

GIOVANNI M. FLICK



Quando partecipo alle tavole rotonde, ho sempre la sensazione che ciascuno vada per i prati a raccogliere il proprio mazzolino di margherite e alla fine la gente si alza e rimane con più confusione in testa di prima; probabilmente è giusto che sia così, perchè una tavola rotonda deve essere un rovesciare sul tavolo una serie di problemi per stimolare chi ascolta al dibattito, magari non in questa sede, ma anche dopo.

Mi pare che l'attenzione si sia polarizzata soprattutto sul tema del riciclaggio, sul ruolo delle banche e delle istituzioni finanziarie nell'ambito del riciclaggio, toccando un tema così attuale da tralasciare quello che mi pare però anche oggetto del dibattito e cioè la tematica più in generale della disciplina della patologia bancaria.

Vorrei allora vedere se riesco a cucire i due problemi; vorrei aggiungere un altro aggettivo a quello del Generale Fossati che mi trova pienamente d'accordo: non solo legislazione simbolica, ma anche legislazione emblematica, perchè il settore del credito è stato quello non solo più simbolico, ma anche più emblematico, per l'intervento prima del giudice penale poi della legge penale, in materia di diritto penale dell'economia.

Allora separiamo pur tenendo collegati i due problemi: come si è sviluppata e quale sarà il futuro della linea di tendenza del controllo penale sulla patologia nell'esercizio del credito, come si è sviluppato e quale sarà il futuro del controllo del diritto penale sul riciclaggio come settore gestito, soprattutto in passato, forse meno adesso, dal credito e dall'intermediazione finanziaria.

E' un argomento di buon senso; d'altra parte la banca o oggi accanto alla banca gli altri strumenti di intermediazione finanziaria, che finalmente hanno avuto molta attenzione dal legislatore (alludo soprattutto al Testo Unico), è un enorme serbatoio in cui si mescolano e viaggiano insieme denaro e informazione; dove c'è il denaro non ci può essere informazione e viceversa, da ciò quindi quell'interesse del diritto penale giurisprudenziale sul peculato bancario per il controllo sulla patologia nella gestione del denaro.

Le tre sentenze del 1981, 1987, 1989 delle sezioni unite che tutti ricordiamo, quella del 1981 che parificava gli operatori bancari, non come speravano loro verso il basso, ma tutti verso l'alto, tutti pubblici ufficiali o tutti incaricati di pubblico servizio, quelle del 1987 e del 1989 che hanno riportato il discorso a una valenza imprenditoriale, hanno segnato i due

punti fondamentali della filosofia dell'intervento penale in materia creditizia.

Vi leggerò di qui a poco la massima di una sentenza recentissima che dovrebbe farci pensare tutti abbastanza.

Il diritto penale giurisprudenziale, mancando il sistema penale privatistico di una norma penale idonea al controllo dell'infedeltà e della patologia nella gestione del credito, aveva distribuito a piene mani la qualità di incaricati di pubblico servizio e di pubblici ufficiali agli operatori bancari - tutti ce lo ricordiamo - e riportato il peculato per distrazione nell'ambito del fido bancario.

Non è ancora tramontato quel periodo: vi leggo una sentenza del 14 marzo 1994 del tribunale di Enna, sezione penale "L'attività di intermediazione bancaria, nell'opera di distribuzione di titoli del debito pubblico, configura un servizio pubblico con la conseguenza che il dipendente bancario che svolge il predetto compito, spendendo il nome dello Stato, assume la qualifica di incaricato di pubblico servizio".

Io credo che, per quanto riguarda il controllo penale sulla patologia del controllo del credito, siamo ben lontani dall'aver spento il fuoco che covava sotto le ceneri di quelle due sentenze della Cassazione e io ho la sensazione che ci stiamo ripreparando ad un'altra enfaticizzazione della dimensione pubblicistica dell'attività creditizia, proprio per supplire alle carenze di una legislazione sostanziale repressiva.

Il discorso lo sto ritrovando nel settore della gestione dell'informazione da parte della banca; vedo molti Procuratori della Repubblica tentati di considerare incaricato di pubblico servizio l'operatore bancario nel momento in cui applica la normativa anti-riciclaggio; è un discorso che non mi sembra stia molto in piedi, ma che bisognerebbe alleggerire.

In materia bancaria la giurisprudenza non ha fatto che anticipare alcune cose che poi adesso leggiamo nelle sentenze e nei provvedimenti in materia di pubblico servizio a proposito di Mani Pulite: tutta la tematica del pubblico servizio nella concessione per l'esecuzione di un'opera pubblica, va a riprendere argomenti e valutazioni che erano state elaborate dal diritto penale giurisprudenziale proprio a proposito delle banche.

Ho un momento di tranquillità quando, pur non plaudendo come plaude Bankitalia al Testo Unico, vedo degli spunti molto positivi nel controllo della disciplina sostanziale della patologia del credito nel Testo Unico.

A mio avviso il Testo Unico ha due difetti fondamentali, con cui dovremo combattere, soprattutto noi penalisti: lavorava con degli strumenti estremamente delicati, con una delega che era limitata al coordinamento e, oltre che con questo enorme limite, con degli spazi penalistici limitatissimi, poichè si poteva intervenire solo nell'ambito contravvenzionale.

Evidentemente, nel momento in cui in realtà si è cercato di rimodellare completamente la disciplina del credito e anche, chiedo scusa, la disciplina penale, accorpando alle banche il gruppo bancario e altre attività di intermediazione finanziaria, così pretendendo di riorganizzare il sistema creditizio e soprattutto il sistema penale creditizio utilizzando una delega con i suoi enormi limiti, non ci si poteva che attendere un risultato ancora meno valido in termini di coordinamento di quello che c'era prima.

Un dato molto positivo c'è: l'aver introdotto quel cosiddetto falso interno, l'art.137 secondo comma del Testo Unico, che sanziona penalmente - e qui traggo la prima conclusione del mio discorso, la seconda la trarrò subito dopo - la falsità delle motivazioni nella concessione del credito.

Noi eravamo abituati a considerare ogni forma di patologia nella concessione del credito come un peculato per distrazione: tutti ricordate le discussioni enormi che si fecero in dottrina e in giurisprudenza a questo proposito e mi sembra che, pur con tutti i limiti che derivano dal Testo Unico, l'aver introdotto una norma specifica che prevede il falso interno nell'ambito della concessione del credito, abbia un grosso significato, perché vuol dire riportare - e questo mi serve come anello di passaggio al secondo momento della mia rapidissima riflessione - il ruolo del giudice penale a un controllo di tipo esterno sulla patologia creditizia, non a quel controllo di merito che, troppo spesso il giudice penale è stato portato a fare per la mancanza di strumenti: hai concesso un credito privo di garanzie ed eccessivo, io lo valuto a posteriori eccessivo, il famoso peculato per l'eccesso di rischio, vuol dire che tu quei soldi li volevi regalare invece di imprestarli e vuol dire che hai commesso, una distrazione prima del 1987 o del 1989, o un'appropriazione indebita per *mala gestio* dopo il 1987 o 1989.

Io credo che il futuro del diritto penale bancario, per quanto riguarda la patologia nella concessione del credito, dovrebbe essere una copia del futuro del diritto penale dell'economia, nel quale al magistrato penale siano affidati soltanto strumenti di controllo molto chiari sulla trasparenza delle motivazioni, lasciando poi ad altri tipi di verifica non penalistica, il controllo sulla *mala gestio* e sull'eventuale errore del banchiere.

Passo subito dalla patologia nella gestione del denaro alla patologia nella gestione dell'informazione. Io ricordo di aver avuto una querelle con Franco Bricola, che per me è stato, dopo Crespi, l'altro mio maestro nella materia sia del diritto penale costituzionale che del diritto penale dell'economia, perché io, quando uscirono le due sentenze del 1987 e del 1989, dissi e scrissi - e Bricola mi criticò garbatamente, con il garbo che gli era proprio - che il fronte della incomunicabilità fra giudici e banchieri si sarebbe spostato dalla patologia nella gestione del credito alla patologia sul-

l'informazione e che il banchiere che si scrollava di dosso la qualità di pubblico ufficiale nella gestione del credito, se la sarebbe ritrovata sopra a piene mani, in quanto incaricato di pubblico servizio con l'obbligo di denuncia.

Ciò si è verificato, perchè da allora i nostri giudici hanno abbandonato il discorso della patologia del credito, magari sono andati sulle strade della bancarotta preferenziale - l'alternativa del banchiere che se revoca il credito si trova sotto la minaccia dell'azione civile, la chiamo in francese la "rupture du credit", se continua a dare credito e poi cerca di recuperarlo nel momento della crisi si trova sotto la minaccia della bancarotta preferenziale, e non ne capisce la ragione, perchè per lui il suo mestiere è quello di dare soldi al cliente e di prenderli appena il cliente comincia a puzzare - epperò, la vera frontiera è quella della gestione dell'informazione e, da questo punto di vista, io non mi faccio molte illusioni.

Ho lavorato un po', come molti altri, a quella che è stata l'elaborazione della disciplina della legge anti-riciclaggio e vi scorgo una cosa molto positiva per il settore creditizio, che forse è stata un po' trascurata dall'attenzione degli studiosi: l'equiparazione del settore creditizio, cioè delle banche, alle società finanziarie.

Credo che la parte più significativa della legge anti-riciclaggio del 1991 non sia tanto quella parte del tutto emblematica, che vieta la circolazione del contante in importi superiori ai venti milioni di lire, perchè di contante in Italia in importi superiori ai venti milioni ne circola tantissimo, ma, che io sappia, sanzioni amministrative per la circolazione di questo tipo di contante non ne sono mai state applicate.

La legge anti-riciclaggio del 1991 ha quattro filoni fondamentali: uno è il divieto della circolazione del contante in misura superiore ai venti milioni di lire, se non per il tramite di banche ed intermediari.

Confido che la Banca d'Italia si batta anche lei - mi pare di aver trovato qualche traccia di questo discorso - per abolire la inutilità di prescrizioni soltanto simboliche ed emblematiche, destinate a non essere applicate.

Il secondo profilo di estrema importanza che la legge del 1991 voleva dare, era quello della registrazione delle operazioni, sia singole sia accorpate: la pretesa o la utopia di seguire ogni spostamento di denaro, che non dovrebbe più avvenire in contanti, perchè l'art.1 lo vieta, attraverso la registrazione e la memorizzazione dei dati delle operazioni.

Credo che il costo di questo controllo globale di tutta la circolazione finanziaria sia tale, ma non solo in termini di costo economico, anche in termini di inutilità delle operazioni che vengono acquisite e conservate, che

probabilmente si dovrà, quanto meno, arrivare ad aggiornare quel discorso dei venti milioni.

I due veri punti qualificanti della legge anti-riciclaggio sono: l'art.3 che impone l'obbligo di segnalazione delle operazioni sospette, che è rimasto lettera morta fino a quando non sono stati modificati l'art.648*bis* e l'art.648*ter* del codice penale, perchè fin che si imponeva all'operatore bancario di segnalare le operazioni sospette di provenire da quei quattro tipi di delitti a monte, era una norma chiaramente simbolica, destinata soltanto a dire "noi siamo in regola, la norma l'abbiamo messa", perchè l'operatore bancario può arrivare a capire, e molte volte arriva a capirlo, che il denaro ha una provenienza sospetta, ma non ha né la voglia né la capacità di ricostruire se poi arrivi da una rapina piuttosto che da una estorsione o piuttosto che da una mazzetta.

Quindi l'importanza enorme della modifica dell'art.648*bis* e *ter*, sta nel reintrodurre in realtà un obbligo di rapporto per l'operatore bancario, in tutti i casi in cui maneggi denaro che abbia il sospetto provenga da un reato.

C'è un bellissimo lavoro fatto dalla Banca d'Italia sul modello degli inglesi, dei francesi e mi pare anche degli svizzeri, per dare agli operatori bancari delle indicazioni di base su come segnalare le operazioni sospette.

Secondo l'art.3 "è sospetta ogni e qualsiasi operazione nella quale non vi sia ragionevole proporzione con il comportamento abituale del cliente", il che vuol dire due cose: che la banca deve abituarsi a considerare sospetta ogni operazione occasionale, l'operazione non fatta con il cliente abituale; che prima o dopo, questo discorso di controllo sul riciclaggio si tradurrà inevitabilmente in un discorso di trasparenza fiscale.

Io credo cioè che, alla fine della lunga marcia verso la trasparenza e verso la lotta al riciclaggio, non ci può che essere la trasparenza fiscale, e finchè noi non avremmo affrontato questo problema, è vana l'utopia di sperare di seguire tutti i passaggi del denaro che prima arriva a San Marino, poi va a Vaduz, poi va alle Isole Vergini (chiedo scusa per l'esempio di San Marino).

Nel sistema internazionale i buchi della rete off-shore, sia sul piano fiscale, sia sul piano del riciclaggio, sono tali e tanti che la pretesa di poter seguire il fenomeno del riciclaggio solo attraverso il controllo italiano sui movimenti di denaro è veramente una pretesa utopistica.

Allora qual'è per me, il significato, nella seconda ottica dell'attività bancaria cioè il controllo del riciclaggio, dell'allargamento degli artt.648*bis* e *ter*; un significato che è nato non soltanto direi dall'esperienza di Strasburgo e cioè dalle indicazioni del Consiglio d'Europa, ma, a mio avviso, soprat-

tutto da Mani Pulite, dall'esperienza operativa che ha rappresentato la possibilità di disporre di indagini bancarie per accertare la provenienza delle fonti di corruzione; qual'è l'obiettivo finale nel quale io credo le banche dovrebbero aver trovato finalmente una loro posizione un po' più di tranquillità: quello di arrivare ad un sistema fiscale efficiente, di trasparenza, in cui non sia più necessario ricorrere a questo tipo di strumento.

Vedo un altro aspetto molto positivo nella legge anti-riciclaggio e anche questo lo definisco legislazione simbolica, perchè ha dato al settore del credito alcune indicazioni che mi paiono ormai patrimonio comune del diritto penale dell'economia: l'allargamento delle reti anti-riciclaggio e degli obblighi di segnalazione dalle banche agli altri intermediari finanziari; la creazione del famoso elenco; l'introduzione di una sanzione penale uguale a quella prevista per l'attività bancaria abusiva e rappresentata dalla sanzione penale per l'attività finanziaria abusiva, e l'introduzione, anche per l'attività finanziaria di requisiti di onorabilità sanzionati penalmente che viaggiano molto vicini a quelli delle banche.

La conclusione è che noi stiamo arrivando a prendere coscienza del fatto che, tra diritto penale ed economia deve esserci un rapporto molto stretto, anche se è vero che il miglior diritto penale dell'economia è quello che fa economia di diritto penale e cioè lo limita al massimo.

Siamo arrivati probabilmente a renderci conto che gli obiettivi del diritto penale nel campo dell'economia non possono andare al merito delle scelte economiche, devono fermarsi a sanzionare penalmente l'accesso e i requisiti di accesso, a sanzionare penalmente i rapporti tra operatori economici e organi di controllo di settore: le ultime sanzioni penali introdotte nel Testo Unico sembrano, da questo punto di vista, un esempio di ciò a cui deve tendere il diritto dell'economia in funzione di garanzia della trasparenza e informazione.

E' un prezzo grosso da pagare, ma penso che sia un prezzo inevitabile, nel momento in cui esperienze come quelle di Mani Pulite per un verso, o come quella dei rapporti tra criminalità economica e criminalità organizzata per un altro, hanno dimostrato come la trasparenza nell'ambito del diritto penale dell'economia sia un valore fondamentale, non soltanto ai fini del diritto penale dell'ordine pubblico, ma anche per assicurare - e mi rifaccio una volta di più alle parole del Governatore dopo l'Accordo di Basilea - che il sistema economico, nel nostro caso il sistema bancario, non venga inquinato dalla presenza di un denaro sporco che, spesso, non è soltanto sporco tout court, ma è sporco da criminalità organizzata: è un prezzo di trasparenza che, io credo, dovremo abituarci inevitabilmente a pagare, e per il quale il mio augurio, di persona che si occupa di penale bancario da

parecchio tempo, è soprattutto che giudici e banche riescano a parlare lo stesso linguaggio, perchè, finora, vi è stata tra di loro una pressochè totale incomunicabilità.