sintomatici della condotta, la contravvenzione prevista nell'art.130 può configurarsi solo a titolo di dolo²⁵, risultando assolutamente difficile ipotizzare un comportamento "colposo" che si concretizzi in una pluralità di atti, tutti collegati tra loro e diretti a conseguire il risultato della raccolta del risparmio.

Il riferimento dell'art.11, poi, consente di escludere dal divieto di raccolta del risparmio le banche (art.11, co.2), nonché una serie di soggetti che la

23) Come rileva TROIANO V. (*ult. op. cit.*, p.73), sebbene le categorie di soggetti elencati nelle due lettere del co.3 dell'art.11 siano in parte coincidenti, alla base della duplice previsione legislativa vi sono criteri di giustificazione differenti: "il venir meno del carattere indiscriminato della raccolta, ed in ultima analisi del più intenso bisogno di protezione da parte dell'ordinamento" discende in entrambi i casi dalla "particolare situazione informativa" in cui si presume versino i soggetti di cui alle lett. a e b, ma essa "nell'un caso viene colta nella potenziale maggiore disponibilità di notizie circa l'attività del mutuuario ... nel secondo caso, viceversa, ... viene riconosciuta nel dato di realtà, costituito dall'affermarsi di una progressiva centralizzazione, nei conglomerati societari, della definizione delle strategie aziendali, e nella conseguente creazione ... di canali diretti di finanziamento tra le singole unità del raggruppamento d'impresa".

24) In tal senso, Cass., sez. V, 23 maggio 1994, in *Giust. pen.*, 1995, II, c. 222 s., m. 104. Sul punto cfr. inoltre la *Relazione illustrativa del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, approvato dal Consiglio dei Ministri il 27 agosto 1993*, ne Il T. U. del credito annotato cit., p.15: "La previsione di forme di controllo sull'attività di raccolta presso soci e dipendenti -diretta alla protezione dei diritti dei soci 'prestatori'- non limita la possibilità per le cooperative non finanziarie di ricorrere al prestito da soci, nelle forme e secondo le modalità previste dalle norme vigenti". Il provvedimento del 3 marzo 1994 con il quale il CICR ha fissato i principi per le istruzioni applicative della Banca d'Italia è pubblicato in *Riv. it. del leasing*, 1994, p.477ss. con nota di LA TORRE M.R., *Brevi note sulla disciplina della raccolta del risparmio ai sensi dell'art.11 della nuova legge bancaria*.

25) Conf. ANTOLISEI-CONTI, *op. cit.*, p.389.

stessa disposizione indica tassativamente al comma 4²⁶.

Con l'art.132 il legislatore ha inteso sanzionare l'esercizio abusivo "nei confronti del pubblico" (art.106) di attività finanziaria, e cioè: di assunzione di partecipazioni, di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma, di prestazione di servizi di pagamento e di intermediazione in cambi. Detta attività, infatti, è riservata ad intermediari finanziari iscritti, come dispone il già citato art.106 l.b., "in un apposito elenco tenuto dal Ministero del tesoro, che si avvale dell'UIC". Lo stesso art.106 (co.4, lett. a) precisa che "il credito al consumo (sulla cui nozione cfr. art.121) si considera comunque esercitato nei confronti del pubblico anche quando sia limitato all'ambito dei soci", mentre la specificazione delle altre attività, per il cui esercizio si richiede l'iscrizione nell'apposito elenco, è demandata al Ministero del Tesoro che provvede dopo aver sentito la Banca d'Italia e l'UIC.

La *ratio* delle prescrizioni che derivano dall'art.106, e delle relative sanzioni contenute nell'art.132, risulta assolutamente chiara: il legislatore ha inteso colmare una lacuna dell'ordinamento che non prevedeva alcuna disci-

26) Si è osservato, a proposito delle deroghe previste dal 4° comma dell'art.11 l.b., che nonostante la seconda direttiva C.E.E. autorizzasse le eccezioni alla riserva di raccolta del risparmio a favore delle banche "a condizione che fosse disposta una tutela dei risparmiatori equivalente a quella bancaria", tale situazione non ricorre perlomeno nei casi di raccolta obbligazionaria di S.p.A. e s.a.p.a. e di raccolta effettuata ai sensi della lett. f. Si pensi, ad es., al caso delle società che vendono o finanziano la vendita a rate di autoveicoli le quali, pur svolgendo un'attività di vera e propria intermediazione creditizia, non sono sottoposte a vigilanza equivalente. Invero, la vigilanza della Consob sulle società quotate in un mercato regolamentato, si è affermato, "non può essere assimilata alla vigilanza in funzione di stabilità disposta per le imprese bancarie" v. BUSSOLETTI M, *La raccolta del risparmio fra il pubblico*, in Atti del Seminario internazionale *La Disciplina dell'attività bancaria: esperienze a confronto*, Urbino - San Marino, 20-22 ottobre 1994, p.13 del testo provv.). D'altronde, è stato rilevato, l'ampiezza delle ipotesi nelle quali il divieto di cui al 2° comma dell'art.11 l.b. non trova applicazione è tale da indurre a ritenere "più rispondente alla realtà del fenomeno una lettura 'in positivo' del combinato dei co.2 e 4, affermando che l'attività in discussione è consentita nel nostro ordinamento tanto alle banche quanto agli altri soggetti individuati nel contesto dell'art.11 co. 4", cfr. TROIANO V., *Commento all'art.11 cit.*, p.75.

plina dell'attività d'intermediazione finanziaria²⁷. Un'attività nella quale erano sempre più presenti, insieme alle banche, anche soggetti diversi i quali non erano assoggettati a nessun controllo, nonostante le dimensioni che l'attività finanziaria ormai ha assunto, e nonostante l'enorme rilevanza per l'economia nazionale degli interessi connessi al movimento di capitali.

D'altra parte, l'esigenza di attuare un sistema di controlli -anche preventivi- per tutti gli operatori finanziari discendeva anche dalla necessità di evitare discriminazioni tra soggetti che in effetti operano nel medesimo settore²⁸, e ciò al fine di scongiurare posizioni privilegiate per alcuni a svantaggio di altri, attuando una disciplina unitaria che riguardi il settore di attività e le sue specifiche caratteristiche, a prescindere dai soggetti che vi intervengono. Di qui la necessità di istituire un "apposito elenco" presso il Ministero del Tesoro, e di prevedere rigide condizioni generali per iscriversi, richiedendo specifiche qualità personali per i soggetti partecipanti al capitale sociale degli intermediari finanziari (art.108) nonché dei loro esponenti aziendali (art.109). Ed anche i soggetti che esercitano "in via prevalente, non nei confronti del pubblico" le attività indicate nell'art.106, comma 1, sono tenuti all'iscrizione in un'apposi-

27) A differenza della regolamentazione del settore bancario e della vigilanza pubblica sullo stesso, che sono state storicamente finalizzate a garantire la stabilità del sistema attraverso la tutela dei risparmiatori, per quanto riguarda gli altri intermediari finanziari -come è stato rilevato (CLEMENTE F., *Commento all'art.106*, in CAPRIGLIONE F., *Commentario cit.*, p.543)- "l'attenzione del legislatore è scaturita in primo luogo con riferimento ad esigenze di natura penalistica ... nel senso che le necessità di regolamentazione delle finanziarie sono nate, in primo luogo, in relazione al fatto che le attività poste in essere da queste società potevano (...) prestarsi ad essere realizzate in maniera tale da consentire alla ricchezza di provenienza illecita di essere 'riciclata'". Nondimeno, hanno concorso a determinare la sottoposizione delle società finanziarie ad una rigorosa vigilanza pubblica, insieme al ruolo sempre più significativo che le stesse sono venute assumendo (al punto che i movimenti di capitali da esse posti in essere possono influire sulle quotazioni internazionali della moneta: cfr. ANTOLISEI-CONTI, *op. cit.*, p.388) anche le esigenze di prevenzione di altre forme di illecito (quali, ad es., l'abusivismo bancario) e di tutela del cliente, quale "contrante debole", attraverso l'applicazione all'intero segmento finanziario dei "principi di trasparenza, correttezza e professionalità" (CLEMENTE F., *op. loc. cit.*).

28) Cfr. CAPRIGLIONE F., *Commento all'art.131 cit.*, p.651, il quale, tra l'altro, osserva che "la prospettiva di unificazione dei criteri operativi e delle tecniche applicabili nei differenti comparti del mercato è affermazione di un principio di democrazia, volto a far prevalere sugli interessi particolaristici la consapevolezza dei vantaggi derivanti da un comune sistema di controlli oggettivi".

ta sezione dell'elenco generale (art.113). Anche l'esercizio abusivo dell'attività finanziaria da parte di soggetti non iscritti nell'elenco generale, ovvero nella sezione speciale dello stesso di cui all'art. 113, è punito dall'art.132 che prevede una specifica ipotesi delittuosa che risulterà aggravata "quando il fatto è commesso adottando modalità operative tipiche delle banche o comunque idonee a trarre in inganno il pubblico circa la legittimazione allo svolgimento dell'attività bancaria".

Delicati problemi interpretativi porrà senza dubbio la determinazione del momento consumativo di tutte le tre figure di abusivismo finanziario e creditizio previste rispettivamente negli artt.130, 131 e 132 l.b. E gli aspetti più controversi, è agevole prevedere, si porranno con riferimento a due ordini di questioni: la determinazione del momento nel quale la pluralità degli atti di raccolta del risparmio ed esercizio del credito, ovvero di intermediazione finanziaria, assume le caratteristiche dell'attività tipica; e quando possa dirsi attuata "tra il pubblico" detta attività²⁹.

La legge non offre spunti e tanto meno elementi sicuri che consentano di individuare con sicurezza i limiti della condotta considerata dal legislatore. Senza dubbio, quando si parla di attività non ci si riferisce puramente e semplicemente ad una pluralità di atti, bensì ad una pluralità di atti tutti caratterizzati dalla finalità unitaria che li collega coerentemente fra loro, per modo che ciascuno di essi, pur se ricorrente con frequenza, non risulti occasionale o episodico nel contesto delle condotte realizzate dal soggetto³⁰.

Né migliori risultati garantirebbe il riferimento al concetto di "prevalenza", nel senso di dare rilevanza a quei comportamenti quando risultino preponderanti rispetto ad altri posti in essere dallo stesso soggetto. Ed infatti, anche se "all'esercizio in via prevalente" fa esplicito riferimento l'art.113, il criterio risulta empirico e certamente non idoneo a consentire di determinare con sufficiente certezza l'ambito di rilevanza dell'incriminazione. Ancora una volta, quindi, sarà l'interprete, e segnatamente la giurisprudenza, a doversi fare carico di dare contenuto e significato a norme incriminatrici formulate in termini generici, se non addirittura ambigui.

29) Sul punto v. retro, nt. 22.

30) In mancanza di una qualsiasi indicazione normativa è quindi necessario, anche dopo la riforma, fare riferimento agli sforzi interpretativi che già nella vigenza della normativa abrogata avevano attribuito all'"attività" connotati di "continuità ed ampiezza della condotta" e l'esigenza di "un minimo di organizzazione per esercitarla": v. DOLCINIE. - PALIERO C.E., *Il diritto penale bancario* cit., p.1358.

2.1.1. *La c.d. banca di fatto.*

Si è parlato sino ad ora di "autorizzazione" all'esercizio di attività bancaria. E' opportuno pertanto accennare brevemente al problema della "banca di fatto" per accertare se, con la nuova legge, siano mutati i termini della questione³¹.

Col termine "banchiere di fatto" ci si riferisce, in genere, ad un soggetto che svolge attività bancaria senza aver ottenuto la relativa autorizzazione richiesta dalla legge. La questione, che riguarda su di un piano più generale le figure dell'imprenditore, dell'amministratore di società, o del pubblico ufficiale, riguarda anche chi "di fatto" svolga attività d'intermediazione finanziaria.

Pur se in termini leggermente diversi dal passato, anche con la nuova normativa si pone il problema di stabilire se le figure di reato che qui esaminiamo possono applicarsi anche al c.d. banchiere di fatto.

Il punto più delicato, e controverso, dibattuto sotto il regime dell'ormai abrogata legge bancaria, riguardava essenzialmente la natura giuridica dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria che la vecchia legge prevedeva all'art.28³².

31) Sulla problematica della banca di fatto (prima della riforma del 1993) cfr. NAZZICONE, *Profili della "banca di fatto" nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Quaderni giuridici dell'impresa*, 1989, p.51ss. Cfr. altresì la bibliografia citata da DE VECCHIS P., *Aziende ed istituti di credito italiani*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. IV, Roma, 1988, p.32.

32) Sui diversi orientamenti circa la natura dell'autorizzazione di cui all'art.28 l.b. abr., v. D'AGOSTINO P., *I reati bancari* cit., p.83ss. Per la posizione del problema dopo la riforma del 1993 cfr., tra gli altri, CAPRIGLIONE F., *Commento all'art. 131* cit., p.649s.; ANTOLISEI - CONTI, *op. cit.*, p.31ss. Per quanto riguarda l'efficacia dell'autorizzazione, è stato osservato (AMOROSINO S., *Commento all'art.14*, in CAPRIGLIONE F., *Commentario cit.*, p.88s.) che, nel corso di quasi sessant'anni, mentre la norma dell'art.28 l.b. abr. e la struttura formale del procedimento amministrativo sono rimaste inalterate, ciò che si è modificato più volte nel tempo è la funzione cui il procedimento autorizzatorio era chiamato ad assolvere: se dagli anni '40 agli anni '70 "il rilascio delle autorizzazioni, alla costituzione e all'esercizio, era in funzione di manovra del settore", nel corso degli anni '80, anche grazie alla formalizzazione di parametri oggettivi, ai medesimi procedimenti autorizzatori fu attribuita piuttosto una "funzione di programmazione", diretta a verificare "la rispondenza di quanto richiesto ad un disegno generale di assetto/sviluppo del settore, anche se questo aveva la natura di un atto interno (esternamente rilevante, però) dell'Autorità creditizia". La relativa liberalizzazione intervenuta con l'attuazione della prima direttiva comunitaria ad opera del D.P.R. n°350/85, nel condizionare l'autorizzazione alla sussistenza di condizioni normativamente prefissate (senza per questo sottrarre alla Banca d'Italia un cospicuo margine di discrezionalità) fece venir meno la funzione di pianificazione del provvedimento autorizzatorio per sostituirla con quella di controllo circa la sussistenza dei requisiti richiesti.

In particolare ci si chiedeva se l'autorizzazione in parola avesse natura costitutiva³³ oppure solo cautelativa³⁴, e se quindi la mancanza di essa comportasse l'inesistenza dell'impresa che esercitava di fatto attività bancaria, ovvero se con l'atto abilitativo previsto dal citato art.28, non venissero conferiti diritti e poteri, bensì si tutelasse un duplice interesse: garantire i risparmiatori ed assicurare un più efficace controllo da parte della Banca d'Italia.

La giurisprudenza seguì un orientamento oscillante, e la giurisprudenza civile condivise posizioni radicalmente discordi rispetto a quelle dei giudici penali.

Il problema, sotto l'abrogata normativa, si poneva in termini controversi soprattutto per il carattere accentuatamente discrezionale del rilascio dell'atto autorizzativo di competenza della Banca d'Italia³⁵.

Oggi invece, con la nuova legge ed anche in applicazione della prima direttiva comunitaria³⁶, l'intervento della Banca d'Italia ha natura di accerta-

33) In questo senso DE VECCHIS P., *Aziende ed istituti di credito italiani*, cit., pp.3s., 32ss.. Afferma l'A. che "Il rilievo essenziale dell'autorizzazione alla costituzione nell'individuazione della fattispecie e nella stessa costruzione della definizione di ente creditizio risulta ancor più evidente argomentando a contrario. Il venir meno dell'autorizzazione, o per revoca e conseguente collocazione in liquidazione coatta amministrativa (...) o per volontaria liquidazione, comporta il cessare dello status di azienda o istituto di credito (...), anche se non implica ugualmente il venir meno dell'assoggettamento agli speciali poteri di supremazia riconosciuti alle autorità di vigilanza" (ivi, p. 4).

34) E' la tesi condivisa già prima della nuova l.b. da ANTOLISEI - CONTI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. I, 8ª ed., Milano, 1993 p.29ss. e, a maggior ragione, confermata dopo l'emanazione della attuale normativa (ID., *op. cit.*, p.30ss.).

35) In particolare, prima che venissero adottati, negli anni '80 alcuni "meccanismi di autolimitazione della discrezionalità" (quali i c.d. "piani sportelli" annuali) il rilascio delle autorizzazioni di cui all'art.28 l.b. abr. aveva indubbiamente natura costitutiva del diritto e dell'esercizio dell'impresa. In particolare, è da rilevare che i parametri in base ai quali la Banca d'Italia rilasciava o negava l'autorizzazione per lungo tempo non furono né rigidamente predeterminati né pubblicizzati e tantomeno venivano utilizzati per motivare l'accoglimento o il rigetto delle istanze: cfr. AMOROSINO S., *Commento all'art.14 cit.*, p.89

36) Si tratta della direttiva C.E.E. n°780/77, che ha trovato applicazione nel nostro Paese ad opera del D.P.R. n°350/85 (emanato sulla base della legge di delega n°74/85), e che ha introdotto il principio secondo il quale l'autorizzazione va concessa sulla base di requisiti oggettivi, senza riguardo alle esigenze economiche del mercato (cfr. D'AGOSTINO P., *I reati bancari cit.*, p.93s.). Tale principio è stato confermato dalla successiva direttiva C.E.E. n°646/89 (II direttiva C.E.E.) alla cui attuazione il Governo è stato delegato con l. n°142/1992. Un passo indietro si ritiene sia stato compiuto proprio con l'entrata in vigore del d. lgs. n°481/92 (emanato in attuazione della II direttiva C.E.E.) il quale, all'art. 17, rinviava a direttive da emanarsi dal C.I.C.R. e affermava che la Banca d'Italia rilasciava l'autorizza-

mento tecnico volto a controllare se ricorrano i requisiti previsti tassativamente dalla legge per il rilascio dell'autorizzazione³⁷.

L'art.14 del T.U., secondo il quale la Banca d'Italia autorizza l'attività bancaria quando ricorrano le specifiche condizioni ivi indicate, e la nega quando dalla verifica delle stesse condizioni "non risulti garantita la sana e prudente gestione"³⁸, risolve a nostro avviso il problema, dal momento che col nuovo sistema l'atto che abilita all'esercizio dell'attività bancaria si caratterizza come vera e propria autorizzazione; come un atto cioè che non è costitutivo di diritti come la concessione, ma che piuttosto, accertata la sussistenza di determinate condizioni che ne garantiscano l'uso corretto, conferisce la facoltà di esercitare un diritto. Ed infatti, il tenore letterale dell'art.14 sembra dare ragione a quella dottrina secondo cui, quando ricorrano le condizioni per una gestione sana e corretta secondo parametri fissati dalla stessa legge, l'atto autorizzatorio sarebbe atto dovuto³⁹. E l'art.10, nel dichiarare che l'attività bancaria "ha caratte-

zione "ove ricorrano le condizioni atte a garantire una gestione sana e prudente", di tal guisa reintroducendo la discrezionalità dell'autorizzazione, che la direttiva n°780/77 e la legge n°74/85 avevano imposto di espungere dal sistema giuridico. Secondo alcuni anche il nuovo T.U., soprattutto in considerazione del disposto dell'art.14 co.2, ha inteso mantenere il carattere discrezionale dell'autorizzazione della Banca d'Italia: per tali valutazioni, cfr. GUARINO G., *L'armonizzazione della legislazione bancaria: la revisione dell'ordinamento bancario del 1936*, in Atti del convegno su *La nuova legge bancaria: disciplina e controllo dell'attività delle banche e degli intermediari creditizi*, Milano, 14 e 15 Ottobre 1993, p.28ss. e p.35ss.; v. in senso conforme MINERVINI G., *L'armonizzazione* cit., ivi, p.21 dattil., secondo il quale, dopo l'adozione del criterio della "sana e prudente gestione" effettuato dal d. lgs. n°481/92 in misura eccedente il rigore della II direttiva C.E.E., "il legislatore delegato del Testo Unico si è entusiasmato, e ne ha fatto il 'principio chiave' della sua normativa", tanto che denunzierebbe un'"indole squisitamente formale" la precisazione (piuttosto una "giustificazione", secondo l'A., con la quale il legislatore cercherebbe di "nascondersi dietro un dito") cui si ricorre nella Relazione in margine all'art.56 l.b., laddove si afferma che "in linea con il principio della natura imprenditoriale dell'attività bancaria, il vaglio della Banca d'Italia non si sostanzia in una approvazione, « nascondersi dietro un dito" cui si ricorre nella Relazione in margine all'art. 56 l.b., laddove si afferma che "in linea con il principio della natura imprenditoriale dell'attività bancaria, il vaglio della Banca d'Italia non si sostanzia in una approvazione, bensì in un accertamento di congruenza delle modificazioni statutarie con la sana e prudente gestione della banca" (v. *Relazione illustrativa*, cit., p.65).

37) V., sul punto, AMOROSINO S., *Commento all'art.14* cit., p.88ss.

38) Lamenta l'indeterminatezza della nozione di "sana e prudente gestione", ZITO, *Prime riflessioni sui profili pubblicistici della nuova legge bancaria*, nella relazione al seminario *La nuova disciplina del mercato creditizio*, tenuto a Roma il 6 dicembre 1993, a cura del "Centro Vittorio Bachelet".

39) Per la qualificazione dell'autorizzazione in termini di "atto dovuto", già prima della nuova l.b., v. Cass., Sez. Un., 23 maggio 1987, in *Foro it.*, 1987, II, p.481.

re d'impresa", conferma decisamente, anche se indirettamente, la natura di autorizzazione dell'atto abilitativo. Ecco perché, in questa prospettiva, risulta coerente la disposizione dell'art.135 che estende agli esponenti bancari le disposizioni del codice civile che prevedono figure di reati societari.

Le considerazioni che precedono consentono di ritenere che con la nuova legge la responsabilità penale si estende anche a quei soggetti che "di fatto" esercitano attività bancaria o finanziaria. Ovviamente la sussistenza di una "banca di fatto" andrà accertata dal giudice penale caso per caso e con estremo rigore, acclarando innanzitutto il carattere continuativo dell'attività stessa, la sua peculiare natura creditizia e le operazioni effettuate, l'assetto organizzativo destinato a svolgere l'attività bancaria in entrambi i suoi due aspetti tipici indicati dall'art.10 l.b.

2.1.2. *La denominazione abusiva.*

Un cenno a parte, nell'ambito delle condotte di abusivismo bancario, merita l'ipotesi delittuosa prevista dall'art. 133 l.b. che punisce l'utilizzazione abusiva, nella denominazione o in qualsivoglia segno distintivo o comunicazione rivolta al pubblico, di parole quali "banca", "banco", "credito", "risparmio", ovvero di altre parole o locuzioni, anche in lingua straniera⁴⁰, idonee a trarre in inganno sulla legittimazione allo svolgimento dell'attività bancaria.

La specificità del reato in esame consiste principalmente nel fatto che l'abuso non riguarda l'esercizio di attività bancaria o finanziaria, bensì soltanto l'uso⁴¹ di una delle predette denominazioni che sono espressamente riservate alle banche (art.133). Ed infatti, nel caso in cui una delle parole come "banca", "credito" etc. venga adoperata da parte di chi abusivamente eserciti anche l'attività bancaria (art.131), l'abuso di denominazioni riservate deve ritenersi assorbito nella più ampia fattispecie che prevede l'abusivo esercizio di attività. Invero, considerato che l'attività bancaria, almeno per ciò che concerne la "rac-

40) E' stato ipotizzato (v. ANTOLISEI F. - CONTI L., *Manuale dir. pen. Leggi compl.*, vol. I cit., p.410s., nt. 2) che ad indurre i compilatori del nuovo Testo Unico ad operare un espresso riferimento anche a locuzioni straniere sia stato verosimilmente il precedente costituito dalla sentenza Pret. Napoli, 2 novembre 1974, in *Giur. comm.*, 1974, II, p.643; cfr. ivi PATALANO V., *Abuso di denominazioni sociali riservate ad azienda di credito (art. 96 e 2 legge banc.) e idoneità dell'azione.*

41) Con il riferirsi all'"uso", non solo nella denominazione, ma anche "in qualsivoglia segno distintivo o comunicazione rivolta al pubblico", la nuova fattispecie riguarda senza dubbio un ambito di applicazione più ampio rispetto alla disciplina precedente: cfr. TIMO C., *La "denominazione abusiva"* in AA.VV., *Diritto penale e attività bancaria*, cit., p.298

colta del risparmio" (artt. 11 e 131 l.b.), per essere abusiva deve avvenire "tra il pubblico", l'uso di denominazioni idonee a conseguire lo scopo deve ritenersi come una modalità quasi obbligata della condotta di attività bancaria abusiva.

Ad una prima lettura potrebbe risultare in contrasto col principio di stretta legalità l'estensione del divieto anche ad "altre parole o locuzioni, anche in lingua straniera" (art. 133 l.b.). In tal modo, infatti, si lascia al giudice un potere estremamente ampio nella determinazione di un elemento di fondamentale importanza ai fini della configurabilità del fatto tipico⁴².

Il rilievo -tuttavia- sembra agevolmente superabile ove si consideri che il divieto riguarda non qualsiasi altra "parola" o "locuzione", bensì soltanto quelle che risultino "idonee a trarre in inganno sulla legittimazione allo svolgimento dell'attività bancaria".

Appare chiara in tal modo non soltanto la ragione dell'incriminazione, bensì anche la connessione sistematica tra le figure previste negli artt. 130 e 131 e quella prevista nell'art. 133. Con quest'ultima, infatti, il legislatore ha inteso punire condotte che, traendo in inganno sulla legittimazione degli autori dell'abusiva denominazione a svolgere attività bancaria, possono incrinare la fiducia nel sistema creditizio⁴³, ovvero determinare disorientamenti nel settore e, quindi, danno all'economia.

Il requisito dell'idoneità a trarre in inganno; ancorché potrebbe apparire superfluo, considerato il principio generale di cui all'art. 49 c.p.⁴⁴, risulta opportuno perché consente di individuare l'oggetto tutelato dalla norma incriminatrice, evitando così applicazioni formalistiche della norma che, ad esempio, potrebbero far ritenere vietate anche denominazioni quali "banco del lotto", "banca degli occhi" e così via. L'idoneità a trarre in inganno, poi, deve riguardare la legittimazione ad esercitare l'attività bancaria nel suo complesso, quindi sia la raccolta del risparmio che l'erogazione del credito.

42) Cfr. CHIARAVIGLIO L., *Aspetti particolari della disciplina penale delle aziende di credito*, in AA.VV., *Scritti in onore di G. Dell'Amore*, Milano, 1969, p.690; D'AGOSTINO P., *I reati bancari*, cit., p.138.

43) Ritiene che la norma in esame potrebbe ricondursi alla categoria dei Vage Verbrechen (sulla cui nozione v. FIORE C., *Diritto penale, pt. gen.*, vol. I, Torino, 1993, p.161; MANTOVANI F., *Diritto penale*, 3ª ed., Padova, 1992, p.239) in quanto destinata a "tutelare l'affidamento, la 'fede pubblica', dei risparmiatori e degli operatori economici", TIMO C., *La "denominazione abusiva"*, cit., p.305.

44) Cfr. ANTOLISEI-CONTI, *Manuale, pt. spec.* cit., p.410s.; PATALANO V., *Abuso di denominazioni* cit., p.647; RUTA G., *Lineamenti di legislazione bancaria*, Roma, 1965, p.44

2.2. Ostacolo o elusione di funzioni di vigilanza o di controllo.

Uno dei capitoli di più grande rilevanza nel diritto penale economico, è costituito senza dubbio da reati in materia di comunicazioni sociali omesse o non rispondenti al vero. Ed in tal senso la figura di reato più significativa al riguardo è rappresentata di sicuro dal delitto di false comunicazioni sociali previsto dall'art.2621 c.c., un autentico modello legislativo cui, più o meno esplicitamente, si rifanno una serie di altre ipotesi incriminatrici⁴⁵, e tra queste anche quelle previste dalla legge bancaria agli artt.134 ("Tutela dell'attività di vigilanza bancaria e finanziaria"), 137 ("Mendacio e falso interno bancario"), 138 ("Aggiotaggio bancario"), 141 ("Omesse o false comunicazioni relative a intermediari finanziari"), cui vanno aggiunti gli artt.139 e 140, ed ancora l'art.141, relativamente all'omessa comunicazione di notizie obbligatorie⁴⁶.

Il carattere che accomuna tutte queste ipotesi è rappresentato dal fatto che la condotta riguarda la comunicazione di notizie non veritiere, ovvero l'omessa comunicazione di notizie e dati rilevanti, commessa ai fini o di eludere l'attività di controllo esercitata dalla Banca d'Italia sugli istituti di credito, o di ottenere concessioni di credito, o di ottenerle a condizioni più vantaggiose, o di turbare i mercati finanziari, ovvero di menomare la fiducia del pubblico. Come per tutti i reati di falso, anche in questo caso l'oggetto della tutela è costituito dall'affidamento che i destinatari della comunicazione, nel perseguimento di finalità connesse all'attività bancaria, ripongono nella veridicità della stessa⁴⁷. Così l'art.134 non mira a garantire l'astratta autenticità dei

45) A tal proposito, il Conti (ANTOLISEI-CONTI, *op. cit.*, p.114) constata la progressiva erosione cui la norma incriminatrice dell'art.2621 n°1 c.c. è stata sottoposta ad opera di "una serie di delitti, contravvenzioni e illeciti amministrativi, distinti sia per il diverso oggetto della comunicazione, sia per la diversa autorità cui la medesima è indirizzata", ciò che l'avrebbe trasformata in "norma di chiusura o residuale". A riprova di ciò, l'Autore osserva come "la dottrina più recente si sia data carico di ricostruire l'esatto ambito di applicazione" della norma "attraverso la ricerca della sfera di azione degli altri illeciti penali in materia di comunicazioni non rispondenti al vero" (ivi, p.115, nt. 1).

46) Sulle analogie riguardanti la condotta incriminata e sulle parziali coincidenze di oggettività giuridica esistenti tra le fattispecie dell'art.134, da un lato, e gli artt.139, 140 e 141, dall'altro, cfr. la relazione di MEYER A., *La tutela penale dell'attività di vigilanza*, tenuta nel corso del Seminario internazionale *La Disciplina dell'attività bancaria: esperienze a confronto*, Urbino - San Marino, 20-22 ottobre 1994, p.4 (datt.).

47) Non diversamente da come avviene nel delitto di false comunicazioni sociali: sul punto si rinvia a PATALANO V., *Bene giuridico e dolo nel delitto di false comunicazioni sociali*, Napoli, 1967, p.68ss.; v. altresì MUSCO E., *Bilanci "anomali" e false comunicazioni sociali: identificazione inevitabile?*, in *Giur. comm.*, 1981, II, p.510.

dati esposti alla Banca d'Italia, e non tutela neanche l'attività di vigilanza bancaria⁴⁸, ma prevede una fattispecie di pericolo diretta a predisporre una tutela preventiva ed anticipata dei beni-interessi (dell'economia nazionale, dei risparmiatori, dei soci e così via) per la cui salvaguardia è previsto un sistema di controlli estremamente rigoroso.

2.3. *Aggressione al patrimonio della banca.*

Le medesime considerazioni valgono per il mendacio ed il falso interno bancario, dove lo scopo dell'incriminazione non va ravvisato nell'esigenza di punire la falsa dichiarazione in se stessa considerata⁴⁹. Anche qui, come in altre ipotesi di questa legge, il legislatore punisce una condotta prodromica diretta ad attuare, nell'art. 137, una tutela "anticipata" del patrimonio della banca, per il pericolo cui si trovano esposte le risorse finanziarie della banca per il fatto che la rappresentazione di dati non rispondenti al vero sulle condizioni economiche del richiedente potrebbe far conseguire a quest'ultimo affidamenti non dovuti⁵⁰.

Si tratta, com'è facilmente desumibile dal tenore letterale della disposizione in esame, di una fattispecie di pericolo astratto⁵¹. La legge infatti non fa

48) *Contra*, v. *Relazione illustrativa del testo unico* cit., p.154: "la norma mira alla salvaguardia dell'attività di vigilanza, riproponendo per la stessa un apparato sanzionatorio articolato ed efficace ... Gli interventi operati... sono finalizzati a garantire la massima tutela dell'attività di vigilanza nell'ambito del nuovo quadro della legislazione bancaria e creditizia". Ritiene che le due fattispecie dell'art.134 l.b. siano poste a tutela "dell'attività di vigilanza svolta dall'organo pubblico" anche MEYER A., *La tutela penale* cit., p.1ss.

49) A differenza di quanto avviene nel delitto di truffa, infatti, nel mendacio bancario l'indagine sulla concreta idoneità ad ingannare non riveste alcuna importanza, dal momento che - come è stato rilevato (cfr. PALOMBI E., *L'oggetto della tutela nel mendacio bancario*, in AA.VV., *Diritto penale e attività bancaria* cit., p. 213; ID., n. mendacio bancario, *Relazione al Seminario internazionale La disciplina penale dell'attività bancaria* cit., p.4 del datt.)- la condotta incriminata "si esaurisce nel fornire dati e notizie false al fine di ottenere il credito".

50) In senso sostanzialmente analogo, v. ANTOLISEI F. - CONTI L., *Manuale dir. pen. Leggi compl.*, vol. I cit., pp.167-168, il quale ritiene che nel caso dell'art.137, co.1, l.b. ci si trovi in presenza di un reato plurioffensivo, nel quale l'interesse specifico tutelato va ravvisato "tanto nella tutela della pubblica economia (attraverso la protezione dell'attività creditizia), quanto in quella del patrimonio della banca, che potrebbe essere pregiudicato da concessioni di fido determinate da false attestazioni".

51) Cfr. PALOMBI E., *L'oggetto della tutela*, loc. cit., il quale ritiene indispensabile ai fini dell'integrazione del reato di mendacio bancario "il giudizio sull'astratta idoneità della condotta".

alcun riferimento alla concreta probabilità del danno per il patrimonio della banca. In effetti, ai fini della configurabilità del mendacio bancario, la condotta descritta dall'art.137 assume rilevanza penale prima che il creditore risulti insolvente, e addirittura prima, e a prescindere, dall'erogazione stessa del credito, e quindi a prescindere dal danno patrimoniale effettivamente verificatosi per la banca, ed anche a prescindere dall'effettività del pericolo al quale lo stesso patrimonio risulti esposto.

Al di là, quindi, della formulazione che richiama immediatamente quella utilizzata dall'art.2621 c.c., nell'art.137 sembra che il legislatore abbia inteso punire una condotta di truffa contrattuale⁵² secondo lo schema dell'attentato⁵³. Difatti, l'esposizione di fatti non rispondenti al vero sulle condizioni economiche al fine di ottenere concessioni, o più vantaggiose condizioni di credito, si sostanzia in una condotta di veri e propri artifici e raggiri diretti a far concludere al banchiere un contratto che questi, se conoscesse l'effettiva situazione economica del richiedente, non concederebbe, ovvero concederebbe a condizioni diverse. A differenza di quanto avviene nella truffa contrattuale, tuttavia, qui non è necessario che si verifichino il profitto dell'agente ed il danno altrui⁵⁴. Ed infatti, come abbiamo detto, l'art.137 prevede un reato di attentato. La punibilità della condotta a titolo di dolo specifico ("al fine di ottenere...")

52) Si tratta, in particolare, di una forma di truffa contrattuale nella quale la fattispecie risulta caratterizzata "dalla condotta anti-giuridica e contro buona fede che altera l'equilibrio contrattuale esistente inducendo la controparte a prestare un consenso lesivo di interessi che l'ordinamento giuridico di una società storicamente condizionata, favorisce e protegge con le sue norme". In tal senso, SAMMARCO G., *La truffa contrattuale*, Milano, 1988.

53) Che si tratti di una fattispecie di attentato è confermato dalla mancata previsione di una ipotesi aggravata di mendacio bancario qualora sia configurabile un danno patrimoniale per la banca. In tal caso, infatti, in virtù della clausola di riserva relativa prevista dall'art.137 l.b., dovrebbe applicarsi l'art.640 c.p. Sulla problematica relativa al delitto di attentato, v. le sent. delle Sez. Un. penali della Cass., 19 giugno 1957 e 14 agosto 1970; ZUCCALÀ G., *Considerazioni critiche sul principio di necessaria offensività del reato*, in AA.VV., *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela*, a cura di M. De Acutis e G. Palombarini, Padova, 1984, p.283ss. (ora in Studi in memoria di G. Delitala). Per la distinzione dei delitti di attentato da quelli di pericolo cfr. PATALANO V., *Significato e limiti della dommatica del reato di pericolo*, Napoli, 1975.

54) Nella truffa, infatti, è necessario che il pregiudizio subito dal soggetto passivo sia di carattere patrimoniale, poiché il danno rilevante ai fini dell'integrazione della fattispecie dell'art.640 c.p. non può consistere nella semplice "offesa dell'interesse ad una libera motivazione, che rispetto agli interessi patrimoniali ha un mero valore strumentale". In tal senso, PEDRAZZI C., *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955, p.15.

fornisce poi un prezioso elemento interpretativo per l'individuazione dell'oggetto della tutela. Va escluso qui infatti ogni diretto riferimento al patrimonio, che potrebbe anche non risultare danneggiato dall'azione del colpevole, e nemmeno concretamente posto in pericolo. Scartata ancora la possibilità di fare ricorso ad oggetti di tutela assolutamente evanescenti quali, ad esempio, la "correttezza", la "funzione del credito" e simili, l'oggetto della tutela, in considerazione sia della specificità dell'elemento soggettivo che delle modalità della condotta, non può non individuarsi nella libertà di formazione del consenso che è caratteristica di tutte le attività negoziali⁵⁵, ed anche di quelle bancarie; consenso che risulta viziato dall'attività ingannatoria dell'agente.

E' opportuno rilevare come anche l'ingiustificata assunzione di obbligazioni, in quanto conseguenza di un'attività fraudolenta dell'altro contraente, costituisca già di per sè un danno e possa far configurare la truffa nella sua forma contrattuale. E la sottoscrizione da parte della banca di un contratto di mutuo, o di affidamento, rappresenta certamente fonte di obbligazioni per la banca stessa. Così, è stata ritenuta la sussistenza del delitto di cui all'art.640 c.p. nel caso in cui un soggetto abbia ottenuto credito da una banca dando in pegno quadri falsi⁵⁶; e ciò anche se il debitore, poi, aveva puntualmente onorato le obbligazioni assunte. In questo caso, secondo lo schema consueto della truffa contrattuale, il vantaggio dell'agente è stato individuato nel prestito su pegno ottenuto, mentre il danno della banca è stato ravvisato nel fatto che l'istituto di credito aveva sottoscritto un contratto, e quindi aveva assunto obbligazioni, che senza l'inganno non avrebbe mai sottoscritto, e che perciò risultano ingiustificate. L'art.137 della legge che qui stiamo esaminando, quindi, contiene una forma anticipata di tutela rispetto alla lesione del patrimonio della banca; danno patrimoniale che nella struttura dell'incriminazione si configura come assolutamente eventuale, nel senso che ai fini della configurabilità dell'illecito non è necessario accertare neanche la probabilità (pericolo concreto) del suo verificarsi. In sostanza l'art.137, seguendo un orientamento ormai frequente nella legislazione speciale, punisce una condotta prodromica che assume un proprio autonomo significato di disvalore in considerazione dell'intento specifico da cui è mosso l'agente.

Per concludere sull'art.137, va rilevata un'altra singolarità di questa disposizione che punisce a titolo contravvenzionale il c.d. mendacio interno, e

55) DE MARSICO A., *Delitti contro il patrimonio*, Napoli, 1940, p.186.

56) Cass., Sez. I, 4 maggio 1987, Lombardi, in *Cass. pen.*, 1988, p.1448.

invece come “delitto” l’ipotesi in cui il mendacio provenga da soggetti esterni alla banca. Non sfuggirà, infatti, che sotto un certo profilo la condotta del dipendente, legato alla banca da uno specifico dovere di fedeltà e da un rapporto di fiducia, dovrebbe risultare più grave dell’ipotesi in cui il fatto venga commesso da chi non è legato alla banca dai medesimi vincoli.

Nel caso di specie poi, a sostegno delle scelte del legislatore, non può invocarsi nemmeno la maggiore duttilità delle incriminazioni contravvenzionali rispetto a quelle delittuose, in considerazione del fatto che nelle prime, per il principio sancito nell’ultimo comma dell’art.42 c.p., è indifferente che il soggetto abbia realizzato il fatto con dolo o colpa. Ed infatti, nell’art.137 n°2, è senza ombra di dubbio prevista un’ipotesi contravvenzionale dolosa⁵⁷ come risulta inequivocabilmente dal fatto che la legge richiede che l’omessa segnalazione di dati e notizie riguardanti la situazione economica del richiedente il fido avvenga, da parte del dipendente, consapevolmente, avendo cioè piena conoscenza delle condizioni economiche del richiedente stesso, e con la consapevolezza di violare il dovere funzionale di informazione esauriente e completa.

2.3.1. *Obbligazioni degli esponenti aziendali (art.136).*

A proposito di tutela preventiva del patrimonio della banca da attacchi che potrebbero venire dall’interno della banca stessa, dobbiamo occuparci ora delle condotte punite dall’art.136 che prevede a carico di amministratori, direttori o soggetti che svolgono “funzioni di controllo”, il divieto di contrarre - direttamente o indirettamente- obbligazioni di qualsiasi natura con la banca e di concludere compravendite, a meno che non sia intervenuto il voto favorevole ed unanime di tutti i componenti il Consiglio di amministrazione o dell’organo di controllo. Il secondo comma estende lo stesso divieto anche a coloro che svolgono le medesime funzioni in società riunite in gruppo bancario per

57) In tal senso, v. ANTOLISEI - CONTI, *op. cit.*, p. 320. Sulla sussistenza di contravvenzioni che si configurano soltanto quando il soggetto abbia agito con dolo (si pensi alla pubblicazione o diffusione di notizie false, esagerate o tendenziose, atte a turbare l’ordine pubblico di cui all’art.656 c.p.), cfr. VANNINI O., *Dolo o colpa nelle contravvenzioni*, in *Riv. pen.*, 1935, p.135, il quale, in riferimento alla contravvenzione dell’art.660 c.p., osserva che, “richiedendo la norma, come estremo soggettivo essenziale, un fine o dolo specifico (...), non sia quest’ultimo pensabile altrimenti che in unione al dolo generico”; cfr. altresì PADOVANI T., *Delitti e contravvenzioni*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1989, p.336. In giurisprudenza, cfr. Cass., Sez. III, 25 novembre 1965, Picarella, in *Giust. pen.*, 1967, II, c. 122

operazioni poste in essere anche all'interno del gruppo.

La *ratio* della disposizione, che sotto alcuni aspetti richiama l'art.2624 c.c., ed indirettamente le ipotesi previste dagli artt.2391 e 2631 c.c., nonché quella contenuta nell'ormai abrogato art.93 l.b., va individuata nella necessità di predisporre una tutela anticipata del patrimonio della banca da condotte di approfittamento poste in essere da esponenti societari. Il divieto, che tra l'altro mira ad attuare un'esigenza di trasparenza, riguarda le obbligazioni "di qualsiasi natura" che non possono essere contratte, come si è già accennato, né direttamente, né indirettamente. La riproposizione di quest'ultimo avverbio, già presente nel combinato disposto degli artt.38 e 93 l.b. abrogata, probabilmente riproporrà la *querelle* sui limiti del divieto normativo, con ulteriori complicazioni derivanti dal suo inserimento nella problematica della gestione dei gruppi creditizi⁵⁸.

L'art.136, ancora una volta, configura un'ipotesi delittuosa di pericolo astratto⁵⁹. Ne è riprova il fatto che non è richiesto alcun accertamento sul ri-

58) Sul punto, v. ROSSI VANNINI A. *L'art.36* cit., p.94ss. Per ciò che concerne il dibattito sviluppatosi nella vigenza della vecchia legge bancaria, cfr. LA VILLA G., *Art.38 legge bancaria e obbligazioni contratte "indirettamente"*, in *Giur. comm.*, 1979, II, p.641, secondo il quale per il perfezionamento della fattispecie basterebbe il semplice cumulo, nel medesimo soggetto, di cariche direttive o di controllo presso gli organi sociali di entrambi i contraenti, a prescindere da un'eventuale partecipazione dello stesso al capitale della società controparte della banca. Alcuni autori (cfr., tra gli altri, MOLLE G., *Considerazioni sull'art.38 della legge bancaria*, in *Bancaria*, 1974 p.787; CRESPIA., *Assunzione indiretta di obbligazioni prevista dall'art.38 della legge bancaria in un recente responso giudiziario*, in *Riv. soc.*, 1976, p.879) hanno ritenuto necessario, ai fini dell'integrazione del reato "proprio" di cui si tratta, che il soggetto qualificato fosse comunque detentore di una quota di controllo dell'altra società contraente (in tal senso si pronunciò anche la S.C.: v. Cass., sez. V, 20 maggio 1980, in *Cass. pen.*, 1982, p.85). Un terzo indirizzo dottrinario reputò infine che solo in presenza di una partecipazione totalitaria al capitale della società affidata si potesse ritenere realizzato il delitto *de quo* (cfr., per tutti, BRICOLA F., *Gli illeciti rapporti patrimoniali fra dirigenza e azienda di credito*, in AA.VV., *La responsabilità penale degli operatori bancari*, a cura di M. Romano, cit., p.146ss.).

59) Possono farsi valere, con riferimento alla norma *de quo*, le valutazioni operate dalla dottrina rispetto al tipo di offesa presupposto dall'art.2624 c.c., individuato talvolta in una presunzione assoluta *ex lege* di conflitto d'interessi (FOFFANI L., *Le fattispecie di infedeltà patrimoniale degli organi sociali*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, diretta da F. BRICOLA e V. ZAGREBELSKY, vol. II, *I reati societari e la tutela del mercato mobiliare*, a cura di N. MAZZACUVA, (NAPOLEONI V., *I reati societari*, vol. II, *Infedeltà e abusi di potere*, Milano, 1992, p.89). Anche in riferimento all'art.36, d. lgs. n°481/1992 (norma trasfusa, con variazioni che sul punto non modificano alcunché, nell'art.136 l. b.) si è ritenuto che la fattispecie mantenesse i "connotati" di un delitto di pericolo presunto (cfr. ROSSI VANNINI A., *L'art.36* cit., pp.93-94).

schio dell'operazione o sulla sua convenienza per la banca⁶⁰. Il reato quindi si configurerebbe anche se si dovesse trattare di operazioni vantaggiose per la banca⁶¹.

Anche in questo caso, quindi, il requisito della trasparenza nella conduzione dei rapporti bancari si rivela come un bene strumentale diretto alla tutela di beni fondamentali per l'impresa bancaria. Il rispetto di forme e procedure tassativamente prescritte, infatti, garantisce all'esterno (verso i soci, gli eventuali creditori, gli operatori in genere) la correttezza della gestione, allontanando il sospetto che esponenti di rilievo dell'ente creditizio possano approfittare del patrimonio della banca, strumentalizzando la carica ricoperta.

La norma prevede, come si è detto che il divieto venga meno quando sull'operazione sia intervenuta la delibera favorevole, adottata all'unanimità, dell'organo di amministrazione e dell'organo di controllo. La previsione, evidentemente, intende consentire una valutazione preventiva della convenienza dell'operazione⁶² che, come si è detto, potrebbe anche risultare vantaggiosa per la banca. E, d'altra parte, sarebbe assurdo pretendere che l'amministratore o un direttore, per ottenere un mutuo, si debbano rivolgere ad una banca con-

60) "Sicché la mancanza di una valida delibera renderebbe penalmente illecita anche quella operazione che non solo *ex post*, ma anche *ex ante* non si riveli pericolosa per la banca": BARTULLI A., *Responsabilità penali*, cit., p.6 del dattil. In tale ipotesi, tuttavia, vi è chi ha ventilato una possibile applicazione, come causa di esclusione della punibilità, dell'art.49 co.2, c.p.: in tal senso, v. ROSSI VANNINI A., *ult. loc. cit.* Eppure, trattandosi di un tipico reato ostativo, l'applicabilità dell'art.49 cpv. c.p. quale limite esterno scriminante appare problematica: cfr. MANTOVANI F., *Diritto penale, parte generale*, Padova, 1988, p.203. Cfr. tuttavia la posizione espressa da FIORE C., *Diritto penale, parte generale*, vol. I, cit., p.286ss., il quale osserva come, alla stregua della collocazione sistematica che la "concezione realistica" del reato assegna all'art.49 co.2 c.p., non possa "ravvisarsi illecito penale, là dove non solo manchi una lesione effettiva del bene tutelato, ma neppure vi era la possibilità che una tale lesione, sotto forma di pericolo, si determinasse come conseguenza dell'azione od omissione".

61) Così come si ritiene che avvenga anche nelle ipotesi che ricadono sotto la disciplina dell'art.2624 c.c. in caso di comportamenti che, sebbene conformi al tipo legale, si dimostrino tuttavia vantaggiosi per l'ente: cfr. ANTOLISEI-CONTI, *op. cit.*, 9ª ed., p.296.

62) Si tratta cioè di un "filtro" che dovrebbe consentire una valutazione della pericolosità in concreto dell'operazione? Non per questo, però, la norma dell'art.136 l.b. può classificarsi tra i reati di pericolo concreto: cfr., sul punto, BARTULLI A., *ult. loc. cit.* Cfr. altresì BRICOLA F., *Gli illeciti rapporti patrimoniali fra dirigenza e azienda di credito*, cit., p. 132; D'AGOSTINO P., *I reati bancari* cit., p.106.

corrente, magari avvantaggiandola⁶³.

Su di un piano realistico, tuttavia, non può non rilevarsi che il divieto in questione può risultare assolutamente simbolico, se valutato in relazione alla possibilità di eludere le prescrizioni della legge mediante reciproche delibere di approvazione tra i diversi componenti dell'organo collegiale⁶⁴.

E' proprio per tentare di scongiurare questo pericolo, riteniamo, che la legge (art.136) richiede l'unanimità dei consensi per la delibera di approvazione da parte dell'organo di amministrazione e pretende il voto favorevole di tutti i componenti dell'organo di controllo, e non soltanto l'unanimità dei presenti alla delibera⁶⁵. Le deliberazioni sulle obbligazioni contratte dalla banca con i soggetti indicati, quindi, per essere approvate hanno bisogno del voto favorevole ed unanime degli intervenuti (nel numero legale richiesto) tra i componenti dell'organo di amministrazione, e del voto favorevole di tutti i componenti dell'organo di controllo. Ovviamente, come precisa la stessa disposizione in esame⁶⁶, restano fermi gli obblighi di astensione dal voto previsti dalla legge⁶⁷ (cfr., ad es., art.2391 c.c.) per l'interessato alla delibera. L'unanimità, quindi, va computata escludendo l'interessato che, avendo il dovere di astenersi, per legge deve ritenersi escluso dal voto.

63) E' questo il motivo per il quale, nonostante la *eadem ratio* che accomuna la norma in esame all'art.2624 c.c., a differenza di quest'ultima la disposizione del T.U. (così come quella immediatamente precedente dell'art.36, d. lgs. n°481/1992 e l'art.38 della l.b. del 1936) non esclude del tutto, pur circondandola di speciali cautele, la possibilità per le aziende di credito di concludere rapporti patrimoniali con soggetti che all'interno di esse svolgono funzioni esponenziali o di rilievo: cfr. ANTOLISEI-CONTI, *op. cit.*, 9^a ed., p.301.

64) Proprio la possibile alternanza di ruoli, nel tempo, tra soggetti autorizzati e autorizzandi, ha indotto la dottrina a criticare tale meccanismo di controllo: cfr., tra gli altri, BARTULLI A., *Responsabilità penali cit.*, p.6.

65) In tal senso, v. ANTOLISEI-CONTI, *op. cit.*, 9^a ed., p.301 e nt. 33 (e, con riferimento all'art.38 l.b. abrogata, v. la bibliografia ivi citata); ROSSI VANNINI A. *L'art.36 cit.*, p.93. *Contra*, MANFREDI C., *L'art. 36 decreto legislativo 14 dicembre 1992, n°481: "Profili privatistici"*, in AA.VV., *Diritto penale e attività bancaria cit.*, p.107s.

66) In ciò innovando anche rispetto all'art.36, d. lgs. n°481/1992.

67) V. la *Relazione illustrativa cit.*, p.156: "Continua a rimanere integralmente in vigore la disciplina civilistica relativa ai conflitti d'interesse e ai connessi obblighi di astensione".

3. Simbolicità della legislazione penale bancaria: il problema dell'ineffettività.

Dopo questa breve rassegna, che ha consentito di delineare un primo quadro sistematico delle principali figure di reato previste dalla nuova legge bancaria, si insinua sempre più il convincimento che ci si trovi in presenza di una legislazione "simbolica", ed assolutamente inidonea a contrastare efficacemente fenomeni delinquenziali tanto più insidiosi in quanto posti in essere in un contesto di apparente legalità⁶⁸.

Così, ad esempio, è frutto soltanto di approssimazione (fenomeno oggi sempre più frequente nella redazione delle leggi) la precisazione del carattere "doloso" del mendacio bancario punito all'art.137⁶⁹. La natura di "delitto" desunta dal tipo di sanzione prevista (reclusione), per il principio generale di cui all'art.42 c.p., esonerava il legislatore dal precisare il tipo di elemento soggettivo richiesto, considerato che l'espressa previsione di esso è necessaria soltanto nei casi di "colpa" o "preterintenzione".

Si potrebbe ritenere però, che il termine "dolosamente" stia a sottolineare il carattere fraudolento della condotta, una modalità dell'azione, più che il tipo di elemento soggettivo. Se questo era l'intento del legislatore, però, sarebbe stato preferibile tipizzare con chiarezza la condotta, senza lasciare spazio a dubbi o incertezze. Nella formulazione attuale, infatti, la precisazione o è inutile (se non addirittura errata) dal punto di vista tecnico, o può risultare fuorviante nella determinazione del fatto tipico.

Ancora va lamentata l'inadeguatezza, in taluni casi, delle sanzioni rispetto alla gravità dei fatti incriminati ed ai possibili danni, o la palese sproporzione o illogicità di talune sanzioni rispetto ad altre. Si è già rilevato -ad esempio- come risulti assolutamente inspiegabile il fatto di punire il falso interno meno gravemente del mendacio.

Sul piano delle scelte legislative poi va sottolineato come, conferman-

68) Non c'è dubbio, infatti, che la criminalità dei colletti bianchi si presenti oggi, rispetto al secolo scorso, "più suadente e meno brutale": v. SUTHERLAND E. H., *White collar crime*, New Haven and London, 1983, trad. it. a cura di G. Forti, *Il crimine dei colletti bianchi*, Milano, 1987, p.9.

69) Cfr., in riferimento all'art.37, co.1, d. lgs. n°481/1992, CONTI L., *Il decreto legislativo 14 dicembre 1992 n°481. Considerazioni generali e riflessi penalistici*, in AA.VV., *Diritto penale e attività bancaria* cit., p.33; la conservazione dell'avverbio nel testo dell'art.137 l.b., dopo che da più parti se ne era rimarcato il carattere pleonastico, ha destato sorpresa in una parte della dottrina (cfr. ANTOLISEI - CONTI *op. cit.*, p.172)

do un orientamento già seguito in passato⁷⁰, il legislatore attuale abbia incriminato una serie di condotte prodromiche, ritenute astrattamente pericolose per la salvaguardia di alcuni beni-interessi di particolare rilievo per l'attività creditizia. Il risultato è stato l'emanazione di un gruppo di norme, non facilmente riconducibili ad un sistema organico, in cui la previsione di figure di reato di pericolo è stata senza dubbio privilegiata. Ne è derivata una legislazione accentuatamente sanzionatoria, tesa a colpire quasi esclusivamente la violazione di obblighi formali. Una legislazione che ha tratto ben scarsi insegnamenti dalla sostanziale inapplicabilità della precedente legge, dove l'ineffettività era senza dubbio la conseguenza di molti fattori, ma principalmente era dovuta alla riconosciuta inadeguatezza delle previsioni incriminatrici rispetto alla specificità di beni-interessi che vengono in rilievo nel settore del credito.

D'altra parte l'anticipazione del momento consumativo del reato, come scelta generalizzata e quasi indiscriminata di tecnica di tutela, finisce paradossalmente per conseguire un risultato di svalutazione del bene giuridico che si pretende di tutelare più efficacemente. Ed infatti non si può prescindere dal riferimento al momento della lesione ed assegnare rilevanza a condotte prodromiche astrattamente pericolose, senza dover ricorrere ad un sistema di microviolazioni, con la conseguenza che in tal modo si finisce fatalmente per perdere ogni riferimento all'oggetto della tutela ed alla sua rilevanza⁷¹.

70) Ad esempio, nella normativa penale tributaria che, come è stato osservato (cfr., MOCCIA S., *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it.dir. proc. pen.*, 1995, p.361) "esprime un modello, del tutto negativo, di amministrativizzazione della tutela penale opposto a quello della difesa di beni giuridici ... Sotto il profilo contenutistico vengono, infatti, criminalizzati atti solo prodromici all'evasione (art.1 co.1 l. n°516/82 in tema di omessa presentazione della dichiarazione dei redditi o della dichiarazione I.V.A.), che, talvolta, possono essere anche non univocamente diretti all'evasione, come infrazioni relative a scritture contabili, dichiarazioni, annotazioni (art.1 co.2 lettere a) e b) e art.1 co.6 l. n°516/82, che dispone: "si considerano non tenute le scritture contabili non bollate e non vidimate per almeno due anni consecutivi"). Sull'argomento cfr. PADOVANI T., *Problemi generali e analisi delle fattispecie previste dai nn° 1, 2, 3, 4, 5 e 6 dell'art.4 l. n°516/82*, in AA.VV., *Responsabilità e processo penale nei reati tributari*, a cura di C.F. Grosso, Milano, 1982, p.190ss.

71) Ancora una volta l'esempio più significativo si rinviene nella legislazione penale tributaria, in particolare in quelle ipotesi che si configurano anche in mancanza di evasione d'imposta: cfr. ASSUMMA B., *I delitti tributari*, Firenze, 1985, p.9ss. Sull'incriminazione di condotte meramente prodromiche nella legislazione penale tributaria cfr. altresì ROMANO M., *Osservazioni sul nuovo diritto tributario*, in *Dir. e prat. trib.*, 1983, I, pp.755-756; GROSSO C.F., *Le contravvenzioni previste dall'art.1 l. n°516/82*, in AA.VV., *Responsabilità e processo penale nei reati tributari*, cit., p.135ss.

La criminalizzazione di micro-violazioni o di violazioni formali, da un lato, non consente di cogliere l'autentico contenuto di disvalore della condotta teleologicamente indirizzata alla lesione di beni giuridici di fondamentale importanza, e dall'altro, con l'introdurre elementi che possono determinare effetti disaggreganti sul piano del consenso intorno all'ordinamento penale⁷² vanifica quell'istanza promozionale (o propulsiva, secondo la terminologia adoperata da alcuni⁷³), che pure può essere una delle più significative caratteristiche della legislazione penale.

Ci sembrano quindi decisamente da censurare le scelte di tecnica legislativa ancora una volta adottate in materia. Ed ancora una volta ci sembra che vadano decisamente contrastate quelle posizioni dottrinarie che propongono un ricorso generalizzato alla categoria del pericolo astratto per la tutela di beni di particolare rilevanza generale, come quello ambientale o, appunto, quello economico.

A parte i dubbi (per non dire le certezze) di illegittimità costituzionale nei confronti di fattispecie destinate a criminalizzare condotte non effettivamente offensive di beni-interessi⁷⁴, l'illusione di attuare un'efficace tutela preventiva privilegiando il disvalore di azione rispetto al disvalore di evento è destinata a dimostrarsi tale (una mera illusione, appunto), ove si consideri che il principio di ragionevolezza impone di punire illeciti di mera disubbidienza con sanzioni relativamente blande, la cui "inevitabilità", tra provvedimenti di clemenza, benefici processuali ed altre indulgenze che il nostro sistema penale non lesina, è tutta da dimostrare.

Ne deriva la conclusione, che abbiamo definito paradossale: l'incriminazione del pericolo astratto, che dovrebbe garantire una tutela anticipata -e quindi più efficace- del bene, si rivela nella pratica uno strumento di sostanziale depenalizzazione, e comunque di ineffettività del sistema.

72) Inquadrata correttamente come problema che concerne "la giustificazione esterna o etico-politica delle proibizioni penali", la necessaria offensività dell'evento del reato costituisce infatti il "principale limite assiologico esterno" del diritto penale: v. FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1990, pp.474, 468.

73) Cfr., anche con riferimento alle cautele derivanti dalla verifica della compatibilità del "diritto penale propulsivo" con il principio di offensività, MANTOVANI F., *Diritto penale, pt. gen. cit.*, p.210. Sul tema, da una diversa angolazione, v. BRICOLA F., *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in *Diritto premiale e sistema penale*, Milano, 1983, p.121ss.

74) Sul punto, magistralmente BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIX, Torino, 1973, p.86ss.

E' anche per questo che, nell'esaminare la legislazione penale in materia economica, si è più volte parlato di legislazione simbolica⁷⁵; di una legislazione, cioè, che si distingue da quella strumentale non per l'assenza dello scopo, ma per avere uno scopo diverso da quello dichiarato⁷⁶, essendo effettiva rispetto al primo, ma ineffettiva rispetto al fine manifesto. Un simile strumento dovrebbe assolvere ad una funzione di compromesso: di fronte alla presa di coscienza, da parte della pubblica opinione, della rilevanza di un bene collettivo e della necessità di tutelarlo penalmente contro comportamenti lesivi posti in essere dal potere economico, si ricorrerebbe ad una sorta di mistificazione, approntando leggi strutturate in modo tale da preservare di fatto i destinatari della norma da effettivi rischi di criminalizzazione in concreto⁷⁷.

A tal fine un ruolo fondamentale svolgerebbero gli enti esponenziali dei gruppi di potere economico che si identificano nel ruolo di possibili autori dei comportamenti criminalizzati⁷⁸, le c.d. *lobbies* economiche, i quali intervengono solo dopo che l'opzione incriminatrice è già avvenuta ("in uscita"), allo scopo di "manipolare in itinere i modelli normativi che si vanno formalizzando in attuazione di una scelta incriminatrice"⁷⁹. L'azione di questi gruppi esponenziali, che non sono interessati né all'effettività né alla garan-

75) Sull'argomento, in generale, cfr. PALIERO, *Metodologie* cit., p.523. V. altresì PULITANO D., La giustizia penale nella crisi: ragioni e rischi della tutela autoritaria, in AA.VV., *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela*, a cura di M. De Acutis e G. Palombarini, Padova, 1984, p.198: l'A. denuncia "la fuga verso un uso simbolico dello strumento penale, oscillante tra il moralismo demagogico e l'affermazione di una volontà politica di risposta a fenomeni, che una risposta comunque esigono".

76) PALIERO, *Il Principio* cit., p.537, che richiama, sul punto, la dottrina statunitense *ivi* cit. (soprattutto l'ARNOLD de *The Symbols of Government* ed il GUSFIELD degli scritti *ivi* citati).

77) Ritiene che i reati contro l'economia pubblica compresi nel titolo VIII, libro II, c.p., costituiscano un complesso di norme "programmaticamente" destinato all'ineffettività, in considerazione dell'appartenenza sociale dei possibili autori al ceto dei detentori del potere economico, MAZZACUVA N., *I delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio*, in F. BRICOLA - V. ZAGREBELSKY, *Giurisprudenza sistematica di diritto penale. Codice penale, Parte Speciale*, vol. II, Torino, 1984, p.774ss.

78) Sul "paradigma di identificazione" e sulle relazioni tra questo e la dicotomia "garanzia versus effettività", v. PALIERO C.E., *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p.873.

79) *Ivi*, p.877.

zia⁸⁰, sarebbe volta dunque “ad ottenere una disciplina penale gattopardesca”, ineffettiva, oppure, come “obiettivo minimo”, ad indurre “fattori di ineffettività” all’interno dei modelli normativi che li riguardano. Per altro verso, i vizi introdotti nella norma producono un’ulteriore delegittimazione dello strumento penale in materia economica. Ed infatti, le conseguenze dei difetti della disciplina specifica dell’intervento penale spesso vengono attribuiti ad inefficacia dell’intervento penale in sé⁸¹. Tutto ciò, inoltre, viene obiettivamente agevolato dalla difficoltà con la quale i beneficiari reali della disciplina penale in materia socio-economica si riconoscono quali vittime di questo tipo di criminalità, anche per la mancanza di una adeguata cultura ‘tecnica’. La scarsa “visibilità sociale” del fenomeno criminoso e l’elevato *status* sociale degli autori inducono nella collettività “una tendenziale, diffusa accettazione sociale dei comportamenti incriminati, piuttosto che delle norme che li criminalizzano”⁸². La crisi di legittimazione che l’intervento penale evidenzia nel settore della criminalità economica, produce inevitabilmente “un tendenziale *deficit* di effettività”⁸³.

Di norme ineffettive, per la verità, la legislazione penale bancaria offre un ampio catalogo: si passa infatti da disposizioni la cui esistenza, prima ancora che rivelatasi inutile, è stata semplicemente ignorata dagli operatori⁸⁴, a nor-

80) Non all’effettività, ma semmai al suo contrario, in quanto i poteri economici di cui sono emanazione non si riconoscono nella posizione di vittime; nemmeno alla garanzia, poiché pur potendosi facilmente riconoscere nel ruolo di autori, non ne hanno bisogno: “il loro scopo infatti ‘punta più in alto’: ad evitare *tout court* una disciplina penale, o in seconda istanza ad aggirarla integralmente senza doverla faticosamente arginare con garanzie formali buone soltanto per il ‘cittadino comune’” (PALIERO, *Consenso cit.*, p.883s.).

81) Per un esempio illuminante di imperfezioni tecniche destinate a rendere difficilmente applicabile la norma, cfr., con riferimento alla legislazione penale fiscale, GROSSO C.F., *Considerazioni su ambito e limiti della tutela penale, con particolare riferimento ai temi del diritto penale dell’economia*, in AA.VV., *Funzioni e limiti cit.*, p.383s.

82) PALIERO C.E., *Consenso cit.*, p.915s.

83) *Ivi*, p.916.

84) Si allude al mendacio bancario di cui all’art.95 dell’abrogata legge bancaria n°141/1938: la “scarsa conoscenza della norma da parte dei giudici” è lamentata dal Bricola (v. BRICOLA F., *Sovvenzioni all’industria e diritto penale*, in AA.VV., *Problemi giuridici delle agevolazioni finanziarie all’industria*, a cura di R. Costi e M. Libertini, Milano, 1982, p.355), ipotizzata dal Fiorella (v. FIORELLA A., *Problemi attuali del diritto penale bancario (Prospettive de iure condendo)*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 1989, p.346) ed analizzata nella sua eziologia dal Conti (v. ANTOLISEI F. - CONTI L., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. I, 8ª ed., Milano, 1993, p.50), il quale rileva come proprio il “diluarsi della protezione penale sino al mero pericolo virtuale” che contraddistingueva i reati di cui agli artt.93, 95, 96 e 98 l. b. abr., abbia “contribuito a rendere poco note ed ancor meno operanti alcune delle figure criminoso in esame”.

me che la dottrina non ha esitato a bollare inesorabilmente definendole come "saggio dimostrativo della peggiore tecnica legislativa"⁸⁵, ad altre ancora la cui formulazione, proiettata "in una dimensione di evidente gigantismo"⁸⁶, postula un corrispondente "gigantismo" di offesa (sia pure a livello di pericolo) che rappresenta la più efficace garanzia di una loro nulla o scarsa applicabilità⁸⁷. E' storia nota del resto che, nel corso dei quasi sessant'anni di vita della legge bancaria del 1936, all'ombra di simili "guarentigie", ha trovato riparo "provvidenziale" più di un profittatore (ed il richiamo alla Provvidenza, in un campo che ha visto agire anche qualche "banchiere di Dio"⁸⁸, non è affatto casuale).

85) In tal senso, con riferimento all'art.96 l. b. abr., CRESPIA., *Attività bancaria e raccolta di risparmio non autorizzata*, in *Banca e borsa*, 1960, I, p.498. Tale giudizio, sempre rispetto alla medesima norma, fu da più parti ribadito anche dopo la riforma apportata dall'art.29 della l. 19 marzo 1990, n°55, (cfr. BRICOLA F., *Commento all'art.29, l. n°55/1990*, in *Legisl. pen.*, 1991, p.532; CARRIERO G., *Abusivismo bancario ed occasioni perdute*, in *Foro it.*, 1991, I, c. 2709).

86) Così, rispetto all'aggiotaggio bancario di cui all'art.98 l. b. abr., SEMINARA S., *Le disposizioni penali della legge bancaria*, in *Foro it.*, 1984, V, c. 44. Un identico rilievo potrebbe muoversi pure con riferimento all'art.138, T.U. n°385/1993, anche se in quest'ultima norma è riscontrabile un miglioramento, rappresentato dalla possibilità di concorso formale con gli articoli richiamati nella sua ultima parte: sul punto, efficacemente cfr. MARINI G., *Introduzione cit.*, p.XII.

87) Sull'argomento, v. FIORELLA A., *Problemi attuali etc. (prospettive de iure condendo)* cit., pp.349-350 e, in riferimento ai reati contro la pubblica economia, PEDRAZZI C., *Economia pubblica (delitti contro la)*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, p.280s.; GROSSO C.F., *Interessi protetti e tecniche di tutela*, in AA.VV., *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, a cura del CRS, Milano, 1987, p.174; FORNASARI G., *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, Milano, 1994, *passim*.

88) Ci Si riferisce al cd. caso Giuffré, sul quale si rinvia alla letteratura cit. da CONTI L., *op. cit.*, p.378, nt. 1. A riprova di come, colui che fu chiamato altresì "il Ministro della provvidenza", abbia beneficiato anche delle incertezze applicative derivanti dall'oscurità dell'art.96 l. b. abr., c'è una circostanza riportata nella rievocazione che della vicenda fece nel 1980 l'On. Giulio Andreotti (che all'epoca dei fatti, nel 1958, ricopriva la carica di Ministro del Tesoro): riferisce infatti Andreotti che "il circuito di risparmio" del Comm. Giuffré "si poggiava su uno schema elementare (...) La Banca d'Italia -suffragata da un dotto parere del professor Massimo Severo Giannini, scientificamente autorevolissimo e per dipiù socialista - dichiarò che l'esercizio o della sola attività di credito o della sola attività di risparmio non configurava gli estremi della violazione della legge bancaria del 1936, che richiede invece formali autorizzazioni amministrative per l'esercizio congiunto di ambedue le operazioni"(ANDREOTTI G., *Il banchiere di Dio*, in *Panorama*, 8 settembre 1980; i brani citati sono anche riportati in GALLI G., *Affari di Stato*, Milano, 1991, p.52). V., infine, la trasposizione temporale di MONTEDORO G., *Abusiva attività di raccolta del risparmio* cit., p.645, secondo il quale "oggi il caso 'Giuffré' (che all'epoca si incentrò sui profili fallimentaristici) troverebbe negli artt.11 e 130 della legge bancaria un inquadramento semplice (ed una sanzione adeguata) e, con tutta probabilità, non darebbe origine alle accese dispute che vi furono (quando l'attività di raccolta abusiva aveva ormai prodotto danni irrimediabili) durante il corso della causa d'opposizione a fallimento".

Nel distinguere l'attività di mera raccolta abusiva del risparmio da quella di intermediazione bancaria vera e propria, gli artt. 130 e 131 del nuovo T.U. hanno contribuito a fare chiarezza, almeno da questo punto di vista.

Restano tuttavia aperti altri problemi, soprattutto con riferimento alla sproporzione tra l'esiguità delle pene previste e la gravità dei guasti che l'abusivo esercizio dell'attività bancaria può arrecare alla collettività. Ma ciò rappresenta una conseguenza della soglia di tutela estremamente avanzata sulla quale si pongono le citate fattispecie incriminatrici: la mancanza dell'autorizzazione di cui all'art. 14 T.U., infatti, viene ritenuta una situazione di pericolo (presunto) circa il buon esito patrimoniale dell'attività bancaria o di mera raccolta del risparmio. Un simile avanzamento della soglia di tutela si giustifica, è vero, con il rilievo assolutamente straordinario che tali attività rivestono anche con riferimento ai conti pubblici dello Stato, ma provoca non pochi inconvenienti che, infine, si riverberano sulla stessa effettività della norma⁸⁹.

Il problema, quindi, non è solo quello di uniformarsi al principio di necessaria offensività (questione che, comunque, va tenuta nel debito conto), ma dev'essere visto anche sotto il profilo della inefficacia di un sistema normativo che utilizzi una tecnica di accentuata anticipazione della soglia di tutela⁹⁰.

Si consideri ancora il già citato caso del "mendacio bancario" di cui all'art. 95 l. b. abr. (riprodotto, con variazioni solo formali, dall'art. 137 co. 1, T.U. n° 385/1993). Un ulteriore motivo della sua disapplicazione è senza dubbio rappresentato dalla "assenza di reazione del mondo del credito di fronte a comportamenti ancora, per così dire, allo stato embrionale, se rapportati all'oggetto vero della tutela"⁹¹.

89) Pone in evidenza le conseguenze negative che la protezione avanzata comporta sulla reale efficacia preventiva e repressiva delle norme, FOFFANI L., *La tutela della società commerciale contro le infedeltà patrimoniali degli amministratori. La problematica penalistica*, in *Giur. comm.*, 1987, p.117ss.

90) Sul punto, FIORELLA A., *Problemi attuali (prospettive de iure condendo)* cit., p.346. Sono peraltro gli stessi sostenitori del ricorso a fattispecie di pericolo astratto a dover ammettere che proprio il "possibile scarto tra presunzione e realtà del pericolo" sortisce l'effetto di rendere impopolari le fattispecie costruite secondo una tecnica di tutela "avanzata" (v. FIANDACA G., *La tipizzazione del pericolo*, in AA.VV., *Beni e tecniche* cit., p.59), con tutte le conseguenze che il "difetto di accettazione" dell'intervento penale da parte dei consociati comporta, con riguardo alla "crisi di legittimazione" della norma ed alla conseguente ineffettività della stessa (cfr. PALIERO C.E., *Consenso sociale* cit., p.906ss.).

91) FIORELLA A., *op. ult. cit.*, p.347.

Ne deriva che proprio quelli che i fautori del pericolo astratto individuano quali "caratteri positivi" di tale reato bancario⁹², finiscono in realtà col rendere la fattispecie in esame quasi "evanescente"⁹³, giacché tutte le ipotesi di mendacio bancario che presentino una qualche meritevolezza di pena sarebbero ricomprese nel delitto di truffa⁹⁴. Infatti, tutte le volte in cui non sia dato riscontrare la sussistenza degli estremi della truffa, nemmeno sotto forma di tentativo⁹⁵, l'astrattezza del pericolo tipizzato fa sì che non possa ritenersi nemmeno ipotizzabile alcun danno economico per la banca⁹⁶. Ancora una volta si verifica la conseguenza paradossale: in nome di un avanzamento della tutela, e quindi di una maggiore protezione dell'interesse presidiato, si costruisce una norma sicuramente inefficace.

Se dunque, come si è detto, l'ineffettività può essere un risultato della tecnica adoperata nella formulazione della norma, altre volte essa può essere il prodotto di una inadeguata implementazione della legge⁹⁷. Ciò è avvenuto, lo si è visto, con la disposizione che puniva l'esercizio abusivo dell'attività bancaria prima della riforma operata con i decreti lgs. nn°481/92 e 385/93.

92) Cfr. MAZZACUVA N., *Agevolazioni per la "ristrutturazione e riconversione industriale" e responsabilità penale dell'imprenditore*, in AA.VV., *Problemi giuridici delle agevolazioni finanziarie* cit., p.440s.: "tali caratteri positivi discendono principalmente dal fatto che resta totalmente al di fuori della fattispecie oggettiva di reato non solo il soddisfacimento del creditore, ma addirittura la stessa concessione creditizia; mentre non rientra nella fattispecie soggettiva di reato alcun intento, né diretto né indiretto, di nuocere o danneggiare altri". Per una rivalutazione del ruolo dell'art.95 l. b. abr., V. LANZI, *La tutela penale del credito*, Padova, 1979, p.156 e 160s.

93) Tale è la definizione che ne dà PEDRAZZI C., *Un concetto controverso: le comunicazioni sociali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, p.1571. Il Vassalli ritiene invece evanescente l'importanza dell'autonoma sanzione prevista dall'art.95.

94) Cfr. VASSALLI G., *op. ult. cit.*, p.361; VIGOTTI, *Ritorno di attualità del "mendacio bancario?"*, in AA.VV., *Diritto penale dell'impresa*, a cura di MISCALI, Padova, 1988, p.107; v. inoltre la rassegna di SEMINARA S., *Le disposizioni penali* cit., c. 66s.

95) Cfr. DOLCINI E. - PALIERO C.E., *Il diritto penale bancario* cit., p.944.

96) V. GRASSO, *Truffa in danno della banca, ricorso abusivo al credito, obblighi di denuncia o di rapporto*, in *La responsabilità penale degli operatori bancari* cit., p.90. Il Vassalli (*op. ult. cit.*, p.364s.) rileva come la funzione dell'art.95 si sia "quasi interamente esaurita nell'atto stesso in cui esso è stato introdotto nel corpo delle nostre leggi".

97) v. ad es., con riguardo al particolare campo delle disposizioni incriminatrici in materia di aggio, le osservazioni di MAZZACUVA N., *Bene giuridico tutelato ed elemento soggettivo del reato in materia di aggio bancario*, in *Foro it.*, 1983, I, p.1516, il quale ritiene che a condizionare fortemente l'efficacia delle singole figure criminose siano proprio "vecchi e nuovi difetti tecnici nella formulazione delle relative norme".

4. Il contenuto di offensività del riciclaggio e diseguaglianza nei rapporti economici.

Analoghe considerazioni potrebbero valere per il riciclaggio, reato caratterizzato dal fatto che l'agente si avvale sempre più spesso di strumenti (legittimi) che gli vengono offerti dal sistema bancario. La ramificazione di tale sistema a livello sia internazionale che nazionale, la notevole quantità di operazioni e di servizi, anche sofisticati, che gli istituti di credito possono effettuare ed offrire ai loro clienti e, non da ultimo, la stessa esistenza del segreto bancario, fanno sì che proprio le banche siano diventate per la criminalità organizzata strumenti privilegiati di riconversione dei capitali acquisiti illecitamente⁹⁸.

Ebbene, soltanto con la legge n°328 del 9 agosto 1993 -dettata anche dalla necessità di dare esecuzione alla Convenzione di Strasburgo di tre anni prima- sono state accolte dal legislatore le sollecitazioni provenienti da più parti⁹⁹ per un ampliamento dei titoli di reato presupposti dalla fattispecie di

98) Cfr. AMMIRATI D., *Il delitto di riciclaggio nel sistema bancario e finanziario interno ed internazionale*, Padova, 1994, p.60; DI GENIO C., *Società di intermediazione finanziaria e responsabilità penale*, in Atti del Seminario internazionale *La Disciplina dell'attività bancaria: esperienze a confronto*, Urbino - San Marino, 20-22 ottobre 1994, p.2 del dattiloscritto. Bisogna rilevare, tuttavia, che per lungo tempo (almeno fino alla legge n°197/1991) il canale privilegiato del riciclaggio era costituito dalle attività finanziarie *extrabancarie*, e ciò rappresentava il frutto sia del "processo di autoresponsabilizzazione" delle aziende di credito europee, sia soprattutto della minore o nulla vigilanza cui erano soggetti gli imprenditori finanziari diversi dalle banche: sul punto cfr. BARBIERA L. - CONTENTO G., *Lotta al riciclaggio del denaro sporco. Nuova disciplina dei pagamenti, dei titoli di credito e delle attività finanziarie*, Milano, 1991, p.56s. e la bibliografia *ivi* citata in nt.19.

99) Si pensi, ad es., alle "40 raccomandazioni" del Gruppo di azione finanziaria (GAFI) fondato nel luglio 1989 dai governi dei Paesi più industrializzati, alle quali si fa riferimento nella Relazione della Commissione Affari Esteri della Camera dei Deputati alla legge n°328/1993, pubblicata in *Guida normativa Il Sole-24 ore*, n°167/1993, p.13; v. inoltre le *Indicazioni operative per la segnalazione di operazioni sospette* redatte nel gennaio 1993 dalla BANCA D'ITALIA, nelle quali, in riferimento all'art.3, l. n°197/1991, si afferma che "uno dei motivi di incertezza" riscontrati nell'applicazione della norma "è rappresentato dalla difficoltà nella maggior parte dei casi di ricondurre la provenienza del denaro a uno dei quattro reati base del riciclaggio", e si invitano gli operatori ad intendere "in senso ampio e non formale" la connessione delle operazioni sospette con i delitti indicati nell'art.648bis c.p., "altrimenti si rischierebbe di vanificare la portata della norma stessa" (v. il testo delle disposizioni pubbl. in *Banca e borsa*, 1994, I, p. 2ss.). Non a torto, quindi, si è affermato che, a causa delle incertezze che promanavano dalla incongrua implementazione della norma sul riciclaggio, "le conseguenze del combinato disposto dell'art.648bis c.p. e dell'art.3 l. n°197/1991 erano ... due: impedire agli onesti di attivarsi come avrebbe potuto; consentite ai disonesti un fin troppo facile riparo" (MAZZOCCO F., *La nuova disciplina antiriciclaggio*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 1993, pp.1184- 5).

riciclaggio. L'art.648bis c.p., anche dopo le riforme del 1990 e del 1991, costituiva infatti il prototipo di norma la cui ineffettività (parziale, se riferita al fenomeno in generale, ma rilevante, se rapportata al riciclaggio attuato attraverso lo specifico canale bancario) rappresentava la conseguenza diretta della sua cattiva implementazione.

Attraverso la limitazione dei reati-presupposto ai soli delitti di rapina aggravata, estorsione aggravata e sequestro di persona a scopo di estorsione e, dopo la legge n°55/1990, anche ai delitti concernenti la produzione ed il traffico di stupefacenti, infatti, si faceva carico all'operatore finanziario di denunciare la provenienza dei fondi soltanto qualora ritenesse che fossero il frutto dei reati indicati dall'art.648bis¹⁰⁰ e non anche da altra origine, seppure parimenti illecita¹⁰¹.

Il Comando Generale della Guardia di Finanza ebbe il merito di rilevare la necessità di un ampliamento della gamma dei reati-presupposto, osservando che nei primi due anni di applicazione della legge antiriciclaggio n°197/1991, da parte dei numerosi "punti di osservazione" istituiti vi erano state solo 230 segnalazioni di operazioni sospette, e che solo due di queste avevano portato all'accertamento di fatti di riciclaggio, entrambi di modesta entità economica e non ricollegabili a società o persone giuridiche¹⁰².

Andando al dettaglio, poi, si ha la sorpresa di constatare che 187 di queste segnalazioni provenivano dalle banche, 32 dagli uffici postali, dalle S.I.M. ne erano giunte sette e, addirittura, solo quattro segnalazioni in due anni erano pervenute dagli altri circa 25 mila intermediari finanziari esistenti nel nostro Paese.

All'esiguità del numero di segnalazioni faceva riscontro, d'altro canto, l'imponente quantità di operazioni soggette a registrazione: nel solo 1992 venivano calcolate circa nove milioni di registrazioni al mese, ognuna delle

100) Si pensi, ad es., all'obbligo di svolgere indagini ed attività istruttoria che incombeva ex art.3 l. n°197/1991 sugli operatori finanziari.

101) Sulla delicatezza di tale profilo, cfr. PRESTI G., *La banca e l'obbligo di riferire nella normativa "antiriciclaggio" (art.5 co.2, l. n°197/1991)*, in *Banca e borsa*, 1993, I, p.810.

102) Sul punto, GHITTI I., *La modifica dell'art.648bis e l'art.3 della l. n°197/91: effetti ai fini dell'obbligo di segnalazione, le responsabilità degli operatori, dei dirigenti e dei leali rappresentanti; le responsabilità del collegio sindacale*, in *Atti del Convegno su La nuova normativa in materia di antiriciclaggio*, Milano, 18 e 19 novembre 1993; v. anche TARGETTI R.; *Un accordo internazionale per prevenire il riciclaggio*, in *Le Società*, n°1/1994, p. 6.

quali aveva comportato un costo oscillante tra le 2500 e le 5000 lire¹⁰³. Costi che il sistema bancario sopportava senza vantaggio alcuno, nemmeno per le finalità che la legge si proponeva di conseguire. E dunque, anche alla luce di queste cifre, l'esigenza di rendere almeno più efficace la normativa antiriciclaggio che imponeva degli oneri talmente rilevanti, appariva ancora più ineludibile.

Era peraltro fin troppo facile constatare come la scelta dei reati-presupposto, negli artt. 648*bis* e *ter*, non poggiasse affatto su ragioni logico-sistematiche, "bensì sullo stratificarsi di interventi emergenziali"¹⁰⁴, e che la stessa struttura della norma risultava inadeguata rispetto ai nuovi compiti che essa era chiamata ad assolvere. Difatti, da un'indagine retrospettiva sull'evoluzione dello stesso termine "riciclaggio" (da quando l'art. 648*bis* c.p. fu introdotto -nel 1978- nel nostro ordinamento¹⁰⁵), non si può fare a meno di rilevare come, all'originaria finalità di predisporre misure dissuasive nei confronti dei reati-presupposto che si attribuiva alla norma¹⁰⁶, nel corso degli anni, se ne sia aggiunta e in qualche misura sovrapposta una nuova ed ulteriore, consistente nell'impedire le conseguenze devastanti che derivano all'ordine economico dall'investimento di denaro di provenienza illecita in attività economiche o finanziarie¹⁰⁷.

103) Si tratta dei calcoli riportati dal Vice Direttore Centrale del Credito Romagnolo, M. VALIGNANI, *La legislazione del 1991 contro il riciclaggio e i suoi precedenti*, in *Economia e banca*, 1994/1, p.76.

104) Così, la *Relazione della Commissione Esteri*, loc. cit.

105) Sulle tappe di questa evoluzione, cfr. VALIGNANI M., *op. cit.*, pp.57-63; v. inoltre, MAGISTRO L., *Riciclaggio dei capitali illeciti. Rilevanza del fenomeno e strategie di contrasto in materia fiscale*, Milano, 1991, p.3ss.

106) Con riferimento all'originaria formulazione della fattispecie, il Mantovani (MANTOVANI F., *Diritto penale, pt. sp., Delitti contro il patrimonio*, Padova, 1989, p.209) opportunamente rilevava come "nella sua funzione strumentale di deterrente contro la realizzazione dei vantaggi patrimoniali propostisi con certi reati, l'art.648*bis* costituisce un mezzo di lotta contro i reati-presupposto più che contro il 'riciclaggio' in sé".

107) Cfr. PECORELLA G., *Circolazione del denaro e riciclaggio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, pp.1233-4; MOCCIA S., *Impiego di capitali illeciti e riciclaggio: la risposta del sistema penale italiano*, in Atti del Seminario internazionale su *La disciplina penale cit.*, p.1 del dattiloscritto; v. altresì GROSSO C.F., *Frode fiscale e riciclaggio: nodi centrali di politica criminale nella prospettiva comunitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p.1277 e, in particolare, FLICK G.M., *La repressione del riciclaggio ed il controllo della intermediazione finanziaria. Problemi attuali e prospettive*, *ivi*, 1990, p.1261: "La pericolosità del fenomeno del riciclaggio si articola su di un duplice versante:

- come conclusione dell'iter di realizzazione della criminalità organizzata;
- come fattore, in sé, di inquinamento e di destabilizzazione del mercato.

Ciò vuol dire, evidentemente, che la prospettiva di lotta al riciclaggio e, tramite esso, alla criminalità organizzata, è anche una forma di tutela dell'ordine economico; essa non è soltanto -come tradizionalmente si riteneva in passato- una forma di tutela dell'ordine pubblico"

Tale profilo assume inoltre un rilievo costituzionale ove si consideri che l'autore delle condotte considerate si assicura, con mezzi antiggiuridici, una posizione privilegiata rispetto ai concorrenti o al mercato. La situazione di ingiusta disegualianza che ne deriva compromette alla base la libertà dell'iniziativa economica solennemente sancita dall'art.41 Cost. che, evidentemente, non può esplicarsi in un mercato "inquinato" da capitali di origine illecita. Ne deriva, attraverso una lettura coordinata degli artt.41 e 3 Cost., un principio generale di eguaglianza nei rapporti economici incompatibile con l'alterazione delle "regole del gioco" che inevitabilmente consegue all'attività di riciclaggio e reimpiego del "denaro sporco", ed in genere ad ogni forma di autofinanziamento illecito¹⁰⁸.

Una volta che la libertà d'iniziativa economica nella sua accezione più pregnante venga individuata quale oggetto giuridico tutelato dal diritto penale dell'economia¹⁰⁹, le fattispecie previste dagli artt.648bis e ter c.p. si stagliano in tutto il loro autentico contenuto di disvalore, quali figure emblematiche di illecita acquisizione di situazioni di vantaggio rispetto agli altri protagonisti del processo economico¹¹⁰.

108) Cfr. PATALANO V., *Beni costituzionali cit.*, p.643ss. In uno stato di diritto, infatti, anche nel campo dell'intermediazione finanziaria devono essere garantiti, "attraverso idonee forme di controllo, adeguati livelli di trasparenza e, dunque, un equo bilanciamento tra le forze del mercato": così CAPRIGLIONE F., *Commento all'art.131 cit.*, p.648, il quale ritiene che tale situazione da stato di diritto debba essere "ripristinata" attraverso "l'identificazione di precise regole comportamentali (che riportino gli intermediari all'osservanza dei valori di natura economica fatti propri dalla Costituzione italiana)". Ritiene che il "substrato" degli artt.41 e 47 Cost. sia insito negli articoli 1, 2 e 3 della Costituzione, GANDOLFI G., *Legge bancaria e Costituzione. 'Premesse' ad un corso di Diritto privato bancario*, in *Giur. it.*, 1975, IV, c. 14.

109) Si intende così rispondere anche alle "oggettività giuridiche a basso profilo, malamente distinguibili dalla *ratio* complessiva della norma" che caratterizzano l'intervento normativo in campo economico (v. PEDRAZZI C., *Interessi economici e tutela penale*, in AA.VV., *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A.M. Stile, Napoli, 1985, p.307). In presenza di "un sistema economico decentrato, imperniato sull'autonomia decisionale di innumeri operatori, imprese e famiglie, che hanno nel mercato il loro punto d'incontro" e che quindi "trova una tutela di base nelle norme penali che proteggono l'individuo e i suoi diritti", il ricorso al "bene" dell'eguaglianza nei rapporti economici appare particolarmente idoneo ad esprimere l'oggetto di tutela rispetto ad "una offensività di tipo particolare, che si misura in termini non di conseguenze concrete, ma di incompatibilità con le tendenze programmatiche del sistema" (*ivi*, pp.303, 304).

110) "La libera circolazione dei fondi non tassati altera infatti la libertà di competizione ed insidia l'autonomia e la libertà del giro d'affari legale": AMMIRATI D., *op. cit.*, p. 4.

Il livello dell'aggressione che tali condotte portano al summenzionato principio di eguaglianza nei rapporti economici emerge con tutta evidenza appena si consideri la sovversione di ogni regola di mercato che deriva dalla facilità, dalla rapidità e dall'imponenza "con cui il delitto e più in particolare la delinquenza organizzata possono finanziare le operazioni economiche"¹¹¹.

Una simile sovversione, "nella quale il capitale di origine onesta appare destinato a soccombere di fronte a quello di provenienza delittuosa"¹¹², coinvolge l'andamento dei prezzi ed il regime della concorrenza, le transazioni di borsa e la disciplina della proprietà, ma non lascia affatto indenni gli ambiti relativi alla formazione del risparmio ed alla erogazione del credito. Com'è stato osservato, il controllo su grandi somme di denaro, infatti, viene utilizzato dalla criminalità organizzata anche "per condizionare la liquidità degli istituti di credito, specialmente dei più piccoli, e quindi incide sulla loro capacità operativa"¹¹³, ponendo in serio pregiudizio l'esercizio dell'attività d'impresa, che può dirsi libero solo quando si svolge nel rispetto sostanziale delle regole della concorrenza.

Sebbene le modifiche apportate dalla novella del 1993 abbiano omologato molti degli elementi dei delitti previsti dagli artt.648, 648**bis** e 648**ter** c.p., reati che non possono concorrere formalmente tra loro, non per questo è venuto meno il rapporto di specialità tra le tre fattispecie, in particolar modo per ciò che concerne le modalità del fatto tipico. Nel testo dell'art.648, infatti, la condotta punibile consiste, genericamente, nell'acquistare, ricevere od occultare la cosa lasciandone tuttavia inalterata la sua identità fisica. Le modalità esecutive del delitto di riciclaggio (art.648**bis**), invece, postulano un intervento per alterare tale identità, mediante "operazioni" (sostituzione, trasferimento o altro) che siano appunto dirette ad ostacolare l'identificazione della provenienza del bene; la norma dell'art.648**ter** c.p., infine, interviene a sanzionare l'impiego in attività economiche o finanziarie delle cose provenienti dai delitti presupposti¹¹⁴. Secondo alcuni, le figure criminose ora citate si porrebbero come

111) AZZALI G., *Diritto penale dell'offesa e riciclaggio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p.433.

112) AZZALI G., *op. loc. cit.* Sul punto, v. inoltre VACCARO DE MARTINO, *Legislazione antimafia; disparità di trattamento*, in *Corriere giur. IPSOA*, n°8, 1992, p.936, dove lo squilibrio delle "regole del gioco, ovvero del mercato" ed il conseguente allontanamento dalla produzione dei capitali onesti, vengono indicati quali effetti perversi del riciclaggio.

113) AMMIRATI D., *ult. loc. cit.*

114) Per tali considerazioni, cfr. AZZALI G., *Diritto penale dell'offesa e riciclaggio* cit., p.431.

un'ipotesi di vera e propria progressione criminosa¹¹⁵.

Oltre al rapporto di specialità, è dato cogliere tra le norme in questione anche una evidente comunanza di oggetto giuridico¹¹⁶: esse tutelano infatti i medesimi interessi offesi dal reato presupposto sia incriminando l'ulteriore pregiudizio che deriva dalla circolazione, dall'occultamento della provenienza e dall'impiego del suo oggetto materiale da parte di un soggetto diverso dall'autore di esso reato; sia esplicitando la già esposta efficacia deterrente attraverso la prospettiva di un difficile utilizzo del provento illecito¹¹⁷. Tuttavia una differenza importante sussiste, com'è stato osservato¹¹⁸, tra il delitto di ricettazione, da un lato, e quelli di riciclaggio "proprio" ed "improprio", dall'altro: mentre nel primo si ha riguardo innanzitutto alla immissione in circolazione del provento, che avviene tramite il trasferimento della disponibilità di esso dall'autore del reato presupposto ad un terzo, i successivi artt. 648bis e ter prendono in considerazione, rispettivamente, il ritorno della cosa una volta riciclata nella disponibilità dello stesso autore del riciclaggio e l'impiego della stessa cosa in attività economiche o finanziarie.

5. Sistema dei controlli, "trasparenza", caratteri e "rischi" dell'intervento penale.

Se dunque la gravità intollerabile del livello di aggressione ad un principio fondamentale della c.d. Costituzione economica rende tali fattispecie

115) Per questa posizione cfr. AZZALI G., *op. cit.*, p.432. Sul fenomeno della progressione criminosa, v. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, pp.338, 584; RANIERI, *Reato progressivo e progressione criminosa*, in *Sc. pos.*, 1960, p.309; ID., *La progressione criminosa ancora una volta riconosciuta dalla giurisprudenza*, *ivi*, 1964, p.486; DEL ROSSO, *Spunti problematici in tema di reato progressivo e di progressione criminosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p.623.

116) *Contra*, per quanto riguarda i delitti di ricettazione e riciclaggio, PICCINNI R., *Problematiche interpretative e riflessi operativi della legge 328/1993 in tema di lotta alla mafia*, in *Riv. Guardia Fin.*, 1994, p.1296, il quale osserva che la norma dell'art.648bis c.p. "è volta a tutelare l'ordine economico e finanziario, quindi un bene della collettività, che la differenza in modo netto dalla ricettazione (art.648) che tutela, invece, il diritto patrimoniale che fa capo al singolo".

117) V. ancora AZZALI G., *ult. loc. cit.*

118) PECORELLA G., *Circolazione del denaro e riciclaggio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p.1227.

meritevoli di pena¹¹⁹, nondimeno le modalità di condotta incriminate rendono ancora più evidente l'esigenza di predisporre un' incisiva ed effettiva attività di controllo¹²⁰, disciplinando in modo rigoroso l'opera di tutti i protagonisti che, sia con funzioni operative che di supervisione, agiscono istituzionalmente e professionalmente nel sistema finanziario.

Si tratta, in altre parole, di "sfruttare ogni possibile sinergia, tra le prospettive di lotta al riciclaggio e quelle ... di una disciplina penale del mercato mobiliare"¹²¹. Se infatti è vero che uno dei risultati positivi dell'intervento penale in questa materia è rappresentato dall'effetto stigmatizzante rispetto a "taluni comportamenti economici dei quali i 'colletti bianchi' non percepivano la criminalità, o della cui criminalità poco si curavano"¹²², è parimenti necessario che l'opzione penale "rivelì *chances* razionalmente accettabili (tali cioè da compensare i costi) ed empiricamente verificabili di raggiungere lo scopo di tutela"¹²³.

Solo in presenza di questa prospettiva di efficacia, l'intervento penale risulterà, oltre che "legittimo" (ritenendosi il comportamento incriminato "meritevole di pena") e necessario (risultando la stessa condotta "bisogiosa di pena"), anche "conveniente" sulla base di un'analisi costi-benefici. L'esigenza di ridurre il margine di aleatorietà delle norme penali nel settore economico, infatti, è viepiù stringente in considerazione dei costi che la criminalizzazione comporta e, soprattutto, dei suoi possibili risvolti pregiudizievole per l'intera funzionalità del sistema.

Quando il diritto penale interviene nel sistema economico emerge infatti con maggiore evidenza la "doppia faccia" della pena la quale, sotto il profilo politico-criminale, "è una spada a doppio taglio: tutela di beni giuridici

119) Sul punto v. ROMANO M., "Meritevolezza di pena": "bisogno di pena" e teoria del reato, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p.39 e la bibliografia fondamentale ivi citata in nt. 1.

120) Vale infatti anche in *subiecta materia* l'osservazione -operata dal Grosso in riferimento a la legislazione penale fiscale (GROSSO F., *Considerazioni su ambito e limiti della tutela penale* cit., p.382)- secondo la quale "un meccanismo sanzionatorio è ... in grado di funzionare sul terreno della prevenzione nella misura in cui si inserisca in un sistema complessivo capace di assicurare un sufficiente coefficiente di 'rischio' che l'illecito venga scoperto": è evidente che quanto più incisivi sono i controlli amministrativi, tanto più tale rischio aumenta.

121) FLICK G.M., *La repressione del riciclaggio* cit., p.1259.

122) PECORELLA G., *Circolazione del denaro* cit., p.1223.

123) PALIERO C.E., *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p.462ss.

attuata attraverso la lesione degli stessi"¹²⁴. Il problema però non si pone solo "a valle", ossia nel momento della concreta applicazione della sanzione ("a giochi fatti"), bensì va affrontato e risolto "a monte", nel momento in cui si effettua la scelta di allocazione dell'illegalità penale. Questo perché la criminalizzazione di determinati comportamenti economici, così come la criminalizzazione *tout court*, produce inevitabili ripercussioni sul complessivo sistema delle interazioni sociali (e quindi anche economiche): quando infatti la società si difende contro comportamenti socialmente dannosi mediante lo strumento penale, ciò può avvenire almeno in parte ed anche al prezzo di conseguenze socialmente dannose prodotte dalla sua azione difensiva. Così, ad esempio, con riguardo all'attività bancaria, ciò vuol dire che nel tutelare il risparmio (*ex art.47 Cost.*), il legislatore finisce inevitabilmente per limitare la libertà dell'iniziativa economica privata (libertà sancita dall'*art.41 Cost.*)¹²⁵.

Anche nello specifico campo del sistema penale bancario, si ritrovano i "due volti" del diritto penale: quello che protegge i beni giuridici e quello che minaccia la libertà personale, riproducendosi di conseguenza l'instabile bipolarità dell'attuale sistemica politico-criminale fra garantismo (polo "negativo", in quanto ontologicamente "frenante") ed effettività (polo "positivo", in quanto per sua natura "propulsivo")¹²⁶.

L'intervento penale, inoltre, non comporta solo il rischio di rallentare i traffici commerciali e di limitare la libera iniziativa, ma sortisce un effetto immediato "nell'ottenere che gli operatori più rispettosi (o timorosi) della legge lascino il campo aperto alle scorriere dei disonesti, così accrescendo le possibilità di profitto"¹²⁷. E' questo il motivo delle molteplici connessioni pratiche ed operative esistenti tra il settore della lotta al riciclaggio e quello della disciplina dell'intermediazione finanziaria¹²⁸.

Non a caso, infatti, la progressiva liberalizzazione del mercato che

124) VON LISZTF., *Der Zweckgedanke im Strafrecht (1882)*, in *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Berlin, 1905, trad. it. a cura di A.A. Calvi, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, 1962, p.46.

125) Secondo alcuni autori, sarebbe proprio la preoccupazione di "non minare la libertà economica" ad avere indotto il legislatore, perlomeno fino al recente passato, ad operare con eccessiva cautela nell'imprimere reale efficacia al sistema delle incriminazioni del settore bancario: cfr. FIORELLA., *Problemi attuali ecc. (Prospettive de iure condendo)* cit., p.345.

126) Cfr. PALIERO C. E., *Metodologie* cit., p.552.

127) SEMINARA S., *Insider trading e diritto penale*, in *Quaderni di giur. comm.*, Milano, 1989,

128) FLICK G.M., *La repressione* cit., p.1261.

caratterizza il processo di integrazione europea, pur coinvolgendo comparti industriali tradizionalmente protetti quali le assicurazioni ed il credito, non solo non ha prodotto in questi settori una vera *deregulation*, ma, al contrario, si è accompagnata ad una sempre più incisiva legificazione dell'attività economico-finanziaria.

Soprattutto con la citata legge 5 luglio 1991, n°197 (che ha convertito il D.L. 3 maggio 1991, n°143) il legislatore ha infatti costruito anche nel settore del credito una sorta di "ordine pubblico tecnologico"¹²⁹, ossia un complesso di prescrizioni tecniche¹³⁰ volto ad organizzare l'attività di intermediazione finanziaria, nel quale le norme penali, ai fini della specificazione del comando, non rinviano a referenti materiali, "pre-positivi", bensì a referenti normativi. L'incriminazione riguarda infatti la violazione delle regole tecniche e burocratiche che informano il "modello di governo" del sistema creditizio delineato dalla legge¹³¹, configurando quindi un tipico "reato d'obbligo"¹³² al quale il legislatore attribuisce la funzione di "ostacolare" la commissione del reato di riciclaggio.

Sono così state introdotte nel nostro ordinamento una serie di fattispecie che assolvono il compito di garantire un adeguato sistema di informazioni da parte degli operatori agli organi di controllo del settore, sanzionando penalmente quei comportamenti omissivi o fraudolenti idonei ad impedire la vigilanza sulle attività finanziarie. Contenute in un primo tempo all'interno della

129) Sulla creazione di "vari ordini pubblici tecnologici" come regolamentazione minuziosa di determinati settori di attività economicamente e socialmente rilevanti, v. SGUBBI F., *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, 1990, p.19ss.

130) Cfr. DELMAS-MARTY M., *Leflou du droit. Du Code Penal aux droits de l'homme*, Paris, 1986, p.43, cit. da SGUBBI F., *Il reato* cit., p.19 e p.42, nt. 18: qui la prescrizione tecnica è intesa ovviamente come regola burocratica.

131) Sulla costruzione e la protezione di "modelli di buon funzionamento" come tecnica di tutela preferibile in quei "settori che più tipicamente coinvolgono interessi nuovi, collettivi, diffusi", e sulla conseguente "rivalutazione di principio del 'famigerato' (...) reato di pericolo astratto", cfr. PULITANO D., *La formulazione delle fattispecie di reato: oggetti e tecniche*, in AA.VV., *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, a cura del CRS, Milano, 1987, p.39ss.

132) Sui *Pflichtdelikten* come reati diretti a tutelare "la funzionalità di settori della vita che hanno già una loro configurazione giuridica", v. ROXIN C., *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2. Auflage, Berlin/New York, 1973, trad. it. a cura di S. Moccia, Napoli, 1986, p.43ss., e, più diffusamente, ID., *Täterschaft und Tatherrschaft*, Berlin, 1. Auflage, 1963, p.352ss.

legge n°197 del 1991, alcune di queste norme sono state inserite -in una nuova formulazione- nella nuova legge bancaria e presentano tutte la caratteristica di essere dirette al controllo della circolazione del denaro e dei soggetti che operano nel campo della intermediazione finanziaria. Si passa, così, dall'incriminazione delle violazioni degli obblighi di identificazione e registrazione delle transazioni finanziarie di valore superiore a venti milioni di lire, sanzionate dall'art.2 co.7, della l. n°197/1991, a quella riguardante l'omessa o falsa indicazione delle generalità del soggetto per conto del quale è eseguita la transazione (art. 2, co.8, l. 197/1991). Si sanziona inoltre, con il quarto comma dell'art.5 della medesima legge n°197/91, l'omessa istituzione dell'archivio unico informatico prescritta dal precedente art.2 e, mercé il sesto comma dello stesso art.5, anche la violazione degli obblighi di riservatezza della segnalazione imposti dall'art.3 co.7 della predetta legge n°197/91.

A tal proposito va incidentalmente osservato che alcune delle norme summenzionate presentano evidenti incongruenze. Così, ad esempio, non si spiega il trattamento più mite che viene riservato all'omissione delle segnalazioni previste dall'art.3 (pena amministrativa pecuniaria fino alla metà del valore dell'operazione) rispetto alla criminalizzazione, sia pure a titolo contravvenzionale, dell'inosservanza dell'obbligo di riservatezza relativo alle medesime procedure di segnalazione. Del pari risulta difficile da spiegare la mancata penalizzazione delle violazioni delle limitazioni all'uso del contante previste dall'art.1 della citata l. n°197/1991, laddove è invece sanzionata penalmente, come si è visto, la violazione degli obblighi di identificazione e registrazione che gravano sul personale incaricato¹³³.

E' appena il caso di segnalare, tornando per un rapido cenno al T.U. n°385/1993, l'importanza che acquistano le disposizioni che richiedono serietà e professionalità negli operatori bancari e negli altri intermediari finanziari, ai fini dell'attendibilità e correttezza delle informazioni (su clienti e operazioni) che gli stessi sono tenuti a raccogliere ed a comunicare. Ed è parimenti evidente l'esigenza di assicurare effettività anche alle prescrizioni degli organi di controllo¹³⁴.

133) Per queste osservazioni, v. FERRAJOLI L., *La normativa antiriciclaggio*, Milano, 1994, p.18ss.

134) Sull'argomento, con riferimento però all'equiparazione tra operatori bancari e altri intermediari finanziari operata per quest'aspetto dalla l. n°197/1991, v. FLICK G.M., *Le risposte nazionali al riciclaggio di capitali. La situazione in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp.1294-5.

Inoltre, sempre nell'ambito del nuovo T.U. in materia bancaria e creditizia, l'esigenza di consentire alla Banca d'Italia di esercitare la funzione di controllo sull'entità di partecipazione al capitale di società ovvero la sussistenza di determinati requisiti per l'effettuazione di particolari operazioni, con tutti i riflessi che tale funzione comporta nel campo dell'azione di prevenzione del riciclaggio, è alla base della già esaminata norma dell'art. 139, T.U. 385/1993 la quale, riproducendo le fattispecie incriminatrici dell'art. 29 co.3, 1. 10 ottobre 1990, n°287 (c.d. legge antitrust)¹³⁵, sanziona le ipotesi di omissione o falsità delle domande di autorizzazione e delle comunicazioni alla Banca d'Italia concernenti l'acquisizione di partecipazioni al capitale delle banche e delle società finanziarie capogruppo. Alla medesima esigenza di trasparenza è destinato anche l'art. 141 del T.U. n°385/93 che sanziona l'omissione o la falsità delle comunicazioni relative ad intermediari finanziari.

Alla stessa stregua degli obblighi d'informazione, anche le norme sull'abusivo esercizio dell'attività bancaria sono dirette ad estendere l'area dei controlli, in nome di una "trasparenza negli affari" che ha ispirato anche il notevole ridimensionamento del segreto d'ufficio e di quello bancario¹³⁶. Già da tempo, del resto, il segreto bancario veniva segnalato come un vero e proprio fattore d'ineffettività di molte disposizioni penali in materia economica¹³⁷. Ed è legittimo affermare che, alla luce delle ormai sedimentate acquisizioni riguardanti i cardini costituzionali del diritto penale dell'economia, una lettura del problema che si riferisca alla sola tutela del risparmio di cui all'art. 47 Cost.¹³⁸

135) Non risulta tuttavia superata l'"evidente 'anomalia' rappresentata dall'equiparazione, nell'ambito della medesima figura criminosa ed entro la medesima cornice sanzionatoria, delle ipotesi di omissione, incompletezza e falsità delle comunicazioni di cui all'art. 27" della stessa legge *antitrust*. Sul punto cfr. FOFFANI L., *Legislazione antitrust e disciplina delle partecipazioni al capitale di enti creditizi: profili penalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 888.

136) Cfr. BARBIERA L. - CONTENTO G., *Lotta al riciclaggio* cit., p. 59.

137) v. DI NICOLA E., *Inadeguatezza del sistema penale di fronte alla criminalità economica - Cenni sulle cause e sui rimedi - Alcune proposte in Funzioni e limiti del diritto penale* cit., p. 364.

138) Cfr. NUVOLONE P., *Relazione introduttiva*, in AA.VV., *Problemi penali della legislazione bancaria*, Milano, 1981 p. 20ss. E' da ritenersi che il nuovo T.U., sancendo esplicitamente, con l'art. 10, il "carattere d'impresa" rivestito dall'attività bancaria, abbia superato la discussione circa il rapporto di "reciproca esclusività" ovvero di "integrazione" esistente tra gli artt. 41 e 47 Cost. (su tale dibattito, ancora di recente, v. la ricognizione di FORTUNATO S., *Credito e ordinamento costituzionale*, in *Banca e borsa*, 1990 I, p. 585ss.; sul punto cfr. MINERVINI G., *Impresa bancaria e Costituzione*, in *Banca e borsa*, 1988, I,

non potrebbe che risultare riduttiva, dal momento che i supremi valori umani di sicurezza, libertà e dignità, insieme con quello di utilità sociale, con il loro preminente rilievo costituzionale (art.41 co.2, Cost.), vengono unanimemente profilati quali controinteressi esterni alla sfera economica ai quali viene subordinata la stessa liceità dell'agire economico¹³⁹.

Oggi che l'erosione del segreto bancario è un dato di fatto, soprattutto

p.661, il quale afferma "l'applicabilità dell'art.41 all'esercizio dell'iniziativa economica in forma di impresa bancaria, per quanto attiene così al principio di libertà come alle riserve di legge relativa che condizionano le limitazioni di quel principio": oggi non è più lecito avanzare dubbi di sorta circa la riconducibilità dell'attività di esercizio del credito e di raccolta del risparmio alla nozione di "iniziativa economica privata". Probabilmente non era necessario attendere la nuova legge bancaria per pervenire a simili conclusioni: basti pensare a quanto affermato dall'On. Ruini durante i lavori della Costituente riguardo alla non assoluta necessità dell'art.47 (art.44 del progetto): "L'articolo 44 - constatò il Presidente della Commissione per la Costituzione rispondendo alle proposte di emendamenti - non ha nessuna proposta di soppressione totale. Se vi fosse, non ne sarei personalmente malcontento. Vi è stata una fioritura di nuovi articoli ... Ecco perché acconsentirei a togliere di mezzo anche quest'articolo 44, che non è assolutamente necessario, ma ha però un suo motivo di essere" (*La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, Seduta del 19 maggio 1947, a cura della Camera dei Deputati - Segretariato generale, vol. II, Roma, 1970, p.1764). Da più parti si è ritenuto che il fondamento di tali affermazioni fosse da ricercarsi nella convinzione, comune a tutti i membri della Costituente, circa l'inerenza del problema del credito a quello, più generale, dell'intervento dello Stato nell'economia, per cui l'art.47 sarebbe nato "per proliferazione del precetto di cui all'art.41 ... L'aver riservato al settore del risparmio e del credito una norma a sé stante sta a significare ... che la Repubblica ha il dovere di disciplinare questo settore in modo permanente e sistematico, e non già mediante opportune programmazioni di ordine anche contingente come invece previsto dall'art.41" (cfr. GANDOLFI G., *Legge bancaria e Costituzione*, cit., c. 14; sul punto, cfr. anche FORTUNATO S., *op. cit.*, p.594).

139) Cfr. PEDRAZZI C., *Problemi di tecnica legislativa*, in AA.VV., *Comportamenti economici e legislazione penale*, Milano, 1979, p.18; PATALANO V., *Beni costituzionali* cit., p.637ss. Cfr., altresì, DI NICOLA E., *op. cit.*, p.369: "Insomma il 'libero mercato', organizzato secondo le modalità concorrenziali, deve esistere e rimanere ma non deve rappresentare il regolatore supremo dell'economia essendo solo uno strumento da utilizzare per il raggiungimento degli obiettivi finali fissati dalla Costituzione in un disegno complessivo i cui criteri ordinanti devono essere fissati dall'ordinamento giuridico". Le istanze, anche legittime, che vengono in questo modo valorizzate, presentano un forte rischio di velleitarismo se scivolano nella "pretesa di governare fenomeni economici con norme giuridiche": sul punto, MERUSI F., *Art.47 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1980, p.155 (v. anche la bibliografia *ivi* cit. in nt. 5).

dopo la l. n°197/1991¹⁴⁰, il giusto superamento del “cinismo olfattivo” del *pecunia non olet*, non deve far sottovalutare il rischio opposto, rappresentato da istanze che, in nome di un esasperato “antagonismo” rispetto alle posizioni economico-giuridiche dominanti, sono indotte a valutare favorevolmente l’ingresso del giudice penale nel sistema bancario. Non solo un simile atteggiamento non tiene in nessun conto le specificità dell’attività bancaria ed il fisiologico margine di rischio che la caratterizza¹⁴¹, ma, a causa dei problemi che l’intervento penale in materia presenta proprio sotto il profilo dell’effettività, potrebbe verosimilmente spingere ad utilizzare la sanzione penale come un rimedio agitato senza alcun criterio, magari a fini di spettacolarità e risonanza sociale, secondo la triste logica delle “vedettes” penali¹⁴².

140) Sul punto, v. BARBIERA L. - CONTENTO G., *Lotta al riciclaggio* cit., p.149. Sulla base della constatazione che “manca una fattispecie di legge per il segreto di banca”, il Paterniti (*Diritto penale dell’economia*, cit., p.127s.) mette in dubbio la stessa vigenza “d’un istituto non disciplinato esplicitamente da alcuna norma di legge” poiché, a fronte dei numerosi casi di rimozione legislativa del segreto, non avrebbe senso “invocare ancora una disciplina consuetudinaria del segreto di banca”.

141) Rileva il “rispetto di una qualche adeguatezza sociale di alcuni comportamenti rischiosi per il patrimonio dell’ente creditizio” Fiorella (FIORELLA A., *Problemi attuali ecc. (prospettive de iure condendo)* cit., p.345s.) il quale lamenta “lacune nel campo delle incriminazioni che interessano specificamente l’intermediazione”, sintomo, ad avviso dell’A., di “eccessiva cautela” da parte del legislatore nell’imprimere reale efficacia al sistema delle incriminazioni del settore, per non minare la libertà economica. In questa ricostruzione l’assunzione del rischio, connaturata all’attività bancaria, renderebbe per così dire “adeguati” comportamenti che, in un diverso contesto, potrebbero risultare illeciti.

142) L’espressione è di SGUBBI F., *Il reato come rischio sociale*, cit., p.76ss., il quale rileva come le funzioni di deterrenza e di conservazione del sistema normativo attraverso l’intervento penale non si attuino mediante una repressione generalizzata (pronta e indiscriminata) di tutti i comportamenti illeciti, bensì attraverso scelte repressive caratterizzate da spettacolarità e risonanza sociale. “Il ragionamento, elementare -osserva l’A.- è il seguente: considerato che gli organi amministrativi ed il diritto penale non possono rilevare (e intervenire su) tutte le trasgressioni, non resta che confidare sulla esemplarità indotta e sulla repressione simbolica ... L’efficacia intimidatrice si attua, allora, attraverso un procedimento stigmatizzante rivolto contro i soggetti socialmente più in vista e stimati. Sì che, con l’aiuto decisivo dei mezzi di comunicazione di massa, si possano -da un lato- canalizzare e soddisfare i bisogni di penalizzazione dell’opinione pubblica e -dall’altro lato- si possa impressionare il cittadino medio: il quale vedendo e sapendo che il diritto penale ha colpito un soggetto ai vertici della società, dovrebbe essere assalito dal timore di un analogo (ed anzi, più facile) intervento dell’Autorità anche nei propri confronti”. E l’esperienza di questi ultimi anni conferma che, al di là della oggettiva gravità di taluni episodi di corruzione e collusione del mondo politico-affaristico, spesso sono state operate vere e proprie scelte di politica giudiziaria, con la conseguente sostanziale depenalizzazione di fatto di alcuni tipi di illecito. Si pensi ai reati patrimoniali minori.

E tuttavia quasi quattro anni di "Tangentopoli" non sembra abbiano sconfitto tendenze di illegalità diffusa.

Da quanto si è detto, emerge ancora una volta il ruolo fondamentale che il problema dell'effettività riveste in materia penale ed anche nel settore bancario, dove i comportamenti illeciti possono assicurare ingenti guadagni. L'unica possibilità di limitare i fenomeni degenerativi¹⁴³ resta quindi affidata alla riduzione dello "scarto fra la teorica possibilità della condanna e la concreta certezza di un elevato profitto", e nella conseguente diminuzione della convenienza dell'illecito¹⁴⁴.

E' evidente che ciò risulta possibile solo in un mercato mobiliare governato dal principio della trasparenza¹⁴⁵. Un concetto, quello della "trasparenza" bancaria, che non può essere ridotto soltanto a principio guida nei rapporti contrattuali tra banca e cliente, ma deve orientare tutta l'attività bancaria e finanziaria in genere, fino a coinvolgere l'operato dei singoli esponenti dell'ente creditizio-finanziario. La "trasparenza", in altre parole, non può essere soltanto una modalità di corretta esecuzione di rapporti negoziali, né può dirsi soddisfatta con l'osservanza formale di qualche prescrizione sulla pubblicità, sulle comunicazioni ai clienti, sulla decorrenza delle valute e così via.

Il sistema dei controlli, interni ed esterni, la stessa collaborazione che le banche, oggi più che in passato, sono tenute a prestare, sopportando costi estremamente elevati¹⁴⁶ 143bis, per il perseguimento di interessi della colletti-

143) Non è questa la sede per analizzare la "doppia qualità" del capitalismo italiano. Tuttavia, pure in questo breve inciso, non si può fare a meno di chiedersi che spazio residui per tali speranze di limitare detti fenomeni degenerativi (in un'ottica che prescinda, ovviamente, da prospettive palingenetiche) ove il problema del dualismo tra economia legale ed economia illegale venga risolto, come fanno alcuni (cfr. ad es. RULLANI E., *Etica e regole per l'economia d'impresa*, in *Democrazia e dir.*, n°3/92, p.137ss.), nel senso di ritenere che l'illegalità non si collochi, quale fenomeno patologico, all'esterno del nostro sistema di relazioni economiche, ma costituisca, viceversa, "un inquinante -ma talvolta anche un collante- che viene prodotto nel funzionamento ordinario del sistema italiano". Un "collante" che "fa parte infatti della sua storia e della sua struttura profonda, nella quale convivono la cultura delle regole e quella della loro trasgressione".

144) Il problema è di più vaste proporzioni: v. per l'insider trading, SEMINARA S., *Insider trading cit.*, p.362.

145) Gli obblighi di trasparenza dei gruppi creditizi, con il correlativo potenziamento delle attività di vigilanza e di controllo, sono i punti centrali del nuovo progetto di direttiva in materia bancaria allo studio presso le istituzioni comunitarie, cfr. F.A., *Un nuovo progetto di Direttiva in materia bancaria*, in *Riv. società*, 1993, p.1479.

146) Sul costo delle operazioni cfr. § 4

vità -sebbene estranei all'attività creditizia- i notevoli ridimensionamenti del segreto bancario, dimostrano come oggi innanzitutto la collettività, e quindi la legislazione, assegnino una particolare collocazione e funzione di garanzia all'impresa bancaria, e richiedano una "visibilità" tutta particolare e specifica dell'attività sua e dei suoi esponenti.

Ne è prova il fatto che si richiedono particolari requisiti di onorabilità e professionalità nell'operatore (art.25) e persino nei partecipanti al capitale (art.24). Una garanzia, questa, che la legge esige non soltanto per assicurare all'impresa le migliori condizioni di operatività secondo criteri di professionalità, ma anche e soprattutto per verificare l'esistenza di tutte le premesse, anche soggettive, perché l'attività sia condotta nella massima correttezza, in modo sostanzialmente trasparente.

Tuttavia, se ci è consentita l'espressione, è inutile farsi illusioni sull'efficacia preventiva della sanzione penale per contrastare fenomeni come l'illecita acquisizione di capitali che, non solo per la loro imponenza, ma anche e soprattutto per l'alta qualità professionale degli operatori del settore, è di difficile contrasto. E sembra che il legislatore più recente si sia reso conto della necessità di intervenire sul sistema dei controlli, più che criminalizzare "a tappeto" anche comportamenti propedeutici¹⁴⁷.

La "trasparenza" come valore certamente strumentale, ma anche deontologico, il ridimensionamento del segreto bancario nella sua attitudine alla elusione dei controlli patrimoniali, stanno a significare in maniera inequivoca che la recente legislazione si dimostra sempre più consapevole della necessità di contrastare talune forme di delinquenza predisponendo strumenti operativi

147) In L'intervento penale, infatti, rappresenta soltanto "uno dei possibili strumenti di controllo della produzione, della circolazione e dell'investimento di capitali illeciti. Esso è fisiologicamente destinato alla repressione di comportamenti già attuati. Opera cioè quando la produzione dei profitti illegali si è già verificata, e tende in prima battuta alla punizione di tale comportamento illecito: pertanto solo incidentalmente e di riflesso può raggiungere risultati cui direttamente dovrebbero essere destinati controlli di tipo diverso, da esercitare in via preventiva" (COLOMBO G., *Il riciclaggio*, Milano, 1990, p.1). E' per tali ragioni che per colpire le condotte propedeutiche al riciclaggio diventa preferibile approntare "idonei strumenti di rilevazione della circolazione e dell'investimento dei capitali illeciti, controllando il mercato e individuando i soggetti che vi operano" (PECORELLA G., *Circolazione* cit., p.1224); ciò non vuol dire che la norma penale non possa svolgere anch'essa un ruolo importante: "essa, però, non riguarda i fatti di riciclaggio, bensì il rafforzamento degli obblighi di rilevazione, di documentazione ed eventualmente di comunicazione che, garantendo la trasparenza degli affari, possono dissuadere dal riciclaggio o consentono di accertarlo" (*ibidem*).

e di controllo sempre più altamente professionalizzati. D'altronde, quale pena può efficacemente scoraggiare l'operatore finanziario che riciclando miliardi si assicura lauti guadagni? L'attacco a tali condotte dev'essere quindi duplice: sequestro dei patrimoni illecitamente acquisiti (anche mediante il reimpiego di proventi), da un lato, e controlli operativi - che saranno tanto più efficaci quanto più attuati da personale opportunamente addestrato - dall'altro. E ciò senza contare che l'evitabilità della sanzione è più che una speranza, ove si consideri l'elevata professionalità di taluni operatori e il livello attuale delle competenze tecniche di cui dispone l'Amministrazione della Giustizia.

6. Conclusioni.

Alla fine di questa relazione fin troppo lunga, sembra di dover concludere che con la "nuova" legge bancaria il legislatore ha perduto un'occasione preziosa per avviare quel processo (da più parti auspicato) di graduale distacco da schemi civilistici, ovvero extrapenali, che hanno relegato il diritto penale speciale in un'area che assegna all'illecito una funzione meramente sanzionatoria.

Soprattutto è mancato, per il diritto penale bancario, qualsiasi riferimento al valore costituzionale che gli artt. 41 e 47 Cost. ancora oggi esprimono (in termini di attualità) in materia economica e di attività bancaria. Ancora una volta, perciò, va denunciata una pericolosa tendenza della nostra legislazione penale economica che, sviluppatasi secondo schemi ed istanze extrapenali, non ha seguito un disegno unitario e coerente che consentisse di ancorare la configurabilità dell'illecito a ben precisi contenuti di disvalore.

La contingenza di scelte politiche, in assenza di un preciso progetto, e la necessità di far fronte a fenomeni gravi di delinquenza economica, hanno determinato condizioni di vera e propria emergenza che un sistema di blocchi e di poteri contrapposti non ha consentito affrontare efficacemente. Si spiega così quel carattere di *simbolicità* che, come si è detto, da più parti viene attribuito ad interi settori della legislazione penale speciale, ed a quella bancaria in specie.

Bisogna allora arrendersi alla deludente constatazione di una parte della dottrina secondo la quale le norme incriminatrici dei reati contro l'economia (contenuti nel titolo VIII, libro II del codice penale) sono "programmaticamente" destinate all'ineffettività^{148?}

148) Sul punto, oltre al già citato MAZZACUVA (*I delitti contro l'economia pubblica* cit., p. 774), v. la critica di FORNASARI G., *Il concetto* cit., p. 23ss.

Per le norme penali bancarie del T.U. entrato in vigore il primo gennaio del 1994, è ancora presto per dirlo, anche se poi l'esperienza della legge passata, e la sostanziale ripetizione di modelli già "inapplicati", dovrebbe far pervenire a conclusioni analoghe a quelle relative alla legislazione abrogata.

Non resta che attendere allora la riforma del codice penale (ancora lontana, purtroppo), con la speranza che ne emerga un quadro dei reati economici organicamente sistemato, nel quale le incriminazioni riguardino condotte concrete, effettivamente lesive di beni-interessi economici di rilevanza generale e secondo formulazioni chiare che prevedano, seguendo schemi unitari, condotte omogenee selezionate, più che in base ad astratte valutazioni di oggetti di tutela, in considerazione delle modalità di aggressione agli stessi beni, del danno cagionato, della posizione e della qualità del soggetto attivo.

Ma soprattutto, almeno in quell'occasione, ci si ricorderà dell'avvertimento del Beccaria -vero antesignano dell'effettività come carattere irrinunciabile della legislazione penale- secondo cui "ogni legge che non sia armata, o che la natura delle circostanze renda insussistente non deve promulgarsi"¹⁴⁹? Ci si augura vivamente di sì!

149) BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1764, ed. a cura di F. Venturi, Torino, 1965, § XXXII, p.80. La legge ineffettiva sortisce l'ulteriore effetto negativo di discreditarlo l'ordinamento nel suo complesso, in quanto -rifacendosi ancora agli ammonimenti dell'allora ventiseienne illuminista ambrosiano- "le leggi inutili, disprezzate dagli uomini comunicano il loro avvilitamento alle leggi anche più salutari, che sono risguardate più come un ostacolo da superarsi che il deposito del pubblico bene" (*ibidem*).