

**Parte Sesta**  
**I REATI BANCARI**  
**ED IL SEGRETO BANCARIO**  
*di Paolo D'agostino e Riccardo Salomone*



## L'abusivismo

### 1 Abusiva attività di raccolta del risparmio (art. 130 TUB.).

Il Capo I del TUB. è rubricato “*Abusivismo bancario e finanziario*”; tale denominazione è stata modificata dall’art. 64, co. 2, d.lgs 23 luglio 1996, n. 415. In precedenza la denominazione era la seguente: «*Sezione I — Abusivismo bancario e finanziario*».

L’art. 130 del TUB. — rubricato “*Abusiva attività di raccolta del risparmio*” — prevede: “*Chiunque svolge l’attività di raccolta del risparmio tra il pubblico in violazione dell’art. 11 è punito con l’arresto da uno a tre anni e con l’ammenda da euro 12.911 a euro 51.645*”.

La pena è stata aumentata dall’art. 39, co. 1, l. 28 dicembre 2005, n. 262 in quanto, originariamente, era da sei mesi a tre anni di arresto.

L’abusivismo bancario e finanziario, tema complesso e variegato, verrà affrontato nella presente trattazione facendo riferimento alle fattispecie di reato che disciplinano l’attività di raccolta del risparmio, l’attività bancaria e l’attività finanziaria previste agli artt. 130, 131 e 132 del Testo Unico Bancario (TUB.). Per comodità espositiva, verrà inoltre analizzato anche l’art. 132-*bis* TUB. in considerazione del suo evidente collegamento, logico e sistematico, con gli articoli precedentemente citati.

Trattasi di fattispecie di pericolo astratto: il legislatore insiste nel ritenere l’interesse giuridico ivi tutelato meritevole della massima anticipazione della tutela escludendo, ai fini della consumazione del reato, ogni rilevanza (e la necessità del relativo accertamento) alla sussistenza o meno di un danno. Si potrebbe anche immaginare una abusiva attività bancaria con dei risultati di esercizio in attivo, praticata con estrema correttezza e professionalità, ma carente dei richiesti presupposti autorizzativi.

L’esigenza di anticipazione della tutela alla fase prodromica all’attività bancaria/finanziaria vera e propria, consegue alla raffinata scientificità con

Reato di pericolo astratto

cui la criminalità organizzata ha utilizzato in questi anni gli strumenti dell'alta finanza al fine di promuovere la realizzazione di profitti. In tal senso, l'utilizzo di un sistema bancario "condizionato", consente la realizzazione di documentazione (bancaria) "di comodo" comparativa delle operazioni svolte dalle società finanziarie. Inoltre, è noto il fenomeno del c.d. **riciclaggio** di denaro di provenienza illecita necessario per "ripulire" i profitti derivanti dalle innumerevoli attività illecite (in primo luogo traffico di armi, di stupefacenti e frodi internazionali).

Trasparenza e controllo Per tale ragione, già a livello internazionale (ONU ed UE), si è sentita sempre più cogente la necessità di favorire l'adozione di strumenti idonei a garantire la trasparenza (e, conseguentemente, il controllo) delle società finanziarie e bancarie, nel tentativo di renderle impermeabili alle organizzazioni criminali o, quanto meno, di renderne sempre più difficile l'infiltrazione. Questo ha favorito la promozione dell'adozione, da parte degli Stati aderenti, di criteri particolarmente severi nel controllo dei soggetti abilitati all'accesso alle attività bancarie e finanziarie, determinando un sistema che risulti il più possibile omogeneo (almeno sotto il profilo dei principi generali) in tutti i Paesi.

Diversamente operando si verrebbe a consentire uno spazio di operatività certamente eccessivo ed idoneo all'elusione dei controlli sui movimenti finanziari internazionali. Considerando la difficoltà (o sovente l'impossibilità) esistenti nella ricostruzione delle movimentazioni internazionali di capitali, un sistema carente di controlli all'accesso alle attività — si pensi semplicemente all'utilizzo di una banca straniera quale *enterprice* per la triangolazione della imputazione di capitali — favorirebbe il riciclaggio e la immissione sul mercato di capitali legittimi.

Altra conseguenza derivante dal mancato rispetto delle norme relative all'accesso al sistema, riguarda l'impossibilità, per gli organi di vigilanza, di esercitare il dovuto controllo sanzionando i comportamenti illeciti.

Tutela gli interessi dei risparmiatori Oltre alle finalità di lotta alla criminalità organizzata, il sistema di controlli all'accesso consente una concreta tutela dell'insieme dei risparmiatori. Difficilmente il risparmiatore ha la possibilità — e la competenza tecnica e giuridica — per verificare il legittimo esercizio dell'attività svolta da un determinato imprenditore bancario o finanziario: l'assenza di meccanismi autorizzativi favorirebbe l'induzione in errore sulla legittimità dell'attività svolta, favorita da artifici organizzativi.

Ingerenza della normativa internazionale Nell'analisi delle fattispecie di reato oggetto del presente studio, si sottolineeranno le influenze derivanti dalla produzione normativa non solo nazionale, ma anche europea (Unione Europea) e internazionale (Nazioni Unite). Di conseguenza, l'intera materia evidenzia una scarsa omogeneità "orizzontale" (nel rapporto fra norme coesistenti) e "verticale" (fra discipline

sui medesimi beni susseguitesesi nel tempo). Una disomogeneità che, ovviamente, si riverbera anche sotto il profilo penale-sanzionatorio, determinando una collisione con il principio di legalità.

In particolare, la maggiore distonia del sistema si evidenzia in merito al regime sanzionatorio: ad esempio, il reato di “*abusiva attività bancaria*”, nelle varie modificazioni, ha conosciuto una rilevanza contravvenzionale (art. 96 Legge Bancaria 1938), in seguito declassate a sanzione amministrativa (l. n. 706/1975), per poi essere nuovamente “*ripenalizzato*” quale delitto (l. n. 55/1990). Il tutto senza che si sia prevista alcuna riformulazione della fattispecie.

Collisione con il principio di legalità

Oltre alle perplessità evidenziate sulla compatibilità di tali scelte di formulazione normativa con i principi generali del diritto penale, esse risultano difficilmente comprensibili anche sotto il profilo della politica criminale. Sorge, infatti, il dubbio sull'esistenza di una unica, chiara e decisa, finalità alla definizione di **strumenti di repressione** effettivi di tali fenomeni. A contrario, la sensazione di chi approfondisce la materia ed i suoi meccanismi punitivi pare essere, invece, quella di un sistema legislativo non in grado di indicare dei principi, semplici e ben determinati, idonei ad un'applicazione certa e costante nel tempo: questo si ripercuote sulla fiducia nel sistema nel suo complesso e, soprattutto, nel rispetto di quella esigenza di trasparenza posta alla base della disciplina.

Le finalità di politica criminale

In forza del richiamo all'articolo 11 TUB, che, come si avrà modo di esporre, chiarisce il concetto di *raccolta del risparmio*, per poi specificare quando tale raccolta sia da considerarsi *tra il pubblico*, la norma impone al CICR di stabilire i criteri da adottarsi per qualificare quelle attività di raccolta presso soci, dipendenti, società controllanti, controllate o collegate, come attività *non* esercitata tra il pubblico (e dunque esclusa dal campo sanzionatorio dell'art. 130).

Raccolta del risparmio

Va inoltre sottolineato come — in forza del secondo comma dell'art. 11 TUB. — la raccolta del risparmio tra il pubblico è incondizionatamente riservata alle banche.

La struttura della fattispecie delinea, dunque, un'attività che è vietata (la raccolta del risparmio tra il pubblico) ad eccezione dell'osservanza dei requisiti previsti dalla legge per tale esercizio.

Nella definizione dell'elemento oggettivo, la norma richiede che vi sia “*raccolta tra il pubblico*” e “*la raccolta del risparmio*”: entrambe necessarie affinché vi sia l'integrazione della fattispecie contravvenzionale.

Raccolta tra il pubblico

Quanto alla raccolta *tra il pubblico*, ci si deve rifare ai normali criteri previsti da altre branche del diritto penale e a discipline anche (e, forse, soprattutto) non specialistiche. L'attività deve dunque essere svolta entro un ambito indeterminato e aspecifico di soggetti, con un basso tasso di quali-

ficazione al loro interno. Il ricorso al pubblico, tuttavia, pare potersi configurare anche con un'organizzazione che esternamente non presenta le caratteristiche di esercizio pubblico e, dunque, non si ritiene necessaria l'esistenza di una struttura fisica in cui tale pubblico venga accolto. Diversamente, si sarebbe fatto ricorso a differenti formulazioni normative, espressamente riferite alla capacità di indurre in errore il pubblico: si pensi, ad esempio, ad espressioni tipo "*modalità tali da far ritenere pubblico*". In ogni caso, in numerose Istruzioni o Comunicati della Banca d'Italia vi è una precisa indicazione su quand'è che la raccolta deve essere considerata svolta tra il pubblico, e quando invece non sia in tale novero.

Raccolta del  
risparmio

Per quanto concerne, invece, l'ulteriore requisito della *raccolta del risparmio*, si può fare riferimento alla approfondita specificazione contenuta nell'art. 11 TUB. che contempla una definizione formulata in "*positivo*" (primo comma) ed una in "*negativo*" (terzo comma).

Tale norma, al primo comma, definisce l'attività di raccolta del risparmio definendola come "*l'acquisizione di fondi con obbligo di rimborso, sia sotto forma di depositi sia sotto altra forma*". Anche in tal caso, tuttavia, il legislatore avrebbe potuto adottare una formulazione definitoria più chiara. Infatti, la seconda proposizione (*sia sotto forma di depositi sia sotto altra forma*) — benché si trovi subito dopo il termine *rimborso* — pare doversi riferire all'*acquisizione di fondi*: se fosse intesa in senso diverso, la norma perderebbe di senso logico — prima ancora che giuridico — in quanto risulta difficile ipotizzare il riferimento a dei rimborsi effettuati sia sotto la forma di depositi che sotto altre forme; ne consegue che è "*l'acquisizione di fondi*" che può essere fatta "*sia sotto forma di depositi che sotto altra forma*". In base al terzo comma dell'art. 11, il CICR ha stabilito i casi in cui determinate attività *non devono intendersi* come raccolta di risparmio tra il pubblico: tali specificazioni si riferiscono alla già citata raccolta tra i soci e dipendenti e tra società controllate, controllanti o collegate.

Da quanto esposto emerge la complessità della formulazione normativa della fattispecie in esame, in cui si prevede un richiamo *quoad factum* ad altra norma, a sua volta, di difficile lettura che integra la norma primaria chiarendone i contenuti, con tutte le conseguenze che ne derivano ai sensi della normativa sull'errore (artt. 47 e 48 c.p.). Ne consegue che, un eventuale errore sul fatto di esercitare ciò che effettivamente si considera *raccolta del risparmio tra il pubblico* da parte di chi creda di esercitare altra attività, non sarà rilevante e determinerà comunque la punibilità (art. 47, co. 1, c.p.); mentre se l'errore sia determinato da colpa, vertendosi in tema di contravvenzione, punibile indifferentemente a titolo doloso o colposo, non viene comunque esclusa la punibilità.

Quanto ai casi di esclusione di cui al terzo comma dell'art. 11 TUB., essi sono da qualificarsi come cause di esclusione dell'antigiuridicità *ab origine*. Secondo i principi generali che regolano le cause di esclusione del reato, tale disposizione si può ricondurre fra le cause di giustificazione. La costruzione, infatti, richiama le disposizioni in cui si richiede che un fatto, che *normalmente è sanzionato* (art. 130 TUB.), trovi espressa legittimazione in una norma specifica (art. 11 TUB.). In tale prospettiva, ci si trova di fronte a due norme configgenti: l'una che vieta il fatto, e l'altra — coincidente e riferita al medesimo fatto — che lo consente.

Trattasi, pertanto, di una scriminante non-codificata, riconducibile all'esercizio di un diritto (art. 51 c.p.).

Scriminante  
non codificata

Ne consegue una perfetta corrispondenza con quanto affermato in dottrina per spiegare la citata scriminante: la mancanza di danno sociale o, meglio ancora, l'utilità sociale del comportamento autorizzato. L'applicazione di tali principi, renderebbe dunque attuato il regime dell'imputazione oggettiva delle scriminanti, ai sensi dell'art. 59 c.p. Nella realtà dei fatti, risulta arduo immaginare che dei soggetti, svolgenti l'attività di raccolta del risparmio, possano addurre a loro discarico l'applicazione dell'ultima norma citata, oltretutto in campo contravvenzionale. Tuttavia, visto l'estremo tecnicismo della materia, non risulta improponibile l'ipotesi di incorrere in errori di interpretazione delle fonti — primarie e (soprattutto) secondarie — che regolano il settore.

Per ulteriormente specificare il concetto generale di *raccolta del risparmio*, deve essere ricordato come esso debba concretarsi in una serie di atti che costituiscano perlomeno **un inizio di attività**. Non risulta, pertanto, sufficiente lo svolgimento di un unico atto di raccolta del risparmio con obbligo del rimborso: ipotesi concretizzabile anche dal semplice privato cittadino che decida di prestare una somma di danaro ad un terzo (articolo 1813 c.c., "*mutuo*").

Oltre che dalla *ratio* e dal *nomen* della legge in oggetto (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia), tale considerazione appare suffragata anche dalla formulazione testuale dell'art. 130 e dell'art. 11 TUB., i quali, manifestamente, si riferiscono a soggetti che siano dotati di quel minimo di struttura imprenditoriale che consenta loro di acquisire contatti con una massa indeterminata ed ampia di soggetti. Lo stesso rispetto degli adempimenti regolamentari e legali, renderebbe impossibile (od eccessivamente oneroso) l'avvio di simile attività a soggetti non imprenditoriali o non dotati di un minimo di organizzazione.

Contravvenzione a  
struttura necessaria-  
mente dolosa

Trattasi di fattispecie contravvenzionale, punibile dunque indifferentemente a titolo di dolo o di colpa.

In merito all'opinione secondo cui risulta difficilmente ipotizzabile la realizzazione colposa del reato (con conseguente riconduzione nelle con-

travvenzioni a struttura necessariamente dolosa) essendo difficile immaginare che taluno “*raccolga il risparmio*” colposamente, si richiama quanto precedentemente esposto in merito all’inquadramento dell’atteggiamento colposo nella carenza dei requisiti indicati all’art. 11 TUB.

**Tentativo** L’art. 130 TUB. intende tutelare la massa dei risparmiatori dai danni che potrebbero subire da parte di soggetti che *raccogliono* il risparmio e, per incapacità gestionale o per volontà truffaldina, non ottemperino all’obbligo di restituzione. Inoltre, sussiste anche l’interesse dell’organo di controllo (la Banca d’Italia) affinché non siano violate le proprie prerogative di vigilanza. Laddove si verificano situazioni di accesso abusivo al sistema, si verifica automaticamente una violazione a tale prerogativa, con conseguente legittimazione della Banca d’Italia a considerarsi parte offesa dal reato.

**Concorso** La natura contravvenzionale del reato in esame esclude la punibilità del tentativo. Oltre all’indicazione formale, dal punto di vista di politica criminale, tale esclusione troverebbe spiegazione nella anticipazione della tutela ivi prevista: altrimenti si verrebbe, di fatto, a consentire la punibilità del tentativo di un tentativo. Il codice penale, infatti, prevede i reati di truffa (art. 640) e d’insolvenza fraudolenta (art. 641), che coprono con una certa ampiezza alcuni comportamenti criminosi tipici del settore. Inoltre, in aggiunta all’art. 131 TUB. (di cui si tratterà ampiamente *infra*), l’ordinamento comprende anche altre fattispecie a cui si possono ricondurre la maggior parte delle ipotesi di abusiva raccolta del risparmio non contemplate dalla norma: si pensi, ad esempio, all’art. 132 TUB. “*Abusiva attività finanziaria*”, come anche alla normativa speciale sull’attività finanziaria, assicurativa e di intermediazione mobiliare. Si consideri, infine, come la norma in esame sia stata posta, strategicamente, in posizione antecedente rispetto ai delitti di cui all’art. 131 e 132, di cui rappresenta l’ideale presupposto logico in funzione di *reato di pericolo*.

**Momento consumativo** La fattispecie in esame è compatibile con la forma concorsuale. Anche la succitata possibilità di commissione colposa, può ricondursi all’ipotesi della cooperazione ai sensi dell’art. 113 c.p.: si pensi, ad esempio, all’ipotesi di più persone che cooperino nella creazione di un’impresa, una delle quali si occupi della predisposizione della necessaria documentazione, l’altra dell’esercizio in concreto dell’attività. In tal caso, se il primo dei soggetti versi in colpa, ed ometta alcuni adempimenti, risponderà del reato in esame a titolo di responsabilità colposa diretta, mentre il secondo risponderà a titolo di cooperazione.

**Giurisprudenza** Considerando superati i dubbi connessi alla formulazione delle norme pre-vigenti, relativamente al momento consumativo del reato in esame risulta sufficiente lo svolgimento anche di singoli atti di raccolta del risparmio tra il pubblico, purché vi sia la prova dell’esistenza di una organizza-

zione idonea ad escludere che si tratti di una singola operazione connotata di eccezionalità. Ne consegue che avrà rilevanza, ai fini del momento consumativo, quello in cui viene svolto il primo atto di raccolta del risparmio qualunque sia la modalità adottata.

## 2. Abusiva attività bancaria (art. 131 TUB.).

L'art. 131 del TUB. — rubricato "*Abusiva attività bancaria*" — prevede: "Chiunque svolge l'attività di raccolta del risparmio tra il pubblico in violazione dell'art. 11 ed esercita il credito è punito con la reclusione da uno a otto anni e con la multa da euro 4.130 a euro 10.329".

Le pene sono state aumentate dall'art. 39, co. 1, l. n. 262/2005. Originariamente la pena era della reclusione da sei mesi a quattro anni e la multa era da 2.065 a 10.329 euro.

L'interpretazione di tale fattispecie di reato passa attraverso l'individuazione di un comportamento in negativo: la ricostruzione del comportamento omesso, passa attraverso l'applicazione di norme non espressamente citate nell'art. 131 TUB., necessarie all'integrazione dell'illecito.-bisogna, infatti, considerare che la sanzione penale riguarda i soggetti che svolgono le attività di raccolta del risparmio tra il pubblico ed esercitano il credito *in violazione dell'art. 11*. Tale norma deve tuttavia intendersi richiamata per quanto dice al suo co. 2, che integrato con l'art. 10, 1° comma TUB. («La raccolta di risparmio tra il pubblico e l'esercizio del credito costituiscono l'attività bancaria. Essa ha carattere d'impresa»), spiega come si configuri l'*attività bancaria*. Viene escluso il co. 1, semplicemente descrittivo della «raccolta del risparmio (come) l'acquisizione di fondi con obbligo di rimborso, sia sotto forma di depositi sia sotto altra forma»; ma vengono anche esclusi i residui commi 3, 4, 4-bis e 5, i quali specificano limiti e criteri in base ai quali talune attività *non* vengono considerate "*raccolta del risparmio tra il pubblico*". È evidente che le banche non possono violare tale parte dell'articolo 11, che descrive delle eccezioni rispetto all'esclusività dell'attività loro consentita, e dunque l'art. 131 non può far riferimento ad esso.

Tale tipo di attività, in forza dell'art. 14 TUB., deve essere autorizzata dalla Banca d'Italia, quando siano rispettati determinati requisiti, attinenti alla forma societaria nonché ai soggetti fisici che ne fanno parte. Quindi, l'abusiva attività bancaria si verifica quando vi è lo svolgimento di atti di raccolta del risparmio tra il pubblico ed esercizio del credito *in assenza* della specifica autorizzazione di cui all'art. 14 TUB..

Condotta  
punita

Assenza di  
autorizzazione

Banca di fatto

A questo punto occorre approfondire la problematica di quelle imprese che vengono sorprese ad esercitare l'attività bancaria senza autorizzazione.

I problemi che sorgono in tale caso riguardano, a prescindere dalla sanzione penale dei responsabili, il regime giuridico della "banca di fatto" e la sua sottoposizione ai controlli ed alle procedure concorsuali previste per le banche autorizzate.

Il problema fondamentale, che ha impegnato tanta parte della dottrina in innumerevoli studi, verte sulla natura del provvedimento autorizzatorio della Banca d'Italia: se esso sia provvedimento costitutivo ovvero dichiarativo.

Da ciò discende la qualificazione della "banca di fatto" quale ente da considerarsi inesistente, oppure alla stregua di ogni altro ente bancario, sottoponibile ad atto autorizzativo (se — *ex post* — si verificano i presupposti). Sul punto la S.C. ha chiarito che l'istituto del silenzio-assenso non opera con riferimento alla richiesta di autorizzazione all'esercizio di tale attività e il provvedimento di diniego da parte della Banca d'Italia non ha natura di atto recettizio. (Cass., n. 2071/2008);

In sostanza il dibattito si svolge tra chi ritiene che la "banca di fatto" sia del tutto equiparabile alla banca autorizzata, in forza del principio che tutela l'interesse dei privati a riconoscere un ente che *di fatto* già esiste ed opera. Oltretutto, in astratto, può essere considerata anche la redditività e perfetta funzionalità di un tale ente irregolare, con conseguente interesse per la massa dei clienti a vederne proseguire l'attività (una volta — ovviamente — sanata la situazione tramite l'autorizzazione).

Gli autori che ritengono che l'autorizzazione sia di natura costitutiva, si basano sulla prevalenza dell'interesse dello Stato ad uno svolgimento controllato e contingentato di attività delicate quale quella bancaria, in contrapposizione ai rischi di un'introduzione nel sistema economico di soggetti o società irregolari e — soprattutto — adatte a sottrarsi agevolmente ai controlli di legge.

Oltretutto, il sistema in generale risentirebbe dei contraccolpi negativi sulla distribuzione e l'omogeneità dell'offerta dei servizi bancari sul territorio nazionale.

Il prevalente orientamento invece, di stampo sostanzialistico, viene mantenuto fermo dalla giurisprudenza nel corso degli ultimi anni, contro un andamento oscillante in epoca più remota. Interessanti le indicazioni della Cassazione: di fronte alla disciplina pubblicistica del credito e del risparmio (il cui esercizio costituisce, per esplicita disposizione di legge, una funzione di interesse pubblico), l'impresa che eserciti sotto qualsiasi forma o denominazione la raccolta del risparmio e l'attività creditizia, sia autorizzata o meno, è sin dall'origine, prima ancora che il potere pubblico si espliciti in