

ANDREA CASTALDO

ACCESSO ALL'ATTIVITÀ BANCARIA E STRATEGIE
PENALISTICHE DI CONTROLLO.

Sommario: 1. PREMESSA. 2. LA REPRESSIONE DELL'ABUSIVISMO BANCARIO NELL'ART.96 L.B. 3. L'EVOLUZIONE LEGISLATIVA SUCCESSIVA (E LA PROPOSTA DI CUI ALLA BOZZA PER UN NUOVO CODICE PENALE). 4. LE CAUSE DEI FREQUENTI MUTAMENTI DI DISCIPLINA. a). I fattori esterni. b). I fattori interni. c). La funzione promozionale del diritto penale. d). I fattori contingenti. e). Modelli di importazione ed esportazione nella genesi normativa. 5. ETICA ED AFFARI. a). L'operatore bancario tra obblighi di collaborazione e logica del profitto. 6. FORME DI ANTICIPAZIONE E RATIO DI TUTELA: LA DIMENSIONE COSTITUZIONALE NELLA LOTTA ALL'ABUSIVISMO. 7. VECCHI E NUOVI PROBLEMI NELL'INTERPRETAZIONE DEGLI ARTT.130-132 T.U.. a). Tecnica del rinvio e principio di legalità. b). La semplificazione del Tatbestand come obiettivo processuale. c). Revoca dell'autorizzazione e liquidazione coatta amministrativa: le interferenze con la 'banca di fatto'. c.1.). Revoca successiva ed integrazione del reato. c.2.). Autorizzazione illegittima e disapplicazione del giudice penale. c.3.). L'assoggettabilità della 'banca di fatto' alla liquidazione coatta amministrativa. d). La locuzione "raccolta del risparmio tra il pubblico". e). L'elemento psicologico del reato. 8. INCONGRUENZE SISTEMATICHE NELLA REPRESSIONE ALL'ABUSIVISMO. 9. L'ESPERIENZA TEDESCA IN TEMA DI ACCESSO ALL'ATTIVITÀ BANCARIA. 10. QUALE BILANCIO DELLA RIFORMA. 11. LA DILATAZIONE GIURISPRUDENZIALE DEI CONFINI DELLE FATTISPECIE INCRIMINATRICI COME REAZIONE ALLE DISCRASIE TEORIA-PRASSI.

1. Premessa.

Le altalenanti vicende legislative concernenti il c.d. abusivismo bancario rappresentano un punto di osservazione privilegiato -e al contempo necessario- per un'indagine volta a delineare natura e confini della fattispecie.

La disorganicità e la fretteolosità delle scelte adottate dal legislatore penale, tratti che compendiano in forma emblematica la storia dell'illecito, non sono d'altronde una novità nel panorama normativo generale; l'assenza di 'costanti' politico-criminali e l'adozione di programmi contingenti, prodotto delle istanze sociali del momento, costituiscono anzi un *topos* (negativo) nella strategia dell'intervento penale¹.

¹ Sui compiti della politica criminale cfr. PULITANO', (voce) *Politica Criminale*, *Enc. Dir.* XXXIV, 1985, p.73ss.

L'idea di fondo che ispira la repressione dell'esercizio dell'attività bancaria in difetto di autorizzazione è facile da scorgere: l'esigenza di tutelare la corretta gestione dell'impresa bancaria, a sua volta strumento di protezione anticipata del pubblico risparmio. Dove la garanzia del 'filtro iniziale' consiste nella presenza di requisiti formali e sostanziali che legittimano allo svolgimento della raccolta del risparmio e dell'intermediazione creditizia.

Un tale obiettivo è stato però sinora perseguito con una tecnica estremamente approssimativa, che il recente Testo unico del credito si sforza di contrastare attraverso una più puntuale descrizione e razionalizzazione del fatto tipico.

Tuttavia, le sbavature ed i difetti di coordinamento persistenti danno implicitamente ragione a quanti lamentano l'inesistenza di un compiuto 'sistema penale degli intermediari bancari e non' e, conseguenzialmente, l'impossibilità di elaborare una teoria generale².

2. La repressione dell'abusivismo bancario nell'art.96 L.B.

Nella versione originaria della c.d. legge bancaria (un insieme di disposizioni risalenti alla fine degli anni '30), l'art.96 co.1 prescriveva che 'chiunque svolga l'attività prevista dall'art.1 per la raccolta del risparmio tra il pubblico sotto ogni forma senza averne ottenuto l'autorizzazione dell'ispettorato è punito con un'ammenda da L.400.000 a L. 4.000.000'³.

La fattispecie contravvenzionale, congegnata sul modello classico dell'incriminazione dell'attività bancaria svolta senza autorizzazione, aveva creato tuttavia non poche difficoltà interpretative.

Sebbene la questione abbia perso ogni contenuto di attualità in seguito alle modifiche intervenute, un rapido accenno risulta comunque utile al fine di comprendere la *ratio* della formulazione vigente.

2) Si veda BARTULLI, (voce) *Banca (reati in materia bancaria)*, Dig. Disc. pen., I, 1987, p.418ss.; FLICK, *Diritto penale e credito: problemi attuali e prospettive di soluzione*, 1988, p.250s.; BRICOLA, *Profili penali della disciplina del mercato finanziario*, Banca Borsa 1990, I, p.21s. Un illuminante quadro di sintesi in PEDRAZZI, (voce) *Mercati finanziari (disciplina penale)*, Dig.Disc.Pen., VII, 1993, p.652ss.

3) Le funzioni di vigilanza e controllo dell'Ispettorato per la difesa del risparmio e per l'esercizio del credito sono state, come è noto, successivamente trasferite alla Banca d'Italia.

Il rinvio dell'art.96 all'art.1 L.B., che riconosceva nella "raccolta del risparmio fra il pubblico sotto ogni forma" e nell'"esercizio del credito" le funzioni (di interesse pubblico) tipiche dell'attività bancaria, assoggettandole al controllo dell'Ispettorato, aveva fatto sorgere il dubbio se la configurabilità del reato fosse vincolata alla contemporanea sussistenza delle due funzioni, o anche alla *sola* raccolta del risparmio, complice l'equivoca formulazione dell'art.96, richiamante la mera attività incentrata sul risparmio.

Una panoramica, seppure sommaria, delle varie posizioni dottrinali e giurisprudenziali registratesi esula dai confini dell'indagine⁴.

In estrema sintesi, può dirsi che sul piano strettamente letterale l'interpretazione (estensiva della punibilità) basata sulla sufficienza della raccolta del risparmio appariva aderente al dettato sintattico; sotto il profilo logico-sistematico, confortato anche dall'evoluzione successiva, l'individuazione del *Tatbestand* nel *doppio, congiunto* parametro della raccolta del risparmio e della intermediazione creditizia è tuttavia senz'altro preferibile⁵. Infatti, l'interesse prioritario del legislatore consiste nell'impedire il fenomeno della *banca di fatto*, che comprende per l'appunto l'attività incentrata sulla raccolta del risparmio finalizzata all'esercizio del credito.

Come si vedrà, le disposizioni del T.U. hanno cercato di porre fine alla *querelle* sorta.

Nel complesso, l'art.96 L.B., nella versione originaria, sembrava puntare, più che sull'efficacia intimidatrice della sanzione⁶, sulla valenza del divieto, in funzione socialmente stabilizzatrice.

Non andrebbe peraltro dimenticato che la *species* ed il *quantum* della pena, certamente inadeguati nella situazione attuale, riflettevano il minore impatto nella prassi del fenomeno in esame. In sostanza, l'interesse della dottrina e della giurisprudenza verso tale condotta illecita era del tutto sporadico, e rapportato all'esperienza del tempo che non registrava un allarme particolare in ordine all'abusivismo bancario.

4) Sul punto, cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale - Leggi complementari*, 9ª ed., 1994, I, p.385ss.

5) In quest'ultimo senso era schierata l'opinione prevalente. Cfr., per tutti, CRESPI, *Attività bancaria e raccolta di risparmio non autorizzata, Banca Borsa*, 1960, I, p.494ss.

6) A carattere pecuniario, e per giunta di trascurabile entità in relazione alla disponibilità economica dei potenziali soggetti attivi.

Tant'è vero che, ad eccezione della famosa vicenda dell' "Anonima banchieri"⁷, soltanto in epoca recente, con il proliferare delle finanziarie di comodo e del riciclaggio di capitali sporchi, la tutela dell'attività bancaria *istituzionalizzata* ha acquisito un ruolo prioritario.

3. L'evoluzione legislativa successiva (e la proposta di cui alla bozza per un nuovo codice penale).

Un'implicita conferma si ricava del resto dall'evoluzione normativa immediatamente successiva. Per effetto delle leggi di depenalizzazione (L. 24/12/1975 n°706, L. 24/11/1981 n°689), la contravvenzione venne automaticamente trasformata in illecito amministrativo, punito con la sanzione pecuniaria da L. 2.000.000 a L. 20.000.000.

Se da una parte è difficile credere ad una modifica intenzionale del legislatore, e non invece ad un effetto automatico e non calcolato della norma generale in tema di depenalizzazione, d'altra parte la tacita acquiescenza dottrinariala alla svolta politico-criminale dimostrava implicitamente la valenza secondaria della problematica, e comunque la non urgenza di una radicale riforma.

A distanza di quasi dieci anni, il quadro di riferimento subisce profonde modifiche. La l. n°55/1990, nell'introdurre un pacchetto di norme di contrasto alla criminalità organizzata, il cui denominatore comune concerne l'ampliamento delle fattispecie penali e l'inasprimento sanzionatorio, trasforma all'art.29 la contravvenzione in delitto, con la previsione della reclusione da sei mesi a quattro anni e la multa da L. 4.000.000 a L.20.000.000, lasciando inalterata la condotta illecita.

L'inserimento della norma all'interno della lotta alla mafia non è certo casuale, ed anzi testimonia l'acquisita consapevolezza di un più penetrante controllo sul mondo creditizio per impedire infiltrazioni al suo inter-

7) Imponente la letteratura in argomento; si veda per tutti MOLLE, *Il "caso Giuffrè" e la legge bancaria*, Banca Borsa 1960, I, p.407ss.; CRESPI, cit. (nota 5), p.489. La ricostruzione dell'episodio e delle connesse vicissitudini giudiziarie si può leggere nella *Relazione della Commissione parlamentare d'inchiesta sul caso dell' "Anonima Banchieri"*, RIDPP 1959, p.102ss., che tra l'altro si schiera a favore della punibilità dell'abusivismo bancario a condizione della contemporanea presenza dei due requisiti dell'attività bancaria (raccolta del risparmio ed intermediazione creditizia) (124 s.).

no della criminalità organizzata.

Con il D. Lgs. n°481/1992, di attuazione della seconda direttiva CEE n°89/646, si arriva alla differenziazione del reato in due figure, caratteristica immutata nella versione in vigore: l'art.31 co.1 conserva l'identica tipologia punitiva per chiunque svolga l'attività bancaria in difetto di autorizzazione, mentre il secondo comma sanziona la semplice attività di raccolta del risparmio tra il pubblico in violazione dell'art.3, tuttavia con la sanzione dell'arresto da sei mesi a tre anni e con l'ammenda da L. 25.000.000 a L.100.000.000, optando dunque nuovamente per la contravvenzione.

Il D.Lgs. 1/9/1993 n°385 (Testo Unico delle Leggi in materia bancaria e creditizia), infine, riproduce all'art.130⁸ l'art.31 co.2 D.Lgs. n°481/1992, mentre al successivo articolo⁹ prevede il più grave delitto di abusiva attività bancaria.

Il sistema delineato è logico e al contempo ben articolato: da un'ipotesi minore -sotto il profilo delle ripercussioni sul mercato-, quale la raccolta del risparmio in violazione delle disposizioni di legge, si passa alla vera e propria attività bancaria abusiva, sanzionata con maggiore severità. Proprio una simile tecnica normativa, strutturata secondo la formula della progressione per indici di gravità crescenti, esclude il concorso tra le due norme: nel caso di una società finanziaria che ponga in essere un'abusiva raccolta del risparmio, prevarrà l'art.131 T.U.¹⁰.

E' piuttosto da notare come l'art.131 T.U. possa ingenerare equivoci formalistici, specie fermandosi ad una lettura testuale del precetto. La condotta vietata consiste infatti, a rigore, in qualsiasi attività di provvista dal risparmio pubblico in violazione dell'art.11 T.U., accompagnata dall'intermediazione creditizia.

Poichè però l'art.11 T.U., oltre a stabilire il divieto per i soggetti diversi dalle banche di raccogliere risparmio tra il pubblico (co.2), contiene una serie di prescrizioni regolamentative (e di eccezioni al divieto), il rinvio *in toto* dell'art.131 T.U. all'art.11 T.U. farebbe sospettare la sussistenza

8) "Chiunque svolge l'attività di raccolta del risparmio tra il pubblico in violazione dell'art.11 è punito con l'arresto da sei mesi a tre anni e con l'ammenda da lire venticinque milioni a lire cento milioni". (Art.130 - Abusiva attività di raccolta del risparmio).

9) "Chiunque svolge l'attività di raccolta del risparmio tra il pubblico in violazione dell'art.11 ed esercita il credito è punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni e con la multa da lire quattro milioni a lire venti milioni". (Art.131 - Abusiva attività bancaria).

10) Conclusioni sottolineate anche nella Relazione al T.U. *sub* art. 130.

del reato anche nel più innocuo caso di un *istituto bancario* (che per definizione esercita il credito), il quale contravvenga alle disposizioni dell'art. 11 T.U.. E' chiaro che l'interpretazione logica, e la stessa rubrica dell'art. 131 T.U. (*Abusiva attività bancaria*), depongono inequivocabilmente a favore della limitazione dell'illecito ai soggetti che istituzionalmente non possono svolgere l'attività tipica bancaria, ma forse il riferimento nella norma *al difetto di autorizzazione*, anzichè alla generica trasgressione dell'art. 11 T.U., avrebbe reso in maniera puntuale la *ratio* di tutela¹¹.

La tormentata evoluzione del reato di abusivismo bancario non accenna peraltro a trovare uno sbocco definitivo.

Nello schema di disegno di legge-delega al Governo per un nuovo codice penale¹² si segue infatti una strada parzialmente diversa. L'art. 113, accanto alla repressione in generale dell'abusiva attività imprenditoriale, configura, sotto forma di aggravanti, l'ipotesi della contemporanea raccolta del risparmio o dell'intermediazione finanziaria¹³.

La formula è suscettibile di ingenerare nuovamente equivoci, in quanto, non menzionandosi l'esercizio del credito, non si riesce a comprendere la portata incriminatrice del divieto e soprattutto il rapporto tra l'aggravante e la rilevanza penale della tipica attività bancaria, come combinato delle due funzioni istituzionali.

4. Le cause dei frequenti mutamenti di disciplina.

I motivi di così rapidi ed incisivi mutamenti normativi nella storia dell'abusivismo bancario si compendiano in tre ordini di fattori: *esterni, interni, contingenti*, alcuni dei quali già parzialmente illustrati.

11) Si veda *Commentario alla nuova legge bancaria*, a cura di DONVITO-FERRAJOLI-RODDI-SILLA, 1993, p.225.

12) Cfr. *Per un nuovo codice penale. Schema di disegno di legge-delega al Governo*, a cura di PISANI, 1993, p.90s.

13) "Art.113 - Prevedere i seguenti delitti: 1) esercizio non autorizzato di impresa, consistente nel fatto di chi intraprende un'attività imprenditoriale senza la prescritta autorizzazione o con autorizzazione illegalmente ottenuta. Prevedere come circostanza aggravante, con aumento di pena in deroga all'art.20 co.1, il fatto che l'attività imprenditoriale riguardi la raccolta del risparmio o l'intermediazione finanziaria, esercitata sotto qualsiasi forma;....".

a) I fattori esterni.

Per fattore *esterno* deve intendersi sostanzialmente il processo di armonizzazione comunitaria nell'area finanziaria, che ha imposto l'adeguamento del diritto interno alle direttive della Comunità Europea, ed in particolare alla prima, del 12/12/1977 n°780 ed alla seconda del 15/12/1989 n°646.

In concreto, l'idea di banca pubblicistica e specializzata, per sua natura poco permeabile al dinamismo del mercato, quale emergeva dalla legislazione bancaria degli anni '30, è apparsa superata di fronte al modello comunitario della banca polifunzionale o despecializzata. Tali profili di inadeguatezza hanno costretto ad un'articolazione diversa del ruolo e della struttura degli istituti di credito, al fine di garantire la dovuta opera di omogeneizzazione.

b). I fattori interni.

Ma un peso decisivo -soprattutto per il reato *de quo*- è toccato ai fattori *interni*.

La crescita esponenziale della criminalità organizzata, la vulnerabilità del sistema finanziario di fronte alle tecniche insidiose di riciclaggio, la necessità di infittire i controlli a monte, onde proteggere il risparmiatore, assicurando nel contempo il rispetto delle regole del gioco, hanno comportato una sensibile reazione dell'ordinamento giuridico.

Tant'è vero che la evoluzione normativa del settore in esame è caratterizzata addirittura da una monotonia d'interventi: capillari obblighi di informazione e comunicazione, segnalazione di operazioni sospette, requisiti di onorabilità professionale.

Trasparenza e collaborazione diventano così i capisaldi della strategia anticriminale, in una monocorde sequela di norme che prediligono lo scontato ricorso all'opzione penale.

Nello specifico dell'abusivismo bancario, non è difficile scorgere le prove del *revirement* legislativo: addirittura, come già messo in risalto, la ripenalizzazione della fattispecie viene integrata dall'estensione delle forme di incriminazione, punendosi anche la raccolta abusiva del risparmio.

E' chiaro pertanto come agli occhi del legislatore l'ingresso nel mercato acquisti un ruolo determinante; presidiare mediante la sanzione penale il momento iniziale dell'attività significa assicurare -nei limiti del possibile e grazie ad un esame preventivo- che lo svolgimento delle funzioni bancarie avvenga da parte di soggetti *qualificati* a garanzia del pubblico dei risparmiatori.

c). La funzione promozionale del diritto penale.

Non si tratta del resto di strategie nuove nel panorama giuridico. Anzi, la metodologia adottata si muove su costanti collaudate da tempo.

In qualsiasi settore della vita di relazione, intrinsecamente pericoloso o tale per le ripercussioni su terzi che possono scaturirne, l'ordinamento reagisce attraverso uno sbarramento che impedisce l'accesso a chiunque, consistente nel necessario previo conseguimento di un titolo abilitativo all'intromissione.

Questo *filtro d'ingresso* ha ovviamente natura *formale* (non è detto che il superamento del test 'attitudinale' preventivo comporti l'automatica effettiva regolarità della attività intrapresa) e *sostanziale*, rafforzata da ulteriori regole di corretto svolgimento (l'assoggettamento a schemi comportamentali prefissati corrobora la liceità).

Gli esempi non mancano: per le attività *in sè rischiose*, come la circolazione stradale, l'esame di guida (ed il rilascio della patente) assolvono i compiti descritti; e laddove l'attività *in sè neutrale* può creare problemi ai terzi a contatto con essa, come nel settore finanziario, o nelle professioni, l'istituzione di appositi albi, l'autorizzazione all'esercizio svolgono la medesima funzione.

Tomando al mondo bancario, la delicatezza (e la particolare vulnerabilità) degli interessi in gioco, unitamente ai rischi di infiltrazioni criminali, impongono un controllo iniziale severo.

Non sono peraltro estranei motivazioni più recondite in una simile scelta di campo: la penalizzazione dell'abusivismo bancario diventa infatti un'utile occasione per rafforzare l'immagine di credibilità del settore, ed implicitamente sponsorizzarne l'affidabilità.

La sanzione penale diventa così un mezzo per il raggiungimento di un duplice scopo: accanto alla riaffermazione dell'importanza del bene tutelato *sub specie* di orientamento culturale, si incentiva l'attività dell'area penalmente disciplinata, garantendone la regolarità.

Siamo di fronte ad una funzione propulsiva di indirizzo sociale e di stabilizzazione culturale che andrebbe attentamente vagliata in ogni implicazione e che conferma, d'altronde, le profonde manipolazioni della struttura sociale perseguibili attraverso il diritto penale.

Indipendentemente dalla liceità o meno del ricorso a tali tecniche, occorre prendere atto così dell'inattualità del volto classico della teoria generale del reato e di come - specialmente nel campo del penale commerciale *lato sensu* inteso, le implicazioni anche economiche che l'intervento penale automaticamente produce dovrebbero condurre ad una rivisitazione

delle concezioni sui rapporti tra diritto punitivo e società¹⁴.

d). I fattori contingenti.

Infine, i fattori *contingenti* di spinta al rinnovamento sono costituiti, essenzialmente, nel fisiologico invecchiamento della legislazione bancaria, non in grado di reggere il passo con i tempi e con le mutate esigenze del mercato.

E ciò nonostante i tentativi giurisprudenziali di legittimare interpretazioni adeguatrici, ai confini del divieto di analogia, che hanno tuttavia alla fine determinato una maggiore insicurezza e accelerato la riforma.

e). Modelli di importazione ed esportazione nella genesi normativa.

E' interessante notare il diverso ruolo del diritto penale bancario italiano di fronte ai fattori indicati.

Con riguardo alle pressioni esterne, ossia alle modifiche sollecitate dalle direttive comunitarie, il diritto interno ha subito un processo di *importazione* ed assunto un carattere di ricezione passiva. La prospettiva si capovolge analizzando i fattori interni: la peculiarità del quadro italiano in tema di lotta alla criminalità organizzata ha imposto aggiustamenti endogeni, nel contempo favorendo l'*esportazione* degli schemi normativi adottati e quindi un ruolo *attivo*. Paradigmatico il caso del reato di riciclaggio, la cui ampiezza di formulazione è stata ripresa con successo in disegni di legge di Paesi limitrofi, sul presupposto scontato della transnazionalità dei fenomeni criminali finanziari e dunque dell'inutilità di misure repressive geograficamente legate al principio di territorialità, non inserite in un programma di collaborazione interstatuale.

Il volto bivalente della riforma, con la combinazione di correnti contrapposte, ne costituisce però il limite e spiega implicitamente quei difetti di coordinamento ai quali neppure il Testo Unico si sottrae del tutto.

Unitamente peraltro al rischio sempre presente in operazioni di periodico *maquillage* normativo: la creazione di una legislazione *stratificata*, *additiva*, che perda di vista il quadro complessivo e la razionalità d'insieme, in virtù della cristallizzazione in fattispecie incriminatrici di emergenze sociali soltanto temporanee¹⁵.

14) Sull'inattualità del modello tradizionale cfr. PALIERO, *L'autunno del patriarca Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, RIDPP 1994, p.1224ss.

15) Sulla politica criminale ormai di stampo emergenziale cfr. MOCCIA, *La perenne emergenza.. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 1995.

5. Etica e affari.

Gli artt.130-133 T.U., ricompresi all'interno della Sezione "Abusivismo bancario e finanziario", lasciano trasparire una *forma mentis* che permea l'intera parte penalistica del Testo Unico; il tentativo di convertire il sistema bancario e finanziario ad una morale comporta giustificazione intrinseca dell'intervento penale.

*Etica negli affari e degli affari*¹⁶: l'ambizioso obiettivo perseguito dal legislatore riformista si coglie tra le righe nella spinta pedagogica ad orientare comportamenti secondo canoni di lealtà, trasparenza e sana concorrenza mercantile. Ancora una volta l'interrogativo di fondo riflette non tanto la legittimità *tout court* di un siffatto schieramento ideologico, quanto il ricorso allo strumento penale per l'attuazione del programma.

Che il mercato bancario e finanziario, come del resto qualsiasi altro settore, debba dotarsi di un codice regolamentare interno, è fuori discussione: la creazione di 'regole del gioco', e di sanzioni per la loro inosservanza, costituisce un'ontologica proiezione della società civile¹⁷ e se non altro assicura la parità iniziale delle condizioni, ponendosi nella scia attuativa del principio costituzionale di eguaglianza.

Il problema sorge però quando tali regole vengono adoperate dal legislatore a scopo eticizzante, ossia per imporre una visuale di riferimento, ed anzi finiscono per essere impiegate come forme intrinseche di lotta alla criminalità economica¹⁸. Spunti simili non mancano nell'impianto del Testo Unico, specialmente laddove le norme penali richiamano disposizioni di carattere amministrativo (ad esempio, l'art.11 in relazione agli artt.130-131, l'art.106 in rapporto all'art.132).

16) Per tali considerazioni cfr. CASTALDO, *Tecniche di tutela e di intervento nel nuovo diritto penale bancario*, Riv. Trim. dir. pen. ecom. 1994, p.403ss. Cfr. inoltre VISENTINI, *Tre lezioni. L'evoluzione del sistema finanziario italiano-problemi attuali. La legalità nell'organizzazione dell'economia. Etica e affari*, 1995, p.101ss.; DONATO, in *Commentario breve al codice civile - Leggi complementari*, a cura ALPA-ZATTI, 2ª ed., 1995, p.790.

17) I rapporti tra gioco e diritto sono acutamente analizzati da VAN DE KERCHOVE-OST, *Il diritto ovvero i paradossi del gioco*, 1995.

18) Il tema delle strategie extrapenali opponibili alla criminalità economica è oggetto di attenzioni da parte della letteratura penalistica da tempo; si veda il classico studio di SCHÜNEMANN, *Alternative Kontrolle der Wirtschaftskriminalität*, *Gedächtnisschrift für Arm. Kaufmann*, 1989, p.629ss.

a). *L'operatore bancario tra obblighi di collaborazione e logica del profitto.*

La pericolosità della strada praticata è tanto più evidente nel caso in esame, poichè sconta una duplice difficoltà di ordine pratico, a prescindere dall'analisi prettamente giuridica.

In primo luogo, il programma educativo impone necessariamente la forzata *collaborazione* dei destinatari¹⁹. L'operazione di bonifica interna passa attraverso la vigilanza affidata agli stessi operatori, chiamati a scoprire eventuali irregolarità. Emblematica l'ipotesi del riciclaggio: la segnalazione delle operazioni sospette (estremamente farraginosa nel suo *iter*) è scaricata sul dipendente bancario, senza il cui apporto si rivelerebbe velleitaria ogni possibilità di accertamento. Non solo. Il legislatore finisce infatti col pretendere che i costi necessari a supportare il monitoraggio del sistema vengono scaricati su qualsiasi *intransigent*, indipendentemente dal carattere lecito o meno della condotta.

Il cerchio si chiude: il legislatore introduce norme incriminatrici a carattere preventivo la cui osservanza presuppone un'inclinazione eticizzante; l'affidabilità del programma (quanto a garanzia di riuscita) dipende dalla cooperazione degli interessati; i costi della cooperazione si addossano a questi ultimi. Non si può non cogliere l'aspetto paradossale del passaggio: ed infatti si finisce per colpire economicamente, gravandoli delle spese necessarie a realizzare il programma politico-criminale (ad esempio, dotazione di supporti informatici idonei al controllo delle movimentazioni finanziarie di un certo importo), i soggetti sani del mercato, anzichè selezionare i potenziali trasgressori.

Probabilmente l'anomalia dipende dalle preoccupazioni di bilancio che pervadono ormai anche il campo penalistico: se non è certo un mistero che le riforme legislative sono -spesso- ispirate e condizionate dalla politica economico-finanziaria, il corollario evidente è che il contenimento dei costi passa attraverso il loro trasferimento a carico dello stesso settore da proteggere.

Nè va sottovalutato -passando alla seconda difficoltà- che il mercato creditizio possiede una fisionomia particolare che lo rende refrattario alla collaborazione richiesta. L'operatore bancario è in realtà orientato alla

19) Sulla interazione comportamenti richiesti - norme penali si veda HASSEMER, *Professionelle Adäquanz* (Teil 2), WISTRA 1995, p.86.

logica del profitto, tradizionalmente non collocato ideologicamente, e vive dunque come intrusione degli organismi pubblici le spinte moralizzatrici, specialmente quando provocano costi non assorbiti dallo Stato.

Se si pensa infine che la moltiplicazione delle regole e dei controlli, decisivi nell'ottica del legislatore per la trasparenza del sistema, creano un fitto reticolato normativo, il rapporto comunicazionale tra Stato etico e destinatario entra in crisi, in quanto il settore bancario e finanziario resta prigioniero, burocratizzandosi di minuziosi e talvolta superflui adempimenti che ne sacrificano il naturale dinamismo.

6. Forme di anticipazione e *ratio* di tutela: la dimensione costituzionale nella lotta all'abusivismo.

La fattispecie dell'abusiva attività bancaria (art. 131 T.U.) e dell'abusiva attività di raccolta del risparmio (art. 130 T.U.) sono costruite secondo la tecnica dell'anticipazione di tutela.

In linea astratta, l'esercizio dell'attività in difetto di autorizzazione potrebbe non risultare pericoloso, in quanto di per sè il rilascio dell'atto amministrativo non segna lo spartiacque *ontologico* tra normalità ed illiceità della condotta.

L'arretramento della soglia di punibilità, se ha il vantaggio di assicurare una capillare protezione del bene giuridico esposto, presenta però - com'è noto - lati oscuri²⁰.

Intanto, la soggettivizzazione dell'illecito quale risposta alla carenza di offensività di un comportamento troppo distante - anche ma non solo sotto il profilo della causalità - dalla lesione del bene tutelato. E di conseguenza l'evanescenza dello stesso interesse protetto. In secondo luogo, l'illusione che la protezione non frammentata del bene giuridico sia in grado di garantire la difesa ottimale trascina con sé il rischio di approntare una legislazione ineffettiva e simbolica, proprio perchè troppo estesa e dispersiva, ed incapace di colpire il fenomeno nelle manifestazioni macroscopicamente patologiche.

Nel caso dell'abusivismo bancario, la relazione tra *Tatbestand* (nella sua sintetica descrizione) e oggetto di tutela rivela aspetti interessanti, sui quali sembra opportuno spendere qualche parola.

20) In argomento, PEDRAZZI, *Comportamenti economici e legislazione penale*, 1978.

La punizione dell'esercizio abusivo dell'attività bancaria prescinde, come si è accertato, da elementi di violenza o di frode.

Il discrimine tra lecito ed illecito viene quindi fissato nel mancato conseguimento del titolo abilitativo: da una prospettiva del genere, la norma ricalca dunque la struttura dell'art.348 c.p. (abusivo esercizio di una professione) distaccandosene soltanto per la maggiore severità sanzionatoria²¹.

Quale allora la *ratio* di tutela?

Se si parte dalla constatazione che l'attività bancaria necessita -per la delicatezza della materia- di una rete normativa di sicurezza, il rispetto delle *regole del gioco* all'interno del settore, obiettivo legislativo perseguito, diventa un riflesso (ed una garanzia) della autonomia individuale. L'operatore economico sa, infatti, che, rispettando i presupposti di sbarramento, avrà libero accesso (ed anzi l'autorizzazione non potrà essergli rifiutata). Ma sa anche -ed è questo il punto dotato di maggior pregnanza- che si troverà ad interagire con terzi alle stesse condizioni di partenza.

Il carattere di libertà che ne scaturisce è evidente: *l'intraneus* è garantito nella parità iniziale dalla disciplina regolativa, *l'extraneus* nella solidità e serietà dell'operatore con cui entrerà in contatto.

A ben vedere, si ribadisce così la validità dell'iniziativa economica privata: l'incentivazione di ogni attività (economica o non) passa infatti attraverso il duplice modello della *democraticità e dell'affidabilità sociale*, entrambe (tendenzialmente) assicurate da quel filtro consistente nell'autorizzazione iniziale e nei controlli successivi.

Oltre alla concretizzazione del dettato costituzionale dell'art.41, la fissazione di standards di comportamento, identici per tutti, si colloca nell'ottica del principio di eguaglianza *ex art.3 Cost.*

Il paradigma classico della limitazione della libertà individuale come assicurazione della libertà collettiva trova dunque nel settore bancario un adeguato riconoscimento.

Accanto agli artt.3-41 Cost., la tutela del risparmio (art.47 Cost.) è egualmente valorizzata.

La realizzazione dell'obiettivo si basa sul consueto doppio canale:

21) La strada seguita nel Progetto di riforma del codice penale (aggravante per l'abusivismo bancario contenuta in calce alla disposizione codicistica relativa alla figura omnicomprensiva della professione non autorizzata) e perciò senz'altro da prediligere, sia pure con alcune correzioni atte ad evitare il ripetersi di equivoci: v. *supra*, III.

da una parte, la funzione promozionale (“La Repubblica incoraggia il risparmio”), dall’altra, la disciplina ed il controllo delle operazioni recettive del risparmio, tra le quali, per l’appunto, l’attività bancaria, al fine di proteggere il soggetto investitore, in posizione debole.

Nel decalogo istituzionale di cui all’art.5 T.U. si ritrova una conferma marcata di tale *modus operandi*. I poteri di vigilanza delle autorità creditizie sono mirati infatti ad assicurare la “sana e prudente gestione dei soggetti vigilati”, la “stabilità complessiva” la “efficienza” e la “competitività del sistema finanziario”.

Il mercato finanziario viene così rappresentato in una prospettiva *statica e dinamica*. La razionalizzazione dell’esistente è garantita dal rispetto delle regole e dall’uniformarsi al parametro dell’operatore economico diligente; ma per evitare la burocratizzazione del sistema, e la sua conseguente fame d’aria, si apre ai valori dello sviluppo e della concorrenza leale, per stimolare l’iniziativa economica individuale.

Libertà d’impresa, dunque, con il limite bipolare invalicabile della parità iniziale e della tutela del risparmiatore, attraverso un ideale filo comune che lega tra loro gli artt.3, 41, 47 Cost..

7. Vecchi e nuovi problemi nell’interpretazione degli artt.130-132 T.U.

Un’esame delle fattispecie in tema di abusivismo offre spunti interessanti di analisi critica. Vecchi e nuovi problemi interpretativi confermano la difficoltà cronica della tecnica legislativa adoperata, complice in questo caso anche l’impossibilità di superare gli schemi imposti dalla delega.

Il taglio dato al lavoro impedisce una completa disamina; si segnalano pertanto solo alcuni profili, sui quali probabilmente si concentrerà in futuro la dottrina.

a). *Tecnica del rinvio e principio di legalità.*

Gli artt.130-132 T.U. si caratterizzano unitariamente per il rinvio ad altre disposizioni normative ai fini dell’integrazione del fatto tipico.

Così, rispettivamente, la legittimità dell’attività di raccolta del risparmio è sancita dall’esplicito riferimento all’art.11 T.U. (disciplinante, per l’appunto, la raccolta del risparmio), mentre l’abusivismo finanziario deriva in sostanza dall’inosservanza dell’art.106 co.1 T.U., che prevede l’iscrizione in apposito elenco.

Di per sè, il metodo del rinvio, usato ed abusato dal legislatore pe-

nale, non è astrattamente censurabile, se correttamente dimensionato.

Diventa anzi una necessità pressochè irrinunciabile, specie in settori prettamente tecnici, dove la norma-quadro si avvale dell'apporto in funzione di concretizzazione di parametri d'intervento rimessi agli organi amministrativi.

Senonchè, il rischio di un'eccessiva dilatazione del precetto, e quindi di un'iperpenalizzazione con conseguente smarrimento dei confini del *Tatbestand*, è ben presente laddove il rinvio operi nei confronti di norme troppo generali.

Questo pericolo di sfiorimento del principio di legalità si annida intanto nell'art. 130 T.U. (e -ovviamente- nell'art. 131 T.U.).

Qualsiasi violazione dell'art. 11 T.U., almeno apparentemente, stando alla lettera, prefigura il reato di abusivismo. E l'art. 11 T.U. contiene una selva di disposizioni regolative, alcune delle quali sicuramente prive di una diretta valenza offensiva, e viceversa di mero funzionamento pratico.

Addirittura accentuata è la tendenza nell'art. 132 T.U., subordinato nella tipicità al requisito *formale* dell'iscrizione in appositi elenchi (secondo l'estrinsecazione nei confronti o meno del pubblico dell'attività)²².

Considerando che l'art. 11 T.U. riconosce al CICR la legittimazione ad intervenire in materia di raccolta del risparmio, e dunque, implicitamente, in tema di confini del *Tatbestand*, o, analogamente, che l'art. 106 T.U. rinvia al Ministro del Tesoro (che a sua volta si avvale della collaborazione dell'UIC) per la tenuta dell'elenco, le inquietudini in merito alla legittimità costituzionale di simili operazioni aumentano.

Perchè così facendo si finisce per delegare ad un organo amministrativo il compito di delineare la cornice dell'illecito, a detrimento della riserva di legge.

b). La semplificazione del *Tatbestand* come obiettivo processuale.

Se da una parte il legislatore si affida consapevolmente alla discrezionalità dell'apparato amministrativo per la penalizzazione della

22) A proposito dell'abusiva attività finanziaria, la formulazione lata di cui all'art. 132 T.U. viene a ricomprendere -e quindi tacitamente ad abrogare- la fattispecie dell'abusivo esercizio di credito al consumo (in quanto *species* del più ampio *genus* dell'abusivismo finanziario) prevista all'art. 23 co. 4 L. 142/1992. Il rilievo è opportunamente segnalato nella Relazione al T.U., *sub* art. 132.

condotta, quest'ultima d'altra parte resta immutata nella struttura, uniformata a parametri di semplicità. Come si è avuto modo di osservare, l'abusivismo si modella sulla mera inesistenza formale dell'autorizzazione, e da tale punto di vista non presenta particolari difficoltà di accertamento.

In altre parole, la strada prescelta, che evita di appesantire il fatto tipico di modalità ulteriori o condizioni di punibilità, obbedisce ad uno sforzo di semplificazione.

Si tratta di un messaggio destinato a favorire la magistratura sotto il profilo dell'individuazione dell'illecito. Del resto, trovandoci di fronte a fattispecie estremamente tecniche, e tradizionalmente ostiche al giurista classico, l'ispessimento degli elementi costitutivi del tipo avrebbe contribuito alla sostanziale disapplicazione della norma.

La tecnica legislativa mira quindi al conseguimento di obiettivi processuali legati all'agevolazione della prova e più consoni al rito inquisitorio.

c). Revoca dell'autorizzazione e liquidazione coatta amministrativa: le interferenze con la 'banca di fatto'.

Di non agevole soluzione si presenta la problematica della revoca dell'autorizzazione, nelle sue diverse implicazioni.

Sembra opportuno pertanto partire da un breve riepilogo della normativa attinente.

L'autorizzazione all'attività bancaria è concessa dalla Banca d'Italia sussistendo i requisiti di cui all'art.14 T.U.. In particolare, il comma secondo prevede la negazione dell'autorizzazione quando la verifica di detti requisiti conduca ad una prognosi sfavorevole in ordine all'effettivo rispetto della "sana e prudente gestione".

Così congegnata, la norma lascia all'ente di controllo una certa discrezionalità in fase di rilascio; ma soprattutto riconferma come la preoccupazione prevalente sia quella di garantire l'affidabilità degli operatori e la trasparenza del mercato, contro possibili forme di inquinamento derivanti dalla criminalità organizzata.

Di una revoca dell'autorizzazione, invece, a prescindere da quella inerente al regime delle partecipazioni al capitale (art.19 T.U.), di competenza della Banca d'Italia, il T.U. se ne occupa soltanto all'art.80, a proposito della liquidazione coatta amministrativa.

Anzi, l'infelice formulazione lessicale, che lega la revoca alla liquidazione (con decreto del Ministro del Tesoro, su proposta della Banca d'Italia) ha fatto sorgere una singolare *querelle* in merito alla scindibilità o meno dei due atti.

Parte della dottrina sostiene così che l'istituto della revoca non disponga di una vera autonomia, collocandosi come effetto automatico della liquidazione coatta amministrativa²³, in disaccordo con l'orientamento favorevole all'ammissibilità di una revoca per ragioni di opportunità, non seguita dalla liquidazione²⁴.

La circostanza dell'attribuzione esclusiva in capo al Ministro del potere di revoca, e non all'organo di controllo che rilascia l'autorizzazione, costituisce appiglio per la tesi che unifica -quanto meno- funzionalmente i due atti. Altrimenti si creerebbe l'anomalia, difficilmente giustificabile, di un potere di revoca del Ministro per ragioni di convenienza interferente con quello di sorveglianza e controllo dell'autorità istituzionalmente competente.

E' chiaro comunque che la revoca comporta conseguenze che si riverberano anche nell'integrazione della fattispecie di abusivismo.

c.1.) Revoca successiva ed integrazione del reato.

Proprio l'unificazione temporale revoca/liquidazione di cui all'art.80 T.U., almeno nell'interpretazione suggerita, evita soluzioni di continuità nella conduzione dell'impresa bancaria.

Poichè il decreto di liquidazione produce i suoi effetti sin dalla data di emanazione, non si verifica *in senso giuridico* un vuoto di potere. Gli organi della procedura -e segnatamente il o i commissari liquidatori (art.81 T.U.)- assumono automaticamente i compiti di direzione, sicchè non si pone il problema della commissione di atti da parte degli organi revocati e quindi di una loro ipotetica responsabilità penale nell'intervallo connesso al cambio di gestione.

Deve peraltro notarsi che il venir meno nel prosieguo dell'attività dei requisiti ai quali è subordinata l'autorizzazione non comporta l'automatica revoca, ma effetti limitati, in base alla patologia intervenuta, che possono consistere nella decadenza, o sospensione degli esponenti aziendali, nell'obbligo di alienazione delle partecipazioni 'esuberanti', ecc.

Ciò significa, da un lato, che l'ordinamento ha interesse a salva-

23) Cfr. CERULLI IRELLI, *Crisi bancarie: i procedimenti amministrativi e i loro effetti*, in AA.VV., *Il sistema creditizio nella prospettiva del mercato unico europeo*, 1990, p.172ss.

24) Sotto il vigore della precedente disciplina, sostanzialmente identica, PORZIO, *Il governo del credito*, 1966, p.116; PATRONI GRIFFI, *La concorrenza nel sistema bancario*, 1979, p.160ss. *Contra*, COSTI, *L'ordinamento bancario*, 2ª ed., 1994, p.679ss.

guardare la vita dell'impresa bancaria, correggendo con interventi ortopedici le anomalie riscontrate, e d'altra parte -conseguenzialmente- che l'assenza *ab initio* dei requisiti, posteriormente accertata, egualmente non determina la revoca, ma certifica soltanto la natura indebita dell'autorizzazione rilasciata, con obbligo di rientro nell'alveo della legalità secondo le prescrizioni ed i tempi dettati dall'autorità di vigilanza.

La ricaduta sotto il profilo penale è intuitiva: il difetto -originario o acquisito- dei fattori condizionanti l'autorizzazione non provoca la sussistenza della fattispecie di abusivismo, non essendo automatico l'effetto della revoca all'accertamento dell'indebito rilascio, e quindi, potendo continuare a sopravvivere l'impresa bancaria *autorizzata in forma viziata*.

E' naturale peraltro che l'esercizio successivo dell'attività bancaria nonostante il decreto di revoca e liquidazione rientra nella previsione dell'abusivismo bancario.

E' vero che la norma collega la previsione incriminatrice al difetto *ab initio* dell'autorizzazione; tuttavia, l'interpretazione estensiva della fattispecie e ragioni di coerenza intrasistemica consigliano di equiparare tale situazione all'ipotesi di intervenuta revoca.

c.2.) Autorizzazione illegittima e disapplicazione del giudice penale.

Diverso discorso concerne il caso dell'autorizzazione giudiziariamente disapplicata. In via puramente speculativa si può pensare all'intervento del giudice penale che, avvalendosi dai poteri incidentali di cognizione, arrivi a ritenere illegittima l'autorizzazione concessa, e dunque *tamquam non esset*, condannando per il reato di abusivismo bancario.

La questione ha conosciuto una certa notorietà soprattutto nell'ambito delle contravvenzioni edilizio-urbanistiche, ove la disapplicazione della concessione edilizia portava alla responsabilità per il reato di realizzazione di opere senza concessione.

Nonostante che le Sezioni Unite si fossero, pronunciate in senso sfavorevole, isolate prese di posizione dei giudici di merito, debolmente motivate, hanno continuato a resistere, indice di quel mai del tutto sopito anelito a forme di supplenza giudiziaria.

Comunque, a prescindere dall'inaccettabile ingerenza del corpo giudiziario in ambiti non di propria competenza, in violazione della separazione dei poteri statuali, la parificazione *quoad poenam* della condotta di esercizio dell'attività bancaria *senza* autorizzazione con quella di esercizio *in presenza* di autorizzazione *ritenuta illegittimamente rilasciata* realizza una violazione del principio di legalità, essendo anche sul piano dogmatico difficilmente sostenibile un'identità di *ratio* di tutela tra situazioni oggettiva-

mente e (soprattutto) *soggettivamente* differenti.

c.3. L'assoggettabilità della 'banca di fatto' alla liquidazione coatta amministrativa.

Un ultimo profilo riguarda i rapporti tra banca di fatto e liquidazione coatta amministrativa; se cioè sia assoggettabile alla procedura l'impresa bancaria non autorizzata.

Nuovamente si assiste ad una divaricazione tra interpretazione testuale e di merito. Dal momento che l'art.80 co.1 T.U. ricollega la revoca dell'autorizzazione e la sottoponibilità alla liquidazione coatta amministrativa alle sole "banche", le quali, secondo il dettato dell'art.1 T.U., sono le imprese *autorizzate* all'esercizio dell'attività bancaria, dovrebbe giocoforza concludersi che, non essendo la banca di fatto autorizzata, essa sfugga all'istituto della liquidazione. La giurisprudenza e gran parte della dottrina sono orientate in senso opposto, con argomentazioni condivisibili.

Innanzitutto, la procedura di liquidazione risponde all'esigenza di tutelare il pubblico dei risparmiatori e di assicurare stabilità al mercato: se questa è la funzione, per così dire, istituzionale prefissa, è evidente che va esplicitata nei confronti di qualsiasi soggetto, autorizzato e non, svolga attività bancaria. Anzi, proprio per l'operatore 'irregolare' si avverte maggiormente l'esigenza di un controllo e di una procedura di garanzia, a causa dei rischi amplificati di inaffidabilità finanziaria.

Se in altre parole le 'attenzioni' legislative si concentrano sull'attività bancaria *realmente* effettuata più che sulla veste formale assunta, il requisito della autorizzazione perde importanza.

Ma vi sono ulteriori ragioni.

Di armonia complessiva del sistema: le imprese assicurative di fatto, non autorizzate, sono unificate, per espressa previsione normativa, a quelle formalmente esistenti quanto alla procedura di liquidazione.

E poi, *a fortiori*, l'argomento ricavabile dallo stesso T.U., all'art.105, che prevede l'estensione della disciplina della liquidazione coatta amministrativa nei confronti dei gruppi bancari²⁵ e "delle società per i quali, pur non essendo intervenuta l'iscrizione, ricorrono le condizioni per l'inserimento nell'albo previsto dall'art.64".

Posto dunque che l'assoggettabilità alla liquidazione si estende al

25) In proposito, cfr. MILITELLO, *Gruppi bancari e responsabilità penale*, Riv. trim. dir. pen. econ. 1995, p.40ss.

gruppo di fatto, cioè non iscritto all'albo specifico, o alla singola società non compresa nel gruppo iscritto, o ancora a società non esercenti attività bancaria, in stato di insolvenza, qualora appartengono ad un gruppo bancario con capogruppo sottoposta a liquidazione²⁶, avrebbe poco senso un'interpretazione che negasse per la banca di fatto un'analoga possibilità²⁷.

Del resto, le sparute pronunce in senso contrario all'orientamento consolidato²⁸ sono costrette a far leva su argomenti extragiuridici, a contenuto sociale, che dimostrano implicitamente la debolezza della tesi²⁹.

L'ammissibilità dell'impresa bancaria non autorizzata alla procedura prevista per la banca in situazione di crisi fa parte in definitiva della tendenza più ampia, che incontra progressivamente crescenti consensi, della sottoposizione della banca di fatto in generale allo stesso regime delle autorizzate, sul presupposto di impedire una disparità di trattamento incoerente e disfunzionale³⁰.

d). La locuzione "raccolta del risparmio tra il pubblico".

I reati di abusiva attività di raccolta del risparmio e di abusiva attività bancaria richiedono per la loro integrazione che la raccolta del risparmio avvenga nei confronti del pubblico.

Sull'esatta nozione e portata del concetto sono sorte, vigente la prece-

26) Su tali aspetti cfr. BONFATTI, in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di CAPRIGLIONE, 1994, p.415ss

27) Conformemente, COSTI, cit. (nota 24), 683 s.

28) Ad esempio, Cass. SS.UU. 19/3/1965 *Banca Borsa* 1965, II, I; Cass. 19/7/1974, *Giur.Comm.* 1975, II, 19; Cass. 11/1/1979, *Banca Borsa* 1980, II, 52; Cass. SS.UU. 9/12/1985, *Giust. civ.* 1986, I, 1398; Cass. SS.UU. 10/1/1986, *Giur. Comm.* 1986, II, p.802, *Contra*, MARTORANO, *L'impresa bancaria non autorizzata*, *Banca Borsa* 1966, I, p.147ss.

29) Si veda Trib. Roma 20/2/1992, *Banca Borsa* 1993, II, p.69, con note critiche di CAPRIGLIONE, *Banca di fatto: nuovo orientamento della giurisprudenza e riflessioni sul ruolo istituzionale delle autorità di controllo bancario*, e RATTO, *Manca di autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria e disciplina dell'insolvenza*. La sentenza intende giustificare infatti la non applicabilità degli artt.80ss. T.U. alla banca di fatto in omaggio al fenomeno della proliferazione della intermediazione finanziaria e ai connessi pericoli di turbativa del mercato. Conformemente, Trib. Avellino 18/5/1994, inedita.

30) Espressione di tale percorso Trib. Napoli 24/1/1990 *Banca Borsa* 1993, II, 114 con nota di SPENA, *Brevi note in tema di profili normativi dell'ente creditizio non autorizzato*, avente ad oggetto l'applicazione di norme A.B.I. e sull'assegno bancario agli istituti privi di autorizzazione. Sempre attuale in argomento lo studio di LIBONATI, *Legge bancaria e banca di fatto*, *Riv. dir. comm.* 1965, II, p.95ss.

dente disciplina, controversie interpretative che rivivono nel testo attuale.

Un primo ausilio ermeneutico, per quanto concerne *la raccolta del risparmio*, è offerto dall'art.11 co.1 T.U., che la definisce come "l'acquisizione di fondi con obbligo di rimborso, sia sotto forma di depositi sia sotto altra forma". Resta pertanto esclusa l'attività di raccolta per fini filantropici-assistenziali, e quella contrassegnata dall'aleatorietà dell'investimento (titoli azionari, fondi comuni, ecc.), ove manca il sinallagma del rimborso.

Il comma terzo del medesimo articolo sancisce inoltre che sia il CICR ad individuare limiti e criteri della raccolta del risparmio presso soci e dipendenti, o società controllanti, controllate o collegate.

L'intento risponde al tentativo di definire con maggiore nitidezza lo spartiacque tra raccolta del risparmio lecita ed illecita; e giusta in linea di principio si rivela la delega ad un organo tecnico ministeriale.

Senonchè, il profilo negativo è ancora una volta l'affidamento a fonti di produzione subordinate nell'elaborazione del precetto penale, allargando in definitiva la discrezionalità della magistratura giudicante.

Quanto alla fondatezza costituzionale del regime, affidato esclusivamente alle banche, di raccolta del risparmio, valgono le considerazioni precedenti in ordine alla tutela dell'art.47 Cost.

Per *incidens*, va peraltro osservato che dal combinato disposto dagli artt.11-130 T.U. si ricava l'impressione di una linea legislativa tesa a favorire una certa unificazione -nella disciplina e nel controllo- degli operatori economici, privilegiando il modello sezionale del mondo bancario.

Se naturalmente non può parlarsi di un raggruppamento tra mercato giuridico bancario e mercato mobiliare in un *unicum* improntato sul tessuto *lato sensu* finanziario, è però innegabile la centralità del segmento bancario nella regolamentazione dei fenomeni insistenti nell'area finanziaria.

Infine, la natura contravvenzionale del reato in questione esclude la punibilità del tentativo, e pertanto la punibilità della sollecitazione al pubblico della raccolta del risparmio.

Non minori difficoltà crea la specificazione del *pubblico* quale destinatario della raccolta tipica.

Non si tratta certo di un'innovazione normativa; la formula, al contrario, deriva dalla legge bancaria ed è rimasta immutata nel tempo.

Si è già visto come un prezioso aiuto alla qualificazione del concetto derivi dalla direttiva fissata dal CICR, peraltro con i limiti di dubbia costituzionalità che il procedimento comporta.

Nella prassi, vigente la precedente disciplina (ma nulla cambia con l'attuale), la giurisprudenza aveva sposato un orientamento abbastanza

rigoristico, teso a riconoscere la raccolta tra il pubblico anche nel caso di raccolta fra soci, ma dal numero potenzialmente indeterminato. Come è facile intuire, siamo di fronte soprattutto a casi di società cooperative, la cui attività di raccolta del risparmio è indirizzata unicamente, in base alle norme statutarie, verso i soci, ma il libero accesso allo *status* rende di fatto aperto a tutti l'inserimento nella compagine societaria.

L'elusione pratica della norma, in bilico tra il rispetto formale della stessa (la raccolta avviene tra i soci, quindi non è pubblica, quindi non è abusiva) e la sua sostanziale trasgressione (socio può divenire chiunque, quindi la raccolta è pubblica ed abusiva) ha provocato la reazione giurisprudenziale, che ha finito per ampliare la nozione di pubblico³¹.

Se sul piano politico-criminale la sovraesposizione del ruolo della magistratura (alla quale si è peraltro abituati) e la tendenziale sostituzione al legislatore nel modellare la risposta punitiva alla fenomenologia sociale *in fieri* non vanno certamente incoraggiate, sul versante strettamente dommatico l'interpretazione estensiva adottata, seppure al limite, non viola il principio di legalità.

In conclusione, sembra preferibile accogliere una nozione di 'pubblico' che non si trinceri dietro il paradigma formale, ma si articoli sul doppio parametro *qualitativo* e *quantitativo*.

Qualitativo, nel senso che la mancanza di un *rapporto sociale* tra operatore bancario e risparmiatore agevolerà la ricerca del carattere pubblico; *quantitativo*, come fattore controbilanciante, nel senso che la vastità e l'indeterminatezza dei potenziali risparmiatori configureranno la raccolta tra il pubblico, pur trattandosi di soci. Così, tecniche di contrattazione secondo una modulistica impersonale, e secondo forme standardizzate, lasciano presumere una raccolta pubblica, e dunque l'esigenza di tutelare il soggetto debole della catena.

e). L'elemento psicologico del reato.

La previsione di una contravvenzione nell'art.130 T.U. e di un de-

31) Cfr. Cass. SS.UU. 25/3/1988, *Banca Borsa* 1989, II, 7; App. Ancona 18/12/1991, *Banca Borsa* 1992, II, p.660, da ultimo Cass. 8/10/1993, *CP*, 1994, p.1341ss., con nota di AMATO, *In tema di esercizio abusivo di attività bancaria* (caso in cui unico requisito necessario per diventare socio era il domicilio in Italia). In dottrina, A. NUZZO, *Raccolta del risparmio fra il pubblico*, *Banca Borsa* 1987, II, p.385ss.; DONATO, *Esercizio abusivo di attività bancaria, disciplina degli intermediari finanziari e giudizio di omologa*, *Banca Borsa* 1992, II, 672ss.

litto nell'art.131 T.U. induce a qualche riflessione in ordine all'elemento soggettivo.

Il dato di partenza è una constatazione pacifica quanto scontata: le due fattispecie sono in rapporto di *minus/maius*; l'abusiva attività bancaria è reato logicamente più grave dell'abusiva attività di raccolta del risparmio, che è parte della prima, ed infatti la cornice sanzionatoria rispecchia fedelmente tale stato di cose con una pena severa per l'abusivismo bancario.

Senonchè, la punibilità a titolo indifferentemente doloso e colposo nell'art.130 T.U., e solo doloso nel delitto *ex* art.131 T.U., solleva il consueto interrogativo della saggezza politico-criminale di un'area di incriminazione tendenzialmente maggiormente estesa *sub specie* dell'elemento psicologico (dolo e colpa) proprio per i fatti meno pericolosi (abusiva raccolta del risparmio). La contraddizione non è naturalmente problema specifico della materia bancaria, riguardando invece il nodo complessivo della scelta tra delitti e contravvenzioni.

Anzi, nel caso in questione, si tratta forse di un rilievo teorico anzichè pratico: il reato di abusiva attività di raccolta del risparmio si configura in realtà come contravvenzione ontologicamente dolosa. La raccolta del risparmio effettuata in difetto dell'art.11 T.U. non è infatti, per così dire, 'improvvisata', ma presuppone una organizzazione ed un programma gestionale strutturato secondo le capacità imprenditoriali dell'ente. Ed è altrettanto chiaro che la consapevolezza delle obbligatorie modalità di raccolta o della previa autorizzazione, quali condizioni dell'esercizio lecito, non può non riverberarsi sul carattere doloso del comportamento, tranne forse romantici casi di scuola di imprudenze professionali ruotanti intorno al paradigma dell'autorizzazione ritenuta erroneamente già rilasciata.

8. Incongruenze sistematiche nella repressione dell'abusivismo.

Sottili incongruenze si manifestano nel raffronto dell'art.131 T.U. (Abusiva attività bancaria) con l'art.132 T.U. (Abusiva attività finanziaria).

La pena è identica (reclusione da sei mesi a quattro anni e multa da lire quattro a lire venti milioni); ma è eguale anche il disvalore del fatto? Sono in altre parole l'abusivismo bancario e l'abusivismo finanziario fenomeni socialmente omologhi e dotati dello stesso coefficiente di pericolosità?

In linea di massima, la risposta è positiva: simili sono l'organizzazione e la potenziale indeterminatezza di numero dei soggetti che vi entrano a far parte, così come simile si rileva l'esigenza di tutela del risparmiatore.

Anzi, l'unificazione sanzionatoria dei due reati consolida la ten-

denza legislativa, già sottolineata, a trattare per classi omogenee settore bancario e finanziario, assegnando al primo un ruolo di *leadership*.

Proprio in base a tali considerazioni è perciò difficile salvare la disposizione, inserita nell'art.132 T.U., che parifica l'abusiva attività finanziaria esercitata nei confronti del pubblico con quella 'non aperta al pubblico'.

Quest'ultima, infatti, per la quale è doverosa l'iscrizione in apposita sezione dell'elenco *ex* art.113 T.U., ha un impatto socialmente meno rilevante, essendo confinata in spazi ristretti. Si sarebbe rivelata pertanto preferibile la strada di una differenziazione sanzionatoria mediante l'articolazione della figura criminosa in due sottofattispecie, oppure inserendo un'attenuante nel caso di attività finanziaria non diretta al pubblico³².

9. L'esperienza tedesca in tema di accesso all'attività bancaria.

Nella Repubblica federale tedesca, un Paese che al di là di mode passeggiere rappresenta una tappa obbligata di confronto a cagione della serietà complessiva del sistema politico-criminale e della razionalizzazione negli strumenti di lotta alla criminalità economica, la situazione normativa concernente l'accesso all'attività bancaria presenta profonde analogie.

La legge creditizia del 10/7/1961, entrata in vigore l'1/1/1962, modificata a più riprese anche in virtù delle direttive comunitarie³³, incrimina al § 54 co.1 n°2 l'esercizio dell'attività bancaria in assenza dell'autorizzazione prevista al § 32.

La procedura è identica alla nostra: viene definita l'attività bancaria ed i negozi giuridici vietati; viene delegato all'autorità di vigilanza, l'ente federale di controllo dell'attività creditizia (*Bundesaufsichtsamt für das*

32) L'art.132 T.U. prevede invece un'aggravante "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". *Nulla quaestio* circa la doverosità dell'intervento: l'inasprimento della pena è giustificato dall'idoneità della condotta ad ingannare il terzo in buona fede. Le perplessità sono semmai legate all'esatto contrario: l'aumento della pena pecuniaria fino al doppio (quindi, da otto a quaranta milioni) è un'arma spuntata quanto a deterrenza nei confronti di gruppi economici tradizionalmente forti. Essa può al limite giocare un ruolo residuale nei termini di *effettività* indiretta della minaccia in relazione all'istituto della sospensione condizionale, ai fini del calcolo della pena pecuniaria da convertire in detentiva.

33) Per una panoramica, cfr. HERBST, *Gesetz über das Kreditwesen*, 12^a ed., 1994.

Kreditwesen), il compito di sorveglianza, così come l'autorizzazione (o il rifiuto) all'espletamento dell'attività, che sancisce la liceità penale dell'iniziativa.

Le somiglianze con l'ordinamento italiano si estendono alle funzioni dell'organo di vigilanza, volte tra l'altro a prevenire abusi nel settore creditizio (§ 6 co.2 KWG), all'inasprimento della pena nel corso del tempo (originariamente, detenzione sino ad un anno o sanzione pecuniaria; attualmente, fino a tre anni), comunque inferiore al massimo editale di cui all'art.131 T.U.; viceversa, la normativa tedesca prevede anche l'ipotesi colposa - ovviamente, punita meno afflittivamente (detenzione sino ad un anno o pena pecuniaria) esclusa invece per l'art.131 T.U. e teoricamente ammissibile solo per l'abusiva raccolta del risparmio.

La legislazione tedesca di settore si incentra così sul momento iniziale dell'attività: l'ingresso dell'operatore nel mercato, per i rischi che comporta nei confronti del pubblico dei risparmiatori, è adeguatamente presidiato con lo strumento penale. Questa tutela avanzata e rafforzata è anzi in Germania maggiormente messa in risalto, rispetto all'Italia, da un'intelligente politica di centellinamento dell'opzione penale. La legge del '61 contiene infatti due sole fattispecie penali, pur se ad ampio spettro (e cioè, abusivismo bancario e attività vietate, omessa segnalazione di stati di crisi e di difficoltà finanziaria), ed una serie di illeciti amministrativi minori.

Così facendo, si esalta da un lato la centralità del diritto penale ed il ruolo di *extrema ratio*, e dall'altro si esprime in maniera appropriata, per lo 'stacco' in negativo che gli tributa lo stigma penale, il disvalore sociale della condotta di abusivismo. Senza contare che le sanzioni amministrative per gli illeciti 'di contorno' risultano in molti casi più praticabili per la loro agilità - e dunque più effettive- delle penali³⁴.

34) Diversa la situazione in Spagna, ove la tutela del corretto esercizio dell'attività bancaria è affidata dall'art.28.1 L. 26/1988 a misure di diritto amministrativo (multa sino a cinque milioni di pesete).

Cfr. sul punto SILVA SANCHEZ, *Il diritto penale bancario in Spagna*, *Riv.trim.dir.pen.econ.* 1994, p.796s., in senso critico. Per una panoramica 'allargata' sulle soluzioni in altri Paesi (quasi sempre in favore del ricorso allo strumento penale), DOLCINI-PALIERO, *Problèmes de droit pénal bancaire: une analyse de droit comparé*, *Rev. Scien. Crim. Dr. Pén. Comparé* 1988, p.658.

10. Quale bilancio della riforma?

Si può tentare un bilancio -anche sommario- della riforma in materia di abusivismo bancario?

Mai come in questo caso le conclusioni si avventurano su congetture friabili, ed esposte ai segni contingenti del tempo.

E non tanto per il periodo limitato sotto osservazione (il T.U. è entrato in vigore l'1/1/1994, ma la fattispecie non era sconosciuta alla normativa precedente), quanto per ragioni diverse.

Un bilancio critico presuppone due momenti fondamentali- il *dato* e la *lettura valutativa* di esso.

Riguardo ad entrambi persiste un evidente *deficit* conoscitivo.

Il reato di abusivismo bancario non sfugge alla triste regola di una sostanziale disapplicazione nelle aule giudiziarie. Pur non raggiungendo i vertici di figure misteriose quali l'aggiotaggio bancario, la produzione giurisprudenziale resta modesta, ed anzi caratterizzata da corsi e ricorsi ciclici: ad una stagione di ribalta, conosciuta grazie al famoso caso dell' "Anonima Banchieri", è sopraggiunta una fase di letargo, negli ultimi tempi destinata ad un *revirement*, in virtù fondamentalmente dell'accresciuto ruolo di vigilanza della Banca d'Italia.

E si tratta inoltre di una produzione monotematica, concentrata intorno ai soliti punti-chiave del concetto di pubblico, o delle funzioni costitutive dell'attività bancaria.

Lo scarso ausilio offerto dalla giurisprudenza non è ovviato del resto neppure da rilevazioni statistiche di supporto.

Anzi, è questo l'aspetto più negativo. In una parola, si continua a parlare di una patologia sociale (l'abusivismo bancario, segnatamente quale espressione di microfinanziarie non in regola operanti nel settore), senza alcun monitoraggio.

Manca una qualsiasi analisi economica, pure indispensabile in ipotesi del genere.

Una strategia di intervento e di controllo penale brancola così, per definizione, nel buio, non disponendo di alcuna radiografia ragionata. O, se si preferisce: la valutazione del dato è inattendibile, qualora la disponibilità di esso sia del tutto casuale.

Questa *ascientificità* di metodo si conferma pensando al fenomeno della cifra oscura, dove i termini del ragionamento rasentano il paradosso.

Infatti, è comune e quasi scontata la premessa della esistenza di un grosso scarto tra il numero dei reati commessi e quelli effettivamente accertati dagli organi di polizia giudiziaria. Anche sulle spiegazioni di un'ano-

malia ormai fisiologica nel panorama del diritto penale commerciale si registra unità di intenti³⁵, ma singolarmente si glissa sulle metodiche adoperate per dimostrare natura ed estensione della cifra oscura, non essendovi statistiche o un censimento della tipologia e dell'ampiezza assunta dalla raccolta del risparmio, e del suo incanalamento verso operatori 'ufficiali'.

E' chiaro allora che il vizio d'origine si trasferisce conseguenzialmente sulle scelte di politica criminale del legislatore, che si accolla così fideisticamente un postulato indimostrato eppure carico di significato. E di fronte al 'sommerso', alla presunta diffusa illegalità, la reazione, più giocata sul filo dell'emotività che della razionalità, consiste nuovamente nella dilatazione della sfera di penalizzazione.

La tecnica *additiva* finisce però per rendere un pessimo servizio, e comunque risultati modesti: ciò che infatti serve non è la *repression tout court* bensì la *selezione* nella repressione. Altrimenti si corre il rischio, rispetto alla molteplicità di obblighi e di sanzioni correlate, di provocare una crisi di rigetto nel destinatario, e quindi una perdita di fiducia verso le istituzioni, incentivando alla lunga quel fenomeno (la cifra oscura) che per l'appunto si voleva combattere.

Un duplice esempio pratico può servire ad illustrare i concetti espressi. La decisione nel futuro di impostare la lotta all'abusivismo bancario e finanziario mediante il ricorso al diritto penale o a strumenti alternativi di tutela presuppone ovviamente la mappatura dell'area; di per sè, infatti, il dato della mancanza di precedenti giurisprudenziali è equivoco, in quanto segnala o l'inesistenza di reati oppure l'impossibile loro accertamento. E solo nella prima alternativa diventerà credibile l'opzione extrapenale³⁶.

Secondo caso. Spostandoci dall'*an* alla *species* della sanzione e al soggetto attivo, l'effettività della pena potrebbe accrescersi (e la strategia di contrasto alla criminalità affinarsi) mediante l'introduzione della re-

35) Tradizionalmente, si fa riferimento alla mancanza di collaborazione degli operatori bancari, alla sfiducia verso le istituzioni di controllo, alla complessità dei meccanismi di accertamento. Sul punto, criticamente, cfr. CASTALDO, cit. (nota 16) p.409s.. La povertà delle pronunce penali si evince dalla semplice consultazione di qualsiasi repertorio giurisprudenziale dedicato alle banche. Ad esempio, si veda *Giurisprudenza bancaria* (1989-1990), 1994.

36) In argomento, OTTO, *Bankentätigkeit und Strafrecht*, 1983, 15, che sottolinea il ruolo alternativo nella repressione svolto efficacemente da figure criminose di parte generale quali la truffa o l'infedeltà patrimoniale.

sponsabilità penale della persona giuridica³⁷.

Ma una qualunque risposta è imprescindibile -nuovamente- dalla conoscenza del fenomeno, anche sotto il profilo delle dimensioni delle imprese coinvolte in tali processi economici.

In breve un bilancio, prim'ancora che prematuro, sarebbe del tutto arbitrario.

11. La dilatazione giurisprudenziale dei confini delle fattispecie incriminatrici come reazione alle discrasie teoria-prassi.

Comunque si valuti la scelta del T.U. di ricorrere allo strumentario penale, ampliando gli spazi di punibilità, non si possono non registrare con inquietudine i primi segnali giurisprudenziali volti a dilatare la latitudine applicativa dei reati presi in considerazione.

L'anomalia è addirittura stupefacente: il legislatore introduce nuovi illeciti penali (per colmare evidentemente vuoti di tutela) e la prassi reagisce con interpretazioni estensive delle stesse norme, allargandone i confini attuativi.

Così, per restare al reato di abusivismo, si studia la possibilità di incriminare per il reato di abusiva raccolta del risparmio l'usuraio che presti denaro a chiunque, in difficoltà economica, si rivolga a lui, oppure si procede alla contestazione di abusivismo finanziario a carico delle società finanziarie che istruiscono e seguono in tutti i passaggi le pratiche di concessione del credito senza però arrivare alla materiale erogazione.

Non interessa qui giudicare la legittimità degli orientamenti descritti, adottati da alcune procure come ipotesi investigative e allo stato non passate al vaglio della magistratura giudicante, anche se appare abbastanza scoperto il ricorso ad un uso surrettizio dell'incriminazione³⁸. Piuttosto si deve registrare

37) Idea sottoposta di recente ad un'inattesa rivitalizzazione. In tema, DE MAGLIE, *Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell'impresa*, RIDPP 1995, p.88ss.; FLORA, *L'attualità del principio "societas delinquere non potest"*, Riv.trim.dir.pen.econ. 1995, p.11ss.

38) Nella scia si collocano le istruzioni applicative della Banca d'Italia del 12/12/1994 alla delibera CICR del 3/3/1994 (pubblicata in G.U. n°58 dell'11/3/1994) in tema di modalità della raccolta tra i soci di società di capitali e di cooperative non finanziarie. Secondo l'organo di controllo, l'inosservanza dell'obbligo graduale -entro il 1997- di dismissione delle operazioni di raccolta-risparmio presso i soci delle cooperative finanziarie ricade nell'orbita degli artt.130-131 T.U.. Sul punto, DONATO-MASCIANDARO, *Economia criminale e intermediazione finanziaria, Profili economici e giuridici, Banche e Banchieri* 1995, p.26s., i quali propongono *de iure condendo* l'introduzione per i fatti di abusivismo di una pena accessoria a carattere interdittivo (divieto di proseguire nell'attività finanziaria) sulla falsariga dell'art.26 L. 55/1990, in relazione ai reati di riciclaggio.

come il legislatore dimostri di non conoscere a fondo il terreno su cui incide e le effettive esigenze di tutela.

Cos'è infatti la prima interpretazione giurisprudenziale riferita se non il tentativo di arrivare all'infrazione di una pena nei confronti di un soggetto (l'usuraio) il cui comportamento dovrebbe inquadrarsi *naturaliter* nel delitto di usura, ma le difficoltà probatorie di quest'ultimo reato consigliano di ricercare approdi punitivi più tranquilli?

Così, il legislatore non è informato sulla realtà e la giurisprudenza s'impadronisce -volentieri, occorrerebbe aggiungere- di quel ruolo di cerniera tra frontiere *astratte* del diritto ed esperienze quotidiane, nell'intento di abbattere le discrasie esistenti.

Il risultato è però deludente: la delega alla magistratura esorcizza i limiti legislativi di inadeguatezza tecnica, ma la supplenza giurisprudenziale confonde i poteri rispettivi (ed i principi democratici sottesi) e legittima la rincorsa a nuovi interventi normativi che certifichino le correzioni di rotta operate nella prassi.

Recuperare una *logica dei ruoli*, dove la creazione di norme (penali) spetti al Parlamento per il raggiungimento di obiettivi prefissati, mentre al giudice sia lasciato il compito di attenta applicazione della norma, e non di finalizzazione funzionale della stessa, rappresenta come sempre la migliore garanzia per un'efficace regolamentazione del diritto penale del credito e per la tutela dei soggetti esposti.