

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>

n. 20 - dicembre 2019

**LE GARANZIE COSTITUZIONALI NEI RAPPORTI
ECONOMICI DI MERCATO ALLA LUCE DEI
PRINCIPI DI COOPERAZIONE INTERNAZIONALE**

Brunella Russo

LE GARANZIE COSTITUZIONALI NEI RAPPORTI ECONOMICI DI MERCATO ALLA LUCE DEI PRINCIPI DI COOPERAZIONE INTERNAZIONALE^o

Brunella Russo

*Professore associato di Diritto bancario e finanziario,
Università degli Studi di Messina*

Questo documento, nel disquisire sui principi costituzionalmente protetti di “sicurezza economica” e di “ordine pubblico economico”, pone l’accento sul combinato disposto degli art. 41 e 47 Cost. al fine di comprendere i dogmi ordinamentali che il Costituente ha voluto sancire: in tal senso il principio della ‘libera iniziativa economica privata’, trova piena attuazione - e nello stesso tempo una ben precisa definizione - nell’intervento dello Stato sull’attività delle banche, giustificato non solo e non tanto dalla necessità di “funzionalizzare” l’esercizio del credito, quanto dall’urgenza di imporre un vero e proprio controllo per tutti gli operatori del settore, benché mitigato dalla preminente finalità di evitare effetti negativi per i risparmiatori e per la collettività.

L’ampiezza del tema pone diverse possibilità di sviluppo interpretativo anche in chiave comunitaria: il diritto inconfutabile delle libertà protette dalla Carta Costituzionale va infatti misurato con l’ulteriore principio uniformatore della normativa comunitaria che, attraverso l’indicazione di strumenti adeguati di lotta alla criminalità finanziaria, ha permesso la piena implementazione della composita disciplina antiriciclaggio anche nel nostro ordinamento giuridico.

This document, in the discourse on the constitutionally protected principles of “economic security” and “economic public order”, emphasizes the combined provisions of art. 41 and 47 of the Constitution to understand the dogmas that the constituent member wanted to sanction: in this sense, the principle of free private economic initiative, is fully implemented - and at the same time very precisely defined - in the intervention of the State on the activity of banks, justified not only and not so much by the need to “functionalize” the exercise of credit, as by the urgency to impose real control on all operators in the sector, albeit mitigated by the preeminent aim of avoiding negative effects for savers and the community.

The breadth of the theme poses different possibilities for interpretative development also from a community viewpoint: the irrefutable right of freedoms protected by the Constitution must in fact be measured with the further standardizing principle of community legislation which, through the indication of adequate instruments to fight financial crime, has allowed the full implementation of the composite anti-money laundering discipline also in our legal system.

Sommario:

1. La sicurezza economica. ...
2. ... e la salvaguardia del regolare funzionamento dei mercati
 - 2.1. (*Segue*). Il richiamo ai principi espressi dagli artt. 41-47 della Carta costituzionale ai fini di una valutazione esegetica
 - 2.2. (*Segue*). L’incisività della normativa speciale sull’attività di raccolta del risparmio ed esercizio del credito
3. Il contenuto del segreto bancario: dal “principio di segretezza” al sistema di cooperazione internazionale
4. Le novità apportate dalle Direttive antiriciclaggio in tema di cooperazione tra autorità

^o Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

1. La sicurezza economica...

È un principio ormai assodato quello secondo cui la “sicurezza economica” – posta a fondamento del nostro ordinamento giuridico – costituisce l’asse portante dell’insieme degli strumenti o, se si preferisce, delle condizioni e delle azioni di generale presidio degli interessi della collettività e del mercato: quest’ultimo percepito quale “meccanismo regolatore” e garante dell’efficienza nel suo complesso.

A partire dagli anni '90 del secolo scorso, anche a seguito delle trasformazioni del mercato globale – e con esse dell’affacciarsi di una diversa tipologia di reati – si è andata via via sottolineando l’importanza della “sicurezza economica” ritenuta segmento integrante del concetto più ampio di “sicurezza nazionale”; cosa che, di fatto, ha spostato l’attenzione del legislatore domestico - già protesa alla tutela dei fondamenti costituzionali - verso la protezione del sistema da possibili minacce, nella consapevolezza dell’impellente necessità di contrastare efficacemente i più svariati fenomeni di criminalità economica¹.

Cosicché, nel corso degli ultimi 30 anni, il concetto di “sicurezza” ha finito con l’intrecciarsi indissolubilmente con l’ulteriore principio cardine dell’“ordine pubblico economico”, inteso quale insieme di disposizioni inderogabili sottese al “buon funzionamento”, o meglio, quale esempio di equo bilanciamento tra interessi commerciali e negoziali, da un lato, ed interessi generali e di protezione, dall’altro, riferibili ad una realtà in cui quotidianamente si vengono ad incontrare e scontrare - con i propri eterogenei interessi - l’insieme delle imprese, dei cittadini consumatori/risparmiatori e, nei suoi diversi ruoli e funzioni, lo Stato².

¹ Nell’ultimo decennio si è evidenziato una crescita esponenziale del rischio generalizzato di comportamenti “scorretti”, che vanno da iniquità distributive di tipo economico fino a giungere a fenomeni di turbativa delle normali dinamiche evolutive politiche e sociali. Tali minacce, assumono peso e dimensione via via più articolati, ponendo nuove ed inedite incognite per il mantenimento su scala mondiale dell’ordine e della stabilità.

Per una lettura più approfondita si veda, ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale - Parte Speciale*, Milano, 2000, 223-232; CERRI, *Ordine Pubblico (Diritto Costituzionale)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXII, 1990, 3 ss., CARABBA, *Codice Penale e Codice di Procedura Penale commentati*, Roma, 2003, 654 ss.

² L’estrema eterogeneità degli interessi in gioco e delle situazioni ha reso necessario comprendere appieno il concetto di ordine pubblico economico, determinando, invero, non poche perplessità da parte della dottrina, la quale si è trovata di fronte alla difficoltà di tentare di ricondurre tali interessi e situazioni in un quadro organico su cui costruire nozioni e concetti unitari.

Con particolare riferimento al concetto di “ordine pubblico economico”, cfr. BIANCO, *Ordine pubblico economico*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 2005, 493 ss., il quale parla di «un

Nel riflettere attorno ai concetti di “sicurezza economica” e di “ordine pubblico economico”, occorre allora riferirsi all’economia come ad un ‘sistema’, costituito da un ordinato complesso di attività, organizzazioni e istituzioni, con la funzione precipua di procurare i mezzi per fini diversi³, accompagnato da un *corpus* specializzato di regole di comportamento.

L’“ordinato insieme” rappresenta pertanto la chiave di lettura per realizzare quella corrispondenza interna al sistema stesso in quanto «interesse generale eminentemente pubblico», costituzionalmente protetto, sul quale lo Stato intervenire fattivamente a garanzia⁴.

Tale intervento, prima che nelle specifiche e peculiari azioni di dettaglio, è individuabile nei valori fondamentali della società elaborati dal legislatore con riferimento alla libertà negoziale, alla libertà d’intrapresa ed al libero funzionamento del mercato, considerati dogmi essenziali della nostra «Costituzione economica»⁵ e principi ispiratori dell’intero ordinamento comunitario.

ordine pubblico di tipo normativo e funzionale e non ideale o meramente “negativo”, da qualificarsi come una categoria ermeneutica generale utile per comprendere la struttura normativa della Costituzione economica alla luce dei principi fondamentali della Costituzione stessa».

Ancora, in argomento, PANZA, *L’ordine pubblico economico* - nella voce *Ordine Pubblico - Teoria generale*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXII, 1990, 5 ss.; PALADIN, *Ordine pubblico*, in *Nuov. Dig. It.*, XIV, Torino, 1965, 135 ss.

³ Le questioni sottese alla consapevolezza, da parte dell’ordinamento, che l’economia costituisce un sistema «che vive e si evolve secondo leggi sue proprie, che possono essere, al più, assecondate e protette dal diritto» è stata evidenziata da CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2004, 3 ss., il quale sottolinea la particolare difficoltà nell’individuare i fondamentali aspetti del rapporto, inducendo gli interpreti ad affrontare l’analisi da diverse prospettive da cui sono scaturite differenti definizioni del concetto di «*Costituzione economica*».

⁴ Trattasi, invero, di una tutela del patrimonio individuale - nel duplice senso di protezione della libertà di godimento (contro aggressioni esterne) e di protezione della libertà di disposizione verso condizionamenti di varia natura - che si rende necessaria a presupposto della stessa esistenza di un libero mercato, non prescindibile da una difesa istituzionale contro ogni tipo di turbativa volta a sconvolgere le regole del gioco.

⁵ L’espressione, usata molto di rado in Italia fino alla metà degli anni settanta del secolo scorso, è stata oggetto di trattazione da parte di autorevole dottrina. Si veda, *ex pluribus*, RESCIGNO, voce *Costituzione economica*, in *Enc. Giur. Treccani*, X, 2001, 2; LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, V, Torino, 1990, 374-375.

In particolare, RESCIGNO rammenta come con il libro intitolato *La Costituzione economica del 1977* - che costituisce il primo volume del *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, diretto da F. GALGANO - si pongono le fondamentali normative della materia. In tale opera, sottolinea ancora l’autore, si intendeva collegare coerentemente il diritto

Quindi, la nozione di «Costituzione economica» può essere avvertita nel suo significato intrinseco di formula riassuntiva del complesso di norme predisposte per regolamentare i rapporti economici tra i privati e gli scambi commerciali, in cui vengono indicate, oltre alle disposizioni strettamente costituzionali, anche altre che, pur essendo contenute in leggi ordinarie, sono tuttavia di rilevanza costituzionale⁶.

Ma l'ampiezza di tale espressione non solo abbraccia istituti e norme giuridiche riferibili a rapporti economici e d'impresa - considerando altresì gli aspetti amministrativi e la prassi applicativa (c.d. «diritto vivente») - ma si estende fino a ricomprendere aspetti squisitamente sociali e culturali.

Nell'ambito di questi concomitanti interessi si innesta la lettura combinata degli artt.41 e 47 Cost.: nella loro struttura essenziale, gli articoli si sviluppano intorno alla fattispecie più ampia dei «diritti economici» e dettano la disciplina dell'organizzazione, della produzione e distribuzione dei beni e dei servizi (pur essendone condizionati e conformati nell'esercizio, come da più parti sostenuto) di cui il «libero mercato» costituisce il principio e la regola generale di quell'ulteriore «libertà di iniziativa economica privata»⁷.

commerciale con il diritto pubblico dell'economia, in quanto «*articolazioni di un corpo unitario di principi che trovano la loro origine e il loro fondamento nella Costituzione italiana*».

Nel senso di protezione della libertà individuale nelle sue estrinsecazioni economiche, cfr., PEDRAZZI, voce *Mercati finanziari (disciplina penale)*, in *Dig. Disc. Pen.*, VII, Torino, 1993, 653; FANELLI, *L'aggiotaggio tra informazione e mercato*, *Riv. pen.*, n.2/2005, 109 ss.

⁶ In tal senso vanno interpretati sia i riferimenti normativi all'impresa e alla proprietà (artt.41 e 43, artt.42 e 44), sia il richiamo alle norme speciali, quali, ad esempio, quelle relative alla cooperazione o al risparmio, ex artt.45 e 47 del dettato costituzionale.

Così ancora, CASSESE, *La nuova costituzione economica*, *op. cit.*, 15 ss. in cui, l'A., con riferimento alle norme contenute in leggi ordinarie che «sono, tuttavia, di rilevanza costituzionale» individua, ad esempio, come di particolare importanza, anche la L. 10 ottobre 1990 n. 287 (c.d. legge *antitrust*) e il D.L. 11 luglio 1992 n. 333 (convertito con L. 8 agosto 1992 n. 359), le quali hanno disposto la privatizzazione delle maggiori imprese pubbliche (cd. legge Amato).

⁷ Si rinvia in proposito a DI GASPARE, *Diritto dell'Economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2003, 83 ss., secondo il quale le norme costituzionali sui diritti economici (art. 41 sull'iniziativa economica privata e art. 42 sul diritto di proprietà) sono strutturate in modo da fare seguire alla statuizione di portata generale (contenuta nel c. 1), commi successivi che ne condizionano o ne conformano l'esercizio. A questi articoli, poi, si aggiungono i casi di disciplina eccezionale e derogatoria della libertà d'iniziativa economica (art. 43) e del diritto di proprietà (art. 44) rimessi all'intervento del legislatore ordinario, nonché ulteriori norme in tema di cooperazione e artigianato (art. 45), di «partecipazione» dei lavoratori alla gestione delle aziende (art. 46) e, soprattutto, le disposizioni inerenti la tutela del risparmio in tutte le sue forme (art. 47).

Vista in questi termini, la norma non è di poco conto. Nell'incoraggiare e tutelare il risparmio «in tutte le sue forme»⁸ si afferma un assioma imprescindibile, in base al quale tutto ciò che ne costituisce momento essenziale dev'essere necessariamente oggetto di una specifica protezione da parte dello Stato⁹.

L'accezione del risparmio «incoraggiato» e «tutelato» nelle sue forme, richiede, dunque, che gli interventi attuativi varino costantemente a seconda delle differenti tipologie di mercato (tradizionalmente distinti in mercato bancario, mobiliare ed assicurativo): qui l'investimento finanziario differisce essenzialmente in relazione al grado di liquidità, al rendimento offerto e, soprattutto, al rischio connesso, ponendo in luce sia differenti esigenze di tutela del risparmiatore/investitore, sia, conseguentemente, strumenti e interventi regolatori mirati, ai quali l'ordinamento dovrà far ricorso per garantire tale tutela¹⁰.

In questa prospettiva, non sfugge l'*intentio* del legislatore di voler riconoscere, attraverso il contenuto normativo dell'art.47 Cost., un'indubbia «legittimità costituzionale» all'*agere* di chi opera utilizzando lo strumento del risparmio: l'attribuzione di un siffatto rango, nel superare gli angusti ambiti della vetusta legge bancaria del '36-'38, ne enfatizza la vocazione imprenditoriale (ricavabile dal combinato disposto degli artt. 2082 e 2195

⁸ Particolarmente significativo nella formulazione normativa è, in effetti, il riferimento al «risparmio in tutte le sue forme», che evidenzia la rilevanza, a tal fine, di qualsiasi tipo di attività finanziaria intesa non solo come monetaria e creditizia ma, in genere, anche quale espressione del mercato assicurativo e mobiliare.

⁹ Ciò è perseguibile attraverso un sostanziale superamento delle asimmetrie informative gravanti sul risparmiatore rispetto agli operatori di mercato (banche, assicurazioni, emittenti titoli mobiliari e investitori istituzionali), in modo da regolare i diversi settori e mercati finanziari, assicurando, per tale via, la protezione del risparmiatore nella sua veste di contraente più debole.

Cfr., OLIVIERI, *L'evoluzione della disciplina dei rapporti tra banca e cliente: la tutela del contraente "debole"*, in *Filodiritto.it* del 27 marzo 2018.

¹⁰ E' evidente come il risparmiatore/investitore abbia la necessità di varie peculiari garanzie, che vanno da un'adeguata informazione (in particolare negli investimenti nel mercato mobiliare) alla solvibilità e stabilità degli intermediari (in particolare nei rapporti relativi al mercato bancario ed a quello assicurativo). Questo spiega perché il legislatore, per tutelare le suddette esigenze, deve individuare ed adottare gli strumenti più opportuni, che vanno dalla previsione di specifici obblighi documentali e, in genere, informativi (adeguati a seconda della diversa tipologia di soggetti economici interessati), alla previsione di specifici vincoli di accesso sul mercato, alla istituzione di appositi organismi di vigilanza e controllo, fino alla predisposizione di appositi sistemi sanzionatori.

Più in particolare, BARENGHI, *Appunti sulla trasparenza bancaria, venticinque anni dopo*, in *Questione Giustizia*, n.3/2017, 112 ss.

c.c.)¹¹ e la potenziale capacità dell'intermediario di creare nuove forme di raccolta del risparmio diverse da quelle tradizionali.

2. ... e la salvaguardia del regolare funzionamento dei mercati

Tuttavia per poter comprendere appieno i principi ordinamentali che il Costituente ha comunque voluto sancire, occorre riformulare il nesso funzionale solitamente attribuito agli artt. 41 e 47¹², imponendo una chiave di lettura inversa dei principi normativi *ivi* contenuti. L'art. 47, pertanto, conterrebbe un principio d'apice nell'intervento programmatico del Governo sull'attività delle banche, giustificato non solo e non tanto dalla necessità di "funzionalizzarne" l'esercizio¹³, quanto dall'urgenza di imporre un vero e proprio controllo impositivo per tutti gli operatori del settore, benché mitigato

¹¹ Con la previsione di un obbligo di iscrizione nel registro delle imprese anche per gli imprenditori «*i quali esercitano attività bancaria*».

¹² L'iniziativa economica privata è garantita dall'art. 41 della Costituzione come «libertà» del cittadino, che si impone con carattere di generalità ed immediatezza prescrittiva nei riguardi sia degli altri cittadini sia dello stesso Stato.

In virtù di tale libertà chiunque può vedere riconosciuto il proprio diritto ad accedere sul mercato, ad esercitare in esso la propria «attività economica» e realizzare dinamicamente, in tal modo, la propria «iniziativa economica».

Vasta risulta la letteratura in argomento. Per tutti, LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. Disc. Pubbl., op. cit.*, 380 ss., laddove nell'evidenziare la pluralità delle posizioni dottrinali, puntualizza come «mentre alcuni affermano che l'iniziativa si identifica con qualunque atto che esprime l'intento di raggiungere un fine economicamente rilevante, altri ritengono che sia soggetto attivo di vera iniziativa economica solo chi esercita attività di impresa, ed altri infine – ed è posizione in certo senso intermedia – che l'iniziativa economica di cui parla l'art. 41 Cost. sia solo quella di colui che promuove un'attività di produzione (e non di mera erogazione) finalizzata allo scambio».

La giurisprudenza costituzionale, dal canto suo, ha mostrato di aderire sostanzialmente alla prima di queste tesi, ma l'ha fatto in modo piuttosto disattento.

¹³ La dottrina secondo la quale l'impresa bancaria sarebbe un'"impresa-funzione" riflette correttamente quanto indicato nella legge bancaria. Così, GIANNINI, *Problemi della banca come impresa*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1981, I, 391 ss.

Teoria questa che andava respinta, secondo quanto sostenuto da altra parte della letteratura in argomento, già alla luce dell'ordinamento costituzionale, il quale in linea di principio ravvisa nell'esercizio dell'attività d'impresa l'espressione di un diritto in difetto di norme positive che considerano l'attività bancaria alla stregua di una funzione.

Cfr., MINERVINI, *Contro la «funzionalizzazione» dell'impresa privata*, in *Riv. Dir. civ.*, 1958, I, 626 ss.; SANTINI, *Le teorie dell'impresa*, *Ibidem*, 1970, I, 405; GALGANO, *La libertà di iniziativa economica privata nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Tratt. Dir. comm.*, I, 511 ss.

dalla preminente finalità di evitare effetti negativi per i risparmiatori e per la collettività in seguito ad una gestione incontrollata¹⁴.

Secondo quest'impostazione allora la riserva di legge posta al c. 3 dell'art. 41, ne costituirebbe la naturale conseguenza in termini di espletamento del 'potere interventista' dello Stato sull'economia, cui prima si faceva riferimento, esercitato su espressa indicazione dello stesso Costituente. Tra l'altro, pur nella "sacralità" da quest'ultimo attribuita, anche tale *libertà* non è assoluta nel senso che non vale a porre l'imprenditore nella condizione di poter realmente fruire dell'autonomia riconosciutagli dal c. 1 dell'articolo in oggetto. Essa, infatti, trova un limite nel contemporaneo riconoscimento costituzionale di altre libertà, sul presupposto, in gran parte condiviso dalla dottrina in argomento, secondo cui «l'uguale sviluppo di tutte le libertà costituzionalmente garantite è condizione necessaria della piena realizzazione di ciascuna di esse»¹⁵.

La lettura armonizzata del secondo e terzo comma danno il senso di quanto sopra affermato.

La libertà economica deve assolutamente essere vista nell'ottica di una «libertà fra le libertà» che si realizza dialetticamente nel rapporto con gli altri privilegi concessi al cittadino: essa pertanto richiede un intervento programmatico, regolatore e di vigilanza da parte pubblica, allo scopo di rendere effettivo il principio di libera concorrenza¹⁶. Diversamente

¹⁴ Sul punto, più specificatamente, COSTI, *L'ordinamento bancario*, Il Mulino, 2012, 250 ss., secondo cui era necessario applicare il dogma della "riserva di legge" (fissato dall'art. 41, c. 3, Cost.) anche all'attività bancaria, quale conseguenza del principio liberistico, ispiratore della legislazione del '26, che aveva portato - in assenza di controlli e nell'eccessiva immistione del capitale bancario (si rammenti come l'attività bancaria veniva esercitata su criteri di libero mercato) nell'attività d'investimento delle imprese - ai fatti ben noti della crisi bancaria del '29.

¹⁵ In merito al convincimento che a tale condizione non si sottrae neppure la libertà di iniziativa economica privata, si veda, *amplius*, GALGANO, *La costituzione economica*, Vol. I, *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, Padova, 1977, 526 ss.

¹⁶ Risulta condivisibile, come lo svolgimento dell'iniziativa economica non possa prescindere da un quadro di riferimento programmatico e di sviluppo delle altre libertà costituzionalmente garantite. In pratica l'intervento pubblico in questione, si pone quale necessario fattore di equilibrio tra le diverse libertà dei soggetti economici operanti sul mercato. In questo modo si garantisce la più volte richiamata 'libertà di iniziativa economica', la quale - calata in un contesto di economia di mercato - assicura le condizioni per un'effettiva competizione tra imprese quindi, il principio della libera competitività.

Sul punto, si veda tra tutti, GALGANO - RODOTÀ, *Rapporti economici*, t. II del *Commentario della Costituzione* diretto da G. BRANCA, Bologna, 1982, 7 ss.

In particolare, GALGANO, *La costituzione economica*, *op. cit.*, 512, secondo cui spetta allo Stato il compito di assicurare il funzionamento e lo sviluppo del sistema economico, insieme all'ulteriore onere - particolarmente accentuato dalla nostra Carta costituzionale - di coordinare

argomentando, l'esplicitazione della 'libertà di concorrenza' finirebbe con il costituire un corollario del principio della 'libera iniziativa economica privata', trovando piena attuazione nei numerosi e costanti interventi del legislatore nazionale e comunitario a garanzia di quel già accennato "corretto funzionamento" del mercato contro ogni eventuale rischio- criminalità¹⁷.

Da questo specifico angolo di osservazione, potrebbe essere corretto interpretare il principio di funzionalizzazione della proprietà privata sancito all'art. 42 Cost., come norma di chiusura, da cui deriverebbe l'ulteriore funzionalizzazione di quel tipo particolare di proprietà privata rappresentato dal diritto di esercitare un'impresa economica, ex art. 41 Cost., allorché, nel definire il carattere autonomo dell'iniziativa privata, se ne subordina tale svolgimento alla salvaguardia dell'interesse collettivo (c.d. "utilità sociale") ai fini della «sicurezza, libertà e dignità umana».

L'art.42 Cost., come noto, tutela il diritto di proprietà inteso nella sua accezione "dinamica". In effetti, lo scambio – esprimendo il profilo "dinamico" del bene economico – e l'esercizio del *diritto di proprietà* – inteso come profilo "statico" del suo godimento – sono momenti inscindibili nel funzionamento dell'economia di mercato e, dunque, non si può pensare di tutelare l'iniziativa economica senza garantire, conseguentemente, la proprietà dei beni¹⁸. In tal modo, viene assicurata l'effettività del

le esigenze dello sviluppo economico con quelle della giustizia sociale e del pieno sviluppo della persona.

¹⁷ Il presupposto da cui si parte è che la concorrenza da sola non garantisce il bene pubblico della sicurezza economica, conseguenza questa ancora più evidente se si tiene conto del carattere marcatamente economico delle attuali fenomenologie dell'associazionismo criminale.

Per quanto riguarda la disciplina della concorrenza essa trova vigore nell'ambito di numerose norme del Codice civile, in particolare, agli artt. 2595-2601 anche con riferimento all'individuazione di specifiche sanzioni per gli atti di concorrenza sleale. Con l'emanazione della legge 10 ottobre 1990 n. 287, si è introdotto nel nostro ordinamento una serie di nuove disposizioni normative per la tutela della concorrenza e del mercato, specificando espressamente in apertura come si tratti di norme stabilite in attuazione dell'art. 41 Cost., a garanzia e tutela della libertà/diritto di iniziativa economica. Il rilievo, attribuito a siffatta disposizione legislativa, è costituito dal controllo delle intese restrittive della concorrenza, dagli abusi di posizione dominante e dalle concentrazioni.

In sede comunitaria, ritroviamo inoltre importanti direttive in materia di *antitrust*. In generale, il quadro normativo comunitario in materia è individuabile nei suoi aspetti essenziali negli artt. 81-90 TCE e si incentra sostanzialmente su quattro macro-settori d'intervento: la repressione degli accordi restrittivi della concorrenza (*trust*) e degli abusi di posizione dominante; il controllo delle concentrazioni tra imprese; la liberalizzazione dei settori economici soggetti a monopolio; il controllo degli aiuti di Stato.

¹⁸ L'evidenziata relazione tra la garanzia costituzionale dell'iniziativa economica e quella della proprietà dei beni economici emerge dal fatto che, tra l'altro, è presente in entrambe le

riconoscimento della posizione giuridica fondamentale della proprietà privata, pur determinandone, ai sensi del c. 2 dell'art. 42 Cost., «i modi d'acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti».

A voler ulteriormente sintetizzare, l'iniziativa privata verrebbe tutelata dal dettato costituzionale non quale posizione del singolo (che si manifesta autonomamente) ma in quanto attività diretta a concorrere alla realizzazione di determinati fini sociali previsti dall'ordinamento istituzionale¹⁹ dando luogo, secondo l'opinione dominante, ad un indispensabile raccordo sinergico tra momento pubblico e privato²⁰.

A questo punto, il tema si mostra aperto a diverse possibilità di sviluppo anche in chiave comunitaria: il diritto inconfutabile delle libertà costituzionalmente protette andrebbe così misurato con l'ulteriore principio

due fondamentali norme in questione (artt. 41 e 42 Cost.) «lo stretto collegamento con gli interessi sociali che è significativamente una costante nella gran parte delle norme costituzionali in materia economica».

Così, LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, op. cit., 377, laddove l'autore si esprime ritenendo siffatto elemento di collegamento affiancato da un duplice ordine di fattori. Questi si sostanziano, da un lato, nel fatto che al pari dell'iniziativa economica, anche la proprietà dei beni economici può essere sia pubblica che privata e, dall'altro, nella circostanza secondo la quale vi è un espresso riconoscimento e una garanzia da parte della legge ordinaria, desumibile dall'art. 42, c. 2, Cost.

¹⁹ Negli anni precedenti all'entrata in vigore della Carta Costituzionale del 1948, l'economia italiana era già caratterizzata da un massiccio intervento dello Stato, favorita anche dagli eventi bellici del tempo, il quale aveva consegnato gran parte del settore trainante dell'economia a società in mano pubblica. Si era passati, infatti, dall'ideologia politica economica dello Stato unificato, sostanzialmente basato sul liberismo, cioè improntato al principio del "non intervento pubblico nell'economia" (c.d. *laissez-faire*) in particolare in quei settori che tradizionalmente erano affidati alle imprese private.

Sulle ragioni e sulle conseguenze per il nostro sistema dell'istituzione di alcuni importanti enti pubblici economici, ancora ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, op. cit., 9 ss., allorché delinea una caratterizzazione destinata a connotare a lungo l'ordinamento italiano: la presenza della proprietà pubblica, da un lato, e la "specializzazione" dell'attività bancaria, dall'altro.

²⁰ La stessa dottrina dominante (NIGRO, VIGNOCCHI, PORZIO, CAPRIGLIONE) è unanime nel ritenere come attraverso la ricostruzione dello statuto dell'impresa bancaria in chiave dirigistica, si volesse porre fine al c.d. fenomeno della "nazionalizzazione dei rischi" e, nel contempo, si mirasse ad assicurare che l'impiego del risparmio e la politica degli investimenti fosse orientata verso finalità effettivamente coincidenti con i veri interessi della produttività e della maggiore espansione dell'economia nazionale.

Il risultato è ravvisabile in un passaggio da un principio liberistico nell'esercitare attività bancaria, all'estrinsecazione di scelte aziendali, imposte con atti amministrativi (c.d. "controllo amministrativo" dell'attività di erogazione del credito) idonee a realizzare una selezione di tale attività in conformità alle scelte di politica economica elaborate in sede di Governo.

uniformatore delle normative interne degli Stati europei ai più avanzati standard internazionali.

Esso (principio informatore) – attraverso l’indicazione di strumenti adeguati di lotta alla criminalità finanziaria – si è posto l’obiettivo primario di conseguire la piena implementazione della composita disciplina antiriciclaggio anche nel nostro ordinamento giuridico, come sarà dimostrato nel prosieguo della trattazione.

2.1. (Segue). Il richiamo ai principi espressi dagli artt.41-47 della Carta costituzionale ai fini di una valutazione esetica

L’esame della legislazione attraverso cui l’ordinamento giuridico nazionale ha storicamente attuato il principio costituzionale della ‘tutela del risparmio’, già da una rapida analisi, si presta ad alcune preliminari considerazioni, frutto anche dell’evolversi dei tempi e dunque dei mercati.

Invero, nel testo contenuto all’art. 1 del R.D.L. n. 375/36, la raccolta del risparmio e l’esercizio del credito sono considerati «funzioni d’interesse pubblico»: i due momenti, intrinsecamente collegati l’uno all’altro, risultano così finalizzati al perseguimento della tutela degli interessi di natura pubblica (quindi tutela della stabilità dell’intero sistema bancario) oltre alla contemporanea necessità d’imporre una verifica selettiva del credito, attraverso l’espletamento di quel citato “controllo amministrativo” dell’attività di erogazione del credito, da parte degli organi di settore.

L’identificazione della dimensione costituzionale della ‘*tutela del risparmio*’, delineato nel precedente paragrafo, diventa pertanto uno strumento utile per poter stabilire la concreta esecuzione di quanto stabilito dal diritto sostanziale, in relazione non solo al modello di sistema economico a quel tempo adottato, quanto, in particolare, alla qualificazione della forma di Stato²¹.

Si consacra in questo modo il “governo del credito” al potere centralizzato e dell’autorità statale diretto a «disciplina(re), coordina(re) e controlla(re) l’attività espletata dagli enti creditizi».

Orbene, la questione in merito agli scopi che i pubblici poteri devono perseguire nella disciplina dell’attività d’intermediazione si sposta, in una chiave di lettura più attuale, verso una necessaria divisione dei due momenti

²¹ Per la distinzione tra “Stato ordinamento” e “Stato apparato”, si veda MODUGNO, *La dicotomia “Stato ordinamento” - “Stato soggetto” nel pensiero dei tre Maestri*, in CARLASSARE (a cura di), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*, Padova, 2003, 42 ss.; ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, II ed., Milano, 1947, 64 ss.

del tradizionale esercizio dell'attività bancaria, dettata dal carattere estensivo - e non limitativo - del contenuto normativo dell'art. 47, c. 1, Cost. Pertanto, la tutela investirebbe il risparmio «*in tutte le sue forme*» in virtù della previsione, nel successivo c. 2, di modalità d'investimento dirette del risparmio ed alternative al circuito bancario²², indipendentemente - a rigore - dai suoi legami con la disciplina del credito.

Non è un caso, dunque, come la frequenza dei provvedimenti normativi approvati dal legislatore statale, intorno agli anni '90 - volti, direttamente o indirettamente, alla tutela del risparmio - abbia avuto effetto dal recepimento nell'ordinamento nazionale di direttive europee in materia di mercato dei valori mobiliari²³, a conferma del fatto che il legislatore comunitario concepisce la 'tutela del risparmio' principalmente come forma di 'protezione degli investitori'²⁴.

Una concezione questa la quale trova la sua massima espressione nella redazione del Testo Unico della finanza n.58 del 1998 laddove sostanzialmente si assiste ad un "adeguamento" della disciplina pubblicistica del mercato mobiliare alle esigenze d'integrazione del mercato europeo degli strumenti finanziari, con una modalità del tutto analoga a quella utilizzata per il sistema creditizio.

Seguendo tale impostazione sembra si possa concordare con quanto sostenuto da un'autorevole letteratura in argomento²⁵, secondo cui le norme degli artt.41 e 47 Cost., vanno poste su due distinti piani senza considerare il

²² L'ordinamento bancario dell'epoca appariva finalizzato alla realizzazione di obiettivi di politica economica volti, da un lato, a contrastare la svalutazione esterna della moneta nazionale e, dall'altro, ad assicurare la stabilità del sistema creditizio, mediante un articolato sistema di controlli. Pertanto, il mercato mobiliare e quello assicurativo non erano oggetto di alcun intervento legislativo considerato che il risparmio finanziario dei soggetti privati veniva affidato allo Stato ed alle imprese, attraverso, rispettivamente, la sottoscrizione di titoli pubblici e l'apertura di depositi bancari.

²³ Il riferimento normativo va alla legge 4 giugno 1985, n.281 in materia di mercato dei valori mobiliari e disposizioni per la tutela del risparmio, cui fa seguito la legge 29 dicembre 1990, n.428 «Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee (legge comunitaria per il 1990) di recepimento della Direttiva del Consiglio 279/79/CEE».

²⁴ In particolare il legislatore comunitario individua come strumenti indispensabili a garantire la protezione dell'investitore quelle misure che consentono allo stesso di "prendere le decisioni di investimento con piena cognizione di causa" a fronte della rischiosità degli investimenti in genere, e, in particolare, degli investimenti in valori mobiliari.

²⁵ In specie, COSTI, *L'ordinamento bancario, op. ult. cit.*, 252 ss.; ID., *Lo statuto dell'impresa bancaria e le recenti vicende del sistema creditizio*, in *Banca impresa società*, 1983, 3 ss.

contenuto delle stesse, come regola ed eccezione²⁶. Cosicché, la necessità del controllo verrebbe determinata, per l'impresa bancaria, secondo principi generali fissati appunto dal c. 3 dell'art. 41 Cost. come per qualunque impresa privata volta ad espletare liberamente l'iniziativa economica.

Tra l'altro, il contenuto dell'art. 47 Cost. non riguarda i soggetti, ovvero, non disciplina le imprese che raccolgono ed erogano, quanto, piuttosto, l'esercizio dell'attività: in particolare i fenomeni del risparmio e del credito sono da considerare ipoteticamente collegati tra di loro in modo funzionale solo allorquando si ritenga che il Costituente abbia voluto imporre il controllo del credito al precipuo scopo di tutelare quell'interesse primario rappresentato dalla raccolta del risparmio²⁷.

A seguito della caduta dell'"oligopolio amministrato", ovvero, dell'"impianto interventistico" sul credito da parte dello Stato – il quale sul piano euristico, per dirla con Carriero, segna il passaggio da un sistema chiuso a un'economia di mercato aperta alla concorrenza – si fa strada una visione più europeistica dei mercati alla quale va il merito di apportare una complessa metamorfosi del concetto di banca da «*istituzione protetta*» all'affermazione di un'«*attività d'impresa*» altamente efficiente ed orientata alla concorrenza²⁸.

Tuttavia, fermo restando l'obiettivo del rafforzamento di tale principio costituzionale, residua – almeno in questa prima fase di trasformazione del concetto di “banca” e di “attività bancaria” – una certa ambiguità interpretativa dovuta ad una forzatura della legge bancaria piuttosto che ad un

²⁶ Così, se l'art. 47 Cost. rende doveroso un controllo sul credito - tanto che il riordino della disciplina bancaria e finanziaria non ha per nulla scardinato il sistema di vigilanza e gli equilibri istituzionali già in essere tra le due principali autorità di regolazione del mercato - la fonte dei vincoli imponibili all'impresa bancaria non affranca quest'ultima dalle garanzie della riserva (relative) di legge stabilite dall'art. 41 Cost.

²⁷ Una tesi largamente accettata dalla dottrina è stata quella che suggerisce, sul piano logico, l'inversione dell'ordine numerico dei due articoli. Così, PORZIO, *La disciplina giuridica dell'esercizio del credito*, Napoli, 1991, sicché per l'autore sarebbe l'art. 47 a precedere la norma dell'art. 41.

Il limite della tesi del PORZIO, secondo una posizione minoritaria, risiederebbe nella circostanza d'individuare la sola specificità dell'art. 47 nell'affermazione della *doverosità* della disciplina sull'esercizio dell'attività creditizia, posto che nell'articolo in questione non è presente una valutazione circa l'opportunità dell'intervento legislativo, il quale, invece, si riscontra chiaramente nel dettato dell'art. 41 Cost., benché rivolto verso imprecisati fini sociali.

²⁸ Sul concetto di oligopolio amministrato, cfr., CARRIERO, *Trasparenza bancaria, credito al consumo e tutela del contraente debole*, in *Foro it.*, 1992, V, 354 ss. Ancora sul punto, COSTI, *L'ordinamento bancario*, op. cit., 56 ss.

L'elemento di svolta verso il nuovo ordinamento bancario è segnato dall'emanazione del D.P.R. n.350/1985 che ha dato concreta attuazione alla prima direttiva comunitaria in materia creditizia (direttiva n.780/77/CEE).

suo adeguamento normativo alle direttive Ce, facendo leva sulla natura elastica delle disposizioni in essa contenute, con il risultato evidente di un' "amministrativizzazione" eccessiva della disciplina del settore bancario²⁹. Va aggiunto, peraltro, come i precetti contenuti nelle varie leggi comunitarie in materia siano stati accolti, nel nostro ordinamento, attraverso una "rilegificazione" parziale e soprattutto casuale, suscitando non pochi problemi di coordinamento con il tessuto normativo della citata legge del '36, cui spetta l'arduo compito di coniugare il principio di stabilità del sistema finanziario con la sua efficienza e competitività.

Questi aspetti, che potrebbero sembrare mere disquisizioni formalistiche, evidenziano, invece, le difficoltà incontrata dal legislatore nell'agire direttamente sulla concezione stessa di risparmio sotto il profilo giuridico ed economico.

Solo quando la nozione di risparmio ha finito con il risentire fortemente dei mutamenti sociali - vuoi anche per effetto dell'adesione diretta ad un modello di mercato caratterizzato da un forte livello d'innovazione finanziaria e da processi di *securitization*, responsabili del cambiamento della finanza nazionale³⁰ - che contestualmente muta la stessa concezione giuridica della 'tutela del risparmio'. Essa risulta distinta, rispetto alla vetusta legge bancaria, per finalità ed oggetto e per una concezione sicuramente globale dei mercati la quale affonda le sue radici nel dettato dell'art. 117 Cost., predisposto nell'ambito della riforma costituzionale del 2001, creando così le premesse per un più stretto rapporto dell'ordinamento interno con il diritto comunitario e quello internazionale. In particolare, attraverso la norma contenuta al c. 2, l'art. 117, lett. e), Cost., il legislatore sembra chiaramente delineare i nuovi confini previsti per l'esercizio della tutela propendendo per una dimensione

²⁹ In tal senso, va inquadrata la disciplina del Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi, caratterizzato dall'attribuzione alla Banca d'Italia di potestà mancanti di base legislativa; nonché la regolamentazione, in via amministrativa, non solo dei rapporti *banca-industria*, ma anche dell'autorizzazione all'apertura di sportelli bancari, fondata sul principio del silenzio-assenso, il quale ha convertito l'autorizzazione esplicita, *ex art. 28 l.b.*, in un silenzio reso equipollente, *quoad effectum*, alla stessa autorizzazione in parola.

³⁰ Di conseguenza, la legislazione in materia di mercati finanziari che ne è derivata si è, a sua volta, sviluppata su un concetto privatistico di tale tutela. Essa, infatti, risulta legata non tanto al risparmio, quanto ai risparmiatori trasformati, di fatto, in "investitori" per l'appartenenza ad un sistema economico-finanziario con accesso a tutte le varie tipologie di strumenti finanziari presenti sui mercati.

privatistica del fenomeno, scandita da misure volte alla protezione del risparmiatore/investitore piuttosto che del risparmio *lato sensu*³¹.

L'individuazione della portata giuridica della disciplina contenuta nei suaccennati articoli presuppone, a questo punto, un'ultima riflessione circa la distinzione sistematica dei rispettivi momenti sottesi all'attività bancaria.

La lettura congiunta degli artt.10 e 11 del T.U.B. attribuiscono indubbiamente al profilo della "pubblicità" della raccolta un rilievo sostanziale nell'identificazione della fattispecie³², ripensando in chiave economica a quel fenomeno sociale che è il risparmio. Cosicché, l'ulteriore sussistenza dell'obbligo di rimborso³³, come peraltro previsto dalle stesse direttive comunitarie in materia, si considera integrante il concetto di attività

³¹ La conferma di tale interpretazione si ravvisa nella scelta del Costituente di legare insieme, nel contesto disciplinare del c. 2, lett. e), art. 117 Cost., sia la materia della tutela del risparmio sia quella dei mercati finanziari.

Anche la giurisprudenza sembra riconoscere la necessità d'individuare, in particolare, forme giuridiche specifiche di protezione per quei risparmiatori i quali investono nei mercati finanziari e, che, per la natura di tali mercati, sono sottoposti, in modo più o meno consapevole, al rischio finanziario.

Si veda, al riguardo, la Sentenza della Corte Costituzionale n.376 del 30 dicembre 2003, che, nell'occuparsi di alcune questioni di legittimità inerenti la legge finanziaria 2002, individua nell'articolo in oggetto «in particolare la disciplina delle forme e dei modi in cui i soggetti (...) possono ottenere risorse finanziarie derivanti da emissione di titoli o contrazione di debiti».

Inoltre, si richiama la sentenza della Corte Costituzionale del 13 gennaio 2004, in *Giur. cost.*, 1, 2004, 1 ss.; *Foro amm.* CDS 2004, 61; *Giur. it.*, 2004, 2234 ss., per i profili di rilevanza macroeconomica dell'intervento statale su queste materie specifiche.

³² Una volta definita la natura della fattispecie, il T.U.B. passa a definire il carattere della disciplina, sottostante la fattispecie, stabilendo, in via di principio, la riserva di attività allorquando si afferma all'art. 10, c. 2, che l'esercizio dell'attività bancaria è *riservata* alle banche, per poi vietare, al successivo art. 11, c. 2, che soggetti "diversi" dalle banche possano effettuare attività di raccolta del risparmio tra il pubblico. I successivi c. 3 e 4 dell'art. 11 devono essere letti in chiave interpretativa dell'espressione «raccolta del risparmio tra il pubblico», in quanto il legislatore stesso non solo ne delimita l'ambito, individuando quei fenomeni di raccolta tra il pubblico i quali, per loro natura, sfuggono alla riserva di attività (c. 3, lett. a e b) - e pertanto non possono essere considerati, *stricto sensu*, attività di raccolta tra il pubblico - ma indica, inoltre, quei fenomeni di raccolta (c. 4, lett. a, b, c, d) che, per varie ragioni, vengono esonerate dal principio di riserva delle attività in favore delle banche.

³³ Attraverso siffatta disposizione il legislatore sembra prendere coscienza del fatto che non esiste un concetto univoco definitorio della raccolta del risparmio, posto come essa potrebbe anche essere ricondotta, ad esempio, in un'attività di acquisizione del capitale di rischio, ovvero, del capitale azionario. In verità, con questa enunciazione di principio, il legislatore ha inteso prendere in considerazione le sole ipotesi di acquisizione del capitale con obbligo alla restituzione.

bancaria solo in quanto la raccolta in parola risulta realizzata «tra il pubblico»³⁴.

Tuttavia, il legislatore affronta il problema della qualificazione del concetto di pubblico in termini negativi, avendo cura di specificare tassativamente tutti quei casi in cui, sulla base di limiti e criteri stabiliti dal CICR, non si è in presenza di una raccolta di risparmio tra il pubblico. Qui la norma dell'art. 11 T.U.B. si presta ad una duplice considerazione che non esclude, in via principale, lo sforzo chiarificatore compiuto dal legislatore speciale nel voler *razionalizzare* il concetto in parola.

Ciò posto, l'importanza delle suddette esclusioni non è da considerarsi di poco momento, poiché nell'affidare alla regolamentazione - mediante provvedimenti di natura amministrativa - la potestà di determinare i suddetti criteri e limitazioni, si è inteso disciplinare anche quelle forme di raccolta non strettamente collegate ad un interesse pubblicistico³⁵ ma, nondimeno, degne di tutela.

In altre parole, si è cercato di evitare che eventuali incertezze interpretative permettessero di porre in essere - al di fuori dei controlli e delle garanzie poste a tutela dei risparmiatori - forme di attività illecite³⁶.

³⁴ Su posizioni alquanto diverse, altra parte della dottrina, FERRO LUZZI - CASTALDI, *La nuova legge bancaria*, vol. I, Milano, 1996, per cui le espressioni "raccolta" e "tra il pubblico" non si prestano ad interpretazioni univoche a meno che si voglia procedere attraverso un'interpretazione «funzionale» secondo la quale si intendono le suaccennate espressioni come raccolta tra «soggetti bisognevoli di tutela da parte dell'ordinamento».

In questo senso, pertanto, le disposizioni dei c. 3 e 4 dell'art. 11 T.U.B., pur essendo ben diverse tra di loro, chiarirebbero, soprattutto con riferimento alla prima disposizione, cosa debba intendersi con l'espressione, non sempre pacifica, di «raccolta tra il pubblico», dal momento che esclude dal novero di siffatta espressione quelle ipotesi per le quali non risulta necessario prevedere una speciale tutela dei propri interessi al di là di quella civilisticamente (vizi della volontà; azione di risoluzione del contratto e risarcimento del danno) e penalisticamente (denuncia per truffa, ecc.) prevista in via generale.

³⁵ Comunque, l'approccio legislativo all'individuazione della nozione di «pubblico» non risulta esaustivo. Infatti il legislatore nell'affermare in negativo la nozione di raccolta del risparmio tra il pubblico, ovvero, specificando cosa pur costituendo una forma di raccolta del risparmio esso stesso non presenti il profilo della pubblicità, ha preferito rimettere al CICR la concreta determinazione, in via amministrativa, delle condizioni di applicazione dell'esclusione, piuttosto che consacrarli in norme aventi forza di legge.

³⁶ Ad ogni modo, l'adozione di limiti e criteri legati all'attività o alla forma giuridica dei soggetti da parte del CICR ridurrebbe, secondo alcuni autori, notevolmente i margini di discrezionalità nella valutazione delle concrete situazioni e, comunque, ricondurrebbe a condizioni di certezza giuridica forme di raccolta del risparmio, quali ad esempio quella effettuata presso soci e dipendenti, molto compatibili con l'esercizio della raccolta del risparmio da parte delle banche

2.2. (*Segue*). L'incisività della normativa speciale sull'attività di raccolta del risparmio ed esercizio del credito.

Specularmente, il Testo Unico delle banche n.385 del 1993 non sembra risolvere la questione circa la definizione di 'esercizio del credito', lasciando immutate le incertezze interpretative che lo stesso art. 1 della vecchia legge bancaria aveva posto rispetto ad una precisa formulazione del concetto di raccolta del risparmio.

A tal proposito, mentre l'art. 11 citato ha previsto una regolamentazione puntuale di questo particolare momento dell'attività bancaria (con l'individuazione dei soggetti abilitati) non vi è, di contro, una norma altrettanto espressa per quanto riguarda l'erogazione del credito. Questo diverso atteggiamento del legislatore non dev'essere interpretato come una dimenticanza, ma quale esigenza di contemperare due diverse posizioni: quella di considerare anche l'erogazione del credito quale fenomeno d'interesse pubblico, da un lato, e di acclarare la sua natura di mero fatto economico, rispetto alla raccolta del risparmio (sia pure di indole sociale), dall'altro.

Non poteva inoltre sfuggire al legislatore speciale la circostanza secondo la quale, mentre la peculiarità del fenomeno della raccolta ha consentito di predisporre delle restrizioni ben precise a siffatto esercizio (inibizione per soggetti diversi dalle banche di acquisire fondi con obbligo di rimborso presso il pubblico), l'erogazione ne è stata esente dal momento che l'indicazione di limiti stringenti avrebbe comportato il rischio di condizionare l'operatività delle banche rispetto alle società finanziarie³⁷.

Già in vigenza del precedente impianto normativo si era constatato, da parte della dottrina formatasi nel vigore della legge, come siffatta nozione non esaurisse l'intera gamma di attività potenzialmente espletate dalla banca, tant'è che si cercò di ampliare il concetto utilizzando categorie ambigue - tra cui quelle denominate attività «connesse e strumentali» o ancora riguardanti operazioni cosiddette «accessorie» - sul fondamento della duttilità del sistema bancario a rappresentare, di volta in volta, una pluralità di imprese (creditizie,

La fattispecie contemplata nella lett. *b*), c. 3, art. 11, T.U.B. si riferisce alla provvista effettuata nell'ambito di raggruppamenti societari.

³⁷ Ritornando all'espressione "esercizio del credito" resta comunque che anche nella formulazione del T.U.B. va ricavata un'interpretazione restrittiva di tale concetto, nel momento in cui si vuole definire "esercizio del credito" quelle sole operazioni per le quali la banca diventa creditrice nei confronti del prenditore del credito, a prescindere dal fatto che siffatte operazioni rientrino nel novero dei contratti definiti bancari dal codice civile.

Ancora COSTI, *L'ordinamento bancario, op. ult. cit.*, 211 ss.

finanziarie e assicurative) benché ristrette entro i vincoli operativi imposti dall'autorità di controllo³⁸.

Ciò nonostante, il legislatore bancario non ha dato una definizione precisa ed univoca del concetto di esercizio del credito e questo lo si rinviene inequivocabilmente dal combinato disposto degli artt. 1, c. 2, e 10, c. 3, del Testo Unico, rispettivamente riguardanti l'elencazione delle attività ammesse al mutuo riconoscimento e la possibilità per le banche di esercitare, oltre all'attività bancaria, ogni altra attività finanziaria. Ora il punto sarebbe quello di individuare quali tra le attività indicate all'art. 1, c. 2, T.U.B., rientrino, a rigor di logica, nella nozione di esercizio del credito, dal momento che l'elenco non fa riferimento ad alcuna di esse con tale espressione³⁹.

A prescindere da siffatte questioni esegetiche, la nozione in parola sembra svincolarsi dai criteri tipici del contratto di prestito - tradizionalmente inteso come trasferimento di una somma di denaro ad un soggetto con l'obbligo di restituzione - per ricomprendere tutti quei negozi i quali comportano un «accrescimento patrimoniale temporaneo dell'accreditato, accompagnato da un obbligo di restituzione di quest'ultimo verso l'ente accreditante»⁴⁰.

³⁸ Sul punto per una prima descrizione dei “servizi bancari” si rinvia a CARRETTA, *La gestione dei servizi bancari*, Milano, 1981, 31 ss.; BELLÌ, *I servizi bancari*, in *Tratt. Dir. priv.*, diretto da P. RESCIGNO, vol. XII, Torino, 1985, 941 ss.

³⁹ Il problema, posto in questi termini, sembra, però, circoscrivibile alle sole operazioni di leasing finanziario (n.3, c. 2, lett. f) e di rilascio di garanzie o impegni di firma (n.6, c. 2, lett. f).

Con riguardo al leasing finanziario, la stessa Cassazione, con una sentenza del 28/10/83, n.5390, aveva dichiarato che benché la stessa fosse da considerarsi una vera e propria operazione di prestito, il legislatore del T.U.B. aveva preferito inquadrarla, giustamente, come un'attività finanziaria autonoma.

⁴⁰ Così, COSTI, *L'ordinamento bancario*, op. cit., 207.

A sottolineare l'importanza fondamentale del carattere “temporaneo” dell'accrescimento, cfr. anche BRESCIA MORRA, *L'impresa bancaria. L'organizzazione e il contratto*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, diretto da P. PERLINGIERI, Napoli, 2006, 47, allorquando individua quale elemento fondamentale della fattispecie creditizia “il tempo”, in linea con la dottrina tradizionale prevalente.

Sul punto, già VIVANTE, *Tratt. dir. comm.*, I, Milano, 1928, ove riteneva che far credito significasse fornire «una prestazione (principalmente in denaro) nella fiducia di una controprestazione futura», cui adde SIMONETTO, *I contratti di credito*, Padova, 1953, 120 ss.; MESSINEO, *Caratteri giuridici comuni e classificazione dei contratti bancari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1960, I, 330 e, da ultimo, FERROLUZZI, *Attività bancaria e attività delle banche*, in AA. VV., *Il Testo Unico bancario: esperienze e prospettive*, Roma, 1996, 60 e ss., che appunto riconduce il fenomeno creditizio nello schema “denaro-tempo-denaro”.

Ancora, sul punto, MOTTI, *Commento sub art. 10*, in AA.VV., *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia. Commento al d.lgs. 1° settembre 1993*, n. 385, Bologna, 2003, 173 ss., la quale propone, invece, un approccio microeconomico, che, ricondotto poi su un piano giuridico, la porta ad individuare quale caratteristica del “credito” bancario quella di

Definiti i parametri del concetto di attività bancaria, resta tuttavia da individuare la natura imprenditoriale della stessa⁴¹.

Si noti come, spesso, venga usata la dizione “intermediazione creditizia” per definire l’esercizio dell’attività bancaria. L’espressione, per quanto esatta, non sembra caratterizzare puntualmente l’espletamento di tale attività. Ed infatti, va ricordato come la sua peculiarità consiste proprio nel creare nuova moneta - sia pure in senso economico e non giuridico -rispetto a quella raccolta attraverso i depositi ed i risparmi. In altri termini, pur essendo il denaro l’oggetto finale dell’attività bancaria è altrettanto vero che l’ente creditizio non eroga lo stesso bene raccolto: il denaro verrebbe dunque a rappresentare quel bene strutturalmente e funzionalmente diverso da quello ricevuto, il che darebbe riprova della connotazione di “impresa di produzione” piuttosto che di semplice intermediario.

Poste le premesse, è opportuno, a questo punto, fare alcune brevi annotazioni.

La ‘tutela del risparmio’, in un sistema economico così concepito, ha rappresentato per il legislatore una sfida da cogliere individuando forme giuridiche idonee a proteggere gli investitori, del tutto assenti nel pregresso contesto disciplinare. Ma soprattutto ha reso sempre più urgente superare quelle asimmetrie regolamentari che hanno permesso- nel nostro Paese come in altre realtà economiche sparse nel mondo - di sviluppare “legislazioni di favore”, atte ad attrarre capitali ed investimenti dall’estero con inevitabili effetti distorsivi delle regole della concorrenza.

La delicatezza di siffatte questioni ha fatto emergere la frammentarietà e, non di rado, l’assenza (per taluni aspetti) di norme uniformi sull’attività dei soggetti bancari e finanziari e di nicchie di protezione come nei casi emblematici dell’esercizio bancario espletato, fino a qualche anno fa, nella Città Stato del Vaticano e nella Repubblica di San Marino, anche in presenza

determinare il sorgere per la banca di una pretesa pecuniaria nei confronti del cliente, indipendentemente dalle sorti economiche di quest’ultimo.

⁴¹ Fermo restando come nell’esercitare i due momenti la banca risulti, in un certo senso, immune da ogni rischio d’impresa, vuoi perché essa è sicuramente un investitore esperto, attento a frazionare gli investimenti, vuoi perché lo stesso ordinamento predispone gli strumenti di garanzia del risparmio bancario (si pensi al già citato Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi).

Inoltre, lo stesso art. 10, c. 1, T.U.B. si preoccupa di attribuire un carattere d’impresa all’esercizio dell’attività bancaria, laddove per attività d’impresa si intende quell’attività di organizzazione e coordinamento di una serie programmatica di operazioni di raccolta e di erogazione di moneta sotto forma di capitale di credito.

di accordi organici con l'Italia a fondamento dei rapporti di 'reciproca collaborazione'⁴².

Nell'ottica del superamento di tale gap, come si avrà modo di dire, va ricondotta, l'azione del legislatore comunitario e di organismi internazionali tesa ad intervenire sulla protezione dei risparmiatori/investitori, mediante azioni "preventive" e/o "punitive" dell'operato dell'impresa di investimento - a fronte di comportamenti irregolari - ed ancora rendendo applicabili norme di trasparenza delle transazioni uguali per tutti.

3. Il contenuto del segreto bancario: dal "principio di segretezza" al sistema di cooperazione internazionale

Il tema della segretezza bancaria - inteso, secondo una consolidata accezione, come diritto/dovere dell'ente creditizio di mantenere il riserbo sugli affari con la clientela e sulle notizie (a essa relative) apprese nell'esercizio dell'attività⁴³ - ha suscitato da sempre un grande interesse nel panorama internazionale, sia per il contenuto complesso che esprime(va) - riconducibile ai differenti interessi economici alla base di ogni ordinamento e alle disuguaglianze connesse al grado di tutela accordato (per non andare molto lontano dagli ambiti geografici nazionali, si rinvia a quanto già accennato con riguardo alle regolamentazioni vaticana e sammarinese, le quali conferivano a tale segreto un grado di legittimazione esplicita attraverso

⁴² A riprova di ciò, vale la pena ricordare gli scandali finanziari (e anche politici) i quali a partire dall'"affaire Sindona" e al crac del Banco Ambrosiano hanno affollato le cronache italiane fino al 2013, anno in cui nell'esigenza di avviare opportune riforme, è stata istituita una Commissione d'inchiesta sullo IOR e un'altra Commissione, la COSEA, nominata per indagare sulle finanze del Vaticano. E' emersa una situazione di quasi totale assenza di trasparenza nei bilanci della Santa Sede causa di evidenti inefficienze dei sistemi di controllo e di conseguente difficoltà - da parte dell'ordinamento nazionale sull'onda degli accordi intrapresi - di garantire la tutela del risparmio nell'interpretazione più ampia data dell'art. 47, c. 1, della Carta Costituzionale.

Su questi particolari aspetti sia consentito il richiamo a RUSSO, *Il sistema bancario vaticano nel quadro delle disposizioni antiriciclaggio*, in *RTDE* n.3/2019, 297-355.

⁴³ Un segreto questo che pur non essendo previsto né disciplinato dal legislatore trovava comunque un suo riconoscimento giuridico da parte della dottrina e della stessa giurisprudenza, nell'art. 1 delle preleggi al codice civile, e specificatamente negli usi, quale fonte normativa del segreto bancario. Da ciò, ne scaturiva come la violazione dello stesso comportava sotto il profilo civilistico, la previsione di sanzioni, in quanto si poteva far rientrare siffatto comportamento illecito nell'ambito dell'art. 2043 c.c., il quale prevede la responsabilità delle parti di natura extracontrattuale per il danno causato, che, nella fattispecie del segreto in parola, riguarda anche il c.d. lucro cessante ovvero il danno patrimoniale arrecato alla parte lesa a seguito del comportamento illecito della banca.

specifiche norme di legge)⁴⁴ - sia soprattutto per gli effetti derivanti da un quadro legislativo che, pur globalizzato, presenta(va) forti asimmetrie sul versante della collaborazione tra gli Stati membri nel settore finanziario, in genere, e della movimentazione dei capitali, in particolare⁴⁵.

L'evoluzione e l'internazionalizzazione dei mercati dei capitali e delle regole sulla trasparenza delle operazioni bancarie e finanziarie, entrambi fattori principali del cambiamento, hanno dunque imposto una chiave di lettura diversa di tale principio, non più circoscritto alla mera ricerca delle fonti da cui esso trae(va) origine e ai limiti di applicazione dello stesso⁴⁶, ma esteso opportunamente alla necessità di realizzare sistemi di cooperazione tra i vari Paesi membri nel contrasto del *money laundering* internazionale: i fatti dell'11 settembre 2011 hanno infatti radicalmente cambiato lo scenario di riferimento accendendo i riflettori sul concetto di trasparenza e comunicazione volti a prevenire attività criminose e di stampo terroristico⁴⁷.

La percezione via via sempre più chiara – non ultima determinata dal rapido sviluppo di una fitta rete di interrelazioni e di scambi – di un “rapporto di complementarità” tra lotta al terrorismo e esigenza di monitoraggio dei flussi finanziari (trasferimento di fondi, riciclaggio di denaro sporco, etc.), ovvero tra rischio di infiltrazioni della criminalità e esigenza di tutela del

⁴⁴ La valutazione del fenomeno sotto questo profilo è fin troppo ampia.

Ci si limita ad indicare, ai fini che qui interessano, la fonte normativa sammarinese a tutela del segreto bancario; cfr., legge n.165/2005 (LISF), il cui art. 36, c. 1-4, inserito nel Tit. VII del LISF, fa espressamente riferimento al segreto bancario e ai soggetti autorizzati vincolati al suo mantenimento. Mentre il c. 5, dell'articolo in oggetto, indica due casi tassativi di inopponibilità del segreto bancario (nei confronti dell'autorità giudiziaria penale e all'autorità di vigilanza nell'esercizio delle sue funzioni).

⁴⁵ Angolazioni del problema questi che indicano come il tema della segretezza bancaria sia stato per lungo tempo al centro dell'attenzione di istituzioni comunitarie e non, nell'intento di eliminare, o almeno di attenuare fortemente una serie di riflessi giuridico-economici (legati alla soluzione di problematiche di natura penale, civile e tributaria e all'espansione economica dei Paesi attraverso la raccolta di capitali) e internazionali, riguardanti la trasparenza delle transazioni illecite o sospette e di cooperazione tra Stati.

Per una completa disamina, cfr., CAPRIGLIONE, *Etica della finanza mercato globalizzazione*, Bari, 2004, 204 ss.

⁴⁶ Cfr., RIOLO, *Il segreto bancario in Italia e in Europa*, Conferenza presso la Scuola Ufficiale Arma dei Carabinieri, Roma 12 marzo 1989.

⁴⁷ In molti ordinamenti nazionali ciò si è tradotto nell'adozione di sistemi di *policy* interna per il monitoraggio delle transazioni e impiego di misure in caso di sospetto di riciclaggio di denaro o di legami con organizzazioni criminali. Dalla necessità pratica di trovare strumenti idonei a porre in luce comportamenti sospetti di un cliente sono stati elaborati sistemi elettronici di *scoring* (*scoring system*) che fanno scattare l'allarme in presenza di transazioni caratterizzati da determinanti fattori di rischio, ai quali viene assegnato un certo valore.

sistema bancario e finanziario, ha comportato un ulteriormente affievolimento del diritto individuale al segreto bancario in ambito internazionale, a favore di impianti normativi e di strumenti di contrasto più efficaci ed adeguati. Lasciando opportunamente ampi margini di manovra all'operato di magistrature e autorità di vigilanza correttamente funzionanti⁴⁸ e a possibili valutazioni di merito in ordine all'opponibilità del segreto bancario all'autorità civile, penale e fiscale del singolo Paese: ne è emersa una realtà composita soprattutto con riguardo a situazioni di carattere civile, laddove tale "riservatezza" è stata derogata *in toto* o, in altri casi, revocata in parte in presenza di determinate disposizioni (spesso difformi) nel contesto dei vari ordinamenti; mentre in sede di indagini svolte dal magistrato penale tale segreto (come pure quello professionale) ha incontrato ulteriori eccezioni⁴⁹.

È d'uopo aggiungere inoltre come, pur non costituendo una minaccia per la sicurezza internazionale e il corretto funzionamento dei mercati, sono stati considerati comunque illeciti una vasta gamma di comportamenti i quali rinvenivano nel segreto bancario "forte" una delle principali protezioni: trattasi dei fenomeni di evasione fiscale che vanno dalla semplice sottrazione di redditi alla vera e propria frode.

In questo caso e a differenza dei reati legati al riciclaggio di denaro - i quali hanno trovato nella Comunità internazionale fin da subito incisivi sistemi di collaborazione - la diversità dei sistemi fiscali e, non ultima, la palese reticenza di alcuni ordinamenti nei confronti di un proficuo scambio di informazioni ha fatto del segreto bancario, fino a poco tempo fa, uno elemento di impenetrabilità nei conti bancari di molti cittadini⁵⁰.

⁴⁸ Una lucida analisi dell'intreccio tra fenomeni di criminalità e sistema finanziario è stata elaborata da URBANI, *Disciplina antiriciclaggio e ordinamento bancario*, in CAPRIGLIONE (a cura di), *Saggi e monografie di Diritto dell'Economia*, Padova, 2005.

Ed ancora sui rapporti tra globalizzazione e fenomeni di criminalità organizzata soprattutto in campo economico, cfr., FERRARO, *Globalizzazione, criminalità e sicurezza economica*, in *Riv. Guardia di Finanza*, 2003, 747 ss.

⁴⁹ Importante ricordare alcuni esempi di *policy* interna, adottati da molte banche a livello internazionale e diretti al monitoraggio delle transazioni, all'accettazione delle relazioni d'affari, alle misure da intraprendere in caso di sospetto di riciclaggio di denaro. Nell'ambito di tali misure vi è, da un lato, la ricerca di un equilibrio tra le aspettative delle autorità giudiziarie degli organi di polizia e, dall'altro, la tutela effettiva degli interessi economici dell'azienda.

⁵⁰ La tendenza prevalente è stata quella di non consentire deroghe, anche se l'atteggiamento delle varie legislazioni bancarie, laddove tale segreto veniva custodito, si è nettamente distinto tra autorizzazione all'accesso di notizie coperte dal segreto bancario – unicamente in relazione ad indagini di natura penale (riguardanti pure reati tributari) – e autorizzazione ad effettuare indagini di tipo amministrativo subordinate però al grado di discrezionalità o meno dell'autorità fiscale nel richiedere documenti e informazioni.

Le forti ripercussioni delle leggi di contrasto, dall'inizio degli anni '90 a seguito dell'introduzione delle norme antiriciclaggio⁵¹, ha creato le condizioni per l'affermarsi tanto del concetto di «collaborazione attiva» - in conseguenza dell'intensificarsi della lotta all'evasione fiscale e al riciclaggio di denaro - quanto del principio di «cooperazione internazionale» per il contrasto alla criminalità economica, ponendo fine alla lunga stagione delle deroghe, traducibili in vere e proprie leggi, giustificate dalla necessità di accedere alle notizie in possesso delle banche⁵².

Senonché, dall'angolo visuale dell'interpretazione evolutiva della disciplina di settore, il segreto bancario non si attegga più - in termini positivi - quale dovere comportamentale imprescindibile (sia pure in mancanza di un riscontro normativo oggettivo), ma risulta definito - in negativo - entro lo spazio normativo non occupato dalle disposizioni di legge che ne definiscono esplicitamente i limiti⁵³.

Una conferma formale della regressione del segreto bancario attiene al contenuto normativo dell'art. 7 del T.U.B., laddove l'obbligo di «riservatezza» (riconducibile al più generale segreto d'ufficio)⁵⁴ risulta ora temperato sia

Sia consentito un rinvio, a RUSSO, *Voluntary disclosures su contanti e cassette di sicurezza all'estero. Luci ed ombre di una procedura "stralciata" dalla legge di bilancio 2019*, in questa *Rivista* n.19/2019, 198 ss., laddove vengono spiegate le ragioni che hanno decretato l'"abbattimento" del segreto bancario a favore dello scambio automatico di informazioni finanziarie, quale nuovo standard globale nel contrasto del *money laundering* internazionale e nella lotta all'evasione transnazionale.

⁵¹ La legge n.197/1991 ha ribaltato i termini del rapporto "autorità settoriali-sistema finanziario" il quale, fino agli inizi degli anni '90, era caratterizzato da una forma di collaborazione basata sulle deroghe al segreto bancario.

⁵² Così, ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, op. cit., 59 e ss. Secondo l'autore, la previsione di uno scambio di informazioni tra autorità di vigilanza del mercato finanziario, nazionali ed estere, non sembra in realtà porre in essere alcuna deroga, in quanto le previsioni contenute ai c. 5-10 dell'art. 7 T.U.B. «compongono una sorta di assimilazione tra autorità di controllo tra di loro omologhe che vigilano su terreni contigui sia sotto il profilo dei mercati che sotto il profilo dei soggetti vigilati e che sono, per altro e complementare aspetto, tutte tenute ad omologhi regimi di segreto, che tutelano anche le notizie ricevute da altre autorità».

⁵³ Uno di questi nasce proprio dall'ingresso in Italia delle direttive europee (a partire dalla prima direttiva antiriciclaggio 91/308/CEE recepita quasi contestualmente con D.L. n.143/91, convertita in Legge 197/91). Esse hanno considerato in una prospettiva inedita i profili inerenti il tema trattato, facendo del segreto stesso una materia per così dire "plasmabile" i cui contenuti sono mutati con il mutare del tempo e della normativa, attraverso il nascere di nuovi istituti giuridici e nuove tutele.

⁵⁴ L'analisi non può prescindere da una comparazione tra il disposto dell'art. 7 del T.U.B. rubricante «segreto d'ufficio e collaborazione tra autorità» e la previsione del vecchio art. 10 della legge bancaria, considerato che da una siffatta lettura coordinata ne discendono alcune considerazioni.

dall'obbligo di collaborazione tra le diverse autorità nazionali - a motivo della complessità dei soggetti bancari e finanziari presenti sul mercato - sia, *a fortiori*, dalla necessità di confrontarsi con i competenti organismi europei in un'ottica comunitaria dell'attività d'intermediazione⁵⁵.

La rivoluzione regolamentare di Basilea ha poi aperto un'ulteriore breccia nella roccaforte del segreto bancario: la circolazione delle informazioni sulla meritevolezza del credito e sulla solvibilità dei soggetti finanziari costituisce un limite all'opponibilità del segreto d'ufficio tra gli operatori bancari, data anche la consolidata prassi della circolazione delle informazioni interbancarie⁵⁶.

4. Le novità apportate dalle Direttive antiriciclaggio in tema di cooperazione tra autorità

Il cambio di paradigma nel sistema delle deroghe al segreto bancario, che vale la pena qui ricordare si esauriva nella semplice adesione alle richieste di documentazione bancaria (avanzate per fini penali, fiscali ed antimafia), ha

Va precisato che il riferimento al segreto bancario nell'ambito delle norme a tutela del segreto d'ufficio, si giustifica, come pure in passato, non nell'assimilazione delle due figure, peraltro completamente diverse, quanto nel fatto che l'elemento in comune è rinvenibile nella *doverosità* da parte dei soggetti, vincolati ad un dato comportamento, a non divulgare le notizie in loro possesso. Cioè, il segreto d'ufficio può essere considerato come un obbligo nei confronti dei dipendenti della P.A. o di enti pubblici (come nel caso degli Ispettori della Banca d'Italia), mentre il segreto bancario attiene al potere-dovere dell'impresa bancaria a non divulgare notizie che sono in suo possesso, nell'ambito dell'espletamento della sua attività.

Pertanto, tale potere dev'essere ravvisato nella possibilità della banca di negare la concessione di tutte quelle notizie riguardanti il suo rapporto con la clientela in merito alla loro consistenza patrimoniale, a meno che vi sia una specifica legge ordinaria, o anche dietro espressa richiesta da parte di altri organi della P.A.

⁵⁵ Alle stesse conclusioni si perviene confrontando l'art. 78 della vecchia legge bancaria con l'art. 87, c. 5, del T.U.B. a proposito di accertamento dei crediti nella procedura di liquidazione coatta amministrativa, ove all'espressa dizione «allo scopo di tutelare il segreto bancario» viene sostituita la generica espressione «l'elenco non viene messo a disposizione» ancora presente nella formulazione attuale.

⁵⁶ Sul ruolo della Centrale dei rischi si rinvia ancora una volta a COSTI, *L'ordinamento bancario, op. ult. cit.*, 575 ss., e *ivi* per la bibliografia in argomento. L'autore, nell'evidenziare la disciplina amministrativa oggi vigente sulla base della delibera della Banca d'Italia del 29 marzo 1994, precisa come tale provvedimento abbia rimosso una precedente "ipocrisia" normativa, per cui i dati forniti all'organo di vigilanza, come quelli che essa doveva comunicare alle banche, erano soggetti all'obbligo del segreto d'ufficio, *ex art. 10 l.b.* anche le confronti degli stessi affidati. La delibera citata adotta invece un diverso approccio precisando che la Banca d'Italia, e le banche partecipanti alla Centrale dei Rischi, possono comunicare i terzi le informazioni registrate a loro nome.

dato sempre più spazio - come accennato poc' anzi - a forme di collaborazione attiva frutto di un'intensa attività normativa in materia di prevenzione dei reati di riciclaggio. Sia attraverso l'adempimento formale ad obblighi di identificazione, registrazione, conservazione di dati, controllo dei mezzi di pagamento, sia mediante l'espletamento di una vera e propria attività valutativa delle operazioni finanziarie e, allo stesso tempo, l'implementazione di specifici meccanismi di controllo e di approfondimento.

Tale ampiezza di poteri ha inevitabilmente inciso sul rapporto con la clientela: le banche sono state chiamate ad attenzionare tanto le caratteristiche personali non soltanto dei soggetti "affidati", ma anche della vasta gamma dei depositanti, assicurati, investitori - attraverso una più accurata identificazione anagrafica - quanto l'esatta percezione del profilo economico e finanziario, elementi insieme idonei a costituire un patrimonio informativo utilizzabile ai fini del contenimento del rischio, ed ancora, per un efficace controllo di gestione ed una migliore efficienza allocativa dei propri prodotti⁵⁷.

La norma prevede un'analiticità a tutto tondo nella disciplina dell'"adeguata verifica" della clientela rivolta specificamente agli operatori finanziari indicati sulla base delle modifiche apportate, ai quali è richiesta una maggiore trasparenza, attraverso il ricorso a criteri più stringenti per identificare il cliente effettivo e valutare le alee legate ad operazioni sospette.

La metodologia di riferimento per l'attuazione dell'accertamento della clientela si fonda sul c.d. 'approccio basato sul rischio' (di riciclaggio di danaro e di finanziamento di attività terroristiche). In pratica, la verifica dev'essere realizzata commisurando i pericoli associati al tipo di cliente - acquisito mediante un rapporto continuativo o il compimento di un'operazione - avendo cura che i sistemi valutativi risultino omogenei, tracciabili ed adeguati rispetto ai rischi rilevati in concreto⁵⁸.

⁵⁷ Vanno valutati, in questo senso, gli aspetti positivi e le opportunità forniti alle banche dall'antiriciclaggio. Infatti tale legge non solo ha favorito una migliore percezione all'esterno dell'immagine e dei contenuti operativi distintivi dell'ente creditizio; ma ha consentito altresì l'instaurazione tra le parti di un rapporto personalizzato, basato sulla conoscenza approfondita, sulla consulenza e sulla più accorta comprensione e soddisfacimento delle esigenze della clientela. Ciò consente, in caso di eventuali incongruenze rispetto alla normale operatività del cliente, di procedere all'eventuale segnalazione.

Così, RAZZANTE, *Il riciclaggio come rischio tipico dell'intermediazione finanziaria*, in *Diritto Bancario*, n. 2, 2008, 1-20.

⁵⁸ Da un punto di vista operativo, le banche e gli intermediari finanziari devono provvedere ad una sorta di "profilatura della clientela" sulla base delle informazioni acquisite e delle analisi effettuate a seguito dei parametri valutativi indicati dalle stesse istruzioni della Banca d'Italia⁵⁸, in modo da dimostrare alle autorità di vigilanza di settore che la portata delle misure adottate è

Sul tema dell' 'adeguata verifica' della clientela, la normativa antiriciclaggio ha stretto ulteriormente le maglie rendendo applicabili misure più complesse ogniqualvolta sussiste un elevato rischio di riciclaggio e/o finanziamento del terrorismo, derivante da specifiche previsioni normative, ovvero, dall' autonoma valutazione del destinatario stesso⁵⁹. L'adozione di siffatte misure, in caso di verifica rafforzata consiste in provvedimenti caratterizzati da maggiore profondità, estensione e frequenza, nelle diverse aree che possono andare dall' acquisizione di informazioni ulteriori rispetto ai dati identificativi ordinariamente previsti (ad esempio, possono essere acquisite ulteriori informazioni sull' esecutore e il titolare effettivo) fino a riguardare l' aumento dell' intensità e della frequenza del monitoraggio nel controllo continuo.

Strettamente connesso a tale obbligo di verifica è l'ulteriore comportamento teso a conservare i documenti, i dati e le informazioni utili a prevenire, individuare o accertare eventuali attività di riciclaggio, nel rispetto dei principi della normativa nazionale ed europea in materia di tutela e protezione dei dati personali⁶⁰.

Anche l'obbligo di segnalazione all'UIF delle operazioni sospette si incunea in questo rivalutato rapporto tra cliente e la banca superando l'ultima,

adeguata all'entità del rischio di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo, ai fini della segnalazione di operazioni sospette.

⁵⁹ I casi di misure rafforzate specificamente previsti dal decreto antiriciclaggio sono rappresentate dall'operatività a distanza (senza la presenza fisica del cliente come nel caso di *Internet Banking*); da persone politicamente esposte (soggetti residenti all'estero che abbiano rivestito cariche pubbliche); dai conti di corrispondenza con enti corrispondenti di Stati extracomunitari; nel caso di operazioni di versamento di contanti o valori provenienti da altri Stati; qualora sia inviata alla UIF la segnalazione di operazione sospetta. In quest'ultimo caso, il destinatario applica misure rafforzate almeno fino a quando la UIF comunichi di non aver dato alcun seguito alla segnalazione.

La necessità di misure di adeguata verifica si rendono necessarie altresì in relazione al ricorso a prodotti, operazioni, tecnologie che possano aumentare il rischio di riciclaggio e/o finanziamento del terrorismo (ad es. favorendo l'anonimato). Infine, secondo le istruzioni in parola anche l'utilizzo di banconote di grosso taglio (euro 500 ed euro 200) presentano un maggiore rischio di riciclaggio e/o di finanziamento del terrorismo, in quanto agevola il trasferimento di importi elevati di contante rispetto alle banconote di taglio minore, favorendo le transazioni finanziarie non tracciabili. Le istruzioni in commento ricordano, in proposito, che gli intermediari devono avvalersi degli indicatori di anomalia delle operazioni potenzialmente sospette e dei modelli e degli schemi rappresentativi di comportamenti anomali diffusi dalla UIF, ai sensi dell'art. 6 del d. lgs. 231/07.

⁶⁰ A questo fine va conservata sia copia dei documenti acquisiti in occasione dell' *adeguata verifica* della clientela sia l'originale ovvero copia avente efficacia probatoria delle scritture o delle registrazioni inerenti le operazioni.

sia pure velata, esigenza di riconducibilità ad un criterio prioritario di “riservatezza” delle informazioni.

Ovviamente il contesto da cui promanano le informazioni costituisce il *discrimen* tra riserbo e informativa: oggetto dell’obbligo segnaletico sono le informazioni possedute o acquisite dai destinatari delle norme nell’ambito dell’ordinaria attività svolta (senza che essi si facciano carico di compiti investigativi) legate esclusivamente a un giudizio puramente tecnico di valutazione degli elementi oggettivi e soggettivi che caratterizzano le operazioni individuate. Solo successivamente vengono riferite a un soggetto e valutate da un operatore qualificato, chiamato a verificarne la coerenza con il profilo finanziario del cliente al fine di individuare le possibili deviazioni; il che, in altri termini, consente di vagliare adeguatamente la propria clientela e di cogliere le illogicità o le incongruenze tra il profilo economico del cliente e le prestazioni da questo richieste⁶¹.

Va comunque ricordato, per completezza, che la segnalazione dell’operazione sospetta non costituisce una denuncia di reato e, quindi, non rappresenta una “notizia di reato”, ma una forma di collaborazione doverosa richiesta a soggetti dotati di conoscenze e competenze tecniche in grado di agevolare l’accertamento di eventuali illeciti penali. Ciò costituisce uno spunto per le indagini, in seguito al quale un atto pre-investigativo potrà trasformarsi, eventualmente, in una *notitia criminis*⁶².

Oltre all’individuazione delle situazioni di maggiore rischio che impegna sul fronte interno le autorità di settore, anche mediante l’ausilio della nuova figura dell’”Organismo di autoregolamentazione”⁶³, l’introduzione della IV

⁶¹ Sul punto, l’UIF ha precisato che i segnalanti sono chiamati a fornire un’accurata e completa rappresentazione delle operazioni e dei soggetti, qualificando altresì in modo puntuale i motivi del sospetto.

Cfr., Provvedimento UIF del 4 maggio 2011.

⁶² Talvolta, la segnalazione di operazione sospetta esaminata dall’UIF, e trasmessa agli organi investigativi, potrebbe anche costituire un elemento di valutazione idoneo a far scattare l’avvio di un procedimento penale nei confronti del soggetto segnalato. Quest’ultimo non potrà peraltro avanzare alcuna pretesa risarcitoria nei confronti del segnalante, il quale ha adempiuto in buona fede il dovere di collaborazione previsto dalla disciplina antiriciclaggio. Infatti, l’art. 41, c. 6, del novellato d. lgs. n.231/2007 stabilisce che «le segnalazioni di operazioni sospette [...] se poste in essere per le finalità previste e in buona fede, non comportano responsabilità di alcun tipo».

⁶³ Cfr., art. 3 della IV Direttiva antiriciclaggio che lo descrive come «un organo che rappresenta i membri di una professione e svolge un ruolo nella loro regolamentazione, nell’espletamento di alcune funzioni a carattere di controllo o di vigilanza e nel garantire il rispetto delle norme che lo riguardano».

Direttiva antiriciclaggio⁶⁴ ha dato una maggiore vigenza al principio di cooperazione - già posto a deroga di quel segreto d'ufficio sancito dall'art. 7 T.U.B. - tra le autorità investigative dei diversi Paesi. Lo scopo nella nuova disciplina è aggiornare le normative nazionali degli Stati membri ai più avanzati standard internazionali e conseguire la piena efficacia della regolazione antiriciclaggio fornendo ai singoli sistemi ordinamentali adeguati strumenti di lotta alla criminalità finanziaria⁶⁵.

In tema di cooperazione internazionale la IV Direttiva dispone che, in deroga all'obbligo del segreto ufficio, la UIF può scambiare informazioni e collaborare con analoghe autorità degli altri Stati preposte all'esercizio delle medesime funzioni⁶⁶, a condizione di reciprocità anche per quanto riguarda la "riservatezza" delle informazioni, potendo a tal fine stipulare protocolli d'intesa: oggetto di scambio saranno le informazioni finanziarie tra cui i saldi dei conti, gli interessi, i dividendi e i ricavi derivanti dalla vendita dei beni⁶⁷.

Nell'ultimo decennio, il continuo avanzamento tecnologico ha favorito - a motivo non solo delle pesanti inefficienze, dovute all'accennata asimmetria legislativa tra i Paesi, ma anche e soprattutto, a causa di tecniche di anonimato nell'uso dei prodotti finanziari divenute sempre più sofisticate⁶⁸ - un contesto nel quale le organizzazioni criminali hanno potuto sfruttare le cosiddette "aree

⁶⁴ Cfr., Direttiva Ue 2015/849 del Parlamento europeo, recepita in Italia con d.lgs. n.90/2017 ed entrata in vigore il 4 luglio 2017.

⁶⁵ Non vi è dubbio come una tale ampiezza di scopi abbia richiesto un' incisiva attività di revisione e integrazione della materia per il superamento di tutte quelle faglie nei sistemi di protezione dei singoli Paesi, responsabili del mancato o scarso tracciamento dei flussi di denaro, che sempre più velocemente si muovono tra i confini nazionali.

⁶⁶ La cornice normativa internazionale è costituita oltre che da una articolata gerarchia di fonti - rappresentata da convenzioni internazionali e norme europee - anche dal coinvolgimento di organismi di natura governativa e tecnica che a livello internazionale sono parti attive nella prevenzione e nel contrasto del riciclaggio del finanziamento del terrorismo. Si pensi al GAFI, al Gruppo Egmont, al Moneyval, nonché al Comitato antiriciclaggio dell'Unione Europea.

⁶⁷ Con riferimento ad ogni *reportable account*, i Paesi aderenti si impegnano a scambiare, in via automatica su base annuale, le informazioni concernenti i dati identificativi del titolare del conto, il suo saldo (o valore corrente), il numero identificativo della relazione bancaria e i dati identificativi dell'istituto finanziario.

⁶⁸ L'esigenza di incrementare il sistema di tutele in ambito finanziario contro il riciclaggio ed il finanziamento del terrorismo si era fatto sempre più stringente con il ripetersi di numerosi attacchi terroristici. La circostanza aveva così spinto la Commissione europea, nel dicembre 2015, ad adottare tale proposta di direttiva oltre ad un piano di azione per rafforzare la lotta contro il finanziamento del terrorismo. L'idea che è alla base della proposta di direttiva è utilizzare i flussi finanziari per seguire le tracce dei terroristi ed impedire agli stessi di trasferire altri fondi ed altri beni.

Cfr., Gazzetta Ufficiale Unione Europea C202/2016, Art. 288, disponibile all'indirizzo <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex:12016E288>

grigie” dei vari sistemi legali e regolamentari, utilizzando per finalità criminali strumenti perfettamente leciti in origine come le monete elettroniche e virtuali⁶⁹.

Si è dato pertanto avvio, con la V Direttiva antiriciclaggio 2018/843, ad un processo di revisione dei meccanismi di contrasto alle attività criminali e terroristiche in chiave moderna, con un approccio comprensivo teso soprattutto ad estendere l’ambito di applicazione della segnalazione e del contrasto del fenomeno del riciclaggio anche ai prestatori di servizi di scambio e di portafoglio digitale, prima del tutto esenti da tali obblighi.

La Direttiva, nel superare i limiti operativi della precedente regolazione, mette in campo un’opera di revisione delle misure volte a garantire la trasparenza delle operazioni finanziarie. Potenziando, a tal fine, le capacità delle singole UIF nazionali⁷⁰ nell’ottenere informazioni idonee ad associare gli indirizzi delle valute virtuali all’identità del legittimo proprietario⁷¹, considerata l’ampia diffusione delle stesse quali strumenti finanziari alternativi con cui gruppi terroristici finanziano e gestiscono i flussi di denaro e di beni dentro e fuori l’UE.

Restano tuttavia ancora presenti non solo significative differenze tra le varie unità europee in termini di funzioni, competenze e poteri - che tendono a limitare una comunicazione fattiva ed un vero scambio di informazioni - ma anche una congerie di norme nazionali, le quali disciplinano in modo diverso l’applicazione della direttiva e i singoli reati presupposto.

Spetterà dunque ai singoli Stati uniformarsi quanto più possibile ai principi sanciti dal legislatore comunitario allo scopo di dotare ciascun ordinamento di una regolazione sistematizzata e, quindi, più coordinata ed efficace in relazione alle indagini finanziarie⁷².

⁶⁹ L’argomento è stato esaurientemente trattato da URBANI, *La disciplina antiriciclaggio alla prova del processo di digitalizzazione dei pagamenti*, in RUSSO (a cura di), *L’evoluzione dei sistemi e dei servizi di pagamento nell’era del digitale*, Atti del Convegno nazionale in ricordo del prof. Giuseppe Restuccia, Padova, 2019, 71-87.

⁷⁰ Sul nuovo ruolo delle UIF nell’ambito della V Direttiva antiriciclaggio, si rimanda all’indirizzo web https://uif.bancaditalia.it/pubblicazioni/quaderni/2018/quaderni-1-2018/Quaderno_I_2018.pdf

⁷¹ Sull’utilizzo anomalo di valute virtuali, si veda BANCA D’ITALIA - Unità d’Informazione Finanziaria (UIF), *Bollettino di Vigilanza n.1 del 30 gennaio 2015*.

Ancora in dottrina, LA ROCCA, *La prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo nelle nuove forme di pagamento. Focus sulle valute virtuali*, in *Analisi Giuridica dell’economia*, 2015, issue 1, 201 ss.; CAPACCIOLI, *Riciclaggio, antiriciclaggio e bitcoin*, in *Il fisco*, n.46/2014, 4562 e ss.; PASSERELLI, *Bitcoin e antiriciclaggio* in <https://www.sicurezza nazionale.gov.it>

⁷² Una UIF, pur in siffatto contesto, non dovrebbe astenersi o rifiutare lo scambio di

Una finalità questa la quale non può non identificarsi, in ultima analisi, con quell'ulteriore interesse che è la 'tutela del risparmio' visto nell'accezione più ampia attribuita dal nostro Costituente come valore "economicamente" e "socialmente" rilevante e traducibile nella necessità di difendere non tanto il binomio risparmio-credito *tout court*, di cui all'art. 47 Cost., quanto l'elemento in cui esso si traduce – ovvero la liquidità monetaria⁷³ – che acquista, nell'ottica fin qui esaminata, un'accentuata specificità rispetto a quella riguardante l'"attività economica" in generale anche, e non ultimo, per le sue ricadute sulla disciplina della prevenzione e contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo.

informazioni spontaneo o su richiesta con un'altra unità per ragioni quali una mancata identificazione di un reato presupposto associato, le caratteristiche del diritto penale nazionale, le differenze tra definizioni (di reati presupposto associati) o l'assenza di un riferimento (a determinati reati presupposto associati).

⁷³ Sul punto, NIGRO - GHEZZI - MERUSI, *Rapporti economici*, t. III, in *Commentario della Costituzione* diretto da G. BRANCA, *op. cit.*, 154 ss., nel sottolineare come «l'art. 47 abbia inteso, infatti, disciplinare congiuntamente sia il risparmio che, correlato al credito, entra a far parte della liquidità monetaria, sia il risparmio che non rifluisce nella liquidità [...] del quale vengono poi favorite, nel secondo comma, alcune particolari destinazioni, considerate socialmente rilevanti».