

PAOLA SEVERINO DI BENEDETTO

LA QUALIFICAZIONE SOGGETTIVA DEGLI OPERATORI
BANCARI E DEGLI INTERMEDIARI FINANZIARI.

Il tema sul quale devo parlare non è certamente un tema nuovo, direi che è un tema sul quale sembra che non ci sia più nulla di nuovo da dire, ma è anche un tema sul quale si trova sempre qualcosa di nuovo da dire. E' un tema sul quale sembra che non ci sia più nulla di nuovo da dire perchè direi che, sia sul piano interpretativo, sia sul piano normativo, sia sul piano giurisprudenziale, sia anche sul piano fenomenologico, negli ultimi dieci anni vi sono state delle evoluzioni che riguardano tutti questi quattro piani che ho citato e che sembrerebbero aver messo una parola di chiarezza e quasi di definitività sul problema della qualificazione degli operatori bancari e, con un'aggiunta non insignificante del titolo della relazione, degli intermediari finanziari.

Perchè sul piano interpretativo, normativo, giurisprudenziale e fenomenologico sembra che ormai ci si sia attestati su delle forme di qualificazione, totalmente acquisite?

Sul piano interpretativo direi perchè la presenza di ben tre sentenze delle Sezioni Unite Penali, dal 1981 al 1991, in materia di qualificazione dell'attività bancaria, la presenza di una sentenza della Corte Costituzionale sempre sulla stessa materia, la presenza addirittura di una sentenza della Corte di Giustizia della Comunità Europea, sembrano aver tracciato un quadro interpretativo sufficientemente articolato ed approfondito, ancor prima che intervenissero le riforme normative sul piano della qualificazione del pubblico ufficiale, dell'incaricato di un pubblico servizio e sul piano della qualificazione dell'attività bancaria. Io credo di rivolgermi a degli operatori di un livello così elevato di conoscenza del problema da non dover citare la storia della qualificazione dell'attività bancaria: le sentenze delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione sono a tutti note e mi limito a ricordare il risultato interpretativo finale mediante il quale, attraverso l'adozione di un criterio oggettivo di qualificazione, si è pervenuti a distinguere tra aree di attività assoggettate a un regime privatistico ed aree di attività assoggettate invece a un regime pubblicistico.

Queste conclusioni delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno aperto la strada poi anche ad una corretta lettura del problema della qualificazione nella prospettiva della nuova normativa, ma direi che soprattutto hanno consentito di tracciare la strada di una distinzione, sul piano oggettivo, fra attività bancaria riferentesi all'ordinaria erogazione del credito e raccolta del risparmio, da qualificare come attività a tutti gli effetti,

anche penali, di carattere imprenditoriale e quindi sottratta allo statuto penale della pubblica amministrazione, ed attività invece che sono assoggettate ad un regime di tipo pubblicistico e quindi, anche da un punto di vista penalistico, allo statuto penale della pubblica amministrazione: intendo riferirmi ai settori dei crediti cosiddetti speciali o meglio di scopo legale ed agevolati e soprattutto anche alle attività organizzative interne degli istituti di credito rimasti nella categoria degli istituti di credito di diritto pubblico.

Questo è il punto della situazione interpretativa degli anni novanta a seguito delle sentenze che ho appena citato; un'elaborazione di concetti estremamente elaborata e faticosa che ha portato però ad un risultato interpretativo molto chiaro e puntuale: esistono dei settori dell'attività bancaria da qualificare come pubblici anche ai fini penali, vi sono invece dei settori dell'attività bancaria, quelli ordinari di raccolta del risparmio ed erogazione del credito, che sono invece sottratti allo statuto penale della pubblica amministrazione ed assoggettati al comune statuto penale dell'impresa.

Questo risultato di chiarezza interpretativa poi è stato ulteriormente perfezionato anche sul piano normativo, direi sotto due aspetti: innanzitutto con la introduzione di una definizione dell'attività bancaria con l'art. 1 del DPR n°350 del 1985 per il quale l'attività bancaria si rappresentava come un'attività d'impresa -definizione poi riprodotta nel Testo Unico della legge bancaria di recentissima introduzione- ed in un secondo luogo sul piano più generale delle qualificazioni pubbliche, con la introduzione dei nuovi testi degli articoli n°357 e n°358 del codice penale, profondamente riformati dal legislatore attraverso la legge del 1990 e poi attraverso quella ulteriormente modificativa del 1992; questi interventi hanno consentito di affinare normativamente quei risultati interpretativi cui già era pervenuta la giurisprudenza, applicando loro il cosiddetto criterio normativo che consente oggi di distinguere, attraverso gli articoli 357 e 358, l'attività privata dall'attività pubblica e di applicare la normativa corrispondente.

Abbinando questo discorso alle conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza già prima della riforma degli articoli 357 e 358, abbiamo un affinamento di quei criteri interpretativi cui già la giurisprudenza era pervenuta, in ordine al corretto inquadramento di quelle aree di attività che venivano considerate pubblicistiche a volte sulla base di indici rivelatori di pubblicità, e che oggi sono riqualificabili come pubblicistiche attraverso il criterio normativo: ad esempio i crediti di scopo legale oggi sono qualificabili, in termini oggettivi di attività, sicuramente come settori di attività assoggettati allo statuto penale della pubblica amministrazione, perchè sono sottratti alla comune normativa di diritto privato e assoggettati alla normativa

di diritto pubblico.

Direi quindi che, sul piano normativo, si è ulteriormente portato avanti quel risultato interpretativo già corretto che avevano raggiunto le Sezioni Unite Penali proprio in materia di qualificazione dell'attività bancaria e che, anche successivamente alle modifiche normative alle quali ho fatto cenno, la giurisprudenza abbia ben colto la *ratio* della nuova qualificazione contenuta negli artt. 357 e 358 con riferimento all'attività bancaria; infatti ci sono state perlomeno due o tre sentenze della Corte di Cassazione che hanno, con molta correttezza e puntualità, recepito il piano ormai normativamente distinto tra aree di attività assoggettate al diritto pubblico, quindi allo statuto penale della pubblica amministrazione, ed aree di attività invece di tipo e di regime normativo imprenditoriale.

Non va peraltro taciuta una considerazione di carattere fenomenologico che sembra facilitare il compito interpretativo della distinzione tra aree di attività pubblicistiche e privatistiche: si estende la privatizzazione di istituti di credito che originariamente rientravano nella categoria degli istituti di credito di diritto pubblico.

La privatizzazione è un tipo di fenomeno che ci riporta alle nuove scelte dello Stato: questo per un lungo periodo ha voluto rivestire i panni dell'imprenditore, rimanendo soggettivamente ente pubblico ma adottando dei modelli imprenditoriali di tipo privatistico e ciò è avvenuto nel periodo della creazione degli enti pubblici e economici, delle società a partecipazione statale; oggi credo che siamo di fronte ad una fase di totale inversione di tendenza, poichè è noto che lo Stato si sta espropriando di queste tipologie di comportamento e di ingresso nel settore dell'economia che non gli erano proprie.

Lo Stato ha fatto dunque la scelta di far ritornare, anche come modello organizzativo, al privato ciò che è tipico dell'economia privatistica e ciò certamente consentirà più facilmente di non confondere i settori privati dai settori pubblici, non già perchè la qualificazione pubblicistica derivi dalla natura dell'ente, perchè sappiamo tutti che l'adozione del criterio oggettivo negli artt. 357 e 358 ha tagliato in radice questa possibilità, ma perchè trovandoci di fronte ad un ritorno al privato di ciò che è privato, sarà più facile riconoscere l'esistenza di una natura imprenditoriale vera dell'attività, che viene poi testimoniata sul piano normativo dall'essere essa assoggettata esclusivamente a norme di diritto privato, quando appunto si tratta di attività ordinaria di raccolta di risparmio e di erogazione del credito.

Quindi, anche su questo ultimo punto, quello di tipo fenomenologico e cioè del ritorno ad una gestione di tipo privatistico in ambito bancario, sembrerebbe che sul piano interpretativo, quindi sul piano della qualifica-

zione dell'attività bancaria, non ci sia più nulla di nuovo da dire ma questo pericolo è sventato dal fatto che, invece, al di là dell'aspetto della riforma degli artt.357 e 358, su questo argomento si rinvengono spunti di riflessione sia sul piano delle nuove tendenze prasseologiche, sia sull'innovazione del quadro normativo, soprattutto con riferimento al settore dell'intermediazione finanziaria e del Testo Unico della legge bancaria.

Sul piano interpretativo vediamo riaffiorare, non già nelle sentenze della Cassazione che ho prima citato, ma in un ambito di interpretazione completamente diversa che mi avvicina al tema da trattare nella giornata di oggi cioè quello del riciclaggio, alcune interpretazioni di supplenza giurisprudenziale che furono quelle che originariamente portarono alla qualificazione dell'attività bancaria in termini pubblicistici.

Il problema nasce dalla constatazione di una lacuna e di una disarmonia nell'ambito della legge n°197 del 1991, che poi è oggetto della conversazione odierna sulla prevenzione del riciclaggio attraverso gli obblighi di segnalazione e di raccolta dei dati da parte degli operatori finanziari.

In particolare, l'art.3 e l'art.5 di questa legge pongono una serie di obblighi ed una serie di sanzioni a carico di coloro che, operando nel settore dell'intermediazione, sono tenuti alla realizzazione di particolari scopi di prevenzione in questa materia.

Però tra questi obblighi e tra queste sanzioni notiamo subito delle disarmonie e soprattutto una grossa lacuna.

Il n°2 dell'art.3 delinea l'obbligo, da parte del titolare dell'attività e del legale rappresentante di essa, di segnalare le operazioni che fondatamente siano ritenute sospette e che, a loro volta, siano state segnalate al legale rappresentante e al titolare dell'impresa dagli operatori al livello sottostante; l'omessa trasmissione di questi dati sui quali vi è un fondato sospetto di loro riferibilità ad attività di riciclaggio, non è penalmente sanzionato, ma è punito da una sanzione amministrativa.

Nell'originario decreto era prevista la sanzione penale; nel momento della conversione la sanzione penale è andata via ed è rimasta la sanzione amministrativa.

Si tratta di una lacuna certamente grave soprattutto se comparata con il sistema sanzionatorio previsto per altri tipi di violazioni di questi obblighi: ad esempio l'omessa raccolta dei dati sulle operazioni superiori a 20 milioni da parte del funzionario è munita di sanzione penale, ancorchè sia un momento meramente strumentale rispetto a quello finale del quale ho testè parlato che è quello della segnalazione poi all'autorità preposta della operazione fondatamente sospetta ed è ben strano che la violazione di un obbligo strumentale rispetto a quello principale sia munita di sanzione

penale, mentre la violazione del dovere principale sia punita con la sola sanzione amministrativa.

Invece, sempre per parlare di disarmonia, la violazione dell'obbligo di segretezza sulla notizia così acquisita e che dovrebbe essere segnalata all'autorità, è di nuovo munita di sanzione penale: dei disvalori minori rispetto a quello dell'omessa segnalazione da parte del legale rappresentante o strumentali rispetto a questo sono muniti di sanzione penale, mentre il principale è munito di sanzione amministrativa.

Allora accade che di fronte a questa disarmonia si cerca di trovare una soluzione interpretativa: da parte di taluni si dice che di fronte ad una condotta di questo tipo -l'omessa segnalazione dell'esistenza di un'operazione fondatamente sospetta- alla stregua del comma 5 dell'art.5 per il quale si applica la sanzione salvo che il fatto costituisca un reato, può ipotizzarsi un concorso in riciclaggio addirittura; da altra parte si sostiene che l'omessa segnalazione potrebbe essere ricondotta all'omissione di atti di ufficio attraverso la riconduzione della qualifica del soggetto attivo del reato, cioè del legale rappresentante dell'istituto di credito -il quale sarebbe gravato di un obbligo di tipo pubblicistico- alla figura dell'incaricato di un pubblico servizio.

Ecco quindi come da una lacuna del sistema, da una sua disarmonia, si ritorna a costruire, in uno sforzo di supplenza rispetto al vuoto ed alla disarmonia normativa, il suggerimento di una qualificazione pubblicistica dell'operatore bancario, ritornando a quelle cadenze, certamente suggestive, che avevano portato la prima giurisprudenza formatasi in materia a dire che l'operatore bancario è incaricato di un pubblico servizio, perchè sostanzialmente occorre punire certe forme di comportamento che sono nei fatti meritevoli di sanzione penale e che non sarebbero punite se non si qualificasse l'operatore bancario come incaricato di un pubblico servizio.

Avevo anche portato con me, ma voglio risparmiare del tempo quindi non ve lo leggo, un brano di una relazione di un convegno del giudice Ghitti nel quale, traendosi spunto dalla constatazione di questa lacuna e dicendo che questa lacuna era assolutamente inspiegabile, si traeva la conclusione che questo tipo di comportamento dovesse e potesse essere sanzionato in termini di omissione di atti d'ufficio.

A me sembra che non sia questo il modo corretto per condurre il ragionamento e cioè non è il vuoto normativo che deve indurre a slabbrare i confini di una figura di qualificazione così importante come quella dell'incaricato di un pubblico servizio e del pubblico ufficiale; non deve essere cioè la tentazione di colmare ancora una volta un vuoto normativo che ci deve portare a forzare dei concetti di qualificazione che oggi, forse, sono

più difficilmente forzabili alla luce del nuovo testo degli artt. 357 e 358 che, nel loro tecnicismo, nel loro ricorso a parametri ormai non più generali ma direi di tipo definitorio, non consentono operazioni di allargamento della qualificazione oltre il criterio doppiamente normativo da essi indicato.

L'esistenza di questi obblighi di segnalazione invece ci consente di sottolineare un altro tipo di *ratio* che il legislatore vuole raggiungere: creare una rete a maglie fitte di controlli nel sistema dell'intermediazione finanziaria per prevenire il riciclaggio.

Qui si tratta di una serie di interventi che sono molto a monte dell'attività di riciclaggio e che, a mio avviso, non consentono nemmeno di configurare, così come pure si è prospettato nell'ipotesi di omessa segnalazione di informazioni fondatamente sospette, sempre e comunque un'ipotesi di concorso nel riciclaggio altrui; bisogna essere molto cauti su questo piano, è necessario, infatti, verificare se il sospetto anche fondato della provenienza illecita del denaro possa equivalere ad un dolo, sia pure eventuale; operazioni interpretative, che parifichino la violazione di questi obblighi di segnalazione a monte con la partecipazione al fenomeno di riciclaggio, devono essere condotte con estrema accortezza e tenendo conto delle problematiche dell'elemento psicologico.

Detto questo, direi che senz'altro si tratta di fenomenologie completamente distinte e che non possono essere equiparate tra di loro e, concludendo su questo punto, mi sembra che l'esistenza di questi obblighi, che pure potrebbero essere ricondotti ad una matrice di tipo pubblicistico, non consente di ritornare su qualificazioni per le quali ormai i parametri degli artt. 357 e 358 c.p. impongono una nuova considerazione; dovrebbero coesistere i criteri dell'attività disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi, perchè nell'esistenza di quegli obblighi noi potessimo vedere la matrice di una qualificazione soggettiva pubblicistica dell'attività bancaria e mi sembra che la coesistenza di questi due criteri nell'attuale dato normativo non sia rinvenibile.

Ancora una notazione: che cosa ci può dire di nuovo su questo settore il Testo Unico dell'attività bancaria?

Direi alcuni spunti interpretativi ma nulla che sconvolga il sistema al quale ho già fatto cenno.

Il sistema dell'accesso all'attività bancaria rimane un sistema, nell'art. 14 del Testo Unico, soggetto ad autorizzazione e non a concessione, quindi privo di quei margini di discrezionalità amministrativa che avevano fatto originariamente qualificare, prima della legge del 1985, l'attività bancaria come attività qualificabile in termini pubblicistici; è vero che c'è ancora un margine di discrezionalità del Ministero del Tesoro sui requisiti

di onorabilità e professionalità l'accesso all'esercizio dell'attività bancaria, ma si tratta di requisiti che sono comunque parametrati alla garanzia di una sana e prudente gestione, cioè a parametri ancora una volta di tipo imprenditoriale e quindi che non possono improntare il regime dell'accesso ad un sistema di tipo pubblicistico.

Ancora, una serie di norme che disciplinano la materia dell'informazione e della trasparenza bancaria; intendo riferirmi soprattutto all'art. 140 del Testo Unico, che impone delle norme di trasparenza sulla proprietà e sulla gestione dell'attività bancaria.

Questo valore della trasparenza, ancora una volta da taluno vuole essere interpretato come un valore riferibile a parametri di tipo pubblicistico; ancora una volta mi sembra che sia un valore nuovo per il nostro legislatore ma comune ad una serie di settori: basti pensare alla sua estensione alle società di intermediazione mobiliare e a tutto il regime, oltre che dell'intermediazione finanziaria, anche dell'intermediazione mobiliare per dire che si tratta di un tipo di interesse certamente appartenente alla collettività ma non per questo destinato a rendere pubblica un'attività che conserva le proprie caratteristiche privatistiche, quantomeno nell'ordinaria gestione del credito e raccolta del risparmio.

Infine, sempre nell'ambito del Testo Unico in materia bancaria, va segnalata la creazione di nuovi reati bancari che, venendo a coprire possibili vuoti normativi, tagliano un po' alla radice quella possibilità, che è anche un'esigenza, di dare in via interpretativa una disciplina a quel settore che sia privo di una normazione positiva puntuale.

Mi sembra estremamente importante una nuova fattispecie: quella che sanziona penalmente il cosiddetto falso interno bancario, cioè la falsa rappresentazione, da parte del funzionario della banca in materia di erogazione di un fido agli organi di gestione, della situazione patrimoniale sottostante, cioè l'inganno con il quale gli organi deliberanti vengano portati a deliberare un fido.

Si tratta di una tematica molto vicina alla tipologia concreta del fido irregolare, il fido cioè erogato nella consapevolezza di un non ritorno del denaro alla banca e che aveva portato la giurisprudenza a quelle interpretazioni di peculato per distrazione da parte dell'operatore bancario.

La norma prende spunto da una fenomenologia che in gran parte può assorbire queste forme distrattive e colpisce, con una sanzione penale *ad hoc*, un comportamento che è tipico dell'attività bancaria, in qualche modo assolvendo a quelle funzioni che prima si affidavano alla supplenza interpretativa.

Certo è una norma che non può esaurire tutte le esigenze del siste-

ma, perchè è una norma di tipo contravvenzionale e quindi dà luogo a problemi interpretativi quanto alla possibilità di punire, in quanto contravvenzione, anche il fatto colposo oltre che il falso accompagnato da dolo, con tutto il bagaglio di problemi interpretativi che poi si collegano alla possibile esistenza di un falso colposo o meno, di una doppia soglia di punibilità per l'ipotesi colposa e per l'ipotesi dolosa; ma mi sembra uno spunto importante per arrivare finalmente ad una conclusione e cioè che innanzitutto il sistema interpretativo mi sembra ormai sufficientemente consolidato per dar luogo a ricostruzioni tecnicamente ineccepibili.

Mi sembra anche che ci sia una strada tracciata dal Testo Unico, che è quella che occorre continuare a percorrere, rappresentata dal perfezionamento di fattispecie normative che, introdotte e create *ad hoc* per il sistema bancario, siano tagliate su misura per quel settore e che quindi, oltre a tutelare degli interessi che hanno effettivamente bisogno di un presidio penale, siano anche parametrati esattamente per quel tipo di settore ed impediscano che, per salvaguardare esigenze di tipo concreto, si vadano poi a toccare dei principi interpretativi che, a mio avviso, devono invece rimanere saldi e immutati nella nostra realtà giuridica.