

LUIGI DONATO



Il recente Testo unico in materia bancaria ha costituito il punto di arrivo di un lungo processo di revisione normativa in cui è stato attentamente riconsiderato il rapporto tra attività d'impresa, mercato e regolamentazione. In questo processo ha assunto sempre maggior peso il contributo fornito al diritto dall'analisi economica: tale apporto ha consentito di esaminare preliminarmente il fenomeno economico da regolare con il duplice obiettivo di individuare, da un lato, le linee di sviluppo in atto nelle loro potenzialità e nei loro limiti e di verificare, dall'altro, i costi e gli effetti della regolamentazione.

In detto quadro possono individuarsi due aspetti di rilievo riguardanti l'attività bancaria. In primo luogo, per quanto attiene alla qualificazione soggettiva degli operatori, si è abbandonata la visione dell'ordinamento bancario quale ordinamento sezionale ed è venuto meno l'orientamento che, definendo l'impresa bancaria come impresa-funzione, finiva per attrarre la banca nella sfera pubblicistica, anche sotto il profilo penalistico. In secondo luogo, è stato riconsiderato il rapporto tra l'ordinamento bancario ed il diritto comune, pervenendo alla conclusione che la disciplina dell'attività bancaria si inquadra pienamente nell'alveo del diritto dell'impresa commerciale. Da quest'ultimo infatti traggono origine gli stessi istituti della vigilanza bancaria che, nella sostanza, mirano a rendere più stringenti le regole societarie in tema di capitale minimo, di oggetto sociale, di conflitti di interesse, di procedure fallimentari.

Anche il cd. diritto penale bancario, ora ricompreso nel titolo VIII del T.U., non configura un diritto penale alternativo rispetto a quello comune ma accentua forme di tutela già previste per tutte le società (patrimonio aziendale, informazione dei terzi, concorrenza). Molte di queste norme, del resto, promanano direttamente dal diritto penale societario (vedi ad esempio gli artt. 135, 136 e 138).

L'analisi economica è stata da tempo utilizzata in sede di normativa secondaria di vigilanza in cui più diretto è il nesso tra le regole ed il concreto svolgersi dell'attività delle banche. Con il testo unico bancario, dunque, l'analisi economica ha svolto anche per la normativa primaria una preziosa funzione di supporto che emerge sia dall'impostazione generale della legge sia dalle singole scelte della disciplina.

Il problema dei costi della regolamentazione per gli intermediari ha, infatti, indotto a privilegiare forme di deregolamentazione e di

delegificazione. Si è quindi provveduto a restituire le scelte organizzative e gestionali delle banche alle decisioni imprenditoriali e a spostare maggiormente il livello della regolamentazione dal piano legislativo a quello amministrativo.

Dall'indicazione delle finalità della vigilanza traspare la consapevolezza, maturata sul piano tecnico-economico, della non contraddittorietà dell'obiettivo della stabilità del sistema finanziario con quello della sua efficienza e competitività, entrambi presenti nell'art.5; da questa norma si desume come efficienza e concorrenza, in presenza di una gestione sana e prudente, siano il presupposto ineliminabile di una situazione di stabilità.

E ancora, quale esempio relativo ad un aspetto specifico, può osservarsi come la linea di confine nel generale sistema delle regole e della tutela del risparmio prevista dall'art.11 e tutelata dall'art.130 T.U. sia incentrata, sostanzialmente, sulla divisione voluta dall'art.3 della Seconda direttiva comunitaria tra capitale di rischio e capitale di credito (cd. fondi rimborsabili); ciò non va interpretato come una carenza di protezione del risparmio "non bancario" ma come la logica conseguenza della maggiore componente di rischio sistemico che è presente nell'attività bancaria.

Per comprendere a fondo le scelte del T.U. occorre, quindi, prestare attenzione anche al profilo dell'analisi economica. Tale considerazione vale maggiormente per lo studio del diritto penale dell'attività bancaria e finanziaria, specie ove si tenga conto che le attività illecite, siano esse di criminalità economica o di criminalità organizzata, sono fortemente caratterizzate da motivazioni economiche. L'impresa finanziaria illecita si muove del resto sulla base di dinamiche tipicamente imprenditoriali e, per lo più, con strumenti negoziali non molto dissimili da quelli leciti.

Non va dimenticato, poi, che sussiste una stretta interrelazione tra crimine e controllo, in quanto entrambi svolgono costantemente un monitoraggio delle rispettive aspettative di azione; in altri termini le tendenze elusive o criminali si sviluppano nei varchi lasciati sguarniti dalla regolamentazione e dai controlli.

Se l'utilizzo dell'analisi economica per la predisposizione e per la verifica degli strumenti di prevenzione e di repressione per la lotta alla criminalità appare quanto mai necessaria, purtroppo va rilevato che nell'ambito del diritto dell'intermediazione bancaria e finanziaria proprio l'approccio economico alle tematiche penalistiche sconta le maggiori difficoltà.

Ciò sostanzialmente per due motivi. In primo luogo, la conoscenza del fenomeno criminale è sempre, ovviamente, molto più scarsa rispetto a quella delle attività lecite. Le statistiche sulla criminalità sono di fonte giudiziaria e da esse può emergere solo la "criminalità legale" (reati per i

quali vi è stata una condanna irrevocabile) e quella “apparente” (illeciti di cui si è avuta notizia ma per i quali le indagini non hanno dato frutti). L’esistenza del “numero oscuro” dei reati commessi rispetto a quelli accertati dalle Autorità determina, pertanto, che una conoscenza sulla criminalità reale (e cioè “sommersa”) possa aversi solo o indirettamente dalle statistiche giudiziarie ovvero da stime o rilevazioni campionarie.

Inoltre, le stesse statistiche diffuse sui delitti appaiono piuttosto scarse ed essendo incentrate soprattutto sulle persone denunciate o condannate finiscono per non riportare gli aspetti qualificanti sotto il profilo economico degli illeciti (ad es. attività professionali delle vittime, forme tecniche delle operazioni finanziarie, entità del guadagno, modalità di aggiramento dei controlli, mezzi utilizzati per distorcere la concorrenza ecc.). In più, indubbiamente, vi è un rilevante problema insito nella lontananza delle due culture, penalistica ed economica, che rende difficile l’incontro tra le due professionalità.

Il dibattito in corso sulle proposte di innovazioni normative in tema di usura conferma queste osservazioni. Molti dei rimedi proposti, infatti, non tenendo in alcun conto nè le motivazioni economiche e le forme tecniche dei fatti di usura nè gli effetti stessi delle norme ipotizzate, appaiono peggiori del male.

Così alcune ipotesi di fissare un tasso di riferimento rigido per definire l’usura finirebbero per legalizzare forme patologiche poste ad arte appena al di sotto di tale limite e costringerebbero le vittime a dover dimostrare in dettaglio le operazioni illecite che hanno subito, cosa questa palesemente impossibile. Inoltre, come la conoscenza diretta del fenomeno indica, il tasso è solo uno dei possibili elementi di un rapporto usuraio che in realtà sembra piuttosto concretizzarsi sull’aspetto delle garanzie e delle modalità del recupero dei crediti. In altri termini, sotto il profilo economico, la funzione-obiettivo dell’usuraio non è tanto quella di lucrare interessi esorbitanti, quanto piuttosto quella di impossessarsi del patrimonio della vittima; a seconda di come tale patrimonio si concretizzi (esercizi commerciali, immobili, redditi da lavoro) vengono, quindi, a realizzarsi le modalità dell’usura. L’ipotesi di accrescere il numero delle denunce introducendo un fondo a favore delle vittime, attivabile in base all’esistenza di una denuncia, potrebbe anche costituire un incentivo al “*moral hazard*” per imprenditori in difficoltà e, forse, anche una forma di assicurazione per gli usurai di essere rimborsati dei loro crediti.

Una valutazione delle norme penali del Testo Unico bancario in base all’analisi economica appare dunque di estremo interesse ma, almeno per ora, come ricordato, probabilmente prematura.

Una via intermedia, questa fin d'ora percorribile, è stata indicata dal prof. Stile nel corso del dibattito e consiste nel valutare le norme penali rapportandole il più possibile alla regolamentazione primaria che esse sono chiamate a tutelare. Con questo meccanismo può coniugarsi l'esigenza di valutare le norme penali anche in una chiave di lettura economica con la possibilità di utilizzare agevolmente sul piano giuridico il quadro di riferimento normativo esistente. Viene in tal modo sicuramente evitato il rischio di esprimere valutazioni astratte su norme penali di contenuto fortemente innovativo ovvero che vanno ad insistere su una realtà profondamente trasformata. Tale rischio tende, infatti, ad accrescersi in attesa dell'applicazione giurisprudenziale delle fattispecie e in assenza di un riscontro diretto con il fenomeno economico nel quale le norme vanno a calarsi.

Tra le norme penali del Testo Unico bancario alcune, che originano dalla legge bancaria del 1936, sono state già oggetto di critica. Ad esempio, la mancata eliminazione del mendacio bancario e dell'aggiotaggio bancario è stata da qualcuno giudicata severamente. In proposito, a dire il vero, andrebbe preliminarmente rilevato che al legislatore delegato non era consentito cancellare figure di reato esistenti atteso gli specifici limiti presenti nell'art.2, lett *d*) della legge n°142/92.

Ad ogni modo, potrebbe risultare stimolante provare a riportare, ad esempio, la figura dell'aggiotaggio bancario -definito un fantasma per la sua scarsa applicazione- con il complesso della disciplina del T.U. per verificare se la norma, nel mutato contesto dell'attività bancaria, conservi (o abbia acquisito) margini di specificità rispetto alle altre figure di aggiotaggio presenti nell'ordinamento.

La finalità dell'art.138 consiste nel garantire un ordinato svolgimento dell'attività bancaria sul mercato, evitando turbative determinate da comportamenti aggressivi attuati mediante la diffusione di informazioni non corrette.

Lo stesso art.138 pone in luce la necessità di coordinare la disposizione con le altre fattispecie di aggiotaggio presenti nell'ordinamento, delle quali viene fatta salva l'applicabilità (si tratta delle figure dell'aggiotaggio comune, di quello societario e di quello "mobiliare" previste, rispettivamente, dall'art.501 del codice penale, dall'art.2628 del codice civile e dall'art.5 della legge 17 maggio 1991, n°157).

La fattispecie delineata dall'art.138 appare di ampia portata trattandosi di un reato comune, che richiede (differentemente dalle altre figure di aggiotaggio) solo un dolo generico e che prevede una condotta molto ampia (consistente nella divulgazione "in qualunque forma"). L'aspetto di maggiore specificità sembra, comunque, individuabile nell'attitudine "a

turbare i mercati finanziari o a indurre il panico nei depositanti o comunque a menomare la fiducia del pubblico". Anche da tali espressioni si individua l'obiettivo di fornire un'ampia tutela; in particolare la previsione del rilievo anche della sola "menomazione" della fiducia del pubblico tende ad indicare l'intento di assicurare al mercato bancario un rispetto assoluto delle regole di correttezza dell'informazione sugli intermediari.

A questo punto viene a delinearsi la ratio di fondo dell'aggiotaggio bancario che si sintetizza nell'elemento del "panico dei depositanti", il quale, non a caso, risulta essere (nella stessa formulazione letterale che proviene dall'art.98 L.B.) l'aspetto più tradizionale della disposizione.

L'esigenza di anticipare il più possibile la tutela delle banche deriva quindi dalle stesse caratteristiche dell'attività bancaria e dall'attitudine a propagarsi delle crisi delle banche. Il pericolo principale che la norma vuole contrastare è, in definitiva, soprattutto quello di possibili crisi di liquidità di banche oggetto di attacchi tali da indurre i clienti a chiedere il rimborso dei depositi a vista.

Questa chiave di lettura dell'art.138 trova nel quadro del Testo unico numerosi riscontri sul piano delle finalità e degli strumenti della vigilanza e della disciplina delle crisi; in tale ultimo ambito può prendersi in considerazione, ad esempio, l'art.74 che prevede la sospensione del pagamento delle passività da parte di una banca sottoposta a procedura di amministrazione straordinaria.

L'applicazione di tale istituto (che, come precisa lo stesso art.74, non costituisce stato di insolvenza) può ricollegarsi anche ad una crisi di liquidità temporanea e predispone, quindi, una seconda linea di difesa qualora il panico, che l'art.138 mira ad evitare, si sia già verificato e la "corsa ai depositi" sia tale da non poter essere affrontata in via ordinaria.

Un ulteriore nesso tra le due norme può individuarsi considerando che l'ipotesi dell'aggiotaggio non esclude per nulla dalla tutela le banche sottoposte a provvedimenti straordinari le quali si trovano, peraltro, in una evidente posizione di maggiore vulnerabilità. Del resto il verificarsi di una situazione di crisi aziendale affrontata mediante l'adozione di un provvedimento di amministrazione straordinaria non giustifica notizie allarmistiche sulla sorte dei depositi; anzi, proprio l'adozione di misure di salvaguardia, l'esistenza di una "rete di protezione" e di sistemi di garanzia dei depositi potrebbe dimostrare che notizie "aggressive" diffuse sul conto di banche in amministrazione straordinaria integrano gli estremi del reato di aggiotaggio bancario.

Può poi rilevarsi come dal nuovo quadro regolamentare dell'attività bancaria introdotto con il Testo unico sia derivata una maggiore presenza

sul mercato dei titoli emessi dalle banche; si segnala la più diffusa possibilità di emettere obbligazioni e titoli di deposito (art.12) e, in generale, lo sviluppo dei titoli azionari conseguente alla trasformazione in s.p.A. delle banche pubbliche e all'offerta dei titoli precedentemente in mano pubblica. Al rischio connesso all'ipotesi di panico dei depositanti viene quindi ad aggiungersi quello della turbativa sul mercato dei titoli; si accresce in tal modo l'esigenza di correttezza dell'informazione del pubblico sulla situazione delle banche.

Non saprei dire se questo inquadramento dell'art.138 nel più complessivo sistema della regolamentazione sia stato sufficiente per sostituire all'immagine dell'aggiotaggio bancario che si aggira come un fantasma nell'ordinamento la figura di uno strumento divenuto attuale ed utile per contrastare pericolose manovre speculative sul mercato a danno di banche; occorre, certo, ancora la verifica concreta dell'utilità dell'art.138 T.U sul piano processuale, ma per questa riprova basterà attendere la conclusione di alcuni procedimenti già in corso che hanno preso avvio dalla denuncia di banche che hanno ritenuto di aver subito, in particolare sulla stampa, aggressioni tali da configurare ipotesi di aggiotaggio.