

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ*

IL DIRITTO PENALE BANCARIO IN SPAGNA.

*) Cattedratico di Diritto penale dell'Università Pompeu Fabra. Direttore del Centro di Studi Giuridici del Dipartimento di Giustizia. Generalitat de Catalunya.



A. Introduzione.

L'intervento del Diritto penale nell'ambito della intermediazione finanziaria per far fronte mediante norme specifiche agli illeciti più gravi commessi al suo interno è una prassi comune alla maggioranza dei paesi della nostra sfera culturale. La ragione di tale intervento ha la sua ragione d'essere nella posizione singolare -centrale- che banche ed altri organismi di credito occupano nei sistemi economici moderni. Sono, quindi, i bisogni di tutela degli interessi economici dei risparmiatori, della loro fiducia nel regolare funzionamento del sistema creditizio e della stessa trasparenza ed affidabilità di esso sistema a fornire i fondamenti generici dell'intervento punitivo. Lo scopo è quello di proteggere la solvenza degli enti e, al tempo stesso, di combattere il pericolo delle "crisi bancarie", le cui conseguenze sono di estrema gravità per l'intero sistema. Questo, d'altra parte, dimostra che l'interesse sotteso a tali normative va assai al di là di una tutela del patrimonio di banche (*latu sensu*) o investitori, assumendo di fatto una natura pienamente economica¹.

Con le affermazioni generali come quadro di riferimento, è comune in dottrina affermare che lo spazio del Diritto penale bancario è comprensivo di tre grandi gruppi di fatto. Da una parte, fatti in cui la Banca (o un altro istituto di credito) è vittima e un terzo ne è autore (un esempio di tale circostanza sarebbe la cosiddetta "truffa creditizia").

D'altra parte, fatti in cui la Banca è vittima, mentre il causante è un soggetto (o diversi) appartenenti agli stessi livelli dirigenziali (il cui esempio potrebbero essere le diverse ipotesi di amministrazione sleale o abuso

1) Come indica la "Esposizione dei Motivi" della legge 29/1988, del 29 luglio, di Disciplina e Intervento di Istituti di Credito: "Tali organismi raccolgono risorse finanziarie fra un pubblico assai vasto, sprovvisto nella maggior parte dei casi dei dati e del sapere necessari per una valutazione propria della solvenza di essi organismi. La regolazione ed il controllo pubblici intendono palliare gli effetti di tale mancanza, e facilitano la fiducia degli istituti, una condizione *sine qua non* per il loro sviluppo e corretto funzionamento, essenziale non solo per i depositanti i fondi, ma anche per l'insieme dell'economia, data la posizione di centralità che questi organismi ricoprono nei meccanismi di pagamento".

di potere o di fiducia). Ed infine fatti di cui è causante² la banca stessa e che danneggiano la comunità di investitori (attuali o addirittura in potenza) o altri organismi bancari (e in questo caso l'esempio potrebbe esser dato dalla realizzazione di operazioni senza autorizzazione o con infrazione dei termini della stessa, mendaci nelle informazioni, violazioni delle garanzie di solvenza ecc.)³. In questo senso il Diritto penale bancario si estenderebbe a tutti i possibili fatti lesivi di beni giuridico-penali commessi rispetto al drenaggio del risparmio e all'esercizio del credito o di altre attività di intermediazione finanziaria; e questo, nei casi in cui vengano commessi sia dall'organismo bancario sia dal pubblico in genere.

Ed allora, se per esistenza di un Diritto penale bancario si intende la promulgazione di figure penali specifiche destinate a reprimere la perpetratozione di illeciti nell'ambito della intermediazione finanziaria, dobbiamo affermare che in Spagna non esiste un Diritto penale bancario in senso stretto. E questo, all'interno del nostro sistema, non costituisce una eccezione. In esso la legislazione penale speciale ha una portata assai limitata ed i pochi precetti che il Codice penale dedica a tali questioni permet-

2) In realtà, questo gruppo e quello precedente potrebbero venire sovrapposti nella misura in cui fatti illeciti che, dal di fuori dell'istituto, sono visti come "fatti della banca", all'interno dello stesso sono percepiti come atti del vertice di direzione che si traducono in effetti dannosi per la banca come società mercantile, insieme di azionisti.

3) V. EGLI H., *Grundformen der Wirtschaftskriminalität. Fallanalysen aus der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg 1985, p.119: Das Kapitel umfasst Wirtschaftsdelikte, die in Zusammenhang mit Banken stehen, die also gegen Banken, über Banken, mit Banken oder von Banken begangen werden"; MÜLLER R.-WABNITZ H.B., *Wirtschaftskriminalität: Eine Darstellung der typischen Erscheinungsformen mit praktischen Hinweisen zur Bekämpfung*, 2ª ed., Monaco 1986, p.1: La posizione centrale delle banche nel nostro sistema economico "bringt es zwangsläufig mit sich, da die Banken einerseits Angriffsobjekt und Opfer wirtschaftskrimineller Elemente werden, andererseits aber auch Leiter oder verantwortliche Mitarbeiter von Kreditinstituten nicht selten der Versuchung erliegen, aus eigener oder fremdwirtschaftlichen Interessen die Grenze der erlaubten Bankgeschäfte zu überschreiten"; DOLCINI E.-PALIERO C. E., "Problèmes de droit pénal bancaire: une analyse de droit comparé." *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, ott.-dic. 1988, p.653ss., pp.653-654 aggiungono, ai casi in cui la banca è vittima ed a quelli in cui la banca -come persona giuridica- o operatori bancari sono gli autori, quelli in cui la banca è strumento. V. anche BERNASCONI P., "Problemi attuali di Diritto penale nel settore bancario e finanziario svizzero." in *Rivista trimestrale di Diritto penale dell'economia*, 1988, p.459ss.

tono di dedurre che, attualmente, vi è assenza anche di un Diritto penale societario, di un Diritto penale della concorrenza, che vi è solo un incipiente Diritto penale borsistico ecc.

Alcuni di questi ambiti si sono visti regolati nei diversi progetti di nuovo Codice penale degli ultimi quindici anni. Ma, come tutti sanno, nessuno di questi progetti è giunto in porto; adesso, di nuovo, il Progetto di Codice Penale del 1994 è approdato al Congresso dei deputati, dove è in attesa dell'inizio dei primi dibattiti sul suo contenuto. Nelle pagine seguenti dedicheremo ad esso alcune allusioni.

Nel nostro sistema non troviamo insomma nessuna delle figure penali attraverso le quali si è soliti proteggere, nel diritto comparato, gli istituti di credito, la loro solvenza nei confronti di terzi e, infine, il normale funzionamento del mercato bancario. E' quindi possibile affermare tassativamente che ci sono state -e che vi sono tuttora- "crisi bancarie"⁴. Solo che esse non sono quasi mai state affrontate facendo ricorso al Diritto penale, neppure nella misura in cui lo permettevano le figure del Diritto penale comune che possono essere applicabili in questo ambito⁵.

4) A questo riguardo vedasi RODRÍGUEZ MOURULLO G., "Aspectos penales de las crisis bancarias", in AAVV., *Aspectos jurídicos de las crisis bancarias*, Madrid, 1988, p.281ss., in cui descrive come la grande crisi spagnola del 1978 nel 1983 aveva già colpito il 47,2% delle banche esistenti all'inizio della stessa, il 21,36% della totalità di riserve proprie della banca ed il 18,7% delle risorse da depositi della stessa. A quanto pare la suddetta crisi andava imputata sia al contesto economico e sociale in genere, sia ad altre cause derivate dall'azione di "banchieri" ed amministratori delle banche. Infatti, nel comportamento dei "nuovi" banchieri (coloro che iniziarono ad operare a partir dal 1963) era rilevabile una "peculiare visione della banca, nella quale non vedono tanto un organismo finanziario con cui stabilire negozi con terzi, quanto un mezzo per drenare risorse altrui da investire in affari propri, nella maggior parte dei casi altamente speculativi" (p.292). Circa il cumulo di irregolarità che tutto questo portò ad introdurre nella prassi bancaria e che sbocò nelle crisi, vedasi l'interessante descrizione delle pagine 292-298.

5) Questa assenza di Diritto penale bancario positivo ha fatto sì, d'altra parte, che la dottrina spagnola prestasse poca attenzione a tali questioni a tal punto che la bibliografia al rispetto è assai povera. Per questo, a differenza di quanto accade per gli illeciti societari o borsari, non è stato neppure impostato un dibattito circa l'opportunità di intervenire o meno in questo campo. Questa riflessione non riguarda il tema, in cui non vogliamo entrare in questa sede, delle defraudazioni ai danni della banca mediante illeciti a mezzo assegno, cambiale o carte di credito; e neppure quello, trattato in modo generale, delle insolvenze punibili; o, infine, la recente questione del riciclaggio di danaro proveniente da determinate attività illecite e della sua prevenzione (nei suoi rapporti con il segreto bancario), che sarà

Qui di seguito cercheremo di esaminare gli illeciti più gravi in materia bancaria -quelli che in altri paesi provocano l'intervento del Diritto penale bancario- cercando di descrivere il modo in cui il Diritto vigente in Spagna permette di affrontarli. Come vedremo, a prescindere dalla possibile applicazione delle figure penali comuni di truffa (art.528 CP), appropriazione indebita (art.535 CP), falso in documenti (art.302, 303 CP), o macchinazioni volte ad alterare il prezzo delle cose (art.539, 540 CP), solo il Diritto penale amministrativo (a noi noto come Diritto amministrativo sanzionatore) stabilisce (e l'autorità amministrativa infligge) le sanzioni da applicare nei casi di infrazione, anche quelli più gravi, alla normativa che disciplina il funzionamento degli istituti di credito. In tal senso si pronuncia la Legge (amministrativa) 26/1988 del 29 luglio, di Disciplina e Controllo degli Istituti di Credito.

E così, la scelta del legislatore spagnolo è stata sinora quella di non dotare di una forma specifica i comportamenti che mettono in pericolo gli interessi sottesi all'attività bancaria, neppure quello che dà luogo a fatti concretamente lesivi. Per i primi, e dal punto di vista di una pericolosità non già concreta ma meramente generica, si può ricorrere ad una legislazione relativamente nuova e completa. Per il secondo si continua a fare riferimento innanzitutto alle figure penali tradizionali del Diritto penale patrimoniale e ad altre di appoggio. La scelta a favore del Diritto amministrativo a scapito del Diritto penale, per fronteggiare perfino i comportamenti più gravi con infrazioni alla disciplina bancaria da parte di istituti di credito è una decisione di politica giuridica sorprendente e trascendentale. Una decisione, innanzitutto, sorprendente, dato che sembra entrare in contraddizione con la tendenza -chiaramente percettibile nella maggior parte dei paesi- ad un intervento più deciso del Diritto penale nell'economia. Una decisione, in secondo luogo, trascendentale, dato che implica notevoli

oggetto di un'altra relazione. Rispetto al primo dei premi citati esiste invece una estesa bibliografia: cfr., per tutti, con numerosi riferimenti ulteriori BAJO FERNÁNDEZ M.- PÉREZ MANZANO M. in Bajo Fernández-Pérez Manzano-Suárez González, *Manuale di Diritto penale (Parte speciale) (Delitti patrimoniali ed economici)*, Madrid 1993, p.263ss. (con riferimenti a lavori di Bacigalupo, Bajo Fernández, Gonzáles Rus, De la Mata, Rodríguez Mourullo, Román Puerta e Romeo Casabona) e le stesse tesi di Bajo Fernández alle pp.299-305. Va ricordato anche che l'art.243, 3° del progetto CP 1944 considera truffa aggravata quella commessa "mediante assegno, cambiale a vuoto o negozio cambiario simulato". Cfr. anche MÜLLER R.- WABNITZ H.B., *Wirtschaftskriminalität*, 2ª, p.1-23, con una interessante descrizione dei diversi aspetti di queste infrazioni.

differenze rispetto ai principi dogmatici di imputazione, che qui debbono prevalere, rispetto alle sanzioni, o rispetto al grado di vigenza dei diversi principi politico-criminali di garanzia. Si può quindi affermare che la scelta a favore del Diritto amministrativo si presta a diverse interpretazioni: da una parte presuppone la ricerca di una maggiore efficacia, a cui potrebbero opporsi, a livello pratico, certe strutture dogmatiche del Diritto penale e la stessa configurazione ipergarantistica della procedura penale. In effetti il sistema spagnolo di imputazione di infrazioni e di imposizione di sanzioni nell'ambito bancario è caratterizzato da tratti quali la possibilità di infliggere contemporaneamente sanzioni penali ed amministrative, in apparente contraddizione con il principio costituzionale di "*non bis in idem*"; la responsabilità delle stesse persone giuridiche; la responsabilità cumulativa dei dirigenti accanto a quella dell'Organismo; il minor significato degli elementi soggettivi di dolo o colpa; l'imposizione di sanzioni pecuniarie e privative di diritti ai danni tanto dell'organismo come dei responsabili dello stesso (soggetti individuali); ed infine la possibilità di adottare provvedimenti cautelari di grande portata.

D'altra parte risulta ovvio che un sistema di questo genere implica la perdita dell'impatto simbolico che ha sempre l'intervento dei Tribunali penali, e della possibilità di imporre sanzioni trascendentali a livello individuale, quali le pene di privazione della libertà, salvo i casi in cui siano applicabili le figure di reato comuni.

L'applicabilità di tali figure, soprattutto nell'ambito bancario, venne difesa in modo paradigmatico per la nostra Giurisprudenza dalla importantissima -malgrado le sue notevoli imprecisioni- Sentenza della "Seconda Sala del Tribunale Supremo" del 23 giugno 1973⁶. In essa veniva denunciata l'inesistenza nel nostro Diritto di una legislazione specifica in materia ed erano sottolineati i limiti che il principio di legalità impone ad una politica criminale soddisfacente in questo ambito. La sentenza inoltre cercava di indicare le possibilità che in questo campo offrono le figure di reato quali l'appropriazione indebita, la truffa ed il falso in documenti. E così vi si affermava che, benché

"... in genere tali reati, perpetrati attraverso società anonime mercantili, siano di mero rischio o pericolo, dato che sono consumati mediante

6) (A. 2896), relatore Sig. Escudero del Corral.

azione o omissione pericolosa, senza che sia necessaria la generazione di un avvenimento o cambiamento nel mondo esterno, abbisognando per aver vita, una previa configurazione specifica e formale, che anticipi la punizione di fronte al mero pericolo astratto o concreto...”

ciò nonostante

“... se l'agente agisce con volontà fraudolenta e provoca un danno concreto, indubbiamente possono e debbono rientrare nelle figure di reato comuni, nelle diverse modalità di delitti contro la proprietà, che debbono essere inesorabilmente applicate, data la loro ampiezza materiale, ed a maggior ragione quando l'assenza di norme specifiche, in grado di sanzionare comportamenti sì riprovevoli, esige la difesa, mediante le figure vigenti, dei principi della fiducia che deve presiedere la vita socio-economica, quello dell'inalterabilità del capitale sociale, quello del patrimonio di destinazione e quello della intermediazione del credito (...)”.

Questa prospettiva, raccolta anche dalla dottrina, è senza dubbio corretta. Ma non ha ovviamente potuto evitare che, per imposizione del principio di legalità, abbiano avuto luogo assoluzioni chiaramente intollerabili da un punto di vista politico-criminale. Qui di seguito cercheremo di analizzare in modo un po' particolareggiato la situazione spagnola in materia, partendo dalle diverse ipotesi rilevabili in una prospettiva criminologica e prendendo come punto di riferimento, nella misura in cui siano a noi note, alcune delle disposizioni del Diritto italiano (*Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia - decreto legislativo 1 settembre 1993 n° 385*) e tedesco.

B. La banca come “vittima”.

a. *Illeciti commessi da soggetti esterni all'organismo.*

1. L'ipotesi più rilevante che cercheremo di trattare in questo punto è quella della cosiddetta “truffa creditizia”, consistente nell'addurre, allo scopo di ottenere o allargare un credito, dati falsi circa la situazione della propria impresa che, se nota, farebbe sì che la richiesta fosse respinta. E tutto questo, senza che vi sia intenzione di non pagare alla scadenza del credito e, quindi, senza che vi sia volontà di lucro illecito né intento doloso di infliggere un danno. Sia il Diritto penale tedesco sia quello italiano regolano, come è noto, questa modalità di illecito: il primo nel “*Kreditbetrug*” del § 265b *StGB*; il secondo, nel “Mendacio e falso interno bancario”,

dell'art.137 del "Testo unico". In entrambi i casi, benché vi siano differenze rispetto alla portata concreta di ogni singola figura, si tratta di un reato di pericolo astratto in cui non è necessario che si verifichi danno alcuno e neppure il concreto pericolo dello stesso⁷. In virtù dello stesso viene protetto non solo il patrimonio dell'istituto di credito, in modo anticipato (ed allargato) rispetto a come lo farebbe la figura comune della truffa, ma anche la stessa trasparenza e buon funzionamento generico del mercato creditizio esposti alle conseguenze diverse di un abuso creditizio di gran portata. Queste lo rende, appunto, reato economico e giustifica quindi sia l'attivazione anticipata delle barriere protettive sia l'aggravamento della pena rispetto a quella delle forme imperfette di truffa comune⁸.

Comunque ciò che va qui sottolineato è che nulla di ciò sin qui descritto è presente nel Diritto spagnolo. In esso è quindi necessario attendere il concorso degli elementi del reato comune di truffa perché sia possibile l'intervento del Diritto penale⁹. Ciò presenta diversi problemi, di indole fattuale e giuridica. Per quel che riguarda i primi abbiamo, da una parte, le logiche difficoltà probatorie che si trovano, assieme agli altri argomenti, alla base della soluzione tedesca del § 265b *StGB*. Va ricordato poi che, malgrado la grande versatilità del reato di truffa, in questi casi il processo penale giunge in genere troppo tardi e non riesce a bloccare tutti i fondi dei clienti prima che vengano dilapidati¹⁰. Per quel che riguarda i secondi, la figura di reato di truffa non raccoglie ovviamente il disvalore plurioffensivo (non solo patrimoniale ma anche economico) di tali comportamenti. E inoltre la figura del reato di truffa esige evidentemente che vi sia danno perché lo si consideri consumato. L'intervento preventivo del Diritto penale dovrebbe basarsi quindi sull'esistenza di una tentata truffa.

7) "Abstraktes Gefährungsdelikt": per tutti, SCHÖNKE- SCHRÖDER- LENCKNER, *StGBK*, 24^a ed., Monaco di Baviera 1991, § 265b, Rdn. 4.

8) Comunque va raccolta l'indicazione di ARZT- WEBER, *Strafrecht BT*, LH 4, Bielefeld 1980, p.20 Rdn. 46, sulla scarsa utilità della figura del "Kreditbetrug". Ne sarebbe causa la non disponibilità degli organismi bancari a denunciare (una denuncia senza la quale è assai difficile aprire in questo ambito un procedimento penale) perché non si è soliti accettare con facilità di essere stati vittima di un inganno e, d'altra parte non si vuol dare l'impressione ai clienti che i loro fondi siano utilizzati alla leggera. Nella stessa linea cfr. DOLCINI E. PALIERO C. E., *Problèmes...*cit., p.670.

9) Rispetto al fatto che l'introduzione delle ipotesi di ottenimento fraudolento di credito nella figura comune di truffa ne richiederebbe un adattamento, cfr., STAMPA J. M. BACIGALUPO E., *La reforma del Derecho penal económico español*, Madrid 1980, p.15.

10) BERNASCONI P., *Problemi...*cit., p.468.

A tutto questo bisogna aggiungere però che, a livello soggettivo, in genere non sarà possibile scoprire altro che l'esistenza di un "*dolus eventualis*" di danno (o addirittura una mera responsabilità colposa). Stando così le cose, in certi casi l'intervento attraverso la figura del reato di truffa esigerebbe configurare una tentata truffa con dolo eventuale. Però la punizione del tentativo di reato con dolo eventuale è, già di per sé, abbastanza discutibile in generale e non può certo costituire il fondamento dell'intervento punitivo in un reato dai mezzi determinati e con "*subjektive Unrechtselemente*" (dolo specifico) come la truffa¹¹. E poi, nei casi in cui non fosse possibile rilevare "*dolus eventualis*" di danno ma mera responsabilità colposa (in cui cioè il soggetto conta sul fatto che non vi sia danno alcuno), sarebbe impossibile applicare sanzioni: l'imprudenza infatti per essere sanzionata richiede l'imputazione di un risultato e, d'altra parte, non è possibile commettere una truffa per imprudenza. Al massimo quindi potremo ricorrere all'ultimo appiglio che in questi casi è dato dai reati di falso, possibili solo se, per ottenere il credito, siano stati falsificati documenti mercantili; ma non va dimenticato che il bene giuridico protetto in questi casi non ha nulla a che vedere con il patrimonio né con le condizioni del mercato creditizio¹². Comunque questo prova che è quanto meno avventato il parere di Bajo Fernández, allorché considera che l'istituto del dolo eventuale è tuttora in grado di comprendere le ipotesi previste dall'art.528 CP¹³. Dal canto suo la giurisprudenza spagnola non si è oc-

11) Anche se, in principio, viene ammesso il dolo eventuale nella truffa: SCHÖNKE SCRHÖDER LENCKNER, *StGBK*, 24^a ed., § 263, Rdn. 165.

12) Lo sottolinea RODRÍGUEZ MOURULLO G., *Aspectos penales...cit.*, p.285: i delitti di falso "... per la loro struttura, non permettono di cogliere l'aspetto economico del fatto che -nel migliore dei casi- verrà castigato come alterazione della pubblica fede ma non come turbativa dell'ordine economico". Questo viene dimostrato dal semplice fatto che, nel modello tedesco, viene ammesso il concorso ideale (Idealkonkurrenz) fra il § 265b ed i falsi in documenti mercantili dei §§ 267ss.

13) BAJO FERNÁNDEZ M., *Protección penal del crédito*, in *Nuevas formas de delincuencia. Poder Judicial n° especial IX*, Madrid 1988, p.179ss, p.181: "...la regolazione della truffa creditizia nel Codice penale tedesco è più uno strumento per la persecuzione di questo tipo di reato che la creazione di una nuova figura di reato. La ragione va cercata nel fatto che chi è in grado di ottenere credito altrui mediante la realizzazione di fatti delittuosi di falso in documenti, sta assumendo i rischi dell'operazione, la qual cosa significa accettare la possibilità di un eventuale insuccesso che impedisca a suo tempo la restituzione, insuccesso che normalmente viene presentato come probabile. Ebbene, l'istituto del dolo eventuale è sufficiente, a mio avviso, per qualificare l'ipotesi del reato di truffa in base alla definizione dell'art.528".

cupata, a mio avviso, di questo tema fissando una dottrina al riguardo¹⁴.

Non solo, rispetto ad eventuali truffe creditizie, il TS (Tribunale Superiore) spagnolo ha relativizzato in gran misura la tutela degli istituti bancari, mediante l'impiego di argomenti "vittimodogmatici"¹⁵. Infatti, almeno le Sentenze del Tribunale Supremo del 26 ottobre 1988¹⁶, del 13 novembre 1990¹⁷ e del 30 ottobre 1992¹⁸ hanno stabilito che non costituiscono frode sufficiente, agli effetti del reato di truffa, dichiarazioni non veraci relative a beni la cui situazione appare in registri pubblici, in particolare il Registro della Proprietà. Si esige insomma dalla banca, alla quale un soggetto richiede un mutuo allegando dati falsi circa la situazione di immobili registrati, di adottare "... la elementare precauzione di verificare se realmente tali beni appartengono al dichiarante o se gli stessi sono liberi o sottoposti a vincoli che li rendano praticamente vuoti di contenuto economico..."¹⁹.

Una soluzione, se non definitiva, almeno parziale, a questo problema politico-criminale potrà esser fornita, qualora si arrivi alla sua approvazione, dall'art.292 del Progetto CP 1994²⁰. E questo, è chiaro, solo se intendiamo il

14) Si è occupata invece di un'altra modalità di truffa creditizia, come quella costituita dalle c.d. "società di facciata". A questo riguardo la STS del 17 marzo 1979 afferma: "Fra i 'reati finanziari' del nostro tempo spicca la costituzione delle c.d. 'società di facciata', vuote di contenuto e volte ad occultare la reale attività commerciale a cui si dedicano o ad eludere l'adempimento dei debiti personali o dei loro componenti o di un'altra società che riceve i benefici dell'apparente impresa con relativo pregiudizio per i terzi che contrattano credendo nella solvenza propria di qualsiasi società regolarmente costituita, comportamenti questi che, data l'ambiguità di tali società, anche se formalmente esistenti, possono rientrare nell'apparenza di solvenza(...), 'inganno' che, senza dubbio, muove la volontà di terzi privarsi così di beni o prestazioni ("atto dispositivo") che beneficano persone o società altre da quella con cui avevano stipulato l'accordo ("volontà di lucro illecito") con relativo 'danno' per essi al vedersi privi della garanzia patrimoniale che offriva la impresa debitrice; concorso di requisiti che, come è noto, configura il reato di truffa".

15) Sull'argomento cfr. SILVA SÁNCHEZ J. M., *Considerazioni vittimologiche nella teoria del reato? Introduzione al dibattito sulla Vittimodogmatica*. in *Archivio penale*, Anno XL n°17, ott.-dic. 1988, p.663ss.

16) (A. 8397), relatore Sig. Moyna Ménguez.

17) (Rep. La Legge 11.373), relatore Sig. Martin Pallín.

18) (A. 8615), relatore Sig. García Miguel.

19) Anche su questo cfr. BAJO FERNÁNDEZ M.- PÉREZ MANZANO M., *Manual...cit.*, p.305.

20) "Gli amministratori, di fatto o di diritto, di una società mercantile che abbiano falsificato i conti annuali o altri documenti che debbano riflettere la situazione giuridica o economica dell'organismo, allo scopo di infliggere un danno economico allo stesso, a qualcuno dei suoi soci, o ad un terzo, verranno castigati con pene detentive da uno a tre anni e multa da sei a dodici mesi".

“danno economico a terzi” in un senso ampio, che preveda i casi di concessione di un credito in condizioni a rischio. Se così non fosse, nel caso che qui trattiamo, il precetto non rappresenterebbe nessun progresso rispetto alla figura comune di truffa. D'altra parte, il fatto che tale interpretazione del termine “danno” possa incorrere in analogia proibita fa sì che meriti una opinione più favorevole l'art.365 del vecchio progetto CP del 1980²¹, ormai a quanto pare dimenticato.

2. Una seconda situazione in virtù della quale una banca può essere vittima di atti commessi da terzi è quella che il legislatore italiano ha descritto nella figura dell'*aggiotaggio bancario* (art.138 del Testo unico). Neppure in questo campo esiste nel nostro paese una figura simile, anche se in questo caso potrebbe risultare applicabile quella di cui all'art.540 CP (macchinazioni volte ad alterare il prezzo delle cose)²². Però, mentre le macchinazioni si limitano ai comportamenti che attentano contro i prezzi che dovrebbero essere risultato della “libera concorrenza”, l'*aggiotaggio bancario*, così come il suo oggetto di riferimento, l'art.501 del Codice penale italiano, rivela una portata assai più vasta dato che si occupa di notizie false, esagerate o tendenziose il cui scopo è la perturbazione dei mercati finanziari ed i cui effetti non ricadono necessariamente sui prezzi. Stando così le cose, ipotesi che possono rientrare nella definizione di aggiotaggio, quali ad esempio la diffusione di notizie sulla riduzione di solvenza di una banca, con il conseguente panico e fuga dei depositanti, non sarebbero punibili nel nostro sistema, salvo nei casi in cui fra le conseguenze vi fosse una diminuzione del prezzo di quotazione delle azioni dell'organismo corrispondente. Invece il delitto di macchinazione sarebbe, senza dubbio al-

21) “Coloro che, allo scopo di rivalutare o deprezzare le azioni o partecipazioni sociali, drenare nuovi apporti di capitali, ottenere crediti o consolidare quelli già ottenuti rendano pubblici dati falsi relativi alla situazione reale di una società o alle persone dei suoi amministratori, saranno puniti con pena di carcere da sei mesi a due anni o multa da sei a ventiquattro mesi”.

22) Vi si stabilisce che “saranno puniti con pena di arresto (da sei mesi ed un giorno a sei anni di carcere) e multa da 100.000 a 5.000.000 di pesete coloro che mediante propalazione di notizie false o tendenziose, o esercitando violenza, minaccia o inganno, o ricorrendo a qualsiasi altra macchinazione, cercassero di alterare i prezzi che dovrebbero risultare dalla libera concorrenza di prodotti, merci, monete, titoli o valori, o di qualsiasi altra cosa, mobile o immobile, che sia oggetto di contrattazione”.

cuno, applicabile a tutti gli altri casi di alterazione.

Dal canto suo neppure il Progetto CP 1994 offre miglioramenti sostanziali in questo senso. Il suo art.280 ad esempio mantiene gli stessi termini del vigente art.540. Molto più utile, agli effetti che qui interessano, era l'art.300 del Progetto CP 1992²³.

b. Illeciti perpetrati da soggetti appartenenti all'organismo stesso.

Qualcosa di simile a ciò che abbiamo appena descritto accade nei casi di comportamenti sleali che si traducono in concessioni abusive di mutui da parte di amministratori o dirigenti degli istituti di credito, sia a essi stessi, o a persone loro direttamente o indirettamente legate (in virtù del cosiddetto "autoprestito" o "insider borrowing"), sia a terzi, in affari che meritino la qualifica di "negozi a rischio" a causa del loro carattere nocivo per gli interessi dell'istituto.

L'abuso di credito bancario mediante concessione di mutui a condizioni pregiudizievoli per l'organismo non ha riscontro in nessuna figura di reato all'interno del nostro sistema, e lo stesso accade per tutti gli altri comportamenti sleali, non solo nell'intermediazione finanziaria ma anche, in genere, nell'amministrazione di patrimoni altrui²⁴. Nel nostro ordinamento giuridico-penale non c'è una figura comparabile alla "Untreue" tedesca del § 266 *StGB*, così come non vi sono reati societari come quelli previsti dalla legislazione francese e italiana: vedasi ciò che prescrivono l'art.135 (*reati societari*), l'art.136 (*obbligazioni degli esponenti bancari*) e l'art.137, 2 (*falso interno* relativo alla perpetrazione di un *mendacio bancario*) del *Testo unico*. La sola possibilità cui ricorrere, nel nostro sistema vigente, è l'applicazione dell'art.535 CP, che regola il reato di appropriazione indebita; ma vanno sottolineati gli insormontabili ostacoli relativi al principio di legalità con cui si scontrerebbe una interpretazione del suddetto articolo che volesse portare ad un intervento in tali aspetti. Infatti, se è pur

23) Coloro che, allo scopo di infliggere un danno alla società, a soci della stessa, o ad un terzo, rendano pubblici dati falsi relativi alla situazione di una compagnia mercantile, o che fingano di avere in essa una partecipazione diversa da quella reale, saranno passibili di pene detentive da sei mesi a quattro anni, e di multe da sei a dodici mesi".

24) Per la denuncia della mancanza di questa figura, e delle assoluzioni ingiustificate cui può dar luogo, cfr. BAJO FERNÁNDEZ M.-PÉREZ MANZANO M., *Manual...cit.*, pp.404-405.

vero che il reato di appropriazione indebita è stato oggetto di una esauriente opera di interpretazione da parte della Giurisprudenza, in virtù della quale tale figura comprende i casi di “assunzione di facoltà di disporre che sono di competenza esclusiva del proprietario”, anche in assenza di appropriazione, non è invece possibile farvi rientrare ipotesi come quelle in oggetto. In modo che cercare di assimilare la figura centrale di queste situazioni, il cosiddetto “negozio a rischio”, ad una appropriazione indebita è un tentativo destinato a sicuro insuccesso.

Nel negozio a rischio non ha luogo l’appropriazione di beni che in precedenza erano posseduti in modo lecito (non si agisce al di fuori dell’ambito della competenza a disporre), ma si compromette piuttosto il credito della società in operazioni in cui il rischio di un risultato pregiudizievole è di un livello tale da renderlo intollerabile dal punto di vista degli interessi dell’organismo. Oggigiorno insomma, questi casi assumerebbero rilevanza penale nel nostro sistema solo a causa di eventuali falsi in documenti mercantili che potrebbero venire commessi per celare la slealtà.

E’ forse in questa categoria di infrazioni che il Progetto CP 1994 introduce una delle modifiche più significative rispetto al sistema in vigore. Infatti, all’interno del capitolo intitolato “Dei reati societari” vengono previste sia la “slealtà” degli amministratori societari (art. 296)²⁵, sia la stipulazione di accordi abusivi (art. 293)²⁶, accanto ad altri fatti che risultano tipici come causa di pregiudizio ai soci nei loro diritti sociali (art. 294-295). Stando così le cose, è chiaro che in Spagna, come negli altri paesi, il problema centrale derivante dall’applicazione delle suddette figure sarebbe quello di determinare la linea di confine della slealtà o del carattere abusivo di una decisione, soprattutto quando risulta che la realizzazione di operazioni relativamente rischiose è, in certo qual modo, consustanziale all’attività imprenditoriale²⁷.

25) “Gli amministratori di fatto e di diritto di una società mercantile che, mediante abuso di fiducia, infliggano un danno alla società o a qualcuno dei soci, a suo profitto, di qualche socio o di un terzo, saranno passibili della pena di prigione da sei mesi a quattro anni, o multa da dodici a ventiquattro mesi”.

26) “Coloro che avvalendosi della loro posizione di maggioranza in una compagnia, abbiano imposto accordi abusivi, allo scopo di ricavarne un lucro ai danni degli altri soci, e senza che vi siano benefici per la stessa, saranno passibili di pene detentive da sei mesi a tre anni o di multe da dodici a ventiquattro mesi”.

27) In ogni caso, da un punto di vista puramente economico, ha indicato ARASA C., *Sobre las posibles*, p. 653 che “livelli di autoprestito superiori al 25% delle riserve dovrebbero già essere considerati pericolosi (...) essendo preferibili livelli che non superino il 10 o il 15% di tali riserve”.

Elementi da tenere presenti quando si tratta di determinare tale frontiera sarebbero sia il grado di rischio inerente all'affare, sia gli interessi richiesti o lo stesso ammontare dell'operazione (o della somma delle stesse). Si tratta della delimitazione dogmatica del complesso concetto di "negozio a rischio" (*Risikogeschaft*) su cui molto è stato scritto nella dottrina tedesca della "*Untreue*"²⁸.

C. La banca come causante.

Il Diritto penale bancario non ha come unico oggetto i fatti di cui la banca può essere vittima. Un secondo capitolo dello stesso riguarda infatti gli illeciti in cui la banca in quanto organismo può apparire come responsabile. Qui occorre distinguere fra le defraudazioni ai danni del pubblico in genere, l'esercizio abusivo dell'attività bancaria, la lesione delle garanzie di solvenza e, infine, altri aspetti.

a. Defraudazioni ai danni del pubblico in genere.

Questa modalità di illecito non presenta particolari problemi aggiuntivi rispetto a quelli già commentati a proposito della truffa creditizia. Se al momento di offrire i propri servizi ai risparmiatori, l'organismo ricorre ad affermazioni ingannevoli che inducono in errore e provocano un atto di disposizione da parte di essi risparmiatori (consistente nell'eseguire atti di deposito o altri di investimento dei propri risparmi), ci troviamo di fronte alla figura comune di truffa. Dal punto di vista del Progetto di CP del 1994 potremmo aggiungervi anche l'eventuale descrizione del fatto, con la conseguente attivazione anticipata delle barriere di tutela, come reato pubblicitario di cui all'art.278²⁹.

Oltre a questi comportamenti, e sempre nel quadro dei fatti che, compiuti dall'organismo bancario, possono apparire come defraudanti nei confronti del pubblico in genere, possono essere prese in considerazione le

28) Cfr. l'articolata esposizione del problema in MÜLLER- GUGENBERGER (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht*, Münster 1992, § 54, Rdn. p.1-165ss.

29) "Saranno passibili di pena di carcere da sei mesi ad un anno o di multa da sei a diciotto mesi i fabbricanti o commercianti che, nelle loro offerte o pubblicità di prodotti o servizi, presentino allegati falsi o palesino caratteristiche incerte sugli stessi, in modo da pregiudicare in gran misura i consumatori, senza pregiudizio della pena applicabile per la commissione di altri delitti".

seguenti possibilità:

1) da una parte la truffa nel drenaggio dei capitali in cui le banche, come organismi mercantili, possano risultare coinvolte. Ebbene, nel nostro sistema non vi è nessuna figura simile a quella del "Kapitalanlagebetrug" (§ 264a StGB) e non sembra nemmeno che l'art.292 del Progetto CP del 1994, già citato, possa essere adattato adeguatamente a questa situazione³⁰. A quanto pare quindi la soluzione in questi casi dovrà passare, di nuovo, attraverso l'impiego, nella misura in cui sia accettato, della struttura dogmatica della tentata truffa con dolo eventuale, purché questa si adatti per il resto alle circostanze di fatto del caso;

2) d'altro canto la truffa comune può aver luogo se, nel processo di una importante truffa creditizia di cui la banca è vittima giungendo per tal causa ad una situazione vicina all'insolvenza, non ricevendo il pagamento di un credito ingente e sproporzionato, essa banca continua ad accettare versamenti da parte di nuovi depositanti³¹. Il nostro sistema è ancora una volta privo di risposta specifica a tale situazione e si renderebbe quindi di nuovo necessario ricorrere alla struttura della tentata truffa con dolo eventuale, con l'elemento aggiuntivo, nel caso specifico, che la frode avviene sulla base di una omissione o, meglio ancora, sulla base della nozione di silenzio come atto concludente (apparenza di solvenza se non viene detto il contrario)³²;

3) in terzo luogo, le eventuali macchinazioni volte ad alterare il prezzo delle cose, che prima abbiamo osservato dal punto di vista della banca come vittima di terzi (ed anche, ovviamente, di altre banche) e che adesso possiamo analizzare come comportamenti attribuibili alla banca. In questo caso rimandiamo a quanto abbiamo detto in precedenza aggiungendo soltanto che le operazioni di autocommessa, così frequenti nella nostra realtà economica, possono configurare a nostro avviso, se superano certi livelli, il reato di truffa (nel drenaggio di capitali) o di macchinazione volta

30) Più adeguata era lo spirito dell'art.365 del Progetto del 1980, già citato, che menzionava esplicitamente la volontà di drenare nuovi apporti di capitale, o addirittura dell'art.366 dello stesso Progetto del 1980. Quest'ultimo indicava che "coloro che, a danno di altri o con volontà di danneggiarli, fingano di avere sborsato il capitale sociale sottoscritto mediante versamenti fittizi o simulazione o inflazione di contributi in merci, saranno passibili di pena detentiva da sei mesi a due anni e di multa da sei a ventiquattro mesi":

31) BERNASCONI P., *Problemi...cit.*, p.464.

32) Cfr. MÜLLER-GUGENBERGER, *Wirtschaftsstrafrecht*, § 54, Rdn. p.165ss.

ad alterare il prezzo delle cose, nella misura in cui possono significare una alterazione rilevante nelle quotazioni delle azioni dell'organismo stesso³³;

4) in quarto luogo va ovviamente preso in considerazione il concorso di situazioni di usura (art. 542-546 CP spagnolo). In pratica questo reato, il cui fondamento è l'esigenza di un interesse notevolmente superiore a quello ordinario del denaro, è stato applicato soprattutto ai prestiti a usura camuffati sotto altre forme contrattuali e, comunque, assai di rado. Ciò rendeva assolutamente necessaria una riforma della materia. Però, a parer mio, non solo non vi è stata la necessaria riforma ma addirittura il reato, che nel Progetto CP 1992 appariva sotto il titolo "Dei prestiti e negozi abusivi", con qualche modifica a mio avviso rilevante, non si trova nel Progetto CP del 1994³⁴.

b. Esercizio abusivo di attività bancaria o abuso della denominazione di banca.

Nei paesi della nostra sfera culturale si è soliti partire dall'asserto che l'esercizio della intermediazione finanziaria è riservato esclusivamente a banche e ad altri istituti di credito in regime di monopolio. Questo ha portato a descrivere assai sovente come infrazioni penali i fatti di esercizio abusivo di tale attività o gli abusi nella denominazione di "istituti di credito"³⁵. Un esempio di tale modello è dato dagli articoli 130-133 del Testo unico italiano.

Il sistema spagnolo dal canto suo non ha imboccato una strada simile. E bisogna quindi ricorrere alla Legge (amministrativa) 26/1988 per trovarvi, all'art.28.1., un divieto equiparabile:

"Nessuna persona fisica o giuridica, di cittadinanza spagnola o straniera, potrà, senza prima avere ottenuto la precettiva autorizzazione ed essere iscritta nei relativi registri, esercitare sul territorio spagnolo le attività legalmente riservate agli istituti di credito o utilizzare le denominazioni generiche che ad essi son proprie o altre che possano indurre a confusione".

33) Nel caso in cui accettassimo questa posizione si porrebbe l'interrogativo, a mia conoscenza non abordato nella nostra dottrina, circa la natura del rapporto di concorso che può intercorrere fra la truffa nel drenaggio di capitali e le macchinazioni volte ad alterare il prezzo delle cose (in questo caso, le azioni corrispondenti).

34) A questo proposito cfr. nel diritto comparato DOLCINI E.-PALIERO C. E., *Problèmes...cit.*, p.668s.

35) DOLCINI E.- PALIERO C. E., *Problèmes...cit.*, p.654ss.

La dottrina ha fissato il fondamento del divieto nella necessità di proteggere, da una parte, gli istituti registrati, e dall'altra, il pubblico in genere da quanti poco scrupolosamente offrono servizi bancari senza le garanzie di dovere e, infine, per proteggere il sistema nel suo complesso³⁶.

Va ricordato però che la sola sanzione che può ricadere sulle cosiddette "banche di fatto" è, al massimo, una multa di cinque milioni di pesete. E' pur vero che, nel caso in cui l'intimazione a cessare immediatamente l'impiego delle denominazioni o la realizzazione delle attività non venga rispettata, la suddetta multa potrà essere rafforzata da "multe coercitive" il cui ammontare massimo è di dieci milioni e che debbono essere inflitte di nuovo ad ogni ulteriore intimazione. Questa situazione è comunque stata oggetto di un giudizio negativo da parte della dottrina³⁷, che mette in guardia contro la probabile insufficienza di questi meccanismi, soprattutto a causa della importanza delle multe, assai ridotta se comparata con gli eventuali profitti ricavati dalle operazioni irregolari che siano state effettuate.

E così, dato che in questo caso non è possibile ovviamente parlare di revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria -senza dubbio la sanzione più grave concepibile in questa materia- subentra la necessità di introdurre sanzioni di inabilitazione dei dirigenti, di scioglimento dell'organismo, di chiusura dei suoi locali ed addirittura previsioni circa la nullità di atti e negozi giuridici realizzati o sulla responsabilità patrimoniale diretta degli amministratori³⁸.

Comunque, lo spirito della citata legge ispira l'art.28.3 nel quale viene ricordato che "quanto disposto in questo articolo va inteso senza esclusione di altre responsabilità, anche di natura penale, che possano risultare esigibili". D'altra parte vi sono dubbi circa la natura di tali responsabilità penali: vi possono essere, è vero, gli eventuali falsi in documenti mercantili o anche truffe o reati di usura, ma nessuno di essi -ad eccezione forse del primo- è direttamente legato alle attività di una banca di fatto e, comunque, non affronta in modo specifico la pericolosità tipica di questa forma di

36) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T. R., in Fernández Rodríguez T. R. (Ed.), *Comentarios a la Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito*, 2ª ed., Madrid 1991, p.113.

37) Giudizio che deve essere condiviso alla luce del Diritto comparato in cui, come è stato già detto, si trovano usualmente infrazioni penali passibili di pene detentive che sanzionano a volte persino fatti meramente negligenti. Cfr. DOLCINI E.- PALIERO C. E., *Problèmes...cit.*, p.658-659.

38) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T. R. *Ibidem*, pp.114-115.

drenaggio del risparmio e, in alcuni casi, di esercizio del credito.

c. *Violazione delle garanzie di solvenza.*

Uno dei principali aspetti³⁹ della Legge 26/1988 è quello che fa riferimento all'inadempimento, da parte dell'istituto di credito, delle misure cautelari fissate amministrativamente per garantire la solvenza e, in ultima analisi, la salvaguardia degli interessi dei risparmiatori e del sistema in genere. Tale inadempimento si traduce innanzitutto nelle infrazioni, qualificate come "gravissime", b) e c) dell'art.4 della citata Legge, consistenti nel mantenimento durante un periodo di sei mesi di risorse inferiori a quelle necessarie al rilascio dell'autorizzazione corrispondente al tipo di istituto di credito in oggetto, e in una copertura insufficiente del coefficiente di riserva⁴⁰. Come si vede, si tratta di comportamenti non direttamente lesivi e, in un certo senso, costitutivi di infrazioni meramente formali che, al massimo, potremmo ricondurre a illeciti a pericolo astratto.

Per tali infrazioni "gravissime" in principio l'istituto di credito subisce l'imposizione di una sanzione consistente in una multa il cui ammontare può raggiungere l'1% delle sue riserve o i 5 milioni se tale percentuale fosse inferiore a questa cifra. Inoltre può essere dettata, in alternativa, la revoca dell'autorizzazione concessa all'organismo in questione (art. 9)⁴¹. Riferimento comparato.

d. *Operazioni non autorizzate ed infrazioni ai doveri di informazione e collaborazione.*

Questo è l'altro aspetto fondamentale della Legge, nella misura in cui i comportamenti succintamente descritti configurano, assieme a quelli

39) Deducibile dalla sua "Esposizione di motivi", per cui la legge "...si articola in una serie di norme tendenti a fornire all'autorità di controllo una informazione completa sulla situazione ed evoluzione dell'organismo finanziario, ed in un altro gruppo di norme tendenti a limitare o vietare quelle pratiche o operazioni che aumentino i rischi di solvenza o di liquidità insufficienti, ed a rafforzare le proprie riserve con cui poter eventualmente fronteggiare tali rischi evitando così pregiudizi ai depositanti".

40) Ed a cui andrebbero rapportate altre infrazioni, semplicemente "gravi", nell'art.5 della Legge.

41) Se l'infrazione è meramente "grave", ai sensi dell'art.5, l'art.10 dispone altre sanzioni: ammonimento pubblico, costituzione di depositi di compensazione non remunerati, o multa che può giungere al 0,5% delle riserve (o 2,5 milioni di pesete), in alternativa.

contenuti nel precedente paragrafo, il complesso di infrazioni “gravissime” dell’art.4. La dottrina afferma che qui si tratta di proteggere il bene giuridico rappresentato dalla chiarezza e trasparenza nei rapporti fra i membri della comunità bancaria⁴² e fra essi e l’autorità di controllo.

Alla messa in atto di comportamenti proibiti o non autorizzati si riferiscono i commi a), d) ed e) dell’art.4, con i loro equivalenti meramente “gravi” nell’art.5. Dal canto loro, i commi f), g), h) ed i) prevedono infrazioni “gravissime” rispetto ai doveri di trasparenza ed informazione. Non si tratta qui come è ovvio degli obblighi di informazione che sono comuni alle società mercantili nei riguardi di soci e di terzi⁴³, ma di quelli esistenti nei confronti dell’apposito organismo centrale di controllo in materia di credito. Su questo punto il Diritto comparato oscilla fra le sanzioni amministrative (p.es. Germania) e quelle penali (Francia, Italia)⁴⁴.

Nel *Testo unico* troviamo così, rispetto a questo punto, l’art.134, che comprende sia le informazioni false e l’occultamento di dati (art.134. 1.) sia gli atti volti ad ostacolare interventi di ispezione (art. 134. 2). In entrambi casi si tratta di pene detentive (fino a 5 anni nel primo caso, 1 anno nel secondo) e di ammende (fino a 20 o 100 milioni di lire, rispettivamente). Il testo spagnolo, con le sanzioni dell’art.9 di cui abbiamo già detto, comprende sia la mancata presentazione della relazione d’uopo (i) o la non veracità della stessa, sia il rifiuto o resistenza opposti all’intervento di ispezione (h), sia, infine, la tenuta di una contabilità irregolare (f) o la non realizzazione annuale di un *auditing* (g). Come si può vedere, la barriera della infrazione “gravissima” sorge in modo anticipato in questi due ultimi paragrafi.

e. Altri aspetti.

Un tema trascendentale è quello degli articoli 139-140 del *Testo unico*, relativo ai doveri, sanzionati penalmente, di comunicare il livello di partecipazione posseduto presso gli istituti di credito, quando esso supera

42) SUAY RINCÓN J., in Fernández Rodríguez T. R., *Comentarios...cit.*, p.44.

43) Cui fa riferimento la Legge 26/1988, nel suo art.4 j), a vantaggio dei soci, depositanti, creditori e pubblico in genere. Ma che di solito rientrano anche, inoltre, fra i reati societari. Vengono così citati nel Progetto CP 1994, art.295, anche se in riferimento solo ai soci come “soggetti passivi”.

44) Cfr. DOLCINI E. PALIERO C. E., *Problèmes...cit.* pp.662ss.

una certa percentuale, o quello degli articoli 141-142, con altre infrazioni per omissioni di informazione o dichiarazione. Di nuovo qui vanno constatate differenze sostanziali, dato che il sistema spagnolo rinuncia ad un intervento penale in tali questioni, che fa rientrare invece, per quel che riguarda la prima, nelle disposizioni aggiuntive 2^a e 3^a della Legge 26/1988. I contrasti relativi al regime di sanzioni avvengono qui in modo sostanzialmente simile a quello già rilevato in precedenti punti.

D. Caratteristiche generiche del Diritto bancario sanzionatore in Spagna. Conclusioni.

a. Bilancio e principi generali della Legge amministrativa 26/1988.

Si può dire, in modo assai succinto, che il tratto più caratteristico del nostro sistema è quindi l'assenza di Diritto penale specifico dell'attività bancaria. Per quel che riguarda i fatti di cui la banca è vittima tale mancanza provoca la necessità di ricorrere alle figure del Diritto penale comune, con una forte insoddisfazione delle esigenze politico-criminali, risolta solo in piccola parte con il Progetto di CP del 1994. Per quel che riguarda i fatti invece di cui è causante la banca, va detto a chiare lettere che il ruolo di primo piano spetta all'ordinamento amministrativo sanzionatore attraverso le disposizioni contenute nella Legge 26/1988. Ciò nonostante la stessa Legge dispone la possibilità di sommare alle infrazioni amministrative anche illeciti penali comuni, in modo tale che è possibile una accumulazione delle sanzioni.

Il sistema risultante è di grande rilevanza essendo basato sui seguenti principi:

- Possibilità di imposizione cumulativa di sanzioni penali ed amministrative. L'art.2 della Legge stabilisce infatti che l'"esercizio della potestà di sanzione cui fa riferimento la presente Legge sarà indipendente dall'eventuale concorso di reati o colpe di natura penale"⁴⁵. La possibilità

45) Aggiungendo però: "Nonostante questo, allorchè abbia corso un processo penale per gli stessi fatti o per altri la cui separazione da quelli punibili ai sensi di questa Legge sia razionalmente impossibile, la procedura verrà sospesa rispetto agli stessi fino a quando non vi sia una sentenza in giudicato da parte dell'autorità giudiziaria. Ripreso l'iter, la risoluzione che venga dettata dovrà rispettare la considerazione dei fatti contenuta in tale sentenza".

di imporre al tempo stesso sanzioni penali ed amministrative senza vulnerare il principio costituzionale del *non bis in idem* -fondamentale nell'articolazione di entrambi i sistemi di sanzioni- si basa secondo i commentatori della Legge sul fatto che l'ordinamento della intermediazione finanziaria costituisce un ambito di rapporti speciali (di autotutela)⁴⁶. Dove non vi sarebbe insomma la coincidenza fra soggetto, fatto e *fundamento* nei campi penale ed amministrativo su cui si basa l'applicazione del suddetto principio, dato che le eventuali sanzioni penali risponderebbe a fini di tutela diversi da quelli propri delle sanzioni amministrative della Legge 26/1988. La stessa cosa⁴⁷ è stata ammessa dal Tribunale Costituzionale spagnolo a proposito della compatibilità delle sanzioni penali e di quelle amministrative-disciplinari.

La soluzione potrebbe essere corretta anche nel caso in cui, in futuro, si giungesse a descrivere penalmente, in modo specifico, fatti illeciti perpetrati da banche ai danni di terzi, infatti, nella misura in cui le figure penali risultanti fossero di *lesione* o di *pericolo concreto*, se le infrazioni amministrative rimanessero al livello di *pericolo astratto*, si dovrebbe parlare di un *concorso (ideale) di illeciti* (e non meramente di norme), per cui bisognerebbe -salvo disposizioni speciali in altro senso- imporre entrambi i tipi di sanzione.

- La responsabilità delle *persone giuridiche* (istituti di credito). Infatti, come prevede l'art.9 della Legge 26/1988, il destinatario centrale delle sanzioni che essa impone è "l'istituto di credito causante l'infrazione". E questo, diversamente da quanto accade nel Diritto penale, non pone nessun problema alla dottrina né alla Giurisprudenza in materia di Diritto amministrativo sanzionatore⁴⁸, e questo malgrado che alcuni autori -penalisti- affermino che anche in esso, come Diritto sanzionatore, ed in virtù della vigenza necessaria del principio di colpevolezza, le sanzioni dovrebbero ricadere solo sulle persone fisiche⁴⁹.

46) Cfr. SUAY RINCÓN J., in Fernández Rodríguez T. R., *Comentarios...cit.*, pp. 37-39, dove si insiste però sulla necessità di esaminare caso per caso la relativa infrazione.

47) Vedasi anche l'art.96 della Legge 24/1988, del 28 luglio, regolatrice del Mercato Valori.

48) Cfr. SUAY RINCÓN J., in Fernández Rodríguez T. R., *Comentarios...cit.* pp.59-61. V. anche la Sentenza del Tribunale Costituzionale (STC) 1ª 246/1991, del 19 dicembre, relatore Tomás y Valiente.

49) GRACIA MARTÍN L., *La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas*, in *Actualidad Penal*, 39-1993, pp.583ss.-589ss.

- La *responsabilità congiunta* degli istituti di credito e dei loro amministratori. In precedenza si è detto che la responsabilità ricade principalmente sulla persona giuridica. Orbene, l'idea della centralità della responsabilità degli istituti di credito non costituisce impedimento -ai sensi della legge- allo stabilimento simultaneo di sanzioni, in virtù dell'art.12 contro coloro "che nell'esercizio di funzioni amministrative o di direzione all'interno dello stesso siano responsabili dell'infrazione ai sensi dell'art.15". Ed infatti l'art.15 dispone quanto segue:

"1. Il titolare di funzioni amministrative o di direzione all'interno dell'istituto di credito sarà responsabile delle infrazioni gravissime o gravi quando esse siano imputabili ad un suo comportamento doloso o negligente.

2. Malgrado la disposizione del punto precedente, verranno considerati responsabili delle infrazioni gravissime o gravi commesse dagli istituti di credito i loro amministratori o membri dei loro organi collegiali di amministrazione, salvo nei seguenti casi:

a) Quando chi faccia parte di organi collegiali non abbia assistito per causa giustificata alle riunioni corrispondenti o abbia votato contro o si sia astenuto su decisioni o accordi che avrebbero dato luogo alle infrazioni.

b) Quando le suddette infrazioni siano imputabili esclusivamente a commissioni esecutive, consiglieri delegati, direttori generali o organi simili o ad altri funzionari dell'istituto"⁵⁰.

Le sanzioni che, in base all'art.12, possono venire imposte a tali soggetti sono quelle di 10 milioni al massimo di ammenda, sospensione dall'esercizio della carica per un massimo di tre anni, allontanamento dalla carica con inabilitazione per il suo esercizio all'interno dello stesso istituto per un periodo massimo di cinque anni, o di dieci in qualsiasi altro istituto. Tutte esse applicabili in alternativa eccetto l'ammenda che è compatibile con le sanzioni di inabilitazione.

La somma di queste sanzioni e di quelle che ricadono sugli istituti di credito produce un effetto di enorme potere deterrente, anche se può essere allegato un certo attacco a principi di proporzionalità e di personali-

50) Circa la interpretazione di questo articolo, che presenta qualche problema, cfr. SUAY RINCÓN J., in Fernández Rodríguez,T.R., *Comentarios...cit.* pp.72-74.

tà (ed anche, di nuovo, l'apparizione di addirittura tre sanzioni) -se contiamo anche una eventuale sanzione penale- per la perpetrazione di un solo fatto, dato che un dirigente potrebbe subire sanzione penale ed amministrativa personale ed inoltre la quota parte della sanzione imposta all'istituto. Cercare di giustificare questa situazione adducendo che la doppia sanzione sarà applicabile solo nei casi in cui sia l'istituto, sia la persona fisica siano venuti meno al loro dovere è abbastanza eufemistico dato che la unica possibilità che ha l'organismo di venir meno al proprio dovere⁵¹ è, appunto, il comportamento contrario al dovere dei suoi dirigenti o amministratori.

- L'ammissione di criteri di una *relativa responsabilità obiettiva* nell'imposizione di sanzioni. Da quanto precede è possibile dedurre che la responsabilità soggettiva nel quadro della Legge 26/1988 non si limita alle forme dolose, ma che vi rientra perfettamente l'esecuzione imprudente⁵² (art.15, 1.) e certe clausole ammettono persino una interpretazione in chiave obiettivistica (art.15, 2). Inoltre, nelle norme di definizione delle sanzioni dell'art.14 non si riscontra l'obbligo di distinguere i fatti dolosi da quelli frutto di imprudenza, apparendo questo semplicemente come un criterio generico (il grado di responsabilità nei fatti dell'interessato), che deve avere una limitata incidenza.

- A tutto questo si aggiunge il ruolo prioritario dell'attività *preventiva (di controllo)* da parte dell'Amministrazione bancaria, impersonata dal Banco de España, con le sue possibilità di intervento (art.3, 1. e seguenti della Legge 26/1988). Ed anche la possibilità di adottare, all'incoare il processo amministrativo o nel corso del suo *iter, provvedimenti cautelari*, come la sospensione provvisoria di amministratori o dirigenti ai sensi dell'art.24 della Legge.

51) SUAY RINCÓN J., *Ibidem*, pp.65-66.

52) Possibilità di esecuzione per imprudenza che i commentatori della Legge (cfr. SUAY RINCÓN J. *Ibidem*, p.74) cercano di giustificare non rispetto alla regola di esecuzione dolosa che sarebbe a noi familiare, bensì rispetto alla responsabilità pienamente oggettiva in questi termini: "... non bisogna scandalizzarsi e temere per l'efficacia del sistema. Essa risulta intatta se si tiene presente che l'imprudenza come causa necessaria per l'insorgere di responsabilità può e deve essere interpretata nell'ambito del credito con particolare rigore. Coloro che si dedicano a tale attività sono, in fin dei conti, depositari di beni altrui e su di essi grava un particolarmente intenso dovere di custodia".

b. Considerazioni.

La descrizione delle infrazioni specifiche e dei principi generali della Legge 26/1988 potrebbe essere ovviamente più particolareggiata.

D'altra parte quanto sinora esposto sembra sufficiente per consentire la formulazione di un giudizio sul sistema sanzionatore spagnolo in materia bancaria. Alla luce di quanto abbiamo visto si tratta infatti di chiederci se l'esistenza di un Diritto penale bancario specifico potrebbe aggiungere qualcosa ad un sistema come quello configurato. A mio avviso, occorre adottare a tale riguardo un doppio punto di vista a seconda della personalità del causante: da una parte gli atti in cui la banca è vittima e dall'altra quelli in cui la banca è causante. Rispetto ai primi, come si è già detto, credo che si possa affermare che è necessario introdurre nel nostro sistema reati come la truffa creditizia, la slealtà o addirittura una configurazione più vasta del reato di macchinazione volta ad alterare il prezzo delle cose. Invece, nell'ambito dei fatti in cui la banca è causante, sorge e deve sorgere il dubbio fondato⁵³ circa la sufficienza o meno del sistema di tutela amministrativa attuale, combinato con le norme di Diritto penale comune. In altre parole è opportuno chiedersi se un Diritto penale in senso stretto aggiungerebbe non solo la connotazione *simbolica* che caratterizza sempre l'intervento del Diritto penale in qualsiasi settore, ma anche effetti *strumentali* percettibili⁵⁴.

Previamente si potrebbe porre un interrogativo articolato in due

53) Fondata anche perchè, fra l'altro, autori di prestigio come DOLCINI E. PALIERO C.E., *Problèmes...cit.*, p.674, indicano che è nota la mancanza generale di efficacia del Diritto penale della banca e del credito.

54) Va comunque ricordato che il semplice fatto di ricorrere al Diritto penale, anche se in termini puramente simbolici (quando esso non è cioè veramente in grado di garantire maggiore efficacia della tutela extrapenale) ha, paradossalmente, effetti strumentali a livello sociale mass-mediatico. Da una parte perchè la semplice associazione del Diritto penale ad un determinato bene giuridico rinforza il valore di tale bene (circostanza logica dato che è opinione generale che il Diritto penale, come ultima ratio, protegge solo i beni più importanti). D'altra parte perchè vi sono meccanismi sociali (irrazionali) che associano ancora il Diritto penale a ciò che è più grave, in termini stigmatizzanti, circostanza che fa sì che esso abbia un effetto deterrente anche nei casi in cui le sue sanzioni concrete non giustificano il suddetto effetto. Questo risulta assai evidente dalla comparazione fra gli effetti devastanti che ha nell'opinione pubblica il sottoporre il soggetto ad un processo penale e le reazioni neutre (e neutralizzabili) che si hanno nei casi in cui viene istruito un procedimento sanzionatore amministrativo.

punti. Da una parte, se l'attribuzione di potestà penalizzante all'Amministrazione è compatibile con le garanzie dello Stato di Diritto. Un tema che, da sempre oggetto di forti dibattiti in Spagna, venne risolto dalla Costituzione del 1978 (art.25, 3) a favore del riconoscimento di tale possibilità. Dall'altra parte, se far ricadere il peso dell'intervento sanzionatore nei riguardi di un settore determinato sull'Amministrazione è garanzia sufficiente di neutralità ed efficacia⁵⁵; soprattutto quando si tratta di un settore in cui spesso l'Amministrazione si trova coinvolta in modo diretto o indiretto. In questo caso si tratterebbe di opporre all'argomentazione relativa ad una ipotetica "fuga verso il Diritto penale" la controargomentazione consistente nell'affermazione che il Diritto penale, con la sua conseguente applicazione ad opera di giudici e Tribunali (*Diritto giudiziario*), rappresenta la più chiara distinzione rispetto alla politica al raggiungere i massimi livelli di neutralità nei suoi confronti e di rispetto delle garanzie (legalità, indipendenza ecc.).

Comunque, formulata la suddetta riserva, occorre domandarsi di nuovo se, tenendo presente la tutela amministrativa in materia bancaria, si può affermare che vi sia, per dirla con M. E. Mayer, necessità di una tutela penale, merito di una tutela penale ed infine capacità di tutela penale⁵⁶. Ai fini di tale verifica, sembra necessario ricordare che la introduzione di un sistema di Diritto penale bancario ridurrebbe la possibilità della imposizione contemporanea di sanzioni penali ed amministrative; che, nella misura in cui non venga raggiunto un accordo in senso contrario, significa la rinuncia a considerare direttamente responsabili gli istituti di credito, i quali potrebbero essere oggetto solo di conseguenze accessorie⁵⁷, una volta individuati gli individui concretamente responsabili dell'illecito; che, insomma, la imputazione dovrebbe essere strutturata in principio su soggetti individuali concreti, compito a volte arduo per ragioni tanto di istruzione quanto probatorie. A ciò va aggiunta l'esigenza di responsabilità soggetti-

55) Non bisogna dimenticare qui che la penalizzazione delle infrazioni amministrative da parte dell'Amministrazione è caratterizzata da notoria arbitrarietà, dalla vigenza del principio di opportunità ecc.. Tutti elementi che influiscono -riducendola- sulla probabilità della sanzione, per cui la gravità della sanzione stessa risulta assai sfumata.

56) MAYER M.E., *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 2ª ed., 1923, p.22ss.

57) Conseguenze previste a livello generale dal Progetto CP 1994 (art.129), prevedendone perfino l'applicazione cautelare da parte del Giudice Istruttore.

va, molto più intensa nel Diritto penale, che non si accontenterebbe facilmente di una semplice negligenza per attribuire responsabilità in molti di questi illeciti e, evidentemente, negherebbe con decisione certe forme di responsabilità pseudo-oggettiva che, a seconda della lettura che se ne faccia, sembrano essersi infiltrate nella Legge 26/1988. Tutto questo, sommato alle facoltà amministrative in materia di intervento, fa sì che il sistema di tutela attraverso il Diritto amministrativo sanzionatore presenti, in genere, una enorme forza, difficilmente raggiungibile dal Diritto penale. Soprattutto se, poi, si intende fondare l'intervento penale non su pene private di diritti bensì su pene detentive che ovviamente non potrebbero essere di lunga durata e che sarebbero quindi esposte ad una sospensione condizionale della condanna⁵⁸, e su multe che in genere non risultano essere assai elevate.

Ed infine non bisogna dimenticare che l'istituzione in possesso delle informazioni è l'organo amministrativo di controllo, per cui tutto il processo penale ne risulterebbe dipendente.

Insomma, salvo l'eccezione rappresentata da questa maggiore neutralità del Diritto penale nei confronti della politica⁵⁹, non sembra che vi siano troppi argomenti in chiave di "necessità di tutela penale" che giustifichino nel nostro paese l'introduzione di un "Diritto penale bancario". Questo permette inoltre di generalizzare la riflessione e di chiederci, a livello globale e per tutti i paesi, se abbia veramente senso il fatto che il Diritto sanzionatore fondamentale in materia bancaria sia il Diritto penale. In realtà, quest'ultimo può addurre a suo favore solo un eventuale superiore effetto deterrente proprio della pena detentiva, assai limitato, nel caso di condanne corte o di media durata, dall'eventuale sospensione della loro applicazione e, soprattutto, l'effetto simbolico (anch'esso deterrente) della sottomissione ad un processo penale diffuso dai massa media⁶⁰. Però, nella misura in cui questo è un mezzo e non un fine del Diritto penale, risulta difficile attribuirgli il carattere di argomento determinante. Paradossalmente gli argomenti a favore del Diritto penale che potrebbero avere più forza qui non sono quelli di tipo preventivo, bensì quelli di tipo garantistico: la ne-

58) Cfr. art.92ss. del CP spagnolo; art.163ss. del CP italiano.

59) Che, d'altra parte, è fortemente condizionata dal fatto che la figura in possesso delle informazioni necessarie per un eventuale intervento punitivo sia l'Amministrazione settoriale.

60) Che può risultare rafforzato in termini più reali attraverso l'imposizione della carcerazione preventiva.

cessità di piena ammissione dei principi di responsabilità personale, responsabilità soggettiva, proporzionalità ecc.⁶¹.

Nutro comunque seri dubbi rispetto al fatto che questa superiorità garantistica del nostro ordinamento debba servire come argomento di politica giuridica. Quando non vi è un reale bisogno di *tutela penale* in un determinato ambito, una minima considerazione del carattere sussidiario dell'ordinamento punitivo obbliga ad astenersi dall'intervenirvi.

61) Ed il vincolo giudiziario, presieduto da principi di legalità processuale, imparzialità ed indipendenza.