

## ■ L'armonizzazione del diritto penale dell'economia

Filippo Sgubbi, Università di Bologna

### Keywords

Diritto generale, economia, banche, Unione europea

### Jel codes

K1, K14, G21, F30

**Il diritto penale sta progressivamente assumendo un ruolo centrale, ma spesso anomalo, nell'ambito del diritto dell'economia e in quello specifico delle banche, talvolta con modi e forme di applicazione peculiari e poco ortodossi. Il tentativo di armonizzazione delle regole in materia penale operato dall'Unione europea produce spesso il risultato opposto e paradossale, cioè il prevalere della specificità del singolo diritto nazionale nonostante un complesso quadro di fonti e regolamentazioni sovranazionali.**

### I. Premessa

A proposito del tema trattato in questo intervento, devo fare una premessa che è, al tempo stesso, anche un'avvertenza: il penalista tende a vedere i fenomeni economico-sociali nella loro dimensione patologica e, come tale, indubbiamente parziale. Il problema è, però, che tale patologia penalistica si sta sempre più diffondendo nel cosiddetto diritto vivente italiano, e ciò soprattutto a causa delle iniziative – spesso creative – assunte dalle Procure della Repubblica più che in virtù dell'elaborazione della Magistratura giudicante.

Così, anche nell'ambito del diritto dell'economia, il diritto penale sta progressivamente assumendo un ruolo centrale e pervasivo. Un ruolo del tutto anomalo: sia perché il diritto penale dovrebbe essere la *ratio extrema* e non primaria nell'ambito della disciplina giuridica delle realtà economiche-sociali, sia perché tale ruolo centrale assume rilievo nelle

fasi iniziali del processo/procedimento penale, per il tramite dei provvedimenti cautelari o anche soltanto attraverso la mera iscrizione a registro di notizie di reato adeguatamente diffusa dai mass media.

Allora, di fronte alla figura del Single Supervisory Mechanism (Ssm), cioè il Meccanismo Unico di Vigilanza, il penalista è subito indotto a ipotizzare l'eventuale applicazione in Italia dell'articolo 2638 del codice civile. Infatti, la fattispecie di «Ostacolo alle funzioni di vigilanza» costituisce un delitto «che non si nega a nessuno»: è una di quelle norme penali che vediamo contestate in ogni processo che abbia un minimo di spessore. Analogamente, di fronte al Ssm, figura estremamente complessa, il penalista si chiede se il nostro art. 2638 del codice civile verrà utilizzato dalla Magistratura italiana per tutelare anche questo Organismo. Con un corredo di rilevanti problemi – che, temo, siano non solo teorici – di giurisdizione, di competenza territoriale, di transnazionalità.

A sua volta, il tema della tax competition e del forum-shopping evoca al penalista la categoria dell'abuso del diritto penalmente rilevante.

Fino a quando il Governo non adotterà una regolamentazione che sia ispirata ai basilari ed elementari principi di certezza del diritto – del resto lo schema di decreto legislativo si intitola proprio sulla certezza del diritto – la libera circolazione dei capitali, la libertà di collocare la propria attività in un qualunque paese dell'Unione europea dovranno confrontarsi – come dimostrano esempi recenti – con la vaga e indeterminata categoria dell'abuso del diritto, qualora si ritenga che la libertà di determinazione in materia economica sia stata dettata da ragioni di risparmio fiscale.

## 2. Il diritto penale bancario

La patologica espansione del diritto penale si manifesta anche ad altro proposito.

Dal punto di vista formale-legislativo, il diritto penale bancario italiano è formato essenzialmente dalle norme penali del Testo Unico bancario (Tub), accanto alle quali dobbiamo considerare anche quelle norme del codice civile che prevedono i reati societari, che il Tub richiama esplicitamente all'art. 135 (con estensione alle banche non costituite in forma societaria).

Tuttavia, l'esperienza della prassi ci mostra un diritto penale bancario ben diverso. Invero: da un lato, se prescindiamo dalla disciplina dell'abusivismo (artt. 130-133 Tub) che in questa sede non interessa, le incriminazioni del Tub che concernono la struttura organizzativa e l'operatività dell'ente, come ad esempio l'art. 136 sulle obbligazioni degli esponenti bancari, trovano applicazione soltanto sporadica; dall'altro, invece, è ricca l'applicazione all'attività delle banche di norme del diritto penale comune. Basti pensare ai numerosi casi in cui agli operatori bancari è contestato il concorso nel reato di bancarotta del cliente, anche nei casi in cui l'istituto di credito abbia erogato nuova finanza.

Si pensi anche ai numerosi procedimenti penali per la cosiddetta usura bancaria: quando un debitore non intende onorare le proprie obbligazioni, è invalsa la distorta abitu-

dine di denunciare la banca, e anche i suoi vertici, per usura. Se una Procura dà seguito alla denuncia, il dossier del debitore viene sequestrato, si avviano consulenze tecniche lunghe e complesse e il debitore gode di un periodo di tranquillità, manifestando spesso la propria graziosa disponibilità a una transazione.

Anche la normativa del decreto legislativo 231 del 2007 in materia di riciclaggio offre una significativa casistica pratica. Tale disciplina, come è noto, è il frutto dell'intervento di armonizzazione dell'Unione europea: tuttavia, nel sistema italiano, essa mostra percorsi applicativi singolari e, talvolta, anomali. Mi riferisco ai casi in cui a operatori bancari viene contestato il reato di cui all'art. 55 del decreto 231 del 2007 in materia di omessa adeguata verifica, rasentando talvolta l'addebito di concorso nel reato di riciclaggio commesso dal cliente.

Oggi, poi, con l'introduzione – dal 1° gennaio 2015 – del delitto di autoriciclaggio, il rischio si accentua ulteriormente.

Dunque, nell'esperienza italiana, il diritto penale bancario assume modi e forme di applicazione peculiari e poco ortodossi.

## 3. L'incidenza dell'Unione europea sul diritto penale italiano

Accennavo all'opera di armonizzazione dell'Unione europea in materia di riciclaggio. Ma occorre sottolineare che l'Unione europea ha un'incidenza molto significativa sul diritto penale italiano.

In due direzioni.

- In primo luogo, sul piano delle fonti. Il diritto penale dovrebbe essere governato dal principio di riserva assoluta di legge (statale): tale principio oggi subisce forti interferenze a seguito del rilievo operativo che hanno le direttive, i regolamenti, e perfino le decisioni quadro. A cui si aggiungono le soft laws e le sentenze delle Corti europee: sul punto, è appena il caso di ricordare come, per effetto delle «sentenze gemelle» del 2009 della nostra Corte Costituzionale, l'interpretazione che la Corte europea dei diritti

dell'uomo (Edu) dà alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo una valenza costituzionale interna. Il che scompagina la riserva di legge: l'affollarsi e il sovrapporsi delle fonti contribuisce a rendere sempre più incerto, anche in ambito penale, il confine fra lecito e illecito.

- In secondo luogo e nel contempo, in sede sovranazionale si vengono progressivamente costruendo nuove forme di garanzia. Si pensi alla giurisprudenza della Corte Edu, ormai consolidata, che ha elaborato la categoria della «materia penale»: statuisce la Corte che, al fine di verificare l'osservanza delle regole del giusto processo e di tutela dei diritti individuali, il parametro da seguire deve essere non il *nomen juris* con cui un ordinamento designa una sanzione, ma la sostanza della sanzione stessa. Sì che una sanzione afflittiva che incide in modo significativo sui diritti primari della persona è da qualificare sempre come «penale» con tutto il conseguente apparato garantistico. Ricordo al riguardo le sentenze «Grande Stevens contro Italia» e «Nykänen contro Finlandia», sulla violazione del principio del *ne bis in idem* in caso di contemporanea applicazione allo stesso fatto di sanzioni (denominate come) penali e sanzioni (denominate come) amministrative. Con effetti rilevanti sul diritto penale del mercato finanziario e

sul diritto sanzionatorio tributario. Mi riferisco anche alle sentenze della Corte Edu in materia di irretroattività della norma penale, di divieto per il giudice penale di mutare *ex officio* non soltanto il fatto storico, ma anche la qualificazione giuridica del fatto stesso, e anche sul divieto di applicare la confisca in assenza di condanna.

#### 4. Conclusioni

Osservando l'esperienza italiana, rilevo che il quadro di questo complesso di fonti e di regolamentazioni sovranazionali, che dovrebbero formare la base armonizzata del sistema, in ambito penale producono il risultato opposto: determinano cioè il prevalere della specificità del diritto vivente dei singoli luoghi.

Si tratta di un paradosso: quanto maggiore è la produzione normativa a livello sovranazionale, tanto maggiore è il rilievo che assume la peculiarità dell'intervento delle singole magistrature dei singoli Stati.

Con la conseguenza ulteriore che non solo si raggiunge una diversità di applicazione del diritto tra Stato e Stato ma, come accennava anche il presidente Vegas, si ha anche una diversità di applicazione all'interno del singolo Stato. ■