

[14] Cfr. Devoto - Oli, *Vocabolario della lingua italiana*, ed. 2008.

[15] D. Perrone, *Art. 1, Nuovi sviluppi nella lotta alla "violenza domestica": ipotesi circostanziali e modulazione della pena*, in *Legisl. pen.*, 2014, p. 48 ss. Sul punto, di recente, cfr. Cass. pen., Sez. III, n. 45403/2016, in *questa Rivista*, con nota di M. Cortinovis, [*Violenza in famiglia: anche chi "assiste" è persona offesa dal reato e legittimata a costituirsi parte civile*](#), 7 dicembre 2016.

[16] P. Panarello, *Maltrattamenti contro familiari e conviventi*, in Garogano - Conz - Levita (a cura di), *Femminicidio. Commento organico al D.L. 14 agosto 2013, n. 93, convertito dalla L. 15 ottobre 2013, n. 119, in materia di sicurezza e di contrasto alla violenza di genere*, Roma, 2013, p. 67 ss.

[17] Cass. pen., Sez. Un., n. 40354/2013, cit. In dottrina, v. D. Pulitanò, *Circostanze del reato. Problemi e prospettive*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, 2010, p. 714 s.; A. Spina, *Accidentalità delicti? Le circostanze nella struttura del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pp. 655 ss. Sul punto, cfr., in senso critico, G. Amarelli, *Il furto aggravato dal mezzo fraudolento: tra offensività e tipicità rinasce il furto semplice?*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 813 ss.

* * * * *

Chiaroscuri della Cassazione in tema di abusivismo bancario e finanziario

[*Cass., Sez. V, sent. 16 dicembre 2016 \(dep. 11 aprile 2017\), n. 18317.*](#)
[*Pres. Settembre, Rel. Riccardi, Ricc. Kienesberger ed altri*](#)

di Enrico Basile

1. La disposizione incriminatrice di cui all'art. 132 d. lgs. n. 385/1993 (TUB) costituisce paradigma di una tecnica di tutela sovente impiegata nella regolazione dell'economia: la comminatoria penale si rivolge infatti a **chi esercita abusivamente attività bancaria o finanziaria**, così da preservare *in via immediata* le **funzioni dell'autorità di vigilanza del settore** (Banca d'Italia) e, *in via mediata*, interessi superindividuali di rango anche costituzionale (l'**economia pubblica** e il **risparmio** contemplato dagli artt. 47 e 117 della Carta fondamentale) [sulle peculiarità del bene giuridico *in subiecta materia v.*, per tutti, A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, 265 ss.; in giurisprudenza, da ultimo, Cass. pen., sez. V, 3.2.2015 -dep. 3.7.2015-, n. 28157, pres. Marasca, rel. Guardiano, imp. Lande, in *Cass. pen.*, 2017, 306 ss., con nota di A. Pantanella, *Il bene giuridico nel reato di esercizio abusivo di intermediazione finanziaria*].

Nella sentenza qui commentata la Cassazione si sofferma sui profili della **destinazione al pubblico** e della **professionalità** di condotte penalmente rilevanti consistite nella prestazione di **fideiussioni a titolo gratuito**.

2. I fatti alla base della pronuncia in esame possono essere brevemente riassunti come segue.

Una *Stiftung* di diritto del Liechtenstein, con sede amministrativa in Alto Adige, fornisce **garanzie per l'erogazione di finanziamenti bancari** ad appartenenti alle minoranze linguistiche tedesca e ladina (in prevalenza agricoltori) e le relative fideiussioni sono prestate **gratuitamente**.

Agli esponenti della richiamata fondazione è quindi contestato il delitto previsto dall'art. 132 TUB, sul presupposto che tale ente esercitasse **abusiva attività finanziaria destinata al pubblico**, in **mancanza di autorizzazione** da parte di Banca d'Italia e di **registrazione** ex art. 112 TUB.

In primo grado gli imputati sono assolti per insussistenza del fatto, mentre in appello si afferma la penale responsabilità dei medesimi, che ricorrono per cassazione avverso la decisione di seconde cure.

3. La parte motiva della sentenza prende le mosse dalla puntuale **esegesi del dato normativo**: il fuoco dell'incriminazione *ex art. 132 TUB* risulta invero concentrato sull'esercizio "**nei confronti del pubblico**" di "**attività finanziarie**" ed è pertanto operata una partita disamina di tali requisiti. La Cassazione rileva comunque, preliminarmente, che il **rinvio** operato dalla disposizione incriminatrice *de qua* alla disciplina contenuta nell'art. **106 TUB** non delinea in modo compiuto il fatto tipico, posto che quest'ultima disposizione, al comma 3, demanda a un **decreto ministeriale** l'individuazione delle attività finanziarie 'riservate' (agli iscritti all'albo tenuto da Banca d'Italia), nonché la definizione del carattere di 'pubblicità' (*id est*: l'esercizio nei confronti del pubblico). Si è al cospetto, secondo i giudici di legittimità, di una **norma penale in bianco**, che necessita di eterointegrazione ad opera di fonti secondarie affinché siano tratteggiati in dettaglio gli elementi della condotta vietata.

4. Agevole è, per la Corte regolatrice, venire a capo della questione classificatoria immediatamente rilevante nel caso sottoposte: i provvedimenti *sub*-legislativi in materia creditizia includono infatti la "**prestazione di garanzie**" *lato sensu* – ivi compreso il rilascio di **fideiussioni** – tra le attività per le quali, se esercitate verso il pubblico, è richiesta l'**iscrizione all'albo degli intermediari finanziari**.

Tale inequivoca opzione normativa ha trovato costante conferma nei **decreti ministeriali** che si sono succeduti a partire dall'entrata in vigore del TUB (cfr. dd.mm. Tesoro/Economia-Finanze 6.7.1994, 17.2.2009 n. 29 e, da ultimo, 2.4.2015 n. 53), come pure nella **giurisprudenza penale** di legittimità sulla fattispecie di abusiva attività bancaria e finanziaria (v., di recente, Cass. pen., sez. V, 7.10.2011 -dep. 28.12.2011-, n. 48537, pres. Oldi, rel. Vessichelli, imp. Ceresa, in *CED Cass.*, rv. 251539).

5. Maggiormente articolata l'analisi del requisito normativo concernente la **destinazione al pubblico**, dal momento che – in base alla richiamata disciplina *sub*-primaria – non basta che l'attività sia rivolta a una **cerchia (più o meno ampia) di soggetti**, ma risulta altresì indispensabile la **natura professionale** della stessa.

Sotto il primo profilo non si pongono particolari dubbi interpretativi: la Cassazione richiama al riguardo un **consolidato orientamento giurisprudenziale**, secondo cui l'attività finanziaria è esercitata **nei confronti del pubblico** anche quando in concreto sia indirizzata a un ristretto novero di destinatari, ma possa nondimeno essere prestata a beneficio di una platea potenzialmente illimitata, dovendosi intendere la nozione in esame "***in senso non quantitativo, ma qualitativo come rivolta ad un numero non determinato di soggetti***" (così Cass. pen., sez. V, 16.9.2009 -dep. 19.1.2010-, n. 2404, pres. Ambrosini, est. Pizzuti, imp. Sganga, in *CED Cass.*, rv. 245832).

Non altrettanto semplice è descrivere il connotato di **professionalità** della condotta penalmente rilevante: se per certo la nozione in esame allude all'**organizzazione** quale tratto qualificante, potrebbe ritenersi al contempo indispensabile che l'attività abbia **natura economica** (intesa come obiettivo di pareggio tra costi e ricavi), se non vero e proprio **scopo di lucro**.

Il fulcro delle doglianze formulate dai ricorrenti nel caso deciso dalla sentenza qui commentata atteneva proprio alla **carenza del carattere di economicità** dell'operato della *Stiftung*, che – come detto – offriva fideiussioni a **titolo gratuito**, sicché la mancanza di corrispettivo per tale servizio avrebbe smentito *in re ipsa* il perseguimento di un equilibrio tra le entrate e le uscite, consentendo in ultima analisi di **escludere la natura professionale** di quella specifica attività di prestazione di garanzie.



5/2017

La Suprema Corte **respinge la tesi per la quale l'economicità costituirebbe corollario indefettibile della professionalità**, sulla scorta di tre ordini di considerazioni.

In primis, si osserva che il requisito in esame (come pure lo scopo di lucro) ha carattere contingente e **non risulta imprescindibile** per le attività professionali, né – a ben vedere – per quelle imprenditoriali, atteso che persino alcune categorie di imprese (ad esempio *pubbliche, mutualistiche* o *sociali*) non operano in base a criteri di economicità e la stessa **legislazione bancaria** contempla attività “*senza fini di lucro*” (cfr. art. 111 TUB). Nella prospettiva così delineata è richiamato l'**orientamento giurisprudenziale** che ravvisa i connotati salienti della **professionalità nel carattere continuativo** (*id est*: **non saltuario**) e **organizzato**, senza attribuire alcun rilievo a obiettivi economico-lucrativi.

In secondo luogo, da un punto di vista sistematico, è posta in risalto la circostanza che il **carattere gratuito** di una determinata prestazione **non presuppone** invariabilmente la **liberalità** della stessa, che anche in ottica civilistica ben può rispondere a un **interesse, giuridicamente apprezzabile, diverso dall'immediato scopo di lucro** (per esempio, ricorda la Cassazione, nel caso di un giovane artista che esegua una prestazione gratis, così da ottenere un '*ritorno pubblicitario*', oppure – come nella vicenda scrutinata dai giudici di legittimità – qualora un ente persegua un interesse '*mutualistico*' in senso lato, attraverso attività a beneficio di appartenenti a minoranze linguistiche).

Infine, con specifico riferimento alla fattispecie prevista dall'art. 132 TUB, la **struttura di reato di pericolo (astratto) eventualmente abituale** e la **natura strumentale del bene giuridico protetto** (*id est* le attribuzioni di controllo preventivo e di vigilanza in capo a Banca d'Italia) depongono nel senso di rendere **irrilevante l'economicità** delle attività svolte nel settore bancario e finanziario. Chiudendo il descritto ragionamento 'funzionalista', si afferma peraltro che l'assenza di finalità lucrative potrebbe, seguendo l'interpretazione del requisito di professionalità contestata dalla Cassazione, divenire un comodo '*paravento*' dietro il quale nascondere illeciti economici di ogni tipo (o finanche il riciclaggio), evitando di essere sottoposti all'autorità di vigilanza del settore.

6. Ulteriore tematica affrontata criticamente dagli imputati concerneva l'**elemento soggettivo** del delitto ascrittogli e, in particolare, l'inconfigurabilità del dolo per **carezza di rappresentazione dell'illiceità** delle rispettive condotte, soprattutto in ragione dell'*affidamento* da loro riposto nella legittimità dell'operato della *Stiftung*.

La Suprema Corte rigetta anche il motivo di gravame testé sintetizzato, sul rilievo che non sarebbe stato dedotto un **error facti** (cui consegue l'applicabilità dell'**art. 47 c.p.**), bensì un **error juris sul precetto**, in quanto tale **non scusabile** in mancanza del contestuale requisito di **inevitabilità** (ai sensi dell'**art. 5 c.p.**, come interpolato dalla Consulta attraverso la **sentenza n. 364/1988**, espressione di una *Schuldtheorie* costituzionalmente orientata).

7. La Cassazione – giudicando altresì inammissibili e/o manifestamente infondate le critiche concernenti l'ipotizzato concorso di persone (poiché questioni di fatto insuscettibili di differente apprezzamento nel grado di legittimità) – **conferma** pertanto la **responsabilità penale** in relazione al delitto *ex art. 132 TUB* di tutti i ricorrenti, esclusi quelli interessati da cause estintive del reato quali la morte del reo o la prescrizione.

8. La sentenza appare senza dubbio degna di nota in quanto affronta e risolve talune **problematiche peculiari** (in particolare la riconducibilità di **prestazioni gratuite** al concetto di

attività professionale in ambito bancario e finanziario), con una trama argomentativa condivisibile e pregevole perché dotata di ampio respiro sistematico. Non mancano, tuttavia, alcuni **elementi di criticità** nel *decisum*, sia con riguardo alle questioni trattate in modo espresso, sia per ciò che concerne aspetti cursoriamente menzionati come *obiter dicta*. Le sintetiche considerazioni che seguono saranno circoscritte a due tematiche: *i*) la potenziale configurabilità di un **errore su legge extra-penale** nella fattispecie in esame; *ii*) la **natura (eventualmente) abituale** del reato previsto dall'art. 132 TUB.

9. La disciplina dell'“*errore su una legge diversa dalla legge penale*” ex art. 47, co. 3, c.p. esclude la punibilità (*rectius*, il dolo) allorché si traduca in errore sul fatto costituente reato: si tratta, come noto, di un istituto di parte generale assai controverso e caratterizzato da notevoli **discrasie tra le interpretazioni** garantiste della dottrina e le tesi rigoristiche della Suprema Corte.

Le **previsioni incriminatrici in ambito economico** costituiscono terreno fertile per situazioni di **errore su legge extra-penale**, essendo il più delle volte strutturate con rinvii alla legislazione di settore (spesso contenente essa stessa una ‘coda’ sanzionatoria penalistica, che reprime la violazione di precetti stabiliti in altre parti del medesimo apparato normativo). L'art. 132 TUB è un emblematico esempio di fattispecie costruita in chiave di violazione delle regole poste dalla stessa disciplina bancaria, a propria volta ‘integrata’ da fonti *sub-primarie*, tanto che la Cassazione – ivi compresa la sentenza qui commentata – la considera **norma penale in bianco** [rispetto alla quale, secondo un'opinione autorevolmente sostenuta, non si frapporterebbero ostacoli insormontabili per la configurabilità dell'*error facti*: v. M. Romano, (*sub*) Art. 47, in Id., *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, 3a ed., Milano, 2004, 265; F. Palazzo, *L'errore sulla legge extrapenale*, Milano, 1974, 215 ss.; A. Pagliaro, *Principi di diritto penale, Parte generale*, 8a ed., Milano, 2003, 430. *Contra* D. Pulitanò, *Diritto penale*, 6a ed., Torino, 2015, 337].

Ci si può dunque domandare se l'**errore su un elemento della disciplina bancaria** sia sempre da considerare come **errore sul precetto penale** (regolato dall'art. 5 c.p.), ovvero sia ammissibile ritenerlo un **errore (di diritto) sul fatto** (cui applicare la più favorevole disposizione dell'art. 47, comma 3, c.p.).

La **giurisprudenza risponde in termini tendenzialmente negativi** al quesito appena formulato e la decisione in esame – pur rivelando spiccata sensibilità alla dimensione costituzionale della colpevolezza (plasmata dal Giudice delle leggi con le sentenze del 1988) – non si discosta dall'orientamento dominante, che opera una distinzione tra norme *extra-penali* ‘integratrici’ o ‘non integratrici’ del precetto, salvo poi ricondurre pressoché tutti i casi alla prima categoria per ragioni politico-criminali, così operando un'*interpretatio abrogans* dell'art. 47, comma 3, c.p. [in questi termini G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale, Parte generale*, 7a ed., Bologna, 2014, 395].

Iniziano per la verità a intravedersi timidi segnali di un'**auspicabile inversione di tendenza** giurisprudenziale: in una peculiare fattispecie, nella quale veniva in rilievo la *Kulturnorm* connessa alla circoncisione ‘rituale’, si è per esempio affermato che “*il giudizio di rimproverabilità del soggetto agente deve necessariamente estendersi alla valutazione del processo formativo della sua volontà (...). Tale principio opera anche con riferimento alla norma extra-penale che va ad incorporarsi nella fattispecie penale, in quanto la prima diventa anch'essa penale ai fini della disciplina dell'ignorantia legis, con l'effetto che l'errore – se scusabile – deve essere apprezzato come fattore di esclusione della colpevolezza, e ciò proprio in forza del disposto dell'art. 5 cod. pen., nel testo risultante dall'intervento del Giudice delle leggi, ed a superamento della previsione di cui all'art. 47 c.p., comma 3, che attiene più propriamente all'errore sulla norma extrapenale priva di funzione integratrice di quella penale*” [così [Cass. pen., sez. VI, 22.6.2011 -dep. 24.11.2011-](#), pres. Agrò, est. Milo, in questa Rivista, 22.3.2012, con nota di V. Pusateri, [La circoncisione maschile cd. rituale non integra – se eseguita per motivi culturali che](#)



5/2017

determinano l'ignoranza inevitabile della legge penale – il reato di esercizio abusivo della professione medica].

Il **diritto penale dell'economia** rimane tuttavia impermeabile a simili 'aperture' sull'errore negativo del dolo e la pronuncia in commento, pur apprezzabile sotto molteplici profili, conferma la denunciata **attitudine conservatrice**.

Con specifico riguardo all'art. 132 TUB si potrebbe invero **negarne la natura di norma penale in bianco** e ritenere che l'eterointegrazione 'di secondo grado' (operata per il tramite dell'art. 106 TUB e dei decreti ministeriali ivi richiamati) costituisca mera **specificazione tecnica** di elementi normativi del fatto-reato di abusivismo bancario e finanziario, sicché l'eventuale erronea interpretazione della disciplina in materia creditizia dovrebbe qualificarsi come errore di fatto su elementi normativi giuridici, al quale applicare l'ultimo comma dell'art. 47 c.p. [in questo senso v. D. Pulitanò, *Diritto penale*, cit., 339].

D'altra parte, il medesimo risultato si potrebbe raggiungere seguendo l'orientamento dottrinale che ammette l'errore di diritto sul fatto anche in relazione alle norme penali in bianco, purché queste ultime contengano un **precetto generico ma sufficientemente determinato**, il che è quanto si verifica a proposito dell'art. 132 TUB, il cui contenuto non dipende integralmente dalle disposizioni *extra*-penali alle quali fa rinvio [per tale prospettiva cfr. M. Romano, *op. loc. cit.*].

10. In un *obiter dictum* – non essendo la questione rilevante ai fini della decisione – la sentenza qui commentata si schiera a favore di un orientamento diffuso nella giurisprudenza di merito e di recente sostenuto anche in sede di legittimità, che qualifica il delitto **ex art. 132 TUB** come *“eventualmente abituale, (...) strutturato in una condotta unica della quale la ripetizione di una o più delle attività previste dall'art. 106 TUB costituisce requisito essenziale”* [Cass. pen., sez. V, 12.11.2009 -dep. 26.2.2010-, n. 7986, pres. Nappi, est. Bevere, imp. Gallo, in *CED Cass.*, rv. 246148].

La richiamata tesi si contrappone in effetti ad altra posizione giurisprudenziale, secondo cui **l'abusiva attività finanziaria è integrata con “l'erogazione anche di un solo finanziamento in violazione dell'obbligo di iscrizione negli elenchi di cui agli artt. 106 e 113 [TUB], non essendo richiesta una stabile organizzazione né una specifica professionalità”** [in questi termini, da ultimo, Cass. pen., sez. II, 10.6.2009 -dep. 16.7.2009-, n. 29500, pres. Esposito, rel. Rago, imp. Russo, in *CED Cass.*, rv. 244436].

Esiste peraltro una **tesi ancora diversa**, di recente emersa in Cassazione a proposito della **fattispecie affine di abusivo esercizio di attività di intermediazione finanziaria (art. 166 d. lgs. n. 58/1998)**, considerata suscettibile di integrare un **reato istantaneo “eventualmente permanente, (...) [la cui consumazione] si protrae per tutto il tempo in cui vengono posti in essere dal soggetto privo della necessaria legittimazione atti tipici della funzione di intermediazione finanziaria”** [così Cass. pen., sez. V, sent. n. 28157/2015, cit.; conforme, circa le ipotesi simili contenute nel TUB, G. Losappio, *Abusivismo bancario e finanziario (Artt. 130-132)*, in *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di C. Costa, t. II, Torino, 2013, 1620].

Non essendo qui possibile ripercorrere il dibattito – eminentemente dottrinario – sulle menzionate categorie di illecito penale, occorre nondimeno ricordare che l'attribuzione dell'una o dell'altra 'etichetta' dogmatica riveste considerevole **importanza pratica** per l'individuazione del **momento consumativo**, come pure allo scopo di stabilire se, a fronte di condotte reiterate, il **reato sia unico ovvero plurimo**.

Il carattere '**professionale**' (e, in minor misura, la stessa destinazione al pubblico) dell'abusivismo bancario e finanziario – ribadito anche dalla pronuncia in commento – rende senza dubbio preferibile l'inquadramento della fattispecie come **reato abituale**, benché in tale prospettiva rimanga controversa la sorte penalistica di una **condotta episodica** rientrante tra le attività 'riservate' ai sensi del TUB: accedendo alla tesi dell'**abitualità in senso proprio** si dovrebbe



5/2017

ritenere che solo la **ripetizione nel tempo** del comportamento integri l'offesa (sotto forma di messa in pericolo degli interessi protetti), mentre nell'ottica del **reato eventualmente abituale** anche il **singolo episodio** sarebbe dotato di rilevanza penale e la susseguente unificazione avrebbe la precipua finalità di mitigare il trattamento sanzionatorio (che in caso di concorso di reati risulterebbe più aspro, sia pure applicando il meccanismo della continuazione *ex art. 81, cpv., c.p.*) [in dottrina v., anche per ulteriori riferimenti, M. Petrone, (*voce*) *Reato abituale*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1996, vol. XI, 188 ss.].

Il **raffronto** dell'**art. 132 TUB** con una fattispecie strutturalmente analoga quale quella *ex art. 348 c.p.* risulta senz'altro utile in chiave classificatoria: l'**esercizio abusivo della professione** contemplato dal codice penale è considerato dalla maggioranza degli interpreti **reato eventualmente abituale**, sicché, alla luce del tenore letterale della disposizione, potrebbe giungersi alla medesima conclusione per l'abusivismo bancario e finanziario, così da assecondare istanze politico-criminali per le quali arretrare la soglia di rilevanza penale *in subiecta materia* consentirebbe una più efficace tutela dei beni giuridici in gioco e limiterebbe la progressione verso forme di criminalità organizzata.

A ben vedere, tuttavia, le due ipotesi possono ritenersi **differenziate** in quanto il compimento di un **singolo atto professionale** (ad esempio la partecipazione a un interrogatorio di garanzia in veste di avvocato da parte di soggetto non iscritto all'albo) costituisce **comportamento illegittimo** indipendentemente dalla comminatoria penale contenuta nell'art. 348 c.p., laddove l'**erogazione di un mutuo** (purché con interessi non eccedenti i tassi usurari) o la **prestazione di garanzie** (come il rilascio di fideiussioni) sono **consentite ai privati**, posto che ai sensi dell'**art. 132 TUB** l'illiceità deriva – in via esclusiva – dalla **reiterazione nel tempo, in forma organizzata e verso il pubblico**, delle condotte proscritte.

Neppure risulterebbe appagante adottare una **prospettiva 'organizzatoria'**, ritenendo cioè che la fattispecie di abusivismo bancario miri a reprimere (anche) la **creazione di una struttura a ciò finalizzata**: ragionando in questi termini la realizzazione del **primo episodio** degraderebbe infatti a **condizione obiettiva di punibilità**, senza contare che anche la descritta condotta preparatoria non appare di per sé illecita.

Sembra pertanto preferibile concludere per la **natura di reato abituale 'proprio' dell'abusivismo bancario e finanziario** e richiedere dunque, per poterlo ritenere integrato, la prova di una **pluralità** di condotte ricomprese tra quelle 'riservate', da valutare poi – a fini sanzionatori – come un'*unica* violazione della legge penale.

* * * * *

La Suprema Corte sulla valutazione della perdurante pericolosità del proposto in tema di misure di prevenzione personali

Cass., Sez. I, sent. 24 gennaio 2017 (dep. 26 aprile 2017), n. 19657.

Pres. Vecchio, Rel. Centonze, Ric. Palermo

di Simone Risoli

1. Con la pronuncia qui segnalata la Corte di cassazione interviene "a valle" della sent. n. 291/2013 della Corte costituzionale (pubblicata in *questa Rivista*, 9 dicembre 2013, con nota di