UNIVERSITA' DEGLI STUDI "ROMA TRE"

Scuola Dottorale Tullio Ascarelli

Sezione diritto amministrativo – XXV ciclo -

Anno Accademico 2012 - 2013

TESI DOTTORALE IN DIRITTO AMMINISTRATIVO

La funzione sanzionatoria delle autorità creditizie

Tutor:

Chiar.mo Prof. Guido Corso

Dottorando:

Riccardo Micio

Coordinatore:

Chiar.mo Prof. Gianfranco d'Alessio

Introduzione p. 1

parte 1. Il settore del credito e la sua organizzazione

capitolo 1. Le finalità perseguite dall'ordinamento nel settore creditizio

1. La Legge bancaria del '36 – '38 p. 6
2. L'art. 47 della Costituzione p. 10
2.1. I lavori preparatori dell'assemblea costituente p. 10
2.2. Le interpretazioni dottrinarie dell'art. 47 Cost. p. 13
3. L'influenza del diritto comunitario p. 15
4. Il TUB e il nuovo ordinamento bancario p. 25

capitolo 2. Le Autorità nazionali di vigilanza nel settore del credito

1. Premessa p. 34
2. Il Comitato interministeriale per il credito e il risparmio p. 35
2.1. La struttura e le funzioni p. 35
2.2. La natura giuridica p. 39
3. Il Ministero dell'economia e delle Finanze p. 43
3.1 Le competenze in materia di politica monetaria p. 43
3.2 Le competenze in materia di vigilanza p. 44
3.3 La collocazione del MEF nel sistema delle autorità creditizie p. 47
4. La Banca d'Italia p. 48
4.1. La pluralità di attribuzioni della Banca Centrale p. 48
4.2. La funzione di vigilanza p. 54
4.2.1. La vigilanza sulle banche p. 54
4.2.2. La vigilanza sull'intermediazione finanziaria non bancaria p. 59
4.3. La funzione di prevenzione e contrasto del riciclaggio p. 60
5. La Consob e la prestazione di servizi di investimento da parte delle banche p. 61

capitolo 3. Le Autorità comunitarie di vigilanza nel settore del credito

1. La *European Banking Authority* p. 69
1.1. Le autorità di vigilanza finanziaria dell'Unione Europea p. 69
1.2. Il fondamento giuridico del sistema di vigilanza europeo p. 72
1.3. La struttura del sistema europeo di vigilanza finanziaria p. 75
1.4. Finalità, competenze e poteri attribuiti all'EBA p. 78
1.5. Il regime giuridico degli atti dell'EBA p. 81
1.6. L'impatto dell'istituzione dell'EBA sull'ordinamento italiano p. 85
1.7. Considerazioni sui primi anni di attività dell'EBA p. 88
2. La Banca Centrale europea p. 95
2.1. Le ragioni della proposta di un'Unione Bancaria nell'area euro p. 95
2.2. Il quadro dei poteri di vigilanza attribuiti alla BCE p. 97
2.3. Gli adattamenti di carattere organizzativo p. 102

parte 2. La funzione sanzionatoria delle autorità di vigilanza sul settore del credito

Premessa p. 105

capitolo 1. Profili funzionali delle sanzioni amministrative nell'ordinamento bancario e finanziario

1. Poteri di regolazione e poteri sanzionatori p. 107
2. La regolazione, l'ordine giuridico del mercato e il settore finanziario p. 109
3. I caratteri della funzione di regolazione p. 112
4. Il ruolo delle Autorità di vigilanza p. 118
5. La disciplina della regolazione del mercato bancario e finanziario p. 119
6. Il ruolo del sistema sanzionatorio nel settore bancario e finanziario p. 126
7. La definizione di sanzione amministrativa p. 130
8. La sanzione amministrativa e la sanzione penale p. 132
9. La sanzione amministrativa e le misure di sicurezza e di prevenzione p. 136
10. La sanzione amministrativa e gli altri provvedimenti amministrativi di esecuzione p. 138
11. Le sanzioni amministrative disciplinari p. 139

capitolo 2. L'illecito amministrativo bancario: i principi sostanziali

1. Premessa p. 141
2. Il principio di legalità p. 142
3. L'antigiuridicità p. 146
4. La struttura della responsabilità p. 147
4.1. Il principio di colpevolezza p. 147
4.2. La regola della solidarietà p. 151
5. Il concorso di persone p. 153
6. La disciplina della sanzione amministrativa p. 154
6.1. Intrasmissibilità e prescrizione p. 154
6.2. I criteri per la determinazione delle sanzioni amministrative pecuniarie p. 156
6.3. Concorso formale di illeciti e concorso di norme sanzionatorie p. 158

capitolo 3. La disciplina del procedimento

1. Determinazione dei confini dell'analisi p. 160
2. Il quadro normativo di riferimento p. 161
3. La fase preliminare di accertamento delle irregolarità p. 164
3.1. L'acquisizione dei fatti p. 164
3.2. La valutazione degli elementi acquisiti p. 168
4. L'avvio del procedimento sanzionatorio p. 171
4.1. Il principio di obbligatorietà dell'azione punitiva amministrativa p. 171
4.2. La contestazione degli addebiti p. 175
5. La fase istruttoria p. 180
5.1. Le controdeduzioni e l'audizione personale p. 180
5.2. L'accesso agli atti p. 181

5.3. La valutazione del materiale istruttorio p. 186
6. La fase decisoria p. 191
6.1. L'adozione del provvedimento finale p. 191
6.2. La determinazione dell'importo della sanzione p. 195
6.3. La motivazione p. 197
7. La pubblicazione del provvedimento p. 201
8. Il termine di conclusione del procedimento sanzionatorio p. 201
9. L'impugnazione dei provvedimenti sanzionatori p. 206

capitolo 4. Le prospettive del diritto dell'Unione Europea

1. La crisi finanziaria p. 211
2. L'intervento regolamentare di Basilea III p. 213
3. Il recepimento di Basilea III da parte del legislatore comunitario p. 215
4. L'impostazione della direttiva CRD IV in materia di sanzioni p. 218
4.1. I destinatari delle sanzioni p. 222
4.2. La tipologia delle sanzioni irrogabili p. 226
4.3. Le sanzioni pecuniarie p. 227
4.4. Le misure alternative alla sanzione pecuniaria p. 230
4.4.1. Il *public statement* p. 231
4.4.2. Il *cease and desist order* p. 232
4.4.3. La sospensione dei diritti di voto e la revoca delle autorizzazioni p. 234
4.5. I criteri per la determinazione delle sanzioni p. 235
4.6. La pubblicazione dei provvedimenti sanzionatori p. 237
4.7. I meccanismi di *reporting* delle violazioni p. 239
5. La BCE e l'*enforcement* della disciplina prudenziale p. 241
6. L'art. 15 del Regolamento SSM: l'impostazione generale p. 242
7. L'esercizio dei poteri sanzionatori in ambito SSM: p. 243
7.1. Le sanzioni pecuniarie nei confronti delle persone giuridiche per le violazioni del diritto europeo direttamente applicabile p. 243
7.2. I poteri di stimolo nei confronti delle autorità di supervisione nazionali p. 246
7.3. L'applicazione di sanzioni per le violazioni degli atti della BCE p. 247
7.4. Il concorso e i conflitti di competenze tra BCE e autorità nazionali p. 248

Indice degli Autori: p. 253

Introduzione

L'ordinamento individua nell'attività bancaria un interesse particolare e diverso rispetto a quello che individua nelle altre attività imprenditoriali.

Tale interesse consiste principalmente nell'esigenza di conciliare la posizione dei potenziali offerenti di risparmio con quella di coloro che richiedono finanziamenti, attraverso norme capaci di ridurre il rischio per i risparmiatori. Tale scopo è perseguito favorendo l'afflusso dei risparmi alle banche e, per il tramite di queste, alle attività produttive, attraverso la riduzione del costo della raccolta e la salvaguardia della fiducia dei risparmiatori nella solvibilità delle imprese bancarie sia in riferimento alle operazioni passive di queste che in riferimento alla prestazione dei servizi di pagamento. La tutela del risparmio è dunque una finalità strumentale alla solvibilità delle banche, condizione a sua volta necessaria per lo sviluppo dell'economia reale. A ciò si aggiunga che diversi interventi sull'attività bancaria possono anche essere strumenti atti ad incidere sulla politica monetaria: i provvedimenti in materia di riserve obbligatorie, i vincoli di portafoglio e il massimale sugli impieghi sono infatti in grado di influire sulla quantità di moneta circolante, con le relative conseguenze macroeconomiche.

Il complesso dei motivi sinteticamente descritti ha indotto il legislatore italiano sin dal 1926 a predisporre uno statuto speciale per lo svolgimento dell'attività bancaria e ad individuare speciali organizzazioni per vigilare sul rispetto di questo. Lo statuto speciale dell'impresa bancaria si caratterizza prevalentemente per la presenza di particolari organismi pubblici preposti all'esercizio di una funzione di regolazione e di controllo attraverso la quale essi garantiscono che i diritti dei soggetti dell'ordinamento bancario siano esercitati senza pericolo per l'esercizio delle libertà e dei diritti altrui, nel perseguimento dei "*fini stabiliti dalla legge*"[1].

Tale funzione di regolazione e di controllo si caratterizza per il fatto che le forme organizzative utilizzate dal legislatore per il suo esercizio sono diverse da quelle tradizionali, perché hanno un forte grado di indipendenza dall'apparato politico-burocratico. Questo perché esse hanno lo scopo non già di dare attuazione all'indirizzo politico-amministrativo degli apparati politici di governo, bensì di attuare gli indirizzi

[1] V. art. 1 L. 241/1990.

politici generali contenuti nella Costituzione e nella legge ordinaria, nell'idea che l'indipendenza dall'apparato politico sia un presupposto necessario per la risoluzione di problemi tecnici ed economici complessi. Altra caratteristica di tale funzione è che essa si esprime per lo più attraverso atti di natura autoritativa, che possono consistere in provvedimenti autorizzatori, conformativi, ablatori e anche sanzionatori, con lo scopo specifico di infliggere una punizione in relazione a comportamenti che ne sono ritenuti meritevoli.

Dopo aver descritto le finalità che la funzione di vigilanza del mercato bancario deve perseguire, l'obiettivo del presente lavoro è quello di tracciare il quadro attuale delle autorità preposte al suo esercizio[2], e di analizzare una particolare tipologia di provvedimenti che ne costituiscono manifestazione, i poteri sanzionatori corrispondenti alle violazioni della normativa di settore, dopo aver cercato di coglierne la relazione con i poteri di regolazione e di controllo cui essi si accompagnano.

Gli argomenti che verranno svolti risultano particolarmente attuali alla luce degli interventi che il diritto comunitario ha recentemente realizzato e che si appresta a implementare in materia.

La crisi finanziaria del 2007-2009[3] ha mostrato l'incapacità dell'architettura di vigilanza bancaria e finanziaria di rimanere al passo con la realtà integrata e interconnessa dei mercati finanziari europei e di controllare efficacemente l'operato dei gruppi bancari e finanziari che, a seguito delle fusioni avvenute negli ultimi anni, svolgono ormai l'attività presso più paesi, creando seri rischi di contagio sistemico. A fronte di ciò, la Commissione europea[4] ha proposto un programma accelerato di riforme che, anche sulla base dei risultati prodotti dal rapporto De Larosiere[5], ha portato alla

[2] Per la definizione del concetto di vigilanza nel diritto amministrativo, v. VALENTINI S., voce *Vigilanza*, in *Enc.Dir.*, Giuffré, Milano e la bibliografia ivi richiamata.

[3] Per riferimenti comparatistici circa gli effetti globali dell'attuale crisi finanziaria in corso, v. ACHRYA V.V., COOLEY T.F., RICHARDSON M.P., WALTER I., *Regulating Wall Street, The Dodd- Frank act and the new architecture of global finance*, New York University Stern School of Business, 2011; CARMASSI J., LUCHETTI E., MICOSSI S., *Overcoming too – big- to – fail, A regulatory framework to limit moral hazard and free-riding in the financial sector, report of the CEPS – Assonime Task Force on bank crisis resolution*, Centre for European Policy Studies, Brussels, 2010.

[4] V. comunicazione della Commissione Europea del 27 maggio 2009, "*Vigilanza finanziaria europea*" SEC (2009) 715 e SEC (2009) 716. V. anche Conclusioni del Consiglio Europeo del 10 luglio 2009.

[5] Come verrà specificato più avanti, la Commissione Europea ha istituito un gruppo di esperti con il compito di elaborare una serie di raccomandazioni per riformare la struttura della supervisione a livello europeo. La presidenza del gruppo di esperti è stata affidata a Jacques de Larosiere, già governatore della Banca di Francia e direttore della Banca europea per la ricostruzione allo sviluppo. E' divenuto

creazione di un'architettura della vigilanza europea imperniata sull'ESRB (*European sistemic risk board*), competente a svolgere un'attività di supervisione riguardante profili macroprudenziali, e sull'ESFS (*European system of financial supervision*), con il compito di coordinare le singole autorità nazionali in materia di vigilanza microprudenziale e di avviare l'elaborazione di un *single rulebook* per lo svolgimento dell'attività bancaria e finanziaria nei paesi facenti parte del mercato comune[6].

Con riferimento ai profili organizzativi di tale nuovo sistema, è di novembre 2010 l'approvazione del Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio n. 1093/2010, attraverso il quale è stata creata l'EBA, nuovo organismo che, affiancandosi alle autorità creditizie nazionali nel sistema europeo di supervisione finanziaria (ESFS), concorrerà a definire la normativa prudenziale destinata alle banche che operano nell'Unione Europea e a coordinare le attività delle autorità dei singoli stati membri. Essa si affiancherà inoltre alle altre autorità di vigilanza microprudenziale (ESA-European supervision authorities), distinte in relazione al settore di intermediazione (EBA, per il mercato bancario, ESMA, per il mercato finanziario, EIOPA, per il mercato assicurativo).

Per quanto riguarda invece l'elaborazione di una normativa comunitaria armonizzata in materia, nel luglio 2011 la Commissione europea ha approvato la proposta di un pacchetto di misure, composto di un regolamento (CRR – *Capital Requirements regulation*) e di una direttiva (CRDIV – *Capital Requirements Directive*), diretti a definire in maniera dettagliata i requisiti prudenziali che le banche dovranno adottare, nonché le regole in materia di *governance*, riserve di capitale, vigilanza rafforzata e sanzioni amministrative cui le banche saranno soggette nell'ambito delle misure del cd. secondo pilastro della Convenzione di Basilea[7].

In merito in particolare all'esercizio della potestà sanzionatoria, l'obiettivo della direttiva è quello di armonizzare i regimi sanzionatori dei singoli stati membri, previsti per la violazione delle norme che disciplinano l'attività bancaria, ritenendo che sanzioni divergenti e non adeguate siano insufficienti a prevenire le violazioni per le quali sono

---

successivamente di uso comune riferirsi al gruppo come al "Gruppo de Larosiere" e al rapporto tra quest'ultimo redatto come al "Rapporto de Larosiere", reso pubblico il 25 febbraio 2009.

[6] V. GALANTI E., D'AMBROSIO R., GUCCIONE A., *Storia della legislazione bancaria, finanziaria e assicurativa, dall'unità d'Italia al 2010*, Banca d'Italia, pubblicazioni della consulenza legale, Roma, 2010, p. 429 e ss.

[7] *Nuovo Accordo sui requisiti minimi di capitale* firmato a Basilea nel 2004 ed entrato in vigore nel 2007.

previste[8]. Sulla base di un'analisi comparata dei poteri sanzionatori e di indagine attribuiti alle singole autorità nazionali, la Commissione ha proposto una serie di norme in forza delle quali sia a disposizione delle autorità competenti un *set* minimo di sanzioni amministrative, applicabili tanto alle persone fisiche quanto alle persone giuridiche, da rendere pubbliche attraverso idonee modalità, di entità tale da superare i vantaggi derivanti dalla violazione, se determinabili, e quantomeno non inferiore al livello previsto dalla direttiva. Infine la Commissione auspica che sia creato un meccanismo adeguato che incoraggi la segnalazione di violazioni all'interno degli enti coinvolti.

In attesa che le istituzioni comunitarie portino a compimento le iniziative descritte, la Banca d'Italia ha avviato un progetto di riforma autonomo della propria procedura sanzionatoria, finalizzato a conseguire obiettivi di semplificazione e razionalizzazione del procedimento, nonché di più stretta integrazione dello strumento sanzionatorio nella complessiva attività di supervisione sul mercato bancario e finanziario. Se già con il Provvedimento del Governatore del 27 giugno 2011 sono state introdotte le prime innovazioni in materia[9], nel maggio 2012 sono state poste in consultazione pubblica le nuove istruzioni di vigilanza, che introdurranno modifiche nella circolare n. 229 del 21 aprile 1999 e nelle disposizioni di vigilanza del 3 settembre del 2003, contenenti i principi generali e le regole procedimentali di esercizio del potere sanzionatorio.

---

[8] COMMISSIONE UE, COM (2011) 452 def., *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento*; COM (2011) 453 def., *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica la direttiva 2002/87/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla vigilanza supplementare sugli enti creditizi, sulle imprese di assicurazione e sulle imprese di investimento appartenenti ad un conglomerato finanziario*. I documenti COM(2011) 452 def. e COM (2011) 453 def. costituiscono un pacchetto unico, da leggersi in combinato disposto, che formerà "*il quadro giuridico di disciplina dell'accesso dell'attività, il quadro di vigilanza e le norme prudenziali degli enti creditizi e delle imprese di investimento*" (punto n. 4 delle premesse, COM(2011) 452 def.). Il pacchetto, noto anche con l'acronimo inglese CRD IV ("*Capital Requirements Directive*"), si propone di rafforzare l'efficacia della regolamentazione sui requisiti in materia di fondi propri degli enti finanziari dell'UE, migliorare la stabilità e contenere la prociclicità del sistema finanziario, allo stesso tempo preservando la competitività del settore bancario.

[9] Il citato provvedimento ha disposto, tra l'altro, che l'istruttoria del procedimento, curata dal Servizio Rapporti Esterni e Affari Generali (REA), sia sottoposta alla valutazione della Commissione per l'esame delle irregolarità (CEI) nei soli casi di particolare complessità, di novità delle questioni emerse o di rilevanza sistemica.

I temi che si sono brevemente introdotti sono tornati oggetto di attenzione da parte delle istituzioni comunitarie ancora più recentemente[10]. La Commissione europea è infatti dell'avviso che per far fronte ai rischi specifici della zona euro sia necessaria non solo la riforma del quadro normativo di riferimento ma anche la creazione di un meccanismo decisionale comune, avendo la crisi dimostrato che il semplice coordinamento tra le autorità di vigilanza non è sufficiente a tale scopo. Essa quindi ha dato nuovo impulso ai lavori per portare a compimento il recepimento della direttiva CRDIV, la proposta di direttiva sul sistema di garanzia dei depositanti e sul risanamento e risoluzione delle crisi bancarie, e ha formulato una proposta per l'istituzione di un meccanismo di vigilanza unico con a capo la BCE[11], approvata dall'Ecofin del 14 dicembre 2012. In particolare, a quest'ultima saranno attribuiti specifici compiti fondamentali in materia di vigilanza per fronteggiare i rischi che minacciano la solidità delle banche europee, da realizzare attraverso i necessari poteri informativi e ispettivi, nonché attraverso il potere di irrogare sanzioni pecuniarie nei confronti dei soggetti vigilati "*per le violazioni di requisiti previsti da atti dell'Unione direttamente applicabili*"[12].

[10] COMMISSIONE UE, Comunicazione al Parlamento e al Consiglio Europeo, "*Una tabella di marcia verso l'Unione Bancaria*" del 12 settembre 2012.

[11] COMMISSIONE UE, COM(2012)511, *Proposta di regolamento del Consiglio che attribuisce alla Banca centrale Europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi*, Brussels, n. 242/2012. Ad essa si affianca anche un'altra proposta di regolamento, stavolta del Parlamento e del Consiglio, la n. 244/2012, che porti le opportune modifiche procedurale al regolamento n. 1093/2010 istitutivo dell'EBA, affinché questo tenga in considerazione, nella disciplina delle modalità procedurali attraverso le quali quest'ultima esercita i propri poteri, del conferimento di specifici compiti in capo alla BCE.

[12] Art. 15 COM(2012)511, *Proposta di regolamento del Consiglio che attribuisce alla Banca centrale Europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi*, Brussels, n. 242/2012.

parte 1. Il settore del credito e la sua organizzazione

capitolo 1. Le finalità perseguite dall'ordinamento creditizio

1. La Legge bancaria del '36 -'38

Il *corpus* normativo denominato legge bancaria[13] è stato l'asse portante dell'ordinamento bancario italiano fino all'emanazione del D. Lgs. 385/1993 (T.U.B.). Esso è stato emanato nel contesto politico ed economico di un paese che si stava avviando verso un modello accentrato di organizzazione dell'economia caratterizzato dalla piena disponibilità da parte delle autorità governative della leva del credito[14]. La nozione di impresa accolta dalla Carta del lavoro[15], che rinnegava la teoria dell'impresa-diritto e adottava una concezione dell'impresa come impresa-funzione, sottoposta al potere di indirizzo dell'autorità governativa, si doveva ritenere applicabile anche alle imprese bancarie[16].

A favorire tale orientamento furono le caratteristiche che il sistema economico italiano aveva assunto nel periodo immediatamente precedente. Da un lato la crescente separazione tra banca e industria nonché tra le varie categorie di banche, peculiarità che agevolò l'introduzione di una divisione del lavoro bancario, a sua volta funzionale ad un disegno di controllo-governo pubblico del settore. Da un altro lato il sempre maggiore intervento dello Stato nell'economia, conseguenza dell'evoluzione storica del mercato italiano e della necessità di dare risposta alla grande crisi del '29[17].

---

[13] R.D.L. 12 marzo 1936, n. 375, "*Disposizioni per la tutela del risparmio e per la disciplina della funzione creditizia*", prima abrogato dall'art. 106 comma 1, RDL 17 luglio 1937, n. 1400; in seguito convertito in legge, con modificazioni, dalla L. 7 marzo 1938, n. 141. Il citato R.D.L. 17 luglio 1937, n. 1400 fu invece convertito con legge, con modificazioni, dalla L. 7 aprile 1938, n. 636, la quale, tra l'altro, soppresse il primo comma dell'art. 106 del citato R.D.L. 17 luglio 1937, n. 1400, che aveva appunto disposto l'abrogazione del decreto e modificò il titolo del decreto convertito in quello di "*Modificazioni alle disposizioni del RDL 12 marzo 1936, n. 375, per la difesa del risparmio e per la disciplina della funzione creditizia*".

[14] CIOCCA P., TONIOLO G., *L'economia italiana nel periodo fascista*, Il mulino, Bologna, 1976.

[15] Cfr. art 7 Carta del Lavoro, dello Stato Corporativo e della sua organizzazione, 1927.

[16] V. art. 1 R.D.L. 12 marzo 1936, n. 375, "*Disposizioni per la tutela del risparmio e per la disciplina della funzione creditizia*". Sul punto vedi le osservazioni di GUARINO G., *Il profilo giuridico*, in *La Banca d'Italia e il sistema bancario, 1919 – 1936*, a cura di G. Guarino e G. Toniolo, Roma – Bari, Laterza, 1993, p. 105 e ss.

[17] V. GALANTI E., D'AMBROSIO R., GUCCIONE A., *Storia della legislazione bancaria, finanziaria e assicurativa, dall'unità d'Italia al 2010*, Banca d'Italia, pubblicazioni della consulenza legale, Roma, 2010, p. 70.

A fronte di tale quadro, gli elementi di novità introdotti dalla legge bancaria, rispetto alla disciplina previgente, furono diversi[18].

In primo luogo essa creò il Comitato di Ministri[19], presieduto dal Capo del Governo e composto dai ministri economici, un organismo pubblico cui era affidata la "*tutela del risparmio e la disciplina della funzione creditizia*"[20]. Alle dipendenze di tale struttura veniva posto un organo amministrativo, denominato Ispettorato per la difesa del risparmio e per l'esercizio del credito, a capo del quale era il Governatore della Banca d'Italia. Il controllo-governo sul sistema delle imprese bancarie non era più attribuito al binomio Ministro delle Finanze-Banca d'Italia, come nella legge bancaria del 1926, ma ad un organo burocratico alle dipendenze di un organo politico. Alla Banca centrale fu formalmente sottratta la funzione di vigilanza sulle imprese bancarie, assegnata ad un organo della pubblica amministrazione, anche se nella realtà pratica, poiché il Governatore era a capo dell'Ispettorato e quest'ultimo era privo di un'adeguata struttura operativa, la vigilanza sul sistema bancario rimase *de facto* affidata alla Banca d'Italia che la esercitò attraverso i propri uffici periferici, che operavano appunto come strumenti dell'Ispettorato[21].

---

[18] GRECO G., *Commento all'art. 5*, in PORZIO M., BELLI F., LOSAPPIO G., RISPOLI FARINA M., SANTORO V., *Commentario al Testo Unico Bancario*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 46 e ss..

[19] V. art. 13 l.b.

[20] A tale struttura furono riconosciuti anche poteri di controllo su una parte di risparmio non bancario, essendo sottoposta alla sua autorizzazione l'emissione di valori mobiliari destinati alla quotazione nelle Borse Valori. Sul punto, v. GIANNINI M.S., *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, 1940, p. 715.

[21] V. al riguardo un significativo passaggio della presentazione della legge bancaria del 1936 fatta dal Governatore Azzolini in sede di Relazione alla Adunanza generale degli azionisti del 31 marzo 1936: "*La concezione posta a base dell'attuale riforma è quella che la raccolta del risparmio fra il pubblico, sotto ogni forma, e l'esercizio del credito sono funzioni di interesse pubblico (..). Difendere, infatti, il risparmio di un popolo sobrio e parsimonioso, qual è il popolo italiano, è nello stesso tempo un dovere morale ed una necessità economica dello Stato. Il deliberato riordinamento della nostra attrezzatura creditizia poggia, precisamente, come obbiettivo fondamentale, sulla necessità di difendere il risparmio dei cittadini attraverso una disciplina che, razionalmente coordinando l'attività degli istituti di credito, eviti i pericoli di dispendiose concorrenze o di rischiose speculazioni, le quali frequentemente si tradussero in un danno rilevante per i risparmiatori o per i contribuenti. Pertanto, alla vigilanza sull'impiego del risparmio, dapprima esercitata mediante organi e criteri diversi, si sostituisce, in armonia con il principio unitario che ispira lo Stato fascista, una organizzazione altrettanto unitaria per la difesa del risparmio e per il controllo degli Istituti di credito e del mercato dei valori mobiliari, ossia un apposito organo dello Stato con a capo il Governatore della Banca d'Italia. (…) Lo Stato corporativo provvede, in tal modo, ad affermare il suo più alto interesse per la formazione del risparmio e per la sua intangibilità, e sgombra 'da soprastrutture e da esuberanze costose e dannose, l'organizzazione creditizia nazionale. Con l'attuazione della riforma, al sommo dell'ordinamento del credito sta l'Istituto di emissione quale banca delle banche: si compie, così, l'evoluzione che già era negli intenti del mio eminente e compianto predecessore Bonaldo Stringher, evoluzione alla quale, d'altra parte, hanno costantemente teso le direttive da noi seguite. (..) Il carattere pubblico dell'azione della Banca deriva sia*

In secondo luogo la legge bancaria attribuì all'Ispettorato per la difesa del risparmio e per l'esercizio del credito poteri molto ampi senza specifica indicazione dei loro limiti, senza specificare i fini per il cui conseguimento questi potevano essere esercitati e senza imporre il principio di separatezza tra banca e industria[22]. Gli organi di vigilanza avrebbero avuto un potere discrezionale di regolare l'ingresso delle imprese sul mercato, di controllare la loro struttura e la loro espansione territoriale, di fissare limiti penetranti alla loro gestione. Nella logica della legge bancaria il settore del credito assunse le caratteristiche di un oligopolio amministrato, in cui la concorrenza tra le imprese sarebbe stata ridotta ad un ruolo marginale[23]. Nella legge bancaria del 1936 insomma il potere esecutivo, oltre a poter svolgere un controllo sulle imprese diretto ad assicurarne un grado di liquidità e di stabilità ritenuto efficiente per il funzionamento del sistema bancario, avrebbe potuto svolgere interventi diretti al raggiungimento di scopi di politica economica diversi, attraverso interventi selettivi sulle scelte delle imprese. A ciò si aggiunga che il Tesoro poteva accedere discrezionalmente alle anticipazioni straordinarie della Banca d'Italia e che il sistema dei cambi era sottoposto ad un regime di monopolio, controllato da una struttura politico-amministrativa[24].

Il terzo filo conduttore della legge bancaria fu l'imposizione di una forte specializzazione delle imprese bancarie e il cosiddetto pluralismo bancario[25]. La principale forma di specializzazione bancaria era la distinzione, fondata sulla diversa

---

dall'importanza primaria del governo della moneta, come fattore dell'andamento politico economico generale, sia dal regime di monopolio legale in cui tale azione viene esercitata. L'Istituto che la svolge è posto al vertice di una gerarchia di aziende di credito, costituita nelle sue unità più importanti da enti di diritto pubblico; cosicché la trasformazione della sua personalità giuridica appare come riconoscimento della sua posizione e della natura del suo compito.".

[22] V. MERUSI F., *I tratti peculiari dell'ordinamento creditizio italiano nella comparazione con le leggi bancarie degli anni trenta*, in *Banca e industria fra le due guerre 1919 – 1935*, a cura di F. Cotula e L. Spaventa, Roma – Bari, Laterza, 1993; GRECO G., *Commento all'art. 5*, in PORZIO M., BELLI F., LOSAPPIO G., RISPOLI FARINA M., SANTORO V., *Commentario al Testo Unico Bancario*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 47.

[23] V. GIANNINI M.S., *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, 1940, p. 717, nota 1, in cui si richiama la posizione di Einaudi, che si pronunziò contro tale disciplina, osservando che avrebbe limitato eccessivamente l'attività creditizia delle banche ordinarie, che vi era pericolo di diminuire così i profitti e i risparmi ivi impiegati, o di essere a un passo dalla statalizzazione delle banche; NIGRO M., *Profili pubblicistici del credito*, Giuffré, Milano, 1969, p. 458; TORCHIA L., *Il controllo pubblico sulla finanza privata*, Cedam, Padova, 1992, p. 166.

[24] V. GALANTI E., D'AMBROSIO R., GUCCIONE A., *Storia della legislazione bancaria, finanziaria e assicurativa, dall'unità d'Italia al 2010*, Banca d'Italia, pubblicazioni della consulenza legale, Roma, 2010, p. 104.

[25] V. GIANNINI M.S., *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, 1940, p. 715; CASSESE S., *La divisione del lavoro bancario. Distribuzione funzionale e territoriale del credito dal 1936 ad oggi*, in *Economia italiana*, 1983, p. 375 e ss..

lunghezza delle operazioni di raccolta, tra aziende e istituti di credito [26]. Le prime erano caratterizzate da una raccolta a vista e a breve scadenza, mentre i secondi da una raccolta a medio e lungo termine. La raccolta delle aziende di credito avrebbe comportato una vigilanza più intensa, sia per la sua rilevanza monetaria, sia perché avrebbe comportato la necessità di una maggior attenzione alla liquidità e alla capacità di far fronte ad improvvise richieste di rimborso da parte dei depositanti. Ciò avrebbe significato impedire alle aziende di credito di effettuare, oltre certi limiti, operazioni di impiego che comportassero immobilizzazioni a lunga scadenza, incompatibili con le caratteristiche della provvista, nonché assoggettarle ad una serie di disposizioni, quali ad esempio quelle concernenti la disciplina delle riserve obbligatorie, del vincolo di portafoglio, del massimale nell'erogazione del credito, delle partecipazioni bancarie e degli investimenti in immobili[27], in genere non applicate agli istituti di credito.

La distinzione tra aziende ed istituti di credito era l'unica specializzazione prevista dalla legge bancaria la quale, tuttavia, ne consentiva altre, cioè tutte quelle che le autorità creditizie avessero ritenuto opportune per garantire il massimo di efficienza, di stabilità e di liquidità del sistema[28]. Da tali previsioni sono derivate le specializzazioni di origine amministrativa, come ad esempio quella che limitava anche l'ambito territoriale determinato per le operazioni di impiego delle imprese bancarie. Tale specializzazione venne giustificata con una serie di argomenti, come ad esempio quello di garantire la capillarità del servizio ed il suo coordinamento con l'articolazione politico-amministrativa del paese. Un ulteriore tipo di specializzazione era quella concernente il settore o i settori ai quali dovevano, prevalentemente o esclusivamente, essere indirizzati finanziamenti di alcune categorie di enti creditizi. Tale specializzazione aveva il suo fondamento nella volontà di non affidare al mercato l'entità e la qualità dei flussi finanziari destinati a determinati settori produttivi.

Il crollo del regime fascista non comportò il venir meno della legge bancaria, anche se incise sulla struttura dell'apparato pubblico che essa disegnava. Dopo una successione di provvedimenti legislativi, il D.Lgs. c.p.s. n. 691/1947 istituiva il Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio, presieduto dal ministro del

[26] V. GIANNINI M.S., *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia,* in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, 1940, p. 716.
[27] V. GIANNINI M.S., *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia,* in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, 1940, p. 716.
[28] COSTI R., *L'ordinamento bancario,* Il mulino, Bologna, 2007, p. 63.

Tesoro, al quale veniva attribuita l'alta vigilanza in materia di tutela del risparmio, di controllo della funzione creditizia e in materia valutaria, mentre le funzioni dell'Ispettorato venivano assegnate alla Banca d'Italia, la quale iniziava ad esercitare l'attività di vigilanza non in quanto delegato del ministro per il Tesoro, ma come titolare della relativa funzione[29].

È stato sottolineato che le modifiche introdotte realizzavano una tendenziale privatizzazione della vigilanza bancaria, sottraendola ad un organo politico-amministrativo e demandandola ad un ente, la Banca centrale, da considerare espressione dello stesso sistema bancario[30]. È stato al contempo evidenziato che comunque il concreto esercizio che le autorità di vigilanza avrebbero fatto dei poteri loro attribuiti fu quasi esclusivamente diretto a favorire la liquidità e la stabilità del sistema bancario e non anche per indirizzare questo verso obiettivi di politica economica, anche in ragione dell'indirizzo liberista che venne impresso alla politica economica di quel periodo[31], a seguito dell'approvazione della nuova costituzione repubblicana.

2. L'art. 47 della Costituzione.

2.1. I lavori preparatori dell'assemblea costituente

La disciplina dell'ordinamento del credito non è stata oggetto di grande attenzione durante i lavori preparatori per l'approvazione della nuova costituzione repubblicana[32]. Tuttavia, l'idea di riservare al risparmio una particolare protezione[33],

[29] NIGRO M., *Profili pubblicistici del credito*, Giuffré, Milano, 1969.
[30] V. BELLI F., *Modificazioni e sviluppi della legislazione bancaria, in La legislazione economica italiana dalla fine della guerra al primo programma economico*, a cura di F. Merusi, Milano, Angeli, 1974; MERLINI S., *Struttura del governo e intervento pubblico nell'economia*, Firenze, La nuova Italia, 1979.
[31] COSTI R., *L'ordinamento bancario*, Il mulino, Bologna, 2007, p. 240.
[32] BARONCELLI S., *La Banca Centrale Europea: profili giuridici e istituzionali. Un confronto con il modello americano della Federal Reserve*, Firenze, 2000; COSTI R., *L'ordinamento bancario*, Il Mulino, Bologna, 2012; GIANNINI M.S., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977; MERUSI F., *Commento all'art. 47 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Branca, Bologna – Roma, 1980, p. 153 e ss..; MERUSI F., *Commento all'art. 2* in CAPRIGLIONE F., *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Cedam, Padova, 2012; NIGRO M., *Profili pubblicistici del credito*, Giuffré, Milano, 1969; ORTINO S., *Banca d'Italia e Costituzione*, Pisa, 1979; SPAGNUOLO VIGORITA V., *Principi costituzionali della disciplina del credito*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1962, 348.
[33] L'idea di apprestare una tutela costituzionale del risparmio sostenuta inizialmente da Togliatti. Egli propose una disposizione così formulata: "*la proprietà dei cittadini ed il risparmio sono tutelati dalla legge*".

nata nell'ambito della Prima Sottocommissione dell'Assemblea Costituente, si tradusse nella proposta presentata di fronte alla Terza Sottocommissione su iniziativa dell'on. Marinaro, durante la discussione sul controllo sociale dell'attività economica. Il punto centrale era che il controllo in tale settore dovesse rispondere alla necessità di distribuire il credito ed il risparmio distinguendo le operazioni a breve, a media e lunga scadenza, in base alla necessità e alle disponibilità delle aziende bancarie distribuite sul territorio nazionale e in base ai rami di attività ritenuti più rilevanti[34]. L'articolo fu approvato all'unanimità, quasi senza discussione, a dimostrazione dell'accordo sostanziale in materia tra Dc, moderati e PCI, anche a causa del mancato approfondimento delle esigenze di ordine economico e giuridico che condizioneranno l'interpretazione della norma[35]. La proposta dell'on. Marinaro diede vita all'art. 44 del progetto della costituzione, che approdò in aula nel seguente testo: "*La Repubblica tutela il risparmio; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito*".

Su tale proposta di articolo, vennero discussi una serie di emendamenti provenienti da costituenti di estrazione liberale come Persico, Quintieri ed Einaudi[36]. Essi avevano l'obiettivo di vincolare lo Stato a proteggere gli interessi dei prestatori di denaro, escogitando strumenti idonei ad assicurare la stabilità della moneta prestata, nel ricordo degli effetti destabilizzanti dell'inflazione[37].

La proposta di Persico sosteneva blandamente che "*ogni impegno dello Stato verso i suoi creditori è inviolabile*", ma tale proposta, riproponendo l'analoga clausola

---

[34] Seduta del 16 ottobre 1946, in Atti dell'Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, Prima Sottocommissione, Resoconto sommario della seduta di giovedì 10 ottobre 1946, p. 220; A.C., VIII, 2284.

[35] per le difformi interpretazioni della norma, analizzate nei paragrafi che seguono, v. GIANNINI M.S., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1997; GIANNINI M.S., *Problemi attuali dell'ordinamento creditizio*, in *Atti della ricerca sugli sviluppi degli ordinamenti bancario – creditizi nel continente europeo*, Università di Bologna, 1982; GIANNINI M.S., *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, 1940. MERUSI F., *Commento all'art. 47 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Branca, Zanichelli, Bologna – Roma, 1980, p. 153 e ss..

[36] BARONCELLI S., *Commento all'art. 47*, in BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M., *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006; D'AMICO M. – CATALANO S., *Tutela del risparmio e principi costituzionali*, in *Il diritto dell'economia*, 2008, p. 35 e ss..

[37] V. DE MINICO G., *La Costituzione difende il risparmio*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; SARCINELLI M., *La tutela del risparmio nel pensiero e nell'azione del Governatore Baffi*, in *Moneta e credito*, n. 206, giugno 1999, p. 228; ATRIPALDI M., *Risparmio, credito e investimenti socialmente rilevanti: le relazioni a livello micro e a livello macroeconomico nel dibattito per l'approvazione dell'art. 47 Cost.*, in Diritto e cultura, pp. 194 e ss..

contenuta nell'art. 31 dello Statuto Albertino, fu ritenuta antiquata[38]. La proposta di Quintieri suggeriva invece di sostituire la prima parte dell'art. 44 con la frase "*la Repubblica tutela il valore della moneta nazionale e del risparmio*", ma essa non fu ritenuta avere alcun contenuto precettivo[39]. La proposta di Einaudi invece intendeva inserire in Costituzione il principio della clausola oro, ritenendo che essa non solo avrebbe garantito i prestatori di denaro contro l'inflazione, ma avrebbe avuto altresì il pregio di far ridurre il tasso d'interesse, a vantaggio di tutte le classi sociali e dello Stato. L'emendamento incontrò però l'opposizione dell'on. Ruini, ad avviso del quale la norma non avrebbe potuto obbligare lo Stato a mantenere i suoi impegni nei casi di disastri finanziari dovuti a guerre od altri accadimenti straordinari[40].

L'unico emendamento accolto fu quello dell'onorevole Zerbi[41], che propose di inserire il verbo "*incoraggia*" accanto al verbo "*tutela*" e propose di dare alla parola risparmio l'accezione più ampia possibile aggiungendo la formula "*in tutte le sue forme*". Il contributo di Zerbi portò anche alla formulazione del secondo comma del futuro art. 47 Cost.: "*La Repubblica (…) favorisce l'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione, alla proprietà diretta coltivatrice e al diretto e indiretto investimento azionario nei grandi complessi produttivi del paese.*". I lavori preparatori testimoniano che l'emendamento era sensibile alle esigenze del piccolo risparmio, cioè dei possessori di depositi bancari, titoli di Stato e di obbligazioni, che avevano assistito all'annientamento del loro risparmi in conseguenza delle due guerre mondiali. Lo Stato avrebbe dovuto garantire al piccolo risparmiatore forme di investimento adeguato non solo attraverso le forme tradizionali, ma anche rendendo possibile l'investimento azionario. In ogni caso, le forme di investimento tutelate non sarebbero state indicate in un'elencazione tassativa, essendo la lista *ex* art. 47 comma 2 Cost. meramente esemplificativa, come sottolineato in più occasioni dallo stesso Zerbi, il quale faceva notare che l'elenco non comprendesse altri tipi di investimenti, tuttavia necessari per la ricostruzione del paese, come i titoli di Stato.

---

[38] BARONCELLI S., *Commento all'art. 47*, in BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M., *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, p. 946; cfr. la formulazione dell'art. 31. dello Statuto Albertino: "*Il debito pubblico è garantito. Ogni impegno dello Stato verso i suoi creditori è inviolabile.*".

[39] BARONCELLI S., *Commento all'art. 47*, in BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M., *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, p. 947.

[40] BARONCELLI S., *Commento all'art. 47*, in BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M., *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, p. 948.

[41] V. DI CAPUA G., *Tommaso Zerbi e i federalismi*, Cosenza, 2004, p. 58 e ss..

2.2. Le interpretazioni dottrinarie dell'art. 47 Cost.

La dottrina ha individuato concordemente l'oggetto di tutela dell'art. 47 cost. tanto nella tutela del risparmio concesso in credito, che entra nella liquidità, quanto nella tutela del risparmio che non entra nella liquidità, del quale vengono favorite alcune destinazioni socialmente rilevanti. Tuttavia essa non è stata unanime nell'interpretazione complessiva dell'articolo in esame[42].

Secondo la tesi maggioritaria, anche dopo l'entrata in vigore della Costituzione le imprese bancarie potevano essere sottoposte a controlli amministrativi allo scopo di realizzare una selezione nell'esercizio del credito, affinché questo fosse erogato in conformità con le scelte di politica economica delle autorità di governo. Tale dottrina, pur riconoscendo che i poteri delle autorità di settore potessero essere giustificati da scelte di politica creditizia orientate alla stabilità e all'efficienza degli operatori bancari e al controllo della moneta, riteneva che essi potessero essere utilizzati allo stesso modo anche per imporre un controllo selettivo del credito[43].

In sintesi, tale dottrina ha affermato che con l'art. 47 Cost. i costituenti si sono limitati a dare una testa di capitolo costituzionale all'ordinamento del credito quale risultava dalle leggi del '36-'38: l'articolo in esame sarebbe stato una generale legittimazione della legge bancaria, riassuntivo dei tratti essenziali dell'ordinamento creditizio. A tale riguardo, è stato rilevato che la citata dottrina non si è tuttavia preoccupata di stabilire se la Costituzione non impedisse di utilizzare gli istituti della legge bancaria in direzioni precluse dall'esistenza di beni costituzionalmente protetti. Essa insomma non si sarebbe chiesta se la legge bancaria fosse rispettosa dei vincoli che la Costituzione ha posto al legislatore nel limitare l'attività economica, anzitutto sotto il

---

[42] V. BARONCELLI S., *Commento all'art. 47*, in BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M., *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006; MERUSI F., *Commento all'art. 47 Cost*., in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Branca, Zanichelli, Bologna – Roma, 1980, p. 153 e ss..

[43] GIANNINI M.S., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1997; GIANNINI M.S., *Problemi attuali dell'ordinamento creditizio*, in *Atti della ricerca sugli sviluppi degli ordinamenti bancario – creditizi nel continente europeo*, Università di Bologna, 1982; GIANNINI M.S., *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, 1940. Tale orientamento trova le sue premesse nelle autorevoli teorie, pur risalenti, espresse in ROMANO S., *Corso di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1937 ; v. anche NIGRO M., *Profili pubblicistici del credito*, Giuffré, Milano, 1969, p. 458; TORCHIA L., *Il controllo pubblico sulla finanza privata*, Cedam, Padova, 1992, p. 166.

profilo dei fini considerati capaci di comprimere la libertà di iniziativa economica dell'impresa bancaria[44].

Altra dottrina autorevole ha infatti sottolineato la portata innovativa dell'art. 47 Cost.. Partendo dall'assunto che anche l'impresa bancaria fosse tutelata dalla riserva di legge prevista dall'art. 41 Cost., essa ha indagato i vincoli che in forza di tale norma costituzionale il legislatore incontrava nel limitare l'attività economica: in questa prospettiva assumeva decisiva rilevanza l'art. 47 Cost., che individuava nella tutela del risparmio il fine sociale che necessariamente presupponeva e giustificava il controllo dell'impresa bancaria[45].

Tale fine avrebbe implicato per lo Stato innanzitutto il compito di difendere l'elemento su cui si fonda il rapporto risparmio-credito, la moneta, cioè di controllare l'intero ciclo finanziario, perché essenziale ad un sistema economico fondato sulla manovra monetaria e sull'investimento attraverso le imprese bancarie[46]. In quest'ottica, l'art. 47 cost. sarebbe andato a costituire un *prius* rispetto all'art. 41, perché avrebbe disciplinato uno dei fattori antecedenti e condizionante l'attività economica imprenditoriale, ovvero l'equilibrio macroeconomico che si riassume nel valore della moneta risultante dalle varie componenti della liquidità individuate da altre norme della costituzione, quali il rapporto con le altre monete, la finanza pubblica e il rapporto risparmio-credito, finalizzate all'equilibrio nel quadro di un sistema economico fondato sulla piena occupazione[47].

---

[44] V. COSTI R., *L'ordinamento bancario*, Il mulino, Bologna, 2007, p. 238.

[45] BARONCELLI S., *Commento all'art. 47*, in BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M., *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, p. 951; CAPRIGLIONE F., *Intervento pubblico ed ordinamento del credito*, Giuffrè, Milano, 1978; SPAGNUOLO VIGORITA V., *Principi costituzionali della disciplina del credito*, in *Rass. Dir. pubbl.*, 1962, p. 348 e ss.. Cfr. MERUSI F., *Commento all'art. 47 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Branca, Zanichelli, Bologna – Roma, 1980, p. 161 il quale riteneva che l'art. 41 Cost. e l'art. 47 Cost. disciplinassero in realtà due fenomeni distinti. Nonostante l'ordine dato dalla numerazione degli articoli, l'art. 47 avrebbe disciplinato un fenomeno che costituirebbe il presupposto del libero dispiegarsi dell'iniziativa economica, ovvero la stabilità del metro monetario. Tale fenomeno sarebbe stato dunque sottratto dall'ambito di applicazione ex art. 41 Cost., riservato alla disciplina di tutte le altre attività economiche.

[46] Cfr. l'intervento dell'on. Ruini in Atti dell'Assemblea Costituente, IV, p. 1764: "*l'art. 44 considera pro tempore il risparmio ed il credito congiunti tra loro, e li mette in un piano, per così dire, tecnico, senza entrare in altre fasi anteriori o posteriori del processo economico come sarebbero la formazione del risparmio e gli investimenti di capitale*".

[47] MERUSI F., *Commento all'art. 47 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Branca, Zanichelli, Bologna – Roma, 1980, p. 155. Cfr. D'AMICO M. - CATALANO S., *Tutela del risparmio e principi costituzionali*, in *Il diritto dell'economia*, n. 1/2008, p. 37, ad avviso dei quali se, prima dell'adesione all'unione monetaria europea, il principio della tutela della moneta veniva ricavato dalla connessione

In secondo luogo, la tutela del risparmio ex art. 47 Cost. avrebbe giustificato gli interventi delle autorità di vigilanza diretti a garantire la tutela della solvibilità e della stabilità delle imprese bancarie, obiettivi peraltro necessari a salvaguardare la fiducia dei risparmiatori, presupposto imprescindibile per il funzionamento del sistema bancario.

Solo nel caso in cui fossero realizzati tali obiettivi sarebbe stata ammessa la possibilità dell'utilizzazione di parti della sequenza risparmio-credito per indirizzare l'attività economica da parte degli stessi organi di settore, sulla base di un atto legislativo, secondo l'indicazione dell'art. 41 comma 3 Cost.. Tuttavia non essendo mai stato approvata una norma di legge nella quale venissero fissati i fini sociali che giustificassero un intervento nell'erogazione del credito allo scopo di renderla omogenea a scelte di politica economica in essa fissate, veniva fatta discendere una conseguenza importante: gli strumenti di controllo previsti dalla legge bancaria dopo l'entrata in vigore della costituzione non potevano essere utilizzati per fini diversi dalla tutela del risparmio[48].

3. L'influenza del diritto comunitario

A partire dagli anni '70, l'ordinamento bancario italiano ha dovuto affrontare una serie di nuovi fenomeni[49].

Primo elemento di novità è stata la massiccia comparsa di prodotti finanziari che hanno iniziato a penetrare in un sistema bancario ancora concentrato esclusivamente nelle attività tradizionali. A fronte di tale spinta, il mondo bancario ha ampliato il proprio ambito operativo, al fine di fornire ad imprese e consumatori l'intera gamma dei

---

funzionale tutela del risparmio ed esercizio del credito, tale principio oggi è affermato anche a livello normativo dopo l'ingresso dell'Italia nell'unione monetaria europea.

[48] MERUSI F., *Commento all'art. 47 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Branca, Zanichelli, Bologna – Roma, 1980, p. 173. Per una interpretazione evolutiva dell'art. 47 Cost., v. GUIZZI F., *La tutela del risparmio nella costituzione*, in *Il Filangieri*, Giuffré, 2005, p.171 e ss.. Ad avviso dell'autore l'oggetto di tutela dell'art. 47 Cost. andrebbe oggi individuato non tanto nel risparmio come momento dell'intermediazione bancaria, inserito nella sequenza risparmio – credito, bensì nella "*ricchezza impiegata, in una prospettiva di redditività, attraverso il mercato. In una parola, quella formula consente oggi di ritenere che oggetto di tutela non è, ancora oggi, il risparmio come tale quanto, piuttosto, quello che grazie all'esistenza e al corretto funzionamento del mercato si risolve in investimento finanziario*".

[49] V. GALANTI E., D'AMBROSIO R., GUCCIONE A., *Storia della legislazione bancaria, finanziaria e assicurativa, dall'unità d'Italia al 2010*, Banca d'Italia, pubblicazioni della consulenza legale, Roma, 2010, p. 93 e ss.

prodotti finanziari, avviando un processo che prende il nome di "*despecializzazione bancaria*". La stessa separazione tra aziende ed istituti vedeva ridotta la propria importanza visto l'aumento di aziende nel settore di medio termine e vista la tendenza degli istituti ad operare a ridosso del breve termine.

Secondo elemento che ha condizionato l'evoluzione del sistema bancario è stata la nascita di nuovi intermediari, diversi da quelli bancari, capaci di offrire ai risparmiatori investimenti non esposti ai rischi della forte inflazione del periodo e alle imprese una quantità di finanziamenti che le banche non erano in grado di dare, in ragione delle manovre di politica monetaria dell'epoca, avviando un processo che è stato definito di "*disintermediazione bancaria*". Anche in ragione di tale fenomeno gli enti creditizi sono stati sollecitati ad entrare in nuovi mercati, specie quello dell'intermediazione mobiliare, diversi rispetto al settore dell'operatività tradizionale.

Entrambi i fenomeni descritti, che si sono verificati in mancanza di un'organica regolamentazione, si sono affiancati alle spinte verso la creazione del mercato unico europeo che, non potendo prescindere dalla creazione di un mercato unico bancario, ha portato a interventi legislativi a livello comunitario diretti ad uniformare le singole discipline nazionali e a perseguire l'eliminazione di ogni forma di protezione burocratica nei confronti degli enti creditizi[50], valorizzando il carattere di impresa dell'attività bancaria a scapito della configurazione originaria come funzione di interesse pubblico. In sostanza il diritto comunitario, pur non avendo preso in considerazione in modo espresso la tutela del risparmio nei Trattati istitutivi, ha modellato la struttura di tutto il mercato interno, dunque anche del settore bancario e finanziario, sui principi concorrenziali, ispirando a tali principi anche i successivi interventi di legislazione derivata in tale ambito.

Il primo intervento comunitario nel settore del credito è stata la direttiva 183/1973[51], che aveva come obiettivo quello di realizzare uniformi punti di partenza per l'esercizio dell'attività bancaria in uno stesso paese da parte di aziende con sede legale

[50] V. ALPA G. – CAPRIGLIONE F., *Diritto bancario comunitario*, UTET, 2002; GODANO G., *La legislazione comunitaria in materia bancaria*, Il mulino, Bologna, 1996; PANZERA A.F., *Sistema bancario italiano e ordinamento comunitario*, Giuffré, Milano, 1991; AA.VV., *L'Europa dei capitali e delle banche*, Giuffré, Milano, 1988.

[51] Direttiva Cee 183/1973 del Consiglio, del 28 giugno 1973, per la soppressione delle restrizioni alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi nel campo delle attività non salariate delle banche e di altri istituti finanziari pubblicata nella GU L 194 del 16.7.1973.

in un altro stato membro, attraverso la soppressione delle restrizioni alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi[52].

La libertà di stabilimento veniva realizzata imponendo ai singoli stati di sopprimere le restrizioni derivanti da norme giuridiche e quelle conseguenti all'adozione di prassi amministrative discriminatorie, attraverso un'indicazione analitica dei punti sui quali essi sarebbero dovuti intervenire[53]. Inoltre, la direttiva forniva l'elencazione di una serie di servizi da liberalizzare, anche se tale elencazione tassativa è stata definita prudente, poiché il numero delle attività liberalizzate risultava esiguo al punto che la libertà di prestazione dei servizi in materia doveva considerarsi l'eccezione e non la regola[54].

La prima direttiva comunitaria di coordinamento (direttiva 77/80 del 12 dicembre 1977)[55], attuata dal nostro legislatore solo col D.P.R. n. 350/1985, ha imposto il riconoscimento del diritto all'ingresso nel mercato bancario a favore di qualunque soggetto che presentasse le qualità oggettive richieste dalla legge per potere esercitare la relativa attività, eliminando dunque il potere discrezionale delle autorità di settore sull'accesso all'esercizio dell'attività bancaria. Tale potere non sarebbe potuto più essere esercitato avendo come riferimento "*le esigenze economiche del mercato*"[56], bensì avrebbe dovuto limitarsi ad accertare la sussistenza dei requisiti del soggetto richiedente l'autorizzazione. In particolare, le autorità creditizie avrebbero dovuto limitarsi ad accertare se il soggetto che avrebbe voluto esercitare l'attività bancaria

[52] Per una ricostruzione del percorso che, a partire dalla prima direttiva banche, ha visto le istituzioni comunitarie impegnate nella creazione del mercato unico europeo anche nel settore bancario, v. V. GALANTI E., D'AMBROSIO R., GUCCIONE A., *Storia della legislazione bancaria, finanziaria e assicurativa, dall'unità d'Italia al 2010*, Banca d'Italia, pubblicazioni della consulenza legale, Roma, 2010, p. 101 e ss.

[53] Ad esempio, gli stati membri sarebbero dovuti intervenire sulle restrizioni connesse alla nazionalità dei componenti degli organi di amministrazione e di controllo o di singoli operatori bancari e finanziari nonché sull'obbligo per gli enti societari di costituirsi nello stato ospitante. V. COSTA A., *I prodromi di un diritto bancario comunitario*, in *Riv. di dir. Comm.*, 1979, 293 e ss.

[54] V. GIACALONE G., *Verso l'Europa delle banche. Origini e sviluppi della normativa comunitaria nel settore bancario*, in TIZZANO A., *Problematica del diritto delle comunità europee*, ed. Il foro italiano, Roma, 1992.

[55] Direttiva Cee n. 780/77 del Consiglio, del 12 dicembre 1977, relativa al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'accesso all'attività degli enti creditizi e il suo esercizio pubblicata sulla G.U.C.E. L. 322/30 del 17 dicembre 1977. V. GALANTI E., D'AMBROSIO R., GUCCIONE A., *Storia della legislazione bancaria, finanziaria e assicurativa, dall'unità d'Italia al 2010*, Banca d'Italia, pubblicazioni della consulenza legale, Roma, 2010, p. 101.

[56] V. formulazione dell'art. 34 l.b. nella sua formulazione originaria, precedente al recepimento dei provvedimenti comunitari.

avesse avuto le caratteristiche tipologiche, patrimoniali e di professionalità – onorabilità richieste dalla legge[57].

La normativa richiamata aveva l'obiettivo di realizzare una disciplina uniforme dell'accesso e dell'esercizio dell'attività bancaria in ogni stato membro, pur facendo salve le disposizioni interne che avessero previsto autorizzazioni speciali complementari per lo svolgimento di attività specifiche. Riconoscendo per il mercato bancario l'esistenza di un diritto di iniziativa economica per l'accesso all'attività, essa metteva in discussione le concezioni secondo le quali l'attività bancaria fosse adempimento di una funzione e confermava invece le tesi che avevano sostenuto la riconducibilità anche dell'attività bancaria alla libertà di iniziativa economica e alla riserva di legge a presidio della stessa[58] previste dall'art. 41 Cost..

La seconda direttiva comunitaria di coordinamento[59] ha avuto un impatto ancora più rilevante sulla disciplina dell'attività bancaria, ed è stata emanata allo scopo di rimuovere le barriere che ancora ostacolavano la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi nel settore creditizio delle imprese operanti nel territorio della comunità[60].

Le linee fondamentali della seconda direttiva, dando attuazione al principio del mutuo riconoscimento posto a fondamento della libertà di circolazione delle merci e dei servizi dall'Atto unico Europeo del 1985, sono le seguenti. In primo luogo gli enti

---

[57] V. GALANTI E., D'AMBROSIO R., GUCCIONE A., *Storia della legislazione bancaria, finanziaria e assicurativa, dall'unità d'Italia al 2010*, Banca d'Italia, pubblicazioni della consulenza legale, Roma, 2010, p. 102.

[58] L'abbandono delle teorie che concepivano l'attività bancaria come un'impresa – funzione, provocò un profondo mutamento delle tecniche attraverso cui sarebbe stata svolta l'attività di vigilanza. Si è abbandonato un modello di vigilanza strutturale imperniato su provvedimenti specifici dell'autorità di settore, fortemente invasivi dell'autonomia privata dei soggetti vigilati. Di qui l'adozione di un modello di vigilanza prudenziale, fondata sulla predisposizione di regole generali, alla cui redazione avrebbero partecipato i soggetti vigilati, imperniate sulla verifica del rispetto di coefficienti patrimoniali rapportati ai rischi che la gestione della banca avrebbe dovuto affrontare. Per l'illustrazione del mutamento dello stile della vigilanza, conseguenza dello sviluppo storico imposto dalla normativa comunitaria, v. COSTI R., *L'ordinamento bancario*, Il mulino, Bologna, p. 74 e ss.

[59] Direttiva Cee n. 646/89 del Consiglio del 15 dicembre 1989, relativa al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'accesso all'attività degli enti creditizi e il suo esercizio e recante modifica della direttiva 77/780/CEE, pubblicata nella G.U.C.E. 30 dicembre 1989, n. L 386. V. GALANTI E., D'AMBROSIO R., GUCCIONE A., *Storia della legislazione bancaria, finanziaria e assicurativa, dall'unità d'Italia al 2010*, Banca d'Italia, pubblicazioni della consulenza legale, Roma, 2010, p. 111.

[60] V. Commissione UE, (COM 87/715), *Proposta di presentazione della seconda direttiva relativa al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'accesso all'attività degli enti creditizi e il suo esercizio e recante modifica della direttiva 77/780/CEE*, presentata dalla Commissione al Consiglio il 23 febbraio 1988, considerando 10.

creditizi avrebbero potuto esercitare negli altri paesi membri dell'Unione Europea tutte le attività che essi erano autorizzati ad esercitare nel paese d'origine, sia attraverso lo stabilimento di una succursale, sia mediante la prestazione di servizi dal paese d'origine[61], purchè si trattasse delle attività indicate nella direttiva[62]. In secondo luogo la vigilanza prudenziale sulle succursali stabilite nei paesi ospitanti e i servizi svolti dai paesi d'origine sarebbe stata affidata, in base al principio dell'*home country control*, alle autorità di quest'ultimo[63], rimanendo alle autorità del paese ospitante la vigilanza "*sulla liquidità della succursale*" e "*la possibilità di assumere le misure di attuazione della sua politica monetaria*"[64].

L'equivalenza delle licenze bancarie dei paesi membri è stata comunque accompagnata da una minima armonizzazione delle condizioni relative all'accesso all'attività bancaria e all'esercizio della stessa, avvenuta attraverso l'emanazione di una serie di specifici provvedimenti[65] in tema di fondi propri[66], di vigilanza consolidata[67], di bilanci annuali e consolidati[68], di grandi fidi[69], di sistemi di garanzia dei depositi[70].

---

[61] Art. 6 Direttiva Cee n. 646/89 del Consiglio del 15 dicembre 1989, relativa al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'accesso all'attività degli enti creditizi e il suo esercizio e recante modifica della direttiva 77/780/CEE, pubblicata nella G.U.C.E. 30 dicembre 1989, n. L 386.

[62] V. allegato alla Direttiva Cee n. 646/89 del Consiglio del 15 dicembre 1989, relativa al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'accesso all'attività degli enti creditizi e il suo esercizio e recante modifica della direttiva 77/780/CEE, pubblicata nella G.U.C.E. 30 dicembre 1989, n. L 386.

[63] Art. 13 Direttiva Cee n. 646/89 del Consiglio del 15 dicembre 1989, relativa al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'accesso all'attività degli enti creditizi e il suo esercizio e recante modifica della direttiva 77/780/CEE, pubblicata nella G.U.C.E. 30 dicembre 1989, n. L 386.

[64] V. art. 14 comma 2 Direttiva Cee n. 646/89 del Consiglio del 15 dicembre 1989 relativa al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'accesso all'attività degli enti creditizi e il suo esercizio e recante modifica della direttiva 77/780/CEE, pubblicata nella G.U.C.E. 30 dicembre 1989, n. L 386.

[65] V. GALANTI E., D'AMBROSIO R., GUCCIONE A., *Storia della legislazione bancaria, finanziaria e assicurativa, dall'unità d'Italia al 2010*, Banca d'Italia, pubblicazioni della consulenza legale, Roma, 2010, p. 111 e ss.

[66] Direttiva 89/229/CEE del Consiglio relativa ai fondi propri degli enti creditizi - GU L 124 del 5.5.1989 -, modificata da ultimo dalla direttiva 92/30/CE**,** pubblicata nella GU L 110 del 28.4.1992.

[67] Direttiva 83/350/CEE del Consiglio del 13 giugno 1983 relativa alla vigilanza su base consolidata degli enti creditizi, pubblicata nella Gazzetta ufficiale n. L 193 del 18/07/1983.

[68] Direttiva 86/635/CEE del Consiglio dell'8 dicembre 1986 relativa ai conti annuali ed ai conti consolidati delle banche e degli altri istituti finanziari, pubblicata nella Gazzetta ufficiale n. L 372 del 31/12/1986

[69] 87/62/CEE: Raccomandazione della Commissione del 22 dicembre 1986 sulla vigilanza ed il controllo dei grandi fidi degli enti creditizi, pubblicata nella GU L 33 del 4.2.1987.

[70] 7/63/CEE: Raccomandazione della Commissione del 22 dicembre 1986 relativa all'instaurazione, nella Comunità, di sistemi di garanzia dei depositi pubblicata nella GU L 33 del 4.2.1987.

L'attuazione del principio del mutuo riconoscimento ha determinato la concorrenza tra ordinamenti, a causa dei pregiudizi subiti dagli enti creditizi costretti dal proprio ordinamento di appartenenza ad una inferiorità istituzionale nei confronti di enti che possono operare secondo regole giuridiche più consone con i principi di una gestione efficiente[71]. Di qui la necessità di far convergere gli ordinamenti nazionali verso il punto di massima efficienza compatibile con i principi dell'armonizzazione minima. Tale esigenza sarebbe stata molto forte per un ordinamento come quello italiano, caratterizzato dalla presenza di banche frammentate e specializzate[72].

Le direttive richiamate hanno attuato in materia bancaria la politica comunitaria sulla libertà di stabilimento e sulla libertà di prestazione dei servizi, intesi come servizi bancari e finanziari, strumentali a favorire la libera concorrenza tra le imprese e a creare il mercato unico europeo. In sostanza, la richiamata direttiva comunitaria, avendo attuato una disciplina omogenea per l'esercizio della libertà di accesso e libera prestazione dei servizi, si è posta l'obiettivo realizzare condizioni di concorrenza nel mercato unico, anche a protezione degli interessi dei risparmiatori[73].

---

[71] V. ALPA G., *Armonizzazione del diritto comunitario dei mercati finanziari nella prospettiva della tutela del consumatore*, p. 16, in ALPA G. – CAPRIGLIONE F., *Diritto bancario comunitario*, UTET, 2002; V. GUARINO G., *L'armonizzazione della legislazione bancaria: la revisione dell'ordinamento bancario del 1936*, Paradigma, Milano, 1994, p. 73 e ss..

[72] V. COSTI R., *L'ordinamento bancario*, Il mulino, Bologna, 2012, p. 69. V. GALANTI E., D'AMBROSIO R., GUCCIONE A., *Storia della legislazione bancaria, finanziaria e assicurativa, dall'unità d'Italia al 2010*, Banca d'Italia, pubblicazioni della consulenza legale, Roma, 2010, p. 111 e ss.

[73] V. ALPA G., *Armonizzazione del diritto comunitario dei mercati finanziari nella prospettiva della tutela del consumatore*, p. 16, in ALPA G. – CAPRIGLIONE F., *Diritto bancario comunitario*, UTET, 2002, p. 11; CAMILLI E.L., *Commento all'art. 6*, in PORZIO M., BELLI F., LOSAPPIO G., RISPOLI FARINA M., SANTORO V., *Commentario al Testo Unico Bancario*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 60. La seconda direttiva di coordinamento in più punti ha fatto riferimento esplicito alla tutela del risparmiatore. Essa ha connesso la tutela dei risparmiatori alle eque condizioni concorrenziali tra gli enti creditizi della stessa categoria. Prima di preoccuparsi di fissare requisiti minimali da soddisfare per poter accedere all'attività in condizioni di concorrenzialità, il legislatore comunitario si è dunque proposto di stabilire i requisiti minimali che gli enti avrebbero dovuto possedere per poter offrire ai consumatori i servizi in questo settore. Da ciò è disceso inoltre il diniego di concessione o la revoca della concessione quando si fosse accertato che l'ente avesse scelto il sistema giuridico di uno Stato membro in cui non si prevedessero rigidi criteri di ammissione al fine di sottrarsi a quelli predisposti in sede comunitaria (considerando VIII). Vi erano inoltre disposizioni che dispiegavano in via indiretta effetti positivi sugli interessi economici dei consumatori. È il caso del considerando XIII che consentiva agli stati membri ospitanti di imporre agli enti non autorizzati come enti creditizi nello Stato membro di origine l'osservanza delle disposizioni specifiche, di modo che i consumatori che fossero entrati in contatto con tali enti non si trovassero ad essere esposti a rischi propri di chi opera al di fuori del diritto comunitario. Oppure il considerando XIV, ai sensi del quale chi operasse in regime di reciprocità avrebbe tuttavia dovuto rispettare le disposizioni di interesse generale dello Stato membro ospitante. Il permanere in capo allo Stato ospitante della responsabilità sulla vigilanza in ordine alla liquidità e quella connessa alla politica

È stato sottolineato[74] come la concezione delle modalità di formazione del mercato unico avesse subito un'evoluzione, perché dall'idea incentrata sulla rimozione delle barriere dei mercati interni[75] si è passati all'idea di una disciplina unitaria, dapprima caratterizzata da un penetrante intervento del legislatore comunitario nella regolamentazione dei mercati[76], poi declinata nell'idea di una disciplina *soft*, tendente all'armonizzazione e non all'unificazione delle regole, fatti salvi alcuni capisaldi della *regulation*[77].

Si tratterebbe di un modello di tipo promozionale, anziché di tipo prescrittivo, poiché agli organi comunitari è premuto unicamente armonizzare alcuni *standards* essenziali, ammettendo la vigilanza dell'*home country* e il reciproco riconoscimento delle autorizzazioni[78]. Allo Stato membro tuttavia è stata riconosciuta la possibilità di regolare gli spazi residuali, con effetto su tutti gli operatori nazionali, comunitarie ed extracomunitari: la disciplina dei contratti e dei prodotti nonché delle regole che perseguono l'interesse pubblico[79]. Vista la genericità di quest'espressione, la Commissione nel 1997[80] ha chiarito che al riguardo è necessario riferirsi alla giurisprudenza specifica della Corte di giustizia[81].

---

monetaria (considerando X). Al tempo stesso, tutte le regole che agevolavano la concorrenza erano regole che indirettamente avrebbero protetto gli interessi dei clienti.

[74] V. GIACALONE G., *Verso l'Europa delle banche. Origini e sviluppi della normativa comunitaria nel settore bancario*, in TIZZANO A., *Problematica del diritto delle comunità europee*, ed. Il foro italiano, Roma, 1992, p. 336 e ss..

[75] Direttiva Cee 183/1973 del Consiglio, del 28 giugno 1973, per la soppressione delle restrizioni alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi nel campo delle attività non salariate delle banche e di altri istituti finanziari pubblicata nella GU L 194 del 16.7.1973.

[76] Direttiva Cee n. 780/77 del Consiglio, del 12 dicembre 1977, relativa al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'accesso all'attività degli enti creditizi e il suo esercizio pubblicata sulla G.U.C.E. L. 322/30 del 17 dicembre 1977.

[77] Direttiva Cee n. 646/89 del Consiglio del 15 dicembre 1989, relativa al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'accesso all'attività degli enti creditizi e il suo esercizio e recante modifica della direttiva 77/780/CEE, pubblicata nella Gazzetta ufficiale n. L 386 del 30/12/1989.

[78] V. ALPA G., *Armonizzazione del diritto comunitario dei mercati finanziari nella prospettiva della tutela del consumatore*, p. 14, in ALPA G. – CAPRIGLIONE F., *Diritto bancario comunitario*, UTET, 2002.

[79] V. considerando XVI della Direttiva Cee n. 646/89 del Consiglio del 15 dicembre 1989, relativa al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'accesso all'attività degli enti creditizi e il suo esercizio e recante modifica della direttiva 77/780/CEE, pubblicata nella Gazzetta ufficiale n. L 386 del 30/12/1989.

[80] COMMISSIONE UE SEC(97) 1193 def., *Comunicazione interpretativa della Commissione*. *Libera prestazione dei servizi di interesse generale nella seconda direttiva bancaria*, Bruxelles, 20.06.1997. La Commissione ritiene che un ente creditizio operante nel quadro del riconoscimento reciproco possa essere costretto ad adeguare i propri servizi alla regolamentazione del paese ospitante solo se le misure che gli vengono opposte sono di interesse generale, indipendentemente dal fatto che l'ente agisca tramite una succursale o in regime di libera prestazione dei servizi. Tale impostazione è peraltro confermata dalla

Esse hanno favorito l'introduzione di meccanismi di controllo autoritativo diretti a preservare la stabilità del sistema nel rispetto di condizioni di parità degli operatori, al fine ultimo di omogeneizzare i sistemi finanziari e di adeguarli ad un'attività che si presentava arricchita rispetto alla sua originaria configurazione connessa alla mera intermediazione creditizia. Queste nuove finalità dell'attività di vigilanza, concepite in riferimento ad un'attività da svolgersi all'interno di un mercato concorrenziale, avrebbero influenzato le modalità strutturali e funzionali delle amministrazioni di controllo dell'ordinamento finanziario, aprendo ad una crescente sburocratizzazione dell'azione amministrativa e a modalità di lavoro adeguate ad esigenze di valutazioni prudenziali sempre più complesse.

Corte di giustizia, la quale ha stabilito che solo delle regole di interesse generale possono limitare o ostacolare l'esercizio di due libertà fondamentali come la libera prestazione dei servizi (Sentenza del 25.7.1991, *Säger*, causa C-76/90, Racc. 1991, pag. 1-4221. Cfr. l'analisi contenuta nella comunicazione interpretativa della Commissione concernente la libera circolazione dei servizi, GU n. C 334 del 9.12.1993, pag. 3.) e il diritto di stabilimento (Sentenza del 30.11.1995, *Gebhard*; cfr. anche sentenza del 31.3.1993, *Kraus*, causa C-19/92, Racc. 1993, pag. I-1663).

[81] La Corte di Giustizia ha individuato per prima il concetto di "pubblico interesse" nella sent. del 18.1.1979, *Van Wesemael*, cause riunite 110 e 111/78, in cui ha statuito che: *"Tenuto conto delle speciali caratteristiche di talune prestazioni di servizi, (...), non si possono considerare incompatibili con il trattato talune condizioni specifiche imposte al prestatore in forza di norme sull'esercizio della sua professione, giustificate dal pubblico interesse (...)*".La Corte non ha mai fornito una definizione del pubblico interesse, preservando pertanto la natura evolutiva di tale concetto. Essa ha tuttavia dato una precisazione importante sui provvedimenti che possono essere giustificati da un motivo di interesse generale. Essi non debbono essere stati oggetto di un'armonizzazione comunitaria (Sentenza del 18.3.1980, *Debauve*, causa 52/79; sentenza del 25.7.1991, *Mediawet*, causa C-353/89) e debbono riguardare il perseguimento dei seguenti obiettivi: la tutela del destinatario dei servizi (Sentenza del 18.1.1979, *Van Wesemael*, cause 110/78 e 111/78) , la tutela dei lavoratori (Sentenza del 17.12.1981, *Webb*, causa 279/80), la sicurezza sociale (Sentenza del 28.3.1996, *Guiot*, causa C-272/94), la protezione dei consumatori (Sentenza del 4.12.1986, *Commissione/Germania*), la salvaguardia della buona reputazione del settore finanziario nazionale (Sentenza del 10.5.1995, *Alpine Investements BV*, causa C-384/93), la prevenzione delle frodi (Sentenza del 24.3.1994, *Schindler*, causa C-275/92), l'ordine sociale (Sentenza del 24.3.1994, *Schindler*, causa C-275/92), la tutela della proprietà intellettuale (Sentenza del 18.3.1980, *Coditel*, causa 62/79), la politica culturale (Sentenza del 25.7.1991, *Mediawet*, causa C-353/89), la salvaguardia del patrimonio storico e artistico nazionale (Sentenza del 26.2.1991, *Commissione/Italia*, causa C-180/89), la coerenza fiscale (Sentenza del 28.2.1992, *Bachmann*, causa C-204/90), la sicurezza stradale (Sentenza del 5.10.1994, *van Schaik*, causa C-55/93), la protezione dei creditori (Sentenza del 12.12.1996, *Reisebüro Broede*, causa C-3/95), e la protezione della buona amministrazione della giustizia (Sentenza del 12.12.1996, *Reisebüro Broede*, causa C-3/95). L'elenco rimane aperto, giacché la Corte si è riservata la possibilità di ampliarlo in qualunque momento, e comunque la maggior parte di tali settori possono riguardare l'attività bancaria. Pertanto una misura nazionale diretta a tutelare gli utenti di servizi bancari, considerati alla stregua di consumatori, può essere invocata a tutela dell'interesse generale da uno Stato membro nei confronti di un ente creditizio comunitario operante sul suo territorio nel quadro del riconoscimento reciproco, se non rientra in un settore armonizzato.

Ad avviso di autorevole dottrina[82], gli effetti indotti dal diritto comunitario, ancor di più a partire dal Trattato di Maastricht del 1992[83], hanno portato ad una sostanziale rivisitazione della nostra costituzione economica, anche con conseguenze sull'effettività degli interessi costituzionalmente protetti[84]. Alle due coordinate costituzionali dell'art. 47 e 41 Cost. si sarebbero aggiunti i pilastri della libertà di stabilimento e della libertà di prestazione dei servizi nell'ambito del mercato unico. L'adesione ad un modello economico di mercato concorrenziale ha posto il legislatore nell'esigenza di disegnare un'architettura dei controlli di vigilanza capace di coniugare stabilità, efficienza e competitività e avrebbe agito direttamente anche sulla concezione, economica e giuridica, di risparmio. Se la tutela del risparmio era stata fino ad allora essenzialmente di tipo oggettivo, essendo considerato il risparmio un interesse di natura pubblicistica, per effetto degli interventi del diritto comunitario il legislatore avrebbe sviluppato anche una legislazione maggiormente imperniata su una concezione privatistica di tutela del risparmio, intesa come tutela dei risparmiatori. Da tale concezione sarebbe derivata la predisposizione di una serie di idonee forme giuridiche di protezione di questi, considerati alla stregua di consumatori di prodotti e servizi bancari, finanziari e assicurativi, nell'ambito di una economia di mercato aperta e in libera concorrenza[85].

Al riguardo, va comunque precisato che, secondo la dottrina dominante e la giurisprudenza della Corte di Giustizia, nonostante in alcuni interventi legislativi comunitari la tutela del consumatore abbia una sua particolare pregnanza, la tutela dei

---

[82] V. ZATTI F., *La dimensione costituzionale della tutela del risparmio. Dalla tutela del risparmio alla protezione dei risparmiatori/investitori e ritorno?*, in *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, Jovene, 2010.

[83] Trattato firmato il 7 febbraio 1992 a Maastricht, pubblicato sulla Gazzetta ufficiale n. C 191 del 29 luglio 1992.

[84] V. le osservazioni contenute in SARCINELLI M., *La tutela del risparmio nel pensiero e nell'azione del Governatore Baffi*, in *Moneta e credito*, n. 206, 1999, p. 228, citate da ZATTI F., *La dimensione costituzionale della tutela del risparmio. Dalla tutela del risparmio alla protezione dei risparmiatori/investitori e ritorno?*, in *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, Jovene, 2010, nota 37.

[85] Viene in rilievo, a questo riguardo, la disciplina contenuta nel Titolo VI del Tub, in materia di trasparenza delle relazioni tra intermediari e clienti. V. ZATTI F., *La dimensione costituzionale della tutela del risparmio. Dalla tutela del risparmio alla protezione dei risparmiatori/investitori e ritorno?*, in *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, Jovene, 2010; DETTORI S. - ZITO A., voce *Risparmio (tutela del)*, in CHITI M.P. – GRECO G., *Trattato di diritto amministrativo europeo*, vol. III, Giuffré, Milano, 2007, p. 1738, i quali sostengono che, essendo uno degli obiettivi centrali dell'ordinamento comunitario la garanzia del mercato unico a struttura concorrenziale, "*non sia forse neanche del tutto corretto affermare che in tale ambito la tutela del risparmiatore sia indiretta. Quest'ultima (..) diventa tutela diretta, dal momento che la regolamentazione del mercato stesso è in massima parte funzionale alla corretta esplicazione della libertà d'agire secondo il principio di massimizzazione dell'utilità che non può non riguardare anche il risparmiatore*".

depositante e dei clienti non rappresenta un obiettivo diretto del sistema di vigilanza bancaria, ma solo un obiettivo indiretto da perseguire attraverso il controllo sulla stabilità delle banche, sotto il profilo del rischio di credito e dei rischi operativi e reputazionali[86].

Un intervento normativo come quello realizzato dalla seconda direttiva comunitaria di coordinamento ha posto la complessa domanda se fosse opportuno proseguire in una simile linea *soft* oppure tendere ad una più stringente unificazione delle regole[87], come era nello spirito della prima direttiva. Precisamente, si è posto il dubbio che l'unificazione dei mercati finanziari, perseguita attraverso il principio del mutuo riconoscimento e dell'*home country control*, muovesse verso una riduzione di alcune delle tradizionali prerogative della sovranità statale riducendo i livelli di efficacia dell'azione di vigilanza[88], favorendo una tendenza verso comportamenti legislativi opportunistici rivolti a favore dell'ambiente economico domestico, attraverso arbitraggi regolamentari finalizzati ad aumentare la competitività delle imprese nazionali (*competition in protection*) oppure all'adozione di regolamentazioni finalizzate ad abbassare gli *standards* qualitativi richiesti ai soggetti vigilati, per attrarre gli investimenti delle imprese attratte da un contesto normativo meno stringente e per loro quindi più favorevole (*competition in laxity*).

Tali dubbi sarebbero stati acuiti, col tempo, dall'affermarsi di gruppi *cross-border* la cui operatività avrebbe ormai superato i confini territoriali e sarebbe uscita fuori dal controllo delle singole autorità di vigilanza, i cui poteri sarebbero rimasti confinati nell'ambito territoriale degli stati membri di appartenenza, innescando un processo che ha contribuito al verificarsi della crisi finanziaria del 2007-2009. Solo dopo tali eventi, l'Unione Europea è intervenuta per affrontare simili sfide e ha rilanciato un percorso volto alla creazione di una nuova architettura di vigilanza

---

[86] D'AMBROSIO R., *Gli effetti dell'istituzione dell'European Banking Authority e dell'European Systemic Risk Board sull'ordinamento nazionale del credito*, in BILANCIA P. (a cura di), *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, Giuffré, Milano, 2012, p. 94. In giurisprudenza, v. Corte di Giustizia Europea, sent. del 12 ottobre 2004, *Peter Paul*, causa C-222/02, in cui la Corte afferma che le direttive comunitarie di coordinamento del 1977 e del 1989 "*non possono essere interpretate nel senso che esse attribuiscono ai depositanti diritti in caso di indisponibilità dei loro depositi causata da una vigilanza carente da parte delle autorità nazionali competenti*".

[87] V. ALPA G., *Armonizzazione del diritto comunitario dei mercati finanziari nella prospettiva della tutela del consumatore*, p. 16, in ALPA G. – CAPRIGLIONE F., *Diritto bancario comunitario*, UTET, 2002, p. 11; COSTI R., *L'ordinamento bancario*, Il mulino, Bologna, p. 16.

[88] CARBONE S.M., *Regole del mercato finanziario e competizione tra ordinamenti statali*, in *Euro 2002. Previdenza e libere professioni*, a cura di M. de Tilla, Milano 2001.

bancaria accentrata a livello europeo. Il legislatore comunitario, come si cercherà di descrivere nei capitoli seguenti, si è posto l'obiettivo di creare un *single rulebook* per la disciplina dell'attività bancaria, ossia un *levelled playing field* in cui le imprese bancarie comunitarie si possono confrontare in un mercato concorrenziale, nonché di predisporre meccanismi accentrati di supervisione e di *enforcement* della regolazione predisposta, al fine di garantire la stabilità finanziaria della zona euro[89].

4. Il TUB e il nuovo ordinamento bancario

Le modificazioni propiziate dagli interventi del legislatore comunitario sono culminate nell'approvazione del D. Lgs. 385/1993 (Testo Unico Bancario, T.U.B.), che ha riunito nell'ambito di un solo testo normativo le disposizioni, dettate negli anni immediatamente precedenti, nel quadro di un ripensamento globale dell'ordinamento di settore[90].

Esso è stato emanato sulla base della legge delega n. 142/1992[91], e ha accorpato il D. Lgs. 481/1992, il D. Lgs. 356/1990 in tema di vigilanza sui gruppi bancari, la L. 287/1990 a proposito dei rapporti industria-banche, le norme sulla trasparenza delle operazioni bancarie dettate dalla L. 154/1992 e quelle sul credito al consumo previste dalla L. 142 /1992[92].

Tuttavia il testo unico non si è limitato a riscrivere e coordinare le disposizioni emanate negli anni precedenti, avendo introdotto una serie di innovazioni che,

---

[89] V. Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1093 del 24 novembre 2010, regolamento istitutivo dell'EBA; COMMISSIONE UE, COM(2012)511, proposta di regolamento del Consiglio che attribuisce alla Banca centrale Europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi. Questo processo verrà esaminato nella parte 1, cap. 3.

[90] Per i commenti al testo di legge in esame, v. PORZIO M., BELLI F., LOSAPPIO G., RISPOLI FARINA M., SANTORO V., *Commentario al Testo Unico Bancario*, Giappichelli, Torino, 2010; CAPRIGLIONE F., *Commentario al Decreto legislativo 1 settembre 1993, n, 385*, Cedam, 2012.

[91] V. art. 25 comma 2 L. delega n. 142/1992, in base al quale il Tub avrebbe dovuto avere ad oggetto "*le disposizioni adottate ai sensi del comma 1*" da coordinare "*con le altre disposizioni vigenti nella stessa materia*". Le disposizioni di cui al comma 1 dell'art. 25 erano quelle di esecuzione della direttiva del Consiglio CEE 89/646/CEE nonché quelle necessarie ad adeguare alla medesima direttiva la disciplina vigente per gli enti creditizi autorizzati in Italia. Per un'analisi dei rapporti tra legge delega e decreto legislativo emanato, v. GUARINO G., *L'armonizzazione della legislazione bancaria: la revisione dell'ordinamento bancario del 1936*, Paradigma, Milano, 1994, p. 73 e ss..

[92] Per una ricostruzione dell'evoluzione storica della legislazione in questi anni, V. GALANTI E., D'AMBROSIO R., GUCCIONE A., *Storia della legislazione bancaria, finanziaria e assicurativa, dall'unità d'Italia al 2010*, Banca d'Italia, pubblicazioni della consulenza legale, Roma, 2010, p. 111 e ss.

nonostante le successive e rilevanti modifiche che il Tub ha subito fino ai nostri giorni[93], non risultano sostanzialmente alterate nelle loro linee portanti[94].

In primo luogo esso ha cercato di estendere il suo ambito di applicazione anche oltre all'attività bancaria in senso stretto, cercando di dare coerenza al più ampio ambito dell'ordinamento finanziario: ha dettato una disciplina per i "*soggetti operanti nel settore finanziario*" (titolo V); ha introdotto una norma di principio in materia di sistemi di pagamento (art. 146); ha dettato una disciplina per l'emissione dei valori mobiliari (art. 129). In secondo luogo il Tub ha introdotto una serie di innovazioni che hanno ridisegnato le coordinate del sistema bancario. Esso ha creato, attraverso le disposizioni dell'art. 6, un forte collegamento tra i poteri delle autorità creditizie e l'ordinamento comunitario, attribuendo ad esse precise responsabilità nell'adeguamento del nostro ordinamento interno a quello dell'unione. Importanti innovazioni sono state anche introdotte nella disciplina dei soggetti che svolgono attività bancaria. Oltre alla terminologia utilizzata per la loro individuazione[95], la maggiore novità consiste nel compimento dell'opera di despecializzazione degli enti creditizi, provvedendo a far venir meno le discipline di settore che avevano caratterizzato il nostro ordinamento nel vigore della legge bancaria. Importanti sono anche le novità introdotte nella disciplina delle operazioni di credito, poiché il tub ha eliminato la maggior parte dei crediti speciali che caratterizzavano il nostro ordinamento, lasciando sopravvivere solo il credito fondiario, il credito alle opere pubbliche, il credito agrario e peschereccio, il credito su pegno. Inoltre il tub ha introdotto un'importante novità in tema di garanzie

[93] Gli interventi più significativi sono stati il D. Lgs. n. 415/1996, il D. Lgs. n. 659/1996, il D.Lgs. n. 153/1999, il D.Lgs. n. 333/1999 , la L. n. 39/2002, il D. Lgs. n. 197/2004, il D. Lgs., 142/2005, la L. 262/2005, il D. Lgs. 303/2006 e il D. Lgs. 141/2010.

[94] a tale proposito è necessario ricordare lo spostamento della tutela della concorrenza nel mercato bancario dalla Banca d'Italia all'autorità garante della concorrenza e del mercato ad opera della L. n. 262/2005. Il testo unico bancario e la L. n. 287/1990, pur sottoponendo anche il mercato bancario alle norme dirette a tutela della concorrenza, avevano infatti sottratto il compito di garantirne il rispetto all'Autorità garante e l'avevano attribuito alla Banca d'Italia, in ciò allontanandosi dalle scelte del legislatore comunitario e dalle soluzioni adottate negli altri paesi europei. Sarebbe spettato dunque alla Banca d'Italia valutare gli effetti restrittivi sulla concorrenza nel mercato bancario delle intese, degli abusi di posizione dominante delle concentrazioni tra enti creditizi. I relativi provvedimenti sarebbero stato assunti dalla Banca d'Italia, sentito il parere dell'Autorità garante. L'articolo 20 della legge 262, abrogando l'art. 20 della L. n. 287/1990, ha invece restituito all'Agcm la competenza a conoscere le fattispecie *antitrust*, pur prevedendo una competenza concorrente della Banca d'Italia e della Agcm in materia di concentrazioni.

[95] COSTI R., *L'ordinamento bancario*, Il mulino, Bologna, 2012, p. 86.

mobiliari[96] che possono essere assunte per i finanziamenti bancari, prevedendo la possibilità di costituire privilegi sui beni strumentali e sui prodotti di impresa (art. 46), abrogando contemporaneamente le disposizioni che prevedono la costituzione di privilegi speciali a garanzia di particolari tipi di finanziamenti[97].

La novità più significativa del Tub è tuttavia rappresentata dall'art. 5, che oltre ad indicare i destinatari dell'attività di vigilanza (banche, gruppi creditizi, intermediari finanziari, istituti di moneta elettronica e istituti di pagamento), stabilisce che "*le autorità creditizie esercitano i poteri di vigilanza ad esse attribuiti (…) avendo riguardo alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario*"[98].

---

[96] COSTI R., *L'ordinamento bancario*, Il mulino, Bologna, 2012, p. 87.

[97] Le uniche forme di credito speciale sopravvissute sono il credito fondiario e alle opere pubbliche (art. 38 – 42), il credito agrario e peschereccio (art. 43 – 45) e il credito su pegno (art. 48).

[98] La disciplina delle finalità che devono essere perseguite dalle autorità creditizie nell'esercizio dei propri poteri non si esaurisce tuttavia nell'articolo 5 Tub. Merita sottolineare che l'articolo 127, così come modificato dal D. Lgs. n. 141/2010, come modificato dal successivo D. Lgs. n. 218/2010, fa riferimento ad ulteriori finalità in materia di trasparenza relativa alle operazioni bancarie, specificando che nell'ambito dei poteri loro attribuiti dal titolo VI, le autorità creditizie devono avere riguardo anche "*alla trasparenza delle condizioni contrattuali e alla correttezza dei rapporti con la clientela*". Fino a tale innovazione legislativa si riteneva che la disciplina del titolo VI Tub fosse esclusivamente funzionale a promuovere la concorrenza tra imprese bancarie, determinando una maggiore efficienza del relativo mercato, poiché avrebbe messo i clienti nella condizione di effettuare scelte negoziali più consapevoli. Inoltre, si riteneva che tale disciplina avrebbe evitato l'insorgere di relazioni conflittuali con la clientela, riducendo i rischi reputazionali delle banche e così evitando l'insorgere di costi che avrebbero potuto incidere sulla sana e prudente gestione delle stesse. In tale contesto l'obiettivo della trasparenza e della correttezza veniva considerato un obiettivo intermedio attraverso il quale perseguire gli altri interessi di natura primaria specificati nell'articolo 5. V. COSTI R., *L'ordinamento bancario*, Il mulino, Bologna, 2007, p. 647; ROSSI S., *La tutela del consumatore dei servizi bancari e finanziari: quadro normativo e competenze della Banca d'Italia*, intervento del vide Direttore Generale della Banca d'Italia al convegno tenutosi presso il CNEL, *La competenza in materia di tutela dei consumatori: evoluzione alla luce dei recenti indirizzi del Consiglio di Stato*, Roma, 2012. La nuova disposizione richiamata, pur confermando la strumentalità tra obblighi di trasparenza e finalità ex art. 5, introduce anche un elemento nuovo, identificando come bene autonomo e distinto da quelli di cui all'art. 5 la trasparenza e la correttezza dei rapporti con la clientela, obiettivi diretti dell'azione di vigilanza. Tale disposizione è molto simile al nuovo art. 146 del Tub così come modificato dal decreto legislativo 11 del 2010, che include la tutela degli utenti tra le finalità che la Banca d'Italia deve perseguire nell'esercizio dei suoi poteri in materia di sorveglianza su sistemi di pagamento. V. MANCINI M., *Commento all'art. 146*, in AA.VV., *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 617 e ss. Essa sembra anche richiamare il regolamento istitutivo della nuova autorità di vigilanza europea sul sistema bancario (EBA), che nel proprio regolamento istitutivo prevede che essa "*deve contribuire ad aumentare la protezione dei consumatori*" e, al tempo stesso, assumere un "*ruolo guida nella promozione della trasparenza, della semplicità e dell'equità nel mercato per i prodotti o servizi con finanziari destinati ai consumatori*". Occorre comunque evidenziare che le finalità indicate dall'art. 127 devono essere perseguite limitatamente ai poteri esercitati dalle autorità creditizie in materia di trasparenza e correttezza dei rapporti tra intermediari e clienti, e non anche con riferimento a più ampi poteri attribuiti alle autorità creditizie in materia di vigilanza prudenziale, cui rimane applicabile unicamente l'art. 5. V.

Questa nuova disciplina ha eliminato definitivamente la doppiezza insita nella legge bancaria sotto il profilo dei fini perseguiti[99].

La tutela del risparmio, doverosa ex art. 47 Cost., viene perseguita dalle autorità creditizie, nel rispetto della riserva di legge ordinaria ex art. 41 comma 3 Cost., attraverso i poteri di vigilanza attribuiti dal Tub che in base all'art. 5 dovranno essere esercitati "*avendo riguardo alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario*"[100]. Dunque, l'indicazione degli obiettivi dell'azione di vigilanza interagisce sull'interpretazione delle norme costituzionali in materia bancaria: in ossequio al dettato dell'art. 41 comma 3 Cost., le finalità di cui all'art. 5 tub specificano l'ambito entro il quale possono essere introdotti limiti all'iniziativa economica privata in vista del perseguimento della tutela del risparmio ex art. 47 Cost..

La disposizione citata ha dunque creato un collegamento tra i poteri attribuiti alle autorità creditizie e le finalità perseguite nell'esercizio della funzione di vigilanza, individuando due piani distinti di tutela: in un'ottica microeconomica, le autorità di vigilanza possono esercitare i loro poteri nei confronti delle sole singole entità soggettive che si inseriscono nel contesto di mercato, dopo averne valutato la sana e prudente gestione, cioè l'adeguatezza patrimoniale e organizzativa e la condotta gestionale improntata ad un approccio basato sul rischio, da valutarsi nel concreto dei singoli casi[101]. In un'ottica macroeconomica, le autorità di settore dovranno svolgere le proprie funzioni avendo riguardo alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario, pur non avendo la legge attribuito ad esse poteri che consentano loro di agire direttamente sulla struttura del mercato[102].

BALDASSARRE A., *Commento all'art. 127*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Commentario al D. Lgs. 385/1993*, Cedam, Padova, 2012, p. 127.

[99] v. GRECO G., *commento all'art. 5*, in PORZIO M., BELLI F., LOSAPPIO G., RISPOLI FARINA M., SANTORO V., *Commentario al Testo Unico Bancario*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 47.

[100] COSTI R., *L'ordinamento bancario*, Il mulino, Bologna, p. 87.

[101] v. GRECO G., *commento all'art. 5*, in PORZIO M., BELLI F., LOSAPPIO G., RISPOLI FARINA M., SANTORO V., *Commentario al Testo Unico Bancario*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 48; BANCA D'ITALIA, *Relazione annuale all'assemblea dei partecipanti per l'anno 1993*, p. 285, in cui si legge che "*la prudente gestione è riferita al grado di avversione al rischio dei soggetti vigilati. (..) Gestione sana rinvia alla necessità che gli intermediari operino ispirandosi a criteri di piena efficienza funzionale (rispetto agli obiettivi aziendali, di norma il profitto) e di correttezza nello svolgimento degli affari*".

[102] v. GRECO G., *commento all'art. 5*, in PORZIO M., BELLI F., LOSAPPIO G., RISPOLI FARINA M., SANTORO V., *Commentario al Testo Unico Bancario*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 49; al riguardo, v. le considerazioni critiche di GUARINO G., *L'armonizzazione della legislazione bancaria: la revisione dell'ordinamento bancario del 1936*, Paradigma, Milano, 1994, p. 73 e ss..

L'indicazione degli obiettivi della vigilanza si ricollega all'art. 1 della L. 241/1990 e all'art. 97 Cost., così come interpretato dalla dottrina prevalente[103]. In altre parole la disposizione ribadisce il principio di legalità, valorizzando il formalismo e la tipicità dell'azione amministrativa, concorrendo a dare certezza alle imprese vigilate[104].

L'art. 5 Tub definisce una pluralità di fini tra loro collegati, riconoscendo un ambito di discrezionalità alle autorità creditizie, che devono coordinarli in vista dell'obiettivo della tutela del risparmio ex art. 47 Cost.. Ad alcuni autori ciò non appare contraddittorio rispetto alla volontà di affermare il principio di legalità e tipicità dell'azione amministrativa, poiché l'indicazione di una pluralità di fini, pur definendo l'esercizio di un potere discrezionale complesso, introduce i presupposti di legittimità del controllo sull'attività bancaria, consentendo un sindacato più ampio con riferimento ad un intervento pubblico sulla libertà di impresa[105]. Altri autori invece ritengono che i citati criteri, grazie alla loro elasticità, provochino una dilatazione del potere discrezionale dell'autorità competenti, facendo ricomparire uno spazio di manovra che avrebbe dovuto venir meno, per effetto dell'influenza del diritto comunitario[106]. Così ragionando, il principio della sana e prudente gestione può difficilmente essere limitativo della discrezionalità, poiché privo di regole oggettive[107]. Al contrario, gli

---

[103] V. CORSO G., *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2013.

[104] CAPRIGLIONE F., *Il recepimento della seconda direttiva Cee in materia bancaria. Prime riflessioni*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n. 28, Roma, 1993.

[105] CAPRIGLIONE F., *Commento all'art. 5*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Commentario al D. Lgs. 385/1993*, Cedam, Padova, 2012, p. 56; v. BANCA D'ITALIA, *Relazione annuale all'assemblea dei partecipanti per l'anno 1993*, p. 285, in cui si legge che "*l'utilizzo di termini elastici risponde all'impossibilità di definire una volta per tutte quale sia il comportamento ottimale: spetta innanzitutto alle banche adottare comportamenti conformi ai canoni appena descritti; spetta invece alle autorità, in relazione alle concrete situazioni di fatto, individuare fra i comportamenti emersi nella prassi quelli contrari alla sana e prudente gestione. Essi devono comunque avere riguardo, secondo quanto esplicitamente affermato dal Tub, all'osservanza delle disposizioni in materia creditizia*".

[106] PATRONI GRIFFI A., *Le modificazioni del regime delle autorizzazioni alla costituzione e all'assunzione di partecipazioni*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Il recepimento della seconda direttiva CEE in materia bancaria, Bari, 1993*, p. 170.

[107] La giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto al concetto di sana e prudente gestione la natura di clausola generale o concetto giuridico indeterminato, "*frutto dell'evidente intento del legislatore di non vincolare l'autorità di settore alla verifica della bontà dei comportamenti degli intermediari alla stregua di rigidi predeterminati schematismi, ma di consentire la massima esplicazione del diritto di iniziativa economica entro parametri storicizzarti, non immutabili nel tempo*". In quest'ottica l'apprezzamento della sana e prudente gestione rimesso la Banca d'Italia viene considerato una valutazione tecnica complessa, "*ossia quel particolare tipo di giudizi implicanti l'apprezzamento di una serie di elementi di fatto in relazione tra di loro ed alla stregua di regole che non hanno carattere di regole scientifiche, esatte non opinabili, ma sono frutto di scienze inesatte d'opinabili, di carattere prevalentemente economico*", v. Tar Lazio, sent. 9 agosto 2005, n. 6157 citata in GRECO G., *commento all'art. 5*, in PORZIO M., BELLI F.,

ordinamenti giuridici degli stati membri dovrebbero procedere verso schemi uniformi necessari a consentire la parità concorrenziale all'interno del mercato unico europeo. In altre parole, essi dovrebbero essere caratterizzati dalla statuizione di regole fisse, a difesa di principi fondamentali, corredate da una serie di strumenti non eccessivamente discrezionali affidati alle competenti autorità di controllo, al fine di garantire sia l'integrazione tra gli ordinamenti degli Stati membri sia l'elasticità del sistema a fronte di eventuali evoluzioni future[108].

La nuova prospettiva del Tub individua lo svolgimento ottimale dell'intermediazione creditizia nel coordinamento tra sana e prudente gestione degli intermediari, competizione, efficienza e stabilità complessiva del sistema finanziario[109]. Ciò ha comportato il superamento degli schemi rigidi che caratterizzavano la vigilanza bancaria strutturale: la sana e prudente gestione alla cui stregua sono valutate le condotte delle banche non è un criterio assoluto, bensì un parametro da storicizzare, secondo le indicazioni dell'autorità di controllo e l'operatività degli appartenenti al settore, nelle singole fattispecie concrete, fermo restando che gli intermediari sono lasciati liberi di scegliere le condotte ritenute idonee a realizzare una gestione sana e prudente[110].

Nel nuovo quadro normativo, l'attività di vigilanza non è più caratterizzata dalla rigida imposizione di regole che sostituiscono e limitano l'autonomia degli intermediari, bensì è legata alla presenza di criteri prudenziali, quali il mantenimento di adeguati

---

LOSAPPIO G., RISPOLI FARINA M., SANTORO V., *Commentario al Testo Unico Bancario*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 51.

[108] v. GRECO G., *commento all'art. 5*, in PORZIO M., BELLI F., LOSAPPIO G., RISPOLI FARINA M., SANTORO V., *Commentario al Testo Unico Bancario*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 51.

[109] SARCINELLI M., *La tutela del risparmio nel pensiero e nell'azione del Governatore Baffi*, in *Moneta e credito*, n. 206/1999, p. 228.

[110] La giurisprudenza che si è occupata del tema ha riconosciuto nell'art. 5 "*l'architrave del nuovo modello di supervisione per il settore del credito*", la cui portata "(…) *può essere compiutamente percepita solo ove si ponga mente ai rilevanti mutamenti, indotti da fonti di matrice comunitaria, che hanno riguardato gli intermediari bancari (…) in connessione con il passaggio da un oligopoli amministrato a un mercato regolato, anche in relazione al paradigma della supervisione sulla stabilità, che nel passato avveniva attraverso controlli perlopiù di stampo amministrativo-contabile (…) ma che oggi, con l'accento posto sulla gestione, non può prescindere dalle caratteristiche di imprenditorialità delle aziende bancarie, essendosi il suo baricentro venuto a spostare su una nuova concezione della vigilanza prudenziale*". Tar Lazio 9 agosto 2005, n. 6157 citata in GRECO G., *commento all'art. 5*, in PORZIO M., BELLI F., LOSAPPIO G., RISPOLI FARINA M., SANTORO V., *Commentario al Testo Unico Bancario*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 51.

coefficienti patrimoniali ritenuti adeguati a neutralizzare i rischi imprenditoriali[111], e alla valorizzazione del ruolo degli intermediari, attraverso l'introduzione di meccanismi di partecipazione dei destinatari delle prescrizioni normative al processo di formazione delle stesse. La regolazione diventa il presupposto di sagge politiche gestionali e si pone quale strumento di prevenzione avverso i pericoli derivanti dalla globalizzazione economica e dall'integrazione dei mercati.

Il criterio di riferimento dello svolgimento dell'attività bancaria non è più la specializzazione funzionale del credito, in passato basata essenzialmente sulla distinzione tra aziende e istituti di credito, bensì una gestione basata sul rischio, presupposto per la solvibilità dell'impresa, perché funzionale al mantenimento di idonei livelli di liquidità e di adeguatezza patrimoniale, a loro volta necessarie a garantire la stabilità del sistema bancario nel suo complesso. La funzione garantistica dei mezzi patrimoniali a fronte della assunzione dei rischi è strettamente collegata alla regola della sana e prudente gestione degli intermediari bancari. Tale regola si traduce nell'obbligo di rispettare un determinato rapporto tra il patrimonio e il complesso delle attività ponderate in relazione al rischio; rapporto che è preso come punto di riferimento nei successivi adeguamenti della disciplina prudenziale, nell'esigenza di identificare idonei modelli interni di prevenzione dei rischi.

In base al quadro sopra delineato, la Banca d'Italia eserciterà la supervisione attuando le indicazioni di principio contenute nella legge, coordinando autonomamente e in chiave tecnica i diversi fini cui è preposta la sua attività, assicurando per tale via la stabilità e la crescita del settore. La regolamentazione dell'autorità di settore valorizza la responsabilità dei destinatari delle prescrizioni normative: oltre all'ottemperanza ai parametri tecnici individuati delle autorità di settore, essi devono predisporre apparati organizzativi finalizzati a gestioni redditizie ed in grado di salvaguardare i valori aziendali.

L'integrazione dei mercati finanziari a livello europeo e l'avvento del principio di concorrenza quale elemento essenziale di tale integrazione ha escluso la ricerca della protezione dell'efficienza del sistema bancario attraverso la costruzione di un sistema

[111] V. art. 53, comma 1, lett. b) D. Lgs. 385/1993 e circ. della Banca d'Italia n. 229 del 21 aprile 1999, *Istruzioni di vigilanza per le banche*.

oligopolistico del credito[112]. Nel settore bancario la disciplina legislativa e regolamentare sono state profondamente modificate: il baricentro si è spostato da un sistema oligopolistico ad un sistema concorrenziale, affinché si eviti che la tutela della stabilità delle imprese possa contrastare l'obiettivo della maggiore efficienza, la quale, nell'ottica concorrenziale, costituisce il perimetro selettivo della loro permanenza sul mercato[113].

Il testo unico bancario tende a valorizzare la capacità di sviluppo autonomo del settore finanziario: esso valorizza la capacità dell'intermediario di proporsi in termini profittevoli, esprimendo un'operatività che gli consenta di permanere con le proprie forze nel settore senza pregiudizio per la propria solidità e per quella di coloro con i quali si relaziona. Facendo perno sul carattere imprenditoriale dell'attività bancaria, il Tub sollecita le imprese ad assumere in via autonoma dimensioni e forme organizzative appropriate alla dinamica dei rapporti concorrenziali. Attraverso un'efficiente allocazione delle risorse, propiziata dalla libertà di iniziativa economica esercitata nell'ambito di un mercato concorrenziale, il legislatore si prefigge di garantire adeguate linee di sviluppo al settore. Questa è la chiave interpretativa che consente di comprendere le ragioni che hanno condotto il legislatore a collocare sullo stesso piano "*stabilità, efficienza e competitività*", come valori guida dell'azione di vigilanza.

Valorizzare la libertà e l'autonomia delle imprese implica la necessità di valutare la loro capacità di realizzare un ottimale assetto organizzativo. Di qui lo stretto legame tra l'affermazione della concorrenza nell'ordinamento finanziario e la predisposizione di forme organizzative adeguate agli obiettivi che esse vogliono perseguire. Nella nuova disciplina dell'attività bancaria, che relega a casi eccezionali un'azione autoritativa frenante della concorrenza[114], sono complementari alla realizzazione della sana e prudente gestione il rispetto dei coefficienti patrimoniali nello svolgimento dell'attività creditizia e la predisposizione di assetti organizzativi idonei a consentire una prudente allocazione e gestione del credito e il rispetto della trasparenza e correttezza nei rapporti tra intermediari e clienti. Al riguardo, vengono in considerazione le disposizioni

[112] V. sul punto UBERTAZZI L. C., *Diritto antitrust nazionale e imprese bancarie*, approfondimento al *Commento all' art.20 della L. 287/1990*, in *Diritto antitrust italiano*, a cura di FRIGNANI, PARDOLESI, PATRONI GRIFFI e UBERTAZZI, I, Bologna, 1993, pag. 1053 e ss.
[113] SALANITRO N., *La concorrenza nel settore bancario*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1996, II, 757.
[114] V. art. 53, comma 3 D. Lgs. 385/1993 e circ. della Banca d'Italia n. 229 del 21 aprile 1999, *Istruzioni di vigilanza per le banche*.

secondarie di vigilanza che specificano le regole di comportamento cui le banche devono attenersi al fine di prevenire i rischi (legali, operativi e di mercato), nonché le regole di *governance* che impongono specifici obblighi che assicurino trasparenza ed efficienza all'organizzazione aziendale[115].

[115] circ. della Banca d'Italia n. 229 del 21 aprile 1999, *Istruzioni di vigilanza per le banche*, e circ. della Banca d'Italia n. 263 del 27 dicembre 2006, *Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche*.

capitolo 2. Le Autorità nazionali di vigilanza nel settore del credito.

1. Premessa

L'assetto delle autorità creditizie delineato dalla legge bancaria del 1936 vedeva la presenza di due organi: il Comitato dei ministri, organo politico presieduto dal Capo del governo, e l'Ispettorato per la difesa del risparmio e per l'esercizio del credito[116], organo amministrativo con a capo il Governatore della Banca d'Italia. Al vertice era il Comitato dei ministri, cui il Capo del governo garantiva una legittimazione politica e che aveva il potere di impartire direttive all'Ispettorato. In tale quadro il Ministro del Tesoro non compariva, anche se le sue competenze intersecavano quelle dell'autorità creditizie nella misura in cui esso era partecipava alla definizione della politica monetaria.

Il D.Lgs. c.p.s. 691/1947 modificò la denominazione e la composizione del Comitato dei ministri, denominandolo CICR ed escludendo la partecipazione del Capo del governo, e a rafforzò il ruolo del ministro del Tesoro, attribuendo a quest'ultimo la presidenza ed il potere di agire in via di urgenza in sostituzione del Comitato. Inoltre, dal punto di vista operativo, si strinsero sempre di più i rapporti tra ministero del Tesoro e la Banca d'Italia nella definizione del governo del settore creditizio, visto il potere del Tesoro di provvedere in sostituzione del CICR in via d'urgenza, la stretta interrelazione tra le due autorità ai fini della definizione della politica monetaria e dell'indebitamento pubblico, nonché la dipendenza del CICR dall'attività tecnica preparatoria della Banca d'Italia, che diminuisce la capacità direttiva dell'organo interministeriale.

A partire dagli anni '80 fino all'approvazione del Tub, si è delineato invece un nuovo quadro delle autorità creditizie. L'influenza del diritto comunitario, che ha portato alla privatizzazione del settore bancario e all'adozione di un modello di vigilanza prudenziale, ne ha limitato l'autonomia politica, precludendo ad esse il perseguimento di interessi diversi da quelli legati a tutela del risparmio e della solidità del sistema finanziario. Queste stesse influenze, favorendo la despecializzazione degli operatori finanziari e le interrelazioni tra attività creditizia e attività finanziaria, hanno

[116] Cfr. Parte I, cap. 1, par. 1.

reso necessario un coordinamento crescente con altre autorità tecniche, in particolare la Consob, l'ISVAP e l'AGCM[117].

Inoltre, la costituzione dell'unione monetaria le ha private dei poteri decisionali relativi alla definizione della politica monetaria e di indebitamento pubblico. In prospettiva, l'avvio di un processo che porterà alla costituzione di una vigilanza europea unificata[118], comporterà una limitazione del ruolo di sintesi politica svolto dal CICR rispetto alle istanze del settore bancario.

2. Il Comitato interministeriale per il credito e il risparmio

2.1. La struttura e le funzioni

L'art. 2 del testo unico bancario prevede che il CICR, un comitato di ministri, abbia "*l'alta vigilanza*" in materia di credito e di tutela del risparmio.

Tale organo, istituito con il D. Lgs. c.p.s. 17 luglio 1947, n. 691[119], è stato conservato dal D. Lgs. 385/1993, nonostante tale scelta non sia stata determinata dai limiti della delega per redigere il testo unico bancario[120] e nonostante la delega fosse abbinata e conseguente alla delega per la ricezione della seconda direttiva comunitaria[121], la cui logica era incompatibile con la conservazione di una vigilanza strutturale sul mercato bancario guidata da una struttura composta da organi politici[122].

---

[117] CLARICH. M., *Commento agli art. 2 e 4*, in in PORZIO M., BELLI F., LOSAPPIO G., RISPOLI FARINA M., SANTORO V., *Commentario al Testo Unico Bancario*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 10.

[118] Cfr. Parte I, cap. II, par. 6.

[119] tale organo trova evidentemente il proprio progenitore nel Comitato dei Ministri che veniva disciplinato dagli articoli 12 e seguenti della legge bancaria, pur con tutte le distinzioni che verranno analizzate di seguito.

[120] V. art. 25 comma 2 L. delega n. 142/1992, in base al quale il Tub avrebbe dovuto avere ad oggetto "*le disposizioni adottate ai sensi del comma 1*" da coordinare "*con le altre disposizioni vigenti nella stessa materia*". Le disposizioni di cui al comma 1 dell'art. 25 erano quelle di esecuzione della direttiva del Consiglio CEE 89/646/CEE nonché quelle necessarie ad adeguare alla medesima direttiva la disciplina vigente per gli enti creditizi autorizzati in Italia.

[121] V. GUARINO G., *L'armonizzazione della legislazione bancaria: la revisione dell'ordinamento bancario del 1936*, Paradigma, Milano, 1994, p. 73.

[122] Anche per tali motivi, è stato osservato che con la conservazione del CICR e con la precisazione dei suoi rapporti con la Banca d'Italia, questa è rimasta un'amministrazione indipendente ambivalente: indipendente come Banca centrale, ma ancora legata, perlomeno formalmente, ad un organo di indirizzo politico come organo di vigilanza del mercato del credito e del risparmio. V. SICLARI D., *Costituzione e autorità di vigilanza bancaria*, Padova, 2007. V. anche GUARINO G., *L'armonizzazione della legislazione bancaria: la revisione dell'ordinamento bancario del 1936*, Paradigma, Milano, 1994, p. 101, ad avviso del quale l'emanazione del Tub ha rappresentato il tentativo organicamente condotto di conservare, nella massima misura possibile, il sistema previgente della legge bancaria a fronte delle innovazioni introdotte dal diritto comunitario nel settore del credito.

Ai sensi del primo comma, terza alinea, dell'art. 2 del D. Lgs. n. 385/1993, "*il CICR è composto dal Ministro dell'economia delle finanze, che lo presiede, dal Ministro del commercio internazionale, dal Ministro delle politiche agricole alimentari e forestali, dal Ministro dello sviluppo economico, dal Ministro delle infrastrutture, dal Ministro dei trasporti e dal Ministro per le politiche comunitarie.*". Inoltre, le funzioni di segretario del comitato sono svolte dal direttore generale del Ministero dell'economia e delle finanze[123]. Il *quorum* costitutivo è identificato dall'art. 2 del Tub nella maggioranza assoluta dei membri del comitato, mentre quello deliberativo, della maggioranza assoluta dei partecipanti[124].

Il Ministro dell'economia e delle finanze, in quanto presidente, ha il potere di convocazione delle riunioni e di proposta delle deliberazioni del CICR. Egli inoltre può invitare i presidenti delle altre autorità competenti a intervenire in singole riunioni a fini consultivi, qualora vengano trattati argomenti attinenti a materie loro attribuite dalla legge, connessi a profili di stabilità complessiva, trasparenza ed efficienza del sistema finanziario. La posizione dei presidenti di tali autorità è diversa rispetto al ruolo attribuito nel CICR alla Banca d'Italia[125]. Il Tub infatti dispone che alle sedute del

---

[123] Art. 2 comma 4 Tub.

[124] prima dell'emanazione del Tub nessuna norma stabiliva tale *quorum*. Poiché ogni componente del CICR doveva essere considerato portatore di un interesse pubblico strettamente collegato al perseguimento degli interessi che hanno giustificato l'istituzione del comitato stesso, parte della dottrina propendeva per considerare quest'ultimo un collegio perfetto che, dunque, poteva validamente deliberare solo con la presenza di tutti i membri che lo componevano. Vedi GALATERIA L., *Gli organi collegiali amministrativi*, volume II, Milano, Giuffré, 1975, pag. 45 e ss.. Altra dottrina ed in vero anche la prassi più diffusa identificava il *quorum* costitutivo nella maggioranza assoluta dei componenti. Vedi TREQUATTRINI A., *Il Comitato interministeriale per il credito ed il risparmio*, in *Banca impresa società*, 1986, pag. 241. Con riguardo al *quorum* deliberativo la stessa dottrina era sostanzialmente concorde nel ritenere che le deliberazioni dei collegi amministrativi debbano essere assunte con il consenso della maggioranza assoluta dei partecipanti.

[125] durante i lavori che hanno portato all'emanazione della legge per la tutela del risparmio, L. 262/2005, si sono manifestate tesi che intendevano rendere membri permanenti del comitato anche le altre autorità di vigilanza sul mercato finanziario insieme a tesi che tendevano ad escludere una estensione dei poteri del CICR al di là del settore bancario. L'istituzionalizzazione di un CICR allargato si palesava come il rafforzamento di un organismo ormai vetusto e non più in linea con gli orientamenti della disciplina europea, v. DRAGHI M., *Audizione presso la commissione finanze del Senato della Repubblica nell'ambito dell'indagine conoscitiva sulle questioni attinenti all'attuazione della legge 28 dicembre 2005, numero 262, recante disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari*, Roma, 26 settembre 2006. Contraria ad una simile modifica si mostrò anche l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, preoccupata di essere equiparata alle altre autorità di regolazione, laddove essa rivendicava l'unicità dei suoi poteri di vigilanza sul mercato, di tipo generale e mai preventiva. V. CATRICALÀ A., *Audizione presso la commissione finanze del Senato della Repubblica nell'ambito dell'indagine conoscitiva sulle questioni attinenti all'attuazione della legge 28 dicembre 2005, numero 262, recante disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari*, Roma, 10 ottobre 2006: "*una più stabile presenza nel comitato (..) non sarebbe giustificata dal tipo di competenze che l'autorità*

comitato partecipa stabilmente anche il Governatore, nonostante questi non possa concorrere alla formazione delle deliberazioni del comitato attraverso l'espressione di un voto. La Banca d'Italia ha tuttavia il potere, concorrente con quello del Ministro dell'economia delle finanze, di formulare le proposte per le deliberazioni di competenza del CICR previste nei titoli II e III del Tub; inoltre, è necessario che il comitato si avvalga della Banca d'Italia nello svolgimento delle proprie funzioni[126].

L'insieme delle regole organizzative descritte rappresentano i vincoli che legislatore ha dato al potere di autorganizzazione del comitato, potere peraltro esplicitamente riconosciuto dall'art. 2 del testo unico[127].

Il Comitato dei Ministri disciplinato dagli artt. 12 e ss. della legge bancaria, presieduto dal presidente del Consiglio dei Ministri, aveva il potere di fissare nella materia creditizia e finanziaria le "*direttive per l'azione dell'Ispettorato*"[128], cui veniva demandato l'esercizio della funzione amministrativa di vigilanza, non avendo il Comitato competenze né in materia monetaria né in materia valutaria. Dunque il comitato era un organo politico che svolgeva una funzione politica, essendo presieduto dalla figura più alta della compagine governativa ed esercitando i suoi poteri nei confronti dell'Ispettorato attraverso lo strumento della direttiva[129], il tipo di provvedimento che per definizione serve a dare un impulso unitario alle scelte di indirizzo politico formate nel circuito Parlamento - Governo.

Con il D. Lgs. c.p.s. n. 691/1947 è stato creato un nuovo organismo, il Comitato interministeriale per il credito ed il risparmio, presieduto dal Ministro dell'economia e delle finanze, cui è stata attribuita "*l'alta vigilanza in materia di tutela del risparmio, in materia di esercizio della funzione creditizia e in materia valutaria*"[130].

Tale disposizione ha ristretto le funzioni del comitato, dal momento che, eliminato il riferimento al generico potere di direttiva, esso avrebbe avuto competenza

---

esercita che, vale la pena ribadire, si sostanziano nell'applicazione delle generali discipline antitrust nazionale e comunitaria ai singoli casi concreti e non nell'esercizio di poteri regolatori o di vigilanza in senso stretto sull'attività di singole categorie di operatori economici". Tali posizioni sono poi refluite nel decreto legislativo 29 dicembre 2006, numero 303, che ha integrato il Tub recependo tali indicazioni.

[126] Art. 2 comma 4, terza alinea del Tub.

[127] Art. 2 comma 4, seconda alinea, D. Lgs. 385/1993, che dispone che il comitato determini le norme concernenti la propria organizzazione ed il proprio funzionamento. Tali norme sono state attuate con un regolamento interno del CICR del 3 maggio 1999.

[128] articolo 13 della legge bancaria

[129] CLARICH, M., *La nozione di direttiva: problemi ricostruttivi e tendenze recenti*, in *Studi in onore di V. Palazzolo*, Giuffrè, Milano, 1986

[130] Art. 1 del D. Lgs. c.p.s. n. 691 del 1947. Bibliografia sul concetto di Alta vigilanza??

espressamente solo per "*l'alta vigilanza*", e sarebbe stato presieduto non più dall'organo di vertice dell'apparato politico-amministrativo dello Stato, il Presidente del Consiglio, ma solo dal responsabile di un settore dello stesso, il Ministro dell'economia e delle finanze. Al tempo stesso il provvedimento ha ampliato le competenze del comitato alla materia valutaria, esplicitamente menzionata, e all'attività di intermediazione finanziaria non bancaria e all'attività di intermediazione mobiliare, desunte in via implicita dal generico riferimento del provvedimento del 1947 alle attribuzioni del comitato in materia di "*tutela del risparmio*". Non fu invece affrontato il problema di poter estendere l'alta vigilanza del comitato anche alla funzione monetaria.

Il Tub ha tenuto ferme le competenze del CICR, confermando le sue funzioni di alta vigilanza in materia di credito e di tutela del risparmio, anche con riferimento espresso agli intermediari finanziari non bancari, nonché in materia valutaria[131] e non menzionando nessuna competenza in materia monetaria e nella materia della raccolta del risparmio tra il pubblico attraverso l'emissione di valori mobiliari[132]. In tale quadro, il CICR non ha più un generale potere di direttiva nei confronti delle autorità creditizie per l'esercizio dell'attività di vigilanza: esso ha un potere normativo-regolamentare, al quale deve attenersi anche la Banca d'Italia, nelle sole ipotesi stabilite dalla legge, e ciò vale ad escludere un generale e generico potere direttivo del CICR nei confronti delle autorità creditizie. Anche per tale motivo la direttiva ha cessato di avere l'importanza che aveva avuto in passato[133].

Il CICR adempie a tali funzioni attraverso l'adozione di pareri e provvedimenti amministrativi. Con riferimento ai primi, se la legge bancaria attribuiva al Comitato dei ministri numerose ipotesi in cui questo doveva esercitare funzioni consultive, tale funzione risulta sostanzialmente scomparsa in vigenza del Tub. I provvedimenti

[131] anche se il Tub ha abrogato l'articolo 1 del D. Lgs. c.p.s. n. 691 del 1947, esso ha tenuto ferme le competenze valutarie attribuite al CICR dall'articolo 161 comma 1 del medesimo provvedimento.

[132] A tale riguardo l'articolo 129 Tub attribuiva allo stesso unicamente il potere di regolamentare le "*grandi*" emissioni di valori mobiliari. Successivamente, con la liberalizzazione, il CICR ha perso ogni competenza in materia valutaria. Inoltre, il D.Lgs. 58/1998 (Tuf) ha escluso qualsiasi potere di vigilanza del CICR sul mercato mobiliare, anche se non ha abrogato l'articolo 129 del Tub, norma il cui significato è stato successivamente azzerato dal D. Lgs. n. 303/2006, correttivo della L. n. 262/2005, che in materia di grandi emissioni di valori mobiliari ha semplicemente conservato un potere informativo in capo alla Banca d'Italia.

[133] V. Corte Cost., n. 302/1995.

amministrativi emanati dal CICR sono invece quelli a contenuto normativo[134]; il CICR inoltre ha conservato funzioni di giustizia amministrativa, poiché ha competenza a conoscere dei reclami avverso i provvedimenti assunti dalla Banca d'Italia nell'esercizio dei poteri di vigilanza[135]. Al riguardo, è opportuno ricordare che le deliberazioni del CICR sono assistite, così come i provvedimenti di carattere generale del Ministero dell'economia e delle finanze, dalla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale[136].

2.2. La natura giuridica

Sempre discussa è stata la natura delle funzioni attribuite al CICR, nonché la sua collocazione nel sistema politico-amministrativo dell'ordinamento italiano.

Autorevole dottrina ha affermato la natura politica e governativa del comitato[137] ritenendo che esso, essendo un comitato di ministri, sia un organo per definizione di indirizzo politico, o più precisamente di copertura politica, cioè di assunzione formale di responsabilità per atti che non dovrebbero essere di indirizzo politico[138]. Ciò sarebbe confermato dall'art. 4 del Tub secondo il quale è la Banca d'Italia che formula le proposte per le deliberazioni di competenza del CICR nei titoli II e III e nell'art. 107, nonché dall'art. 2 secondo il quale "*per l'esercizio delle proprie funzioni il CICR e si avvale della Banca d'Italia*". Il dialogo diretto tra Banca d'Italia e CICR servirebbe a solennizzare, ad elevare al rango di atti politici i provvedimenti di vigilanza sul mercato del credito, dando luogo ad una commistione di due modelli istituzionali, quello delle amministrazioni indipendenti, che trae legittimazione dalla natura delle cose del

[134] si tratta di provvedimenti generali sulla cui natura sono sorti dubbi se dovessero considerarsi provvedimenti amministrativi generali o regolamenti in senso proprio.
[135] articolo 9 Tub
[136] Art. 8 del Tub.
[137] hanno sostenuto la natura politica del CICR MERLINI S., S*truttura del governo e intervento pubblico nell'economia*, *Firenze, La nuova Italia*, 1979, pagina 102; MERUSI F., *le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano, Giuffré, 1977, pagina 112; QUADRI G., *Diritto pubblico dell'economia*, Padova, Cedam, 1980, pagina 333 e seguenti; MATTIONI A., *comitati interministeriali*, in *enciclopedia giuridica Treccani*, IV, Roma, 1988, pagina 17; VISENTINI G., *credito e risparmio*, in *enciclopedia giuridica Treccani*, X, Roma, pagina 8; TORTORELLI P., *intervento pubblico e attività economica*, Padova, Cedam, 1992, p. 187.
[138] Per tale definizione v. in particolare MERUSI F., *Commento all'art. 2* in CAPRIGLIONE F., *Commentario al Decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385*, Padova, Cedam, 2012.

mercato concorrenziale, e quello dell'indirizzo politico, non condizionabile dalla natura delle cose, ma anzi inteso a mutare, se del caso, la natura delle cose[139].

Tale dottrina nega che la conservazione del CICR sia stata utile ad individuare organi differenziati cui affidare funzioni normative e amministrative all'interno dell'ordinamento del credito, visto che il testo unico bancario dispone ripetutamente che i provvedimenti normativi attribuiti alla Banca d'Italia siano doppiati da preventivi provvedimenti del CICR che, apparentemente, hanno una funzione normativa nei confronti dell'attività di vigilanza della Banca d'Italia, ma che in realtà servirebbero solo a legittimare politicamente i provvedimenti normativi di questa. Ciò avrebbe dato luogo ad "*un effetto matrioska che è tipico non della separazione dei poteri, ma della confusione dei poteri*"[140] e ad una duplicazione del sistema di produzione normativa che avrebbe generato "*un inevitabile passaggio dal generale al minuzioso secondo la logica, non della disciplina del mercato, ma della amministrativizzazione dell'economia*", peraltro estraneo ai principi di libera concorrenza di origine comunitaria[141].

L'indirizzo dottrinario citato sottolinea inoltre che la composizione del CICR, caratterizzata dalla presenza dei ministri e non dei direttori generali dei ministeri medesimi, sarebbe in conflitto con il principio di dissociazione tra funzioni di indirizzo politico, attribuite ai ministri, e gestione amministrativa, attribuita ai dirigenti amministrativi, affermato in via generale dal D. Lgs. 29/1993. Tale assetto esalterebbe la funzione di organo politico del CICR, cui competono funzioni prevalentemente deliberative in materia di normativa secondaria ed indirizzi da dare al settore.

Ciò posto, la dottrina richiamata non manca di sottolineare come la sempre maggiore esigenza di un coordinamento tra le autorità di settore nell'ambito del Comitato per la stabilità finanziaria nonché la sempre maggiore attribuzione in sede comunitaria di poteri di vigilanza in materia, stiano comportando lo spostamento delle

---

[139] V. MERUSI F., *Commento all'art. 2* in CAPRIGLIONE F., *Commentario al Decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385*, Padova, Cedam, 2012.

[140] a titolo esemplificativo sono citati: art. 17, disciplina dell'esercizio di attività non ammessa mutuo riconoscimento; art. 12, disciplina delle modalità di emissione dei titoli di deposito; art. 19 disciplina in materia di autorizzazioni alla partecipazione al capitale delle banche; art. 53 disposizioni di carattere generale materia di vigilanza regolamentare; art. 60, disciplina delle caratteristiche del gruppo bancario.

[141] V. MERUSI F., *Commento all'art. 2* in CAPRIGLIONE F., *Commentario al Decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385*, Padova, Cedam, 2012.

funzioni di rilievo politico nel settore in capo a nuove forme di organizzazione[142], con conseguente carattere recessivo delle attribuzioni del CICR.

Un altro indirizzo dottrinario, pur sottolineando la difficoltà di individuare con esattezza la collocazione sistematica del CICR sul piano della costituzione materiale, nel quadro di un ordinamento che ha rifiutato il modello della vigilanza strutturale per aderire ad un modello di vigilanza prudenziale, e pur non mancando di rilevare le difformi opinioni che si sono delineate sul ruolo dei comitati interministeriali previsti dal nostro ordinamento positivo[143], ritiene sia da condividere la tesi che attribuice al CICR natura amministrativa[144].

Alla qualificazione del CICR come organo politico si opporrebbero una serie di considerazioni. In primo luogo la sua collocazione nell'organizzazione dello Stato[145]. La norma costituzionale ex art. 95 Cost., che delinea la struttura di governo, lo articola nel Consiglio dei Ministri, nel suo Presidente nonché nei ministri in quanto tali. Poiché la dottrina maggioritaria ritiene che l'indicazione costituzionale degli organi di governo sia tassativa, non potrebbe considerarsi costituzionalmente legittima la presenza di comitati interministeriali con funzioni di indirizzo politico, se non nelle ipotesi in cui i comitati stessi si presentino come mere articolazioni di governo. A tale fine sarebbe necessaria l'attribuzione della presidenza del comitato al Presidente del Consiglio dei Ministri e la conseguente necessaria possibilità per il consiglio medesimo di dare direttive al comitato, di avocarne le competenze e di dirimere i conflitti che sorgessero tra sue

---

[142] Si consideri ad esempio il Comitato per la stabilità finanziaria che ha come termine di riferimento politico il ministro dell'economia e delle finanze che lo presiede, oppure si considerino le nuove autorità di vigilanza europee costituite con i regolamenti del 2010.

[143] BACHELET V., *Comitati interministeriali*, in enciclopedia del diritto, VII, Milano, Giuffré, 1960, p. 763; TREVES G., *I comitati interministeriali*, Cedam, Padova, 1952; QUADRI G., *Gabinetto economico e indirizzo politico economico*, Milano, Giuffré, 1970 p. 5; QUADRI G., *Coordinamento per comitati e decisione amministrativa*, in *L'amministrazione delle società complesse*, a cura di Amato G. e Marongiu G., il mulino, Bologna, 1982, p. 167; CIRIELLO P., *Ordinamento del governo e comitati interministeriali*, Jovene, Napoli, 1981; PITRUZZELLA G., *Commento agli articoli 92-93*, in *Commentario alla costituzione*, a cura di Branca G. e Pizzorusso, Bologna – Roma, Zanichelli – Foro it., 1994, p. 174 e ss.

[144] hanno sostenuto la natura amministrativa del CICR GIANNINI M.S., *Istituti di credito e servizi di interesse pubblico*, in *moneta e credito*, 1949, p. 115; NIGRO M., *Profili pubblicistici del credito*, Giuffré, Milano, 1972, p. 97; PERASSI M. O., *Le autorità ed i poteri di vigilanza nel testo unico*, in *banca borsa e titoli di credito*, 1995, I, p. 663: TREQQUATTRINI A., *Le autorità nel nuovo ordinamento creditizio: il comitato interministeriale per il credito del risparmio*, in *Le banche. Regole e mercato*, a cura di Amorosino S., Milano, Giuffré, 1995, p. 247.

[145] V. SANDULLI A., *Governo e pubblica amministrazione*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1966, pag. 758 ss.; CHELI, E., *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Giuffrè, Milano, 1961; CRISAFULLI V., *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in *Studi urbinati*, 1939.

componenti, ma tali condizioni non ricorrerebbero nel caso del CICR, che invece è titolare di attribuzioni originariamente proprie sula base delle disposizioni di legge.

In secondo luogo il fatto che il CICR non è un organo libero nella determinazione dei propri fini. Oltre ad esser stato per lungo tempo vincolato alle determinazioni del CIPE, il CICR incontra un limite invalicabile, alla determinazione dei fini perseguiti, nel diritto la libertà di impresa garantita alle banche dall'art. 41 comma 1 cost. e nella tutela del risparmio ex art. 47 cost.. Tale conclusione esce rafforzata laddove si ponga attenzione all'art. 5 del Tub, il quale scolpisce le finalità che le autorità creditizie devono esercitare nell'esercizio dei poteri di vigilanza ad essa attribuiti dalla legge. Per di più il Tub esclude che nella maggior parte dei casi il CICR possa deliberare in materia di vigilanza bancaria, senza una conforme proposta da parte della Banca d'Italia: quindi i suoi atti, anche sotto questo profilo, sono vincolati dalla volontà di un ente che per definizione non è libero nei fini.

In conclusione, il CICR sarebbe un organo di organi, che esercita funzioni amministrative e ha natura amministrativa, pur essendo partecipato da ministri nella loro qualità di organi costituzionali. Ogni ministro che vi partecipasse risponderebbe personalmente e individualmente sul piano politico davanti al Parlamento per gli atti adottati e delle decisioni del comitato sarebbero politicamente responsabili i ministri che hanno concorso alla formazione delle relative deliberazioni. Dunque, la collocazione del CICR sarebbe ben diversa da quella attribuita dall'art. 13 della legge bancaria al comitato dei ministri. Questo era un organo politico, mentre il CICR sarebbe un organo amministrativo[146], contro le cui decisioni può essere richiesta tutela giurisdizionale di fronte al giudice ordinario o al giudice amministrativo, applicando i criteri generali previsti dagli artt. 103 e 113 Cost..

[146] TREVES G., *I comitati interministeriali*, in *Scritti giuridici in onore della Cedam*, vol. II, Padova, Cedam, 1953, p. 231; PICOZZA, E., *Rilievi intorno all'impugnabilità delle deliberazioni del Comitato interministeriale per la programmazione economica*, in *Foro amm*., 1976, II, p. 1059 e ss..

3. Il Ministero dell'economia e delle Finanze

3.1. Le competenze in materia di politica monetaria

Il Ministero dell'economia e delle finanze[147] ha un ruolo di grande rilievo nell'ambito del mercato finanziario: oltre a svolgere importanti funzioni nel settore bancario, esso esercita poteri nell'ambito della politica monetaria e della vigilanza sulla finanza non bancaria e sull'intermediazione mobiliare.

In materia di politica monetaria, il Ministero dell'economia e delle finanze condiziona la liquidità del sistema finanziario del paese attraverso una serie di attività.

Gestisce i flussi finanziari delle riscossioni e dei pagamenti dei crediti e dei debiti della pubblica amministrazione[148], come Titolare della Tesoreria dello Stato. Emette i titoli del debito pubblico e correlativamente determina i tassi corrisposti ai sottoscrittori, influenzando anche il sistema dei tassi del mercato monetario (operazioni a breve termine) e finanziario (operazioni a medio e lungo termine)[149].

Un tempo il ministero dell'economia e delle finanze determinava anche la misura del tasso ufficiale di sconto, potere che influiva sulle condizioni di rifinanziamento delle banche presso la Banca d'Italia. Tale potere, per effetto dall'art. 1 della L. n. 82/1992, venne attribuito al Governatore della Banca d'Italia[150] e, con l'adozione della moneta unica e con l'attribuzione alla Banca centrale europea della funzione monetaria, deve oggi essere esercitato secondo le determinazioni assunte dal SEBC[151]. Inoltre, il Ministro avrebbe potuto decidere di conservare una posizione più o meno passiva nei propri rapporti di anticipazione con la Banca d'Italia, possibilità esclusa con l'entrata in vigore dell'art. 1 della legge 26 novembre 1993, n. 483, che ha disposto che "*la Banca d'Italia non può concedere anticipazioni di alcun tipo al Tesoro*". Infine, il R.D. n. 204/1910 attribuiva al Ministero dell'economia e delle finanze poteri di controllo sull'attività di emissione della Banca d'Italia, affinché fosse commisurata all'ammontare

[147] creato con il D. Lgs. n. 300/1999, attuazione della delega prevista nella L. 59 del 1997, che ha previsto la creazione di un nuovo ministero cui fossero attribuite le funzioni precedentemente attribuite ai ministeri del Tesoro, bilancio e programmazione economica e delle finanze.

[148] V. ZACCARIA F., *Tesoro, Cassa Depositi e Prestiti*, in *Dizionario Amministrativo*, a cura di G. Guarino, Milano, Giuffré, 1978, p. 585 e ss.

[149] SALVEMINI G., *Il finanziamento del Tesoro*, in *La politica monetaria in Italia*, a cura di F. Cotula, vol. II, il mulino, Bologna, 1989, p. 249 e ss.

[150]Il quale lo avrebbe dovuto esercitare "*in ragione delle esigenze di controllo della liquidità del mercato*".

[151] art. 2 D. Lgs. n. 43/1998.

delle riserve metalliche e in divise detenute dalla Banca centrale e fosse adeguatamente coperta dalle poste dell'attivo[152]. Tale potere, formalmente non eliminato, è stato ridimensionato non solo perché l'emissione dei biglietti ha cessato di essere ancorata alla quantità di riserve detenuta dall'istituto di emissione[153], ma anche perché la nascita del Sistema europeo di banche centrali ha comportato l'eliminazione di tutte quelle norme che, incidendo sull'indipendenza delle banche centrali nazionali, potrebbero impedire che queste conformino le proprie condotte alle determinazioni del SEBC.

3.2. Le competenze in materia di vigilanza

Al Ministero dell'economia e delle finanze sono attribuite importanti funzioni nell'ambito dell'ordinamento degli intermediari finanziari non bancari: esso determina i requisiti di onorabilità dei soci e di professionalità degli esponenti aziendali (art. 106 e ss. Tub). Anche nell'ambito del mercato mobiliare il ministero esercita rilevanti poteri, sia nei confronti degli operatori, potendo esso esercitare dei poteri normativi, autorizzatori e sanzionatori[154], sia nei confronti della Consob[155].

Con riferimento invece al settore creditizio, la legge bancaria del 1936 dava al Ministero del Tesoro competenze estremamente limitate[156]. Il ruolo del ministro del Tesoro si è rafforzato dopo le modifiche introdotte dal D. Lgs. c.p.s. n. 691 del 1947, che manteneva in capo ad esso la vigilanza sull'emissione dei biglietti di banca (art. 4), gli attribuiva la presidenza del CICR (art. 1) nonché la competenza ad adottare provvedimenti in materia di risparmio e credito, per di più senza la necessità di sentire il CICR in caso di particolari ragioni di urgenza (art. 6).

---

[152] esso serviva anche a garantire che i biglietti emessi, costituendo debiti della Banca centrale, fossero coperti da corrispondenti poste dell'attivo, che ne garantissero l'adempimento. In altri termini tale controllo perseguiva l'equilibrio economico della Banca d'Italia come impresa, finendo per consentire interventi diretti ad evitare emissioni che compromettessero il valore del metro monetario.

[153] SACCOMANNI F., *Il sistema monetario internazionale*, in *La politica monetaria in Italia* (a cura di F. Cotula), Bologna 1989, pp. 403-447.

[154] cfr. art. 18, 37 e 59 del D. Lgs. 58/1998.

[155] Il legislatore infatti ha predisposto un flusso informativo tra Consob e Ministro dell'economia e delle finanze, che può sfociare anche in valutazioni da parte di quest'ultimo. Il ministro potrà anche informare il Parlamento degli atti e degli eventi di maggior rilievo dei quali abbia avuto notizia o comunicazione quando li ritenga rilevanti al fine del corretto funzionamento del mercato dei valori mobiliari. V. COSTI R., *Il mercato mobiliare*, Torino, Giappichelli, 2010.

[156] V. art. 12, in cui è prevista la semplice partecipazione del Ministro delle finanze al Comitato dei Ministri oppure l'art. 24 in cui è prevista la partecipazione del Ministro delle finanze all'approvazione dello statuto della Banca d'Italia.

Il Tub ha rafforzato la posizione del ministro del Tesoro, disponendo all'art. 3, comma 1, che esso *"adotta con decreto i provvedimenti di sua competenza (..) e ha facoltà di sottoporli preventivamente al CICR"* e stabilendo all'art. 3 comma 2 che esso in caso di urgenza (…) *"sostituisce il CICR"*, dando notizia al medesimo dei provvedimenti assunti *"nella prima riunione successiva, che deve essere convocata entro 30 giorni"*.

Possono dunque distinguersi competenze ministeriali esclusive, poiché il Tub attribuisce al ministro del Tesoro importanti funzioni proprie normative ed amministrative, e competenze concorrenti con quelle del CICR, che sussistono solo in caso di urgenza[157].

Con riferimento al primo genere di competenze, essendo la facoltà di sottoposizione preventiva al CICR assolutamente discrezionale, si ritiene che questa non inficia la qualificazione giuridica di tali poteri come esclusivi, poiché la norma attribuisce al ministro il potere di ricorrere a tale procedura per motivi di opportunità insindacabili. Tali poteri, di innegabile rilevanza, sono quelli di determinare, sentita la Banca d'Italia, i requisiti di onorabilità dei soci e di onorabilità, professionalità ed indipendenza degli esponenti aziendali delle banche ai fini della concessione dell'autorizzazione dell'attività bancaria (art. 25 e 26) nonché il potere di aprire procedimenti di amministrazione straordinaria e di liquidazione coatta amministrativa delle banche, su proposta della Banca d'Italia (art. 70 e 80 Tub).

Il Ministero dell'economia delle finanze, sentita la Banca d'Italia, regola lo svolgimento dell'attività di microcredito (art. 111), i criteri oggettivi di iscrizione degli intermediari all'albo ex art. 106 (art. 112); nomina i componenti dell'organismo per la tenuta dell'elenco dei confidi e ne definisce i requisiti (art. 112 bis); nomina i componenti dell'organismo per la tenuta dell'elenco degli operatori del microcredito e ne definisce i requisiti (art. 113); regola l'accesso all'attività dei servizi di pagamento (art. 128 – *quater*). Su proposta della Banca d'Italia, nomina i membri dell'organismo per la gestione degli elenchi degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi (art. 128 – *undecies*).

[157] BANI E., *Commento all'art. 3*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Commentario al D. Lgs. 385/1993*, Cedam, Padova, 2012, p. 20.

Sentite la Consob e la Banca d'Italia, stabilisce, con riguardo ai titoli di Stato, regole di trasparenza e correttezza (art. 116) e ha facoltà di ampliare il novero dei soggetti destinatari delle norme sulla trasparenza delle operazioni (art. 115).

Disciplina l'accesso alle attività indicate nell'art. 106 da parte di soggetti aventi sede legale all'estero (art. 114).

Infine, ha il potere di erogare sanzioni amministrative in materia di antiriciclaggio, di cui agli artt 57 e 58 del D. Lgs. n. 231/2007.

A tale proposito merita sottolineare come l'art. 26 commi 3 e 4 della L. 262 del 2005 ha sottratto al Ministero i poteri di irrogazione delle sanzioni amministrative in materia creditizia, disponendo il trasferimento delle relative funzioni all'autorità di settore[158]. Inoltre, lo stesso art. 26 L. 262/2005 ha ridotto le competenze del MEF in materia di stabilimento in Italia della prima succursale di banche extracomunitarie ex art. 14, comma 4 del Tub, materia in cui è stato successivamente previsto, dall'art. 1 D. Lgs. 303/2006, l'inserimento nel procedimento di autorizzazione del Ministero degli affari esteri.

Passando invece alle competenze concorrenti con quelle del CICR, l'art. 3 comma 2 del Tub, dispone che il Ministero adotti i provvedimenti di competenza del CICR in caso di urgenza, con l'unico obbligo di darne notizia al comitato nella prima riunione del successiva da convocare entro 30 giorni, chiarendo come il successivo intervento del CICR non costituisca una ratifica del provvedimento adottato d'urgenza. La norma richiede soltanto che al comitato venga data notizia dei provvedimenti assunti, entro il termine meramente ordinatorio di 30 giorni.

A completare il quadro ci sono anche i compiti spettanti al ministro in quanto titolare della presidenza del CICR, poiché in tale ruolo gli spetta di dare effettivo contenuto all'azione del comitato, di convocarlo, di determinarne l'ordine del giorno, di condurne le sedute e di provvedere alla formale esternazione delle deliberazioni dello stesso, assumendo nei fatti una naturale posizione di preminenza in tale ambito.

[158] BANI E., *Le sanzioni amministrative*, in *La nuova legge sul risparmio*, a cura di CAPRIGLIONE F., Padova, 2006.

3.3. La collocazione del MEF nel sistema delle autorità creditizie

Delle tre autorità creditizie il Ministro dell'economia delle finanze è apparso l'autorità meno coinvolta nella definizione della disciplina del mercato bancario, essendo le sue attribuzioni esclusive molto circoscritte e al massimo collegate alle funzioni spettanti in materia monetaria[159]. L'impressione di un ruolo marginale del MEF deriva anche dalla progressiva perdita di potere sulla manovra della liquidità complessiva a partire dal cosiddetto divorzio nel 1981 tra Tesoro e Banca d'Italia, dalla perdita del potere di determinare il tasso ufficiale di sconto nonché dal processo di privatizzazione del sistema bancario attuato a partire dalla legge Amato del 1990. Tale processo infatti ha comportato per il ministro la perdita dei poteri che aveva come azionista delle banche pubbliche nonché la perdita dei poteri di nomina dei vertici delle fondazioni che detenevano il controllo delle società bancarie, risultando molto limitato il potere di vigilanza sulle fondazioni bancarie che controllano banche, attribuito successivamente al Ministero *ex* art. 10 del D. Lgs. n. 153/1999. Hanno contributo all'erosione delle sue competenze anche gli interventi di razionalizzazione dei procedimenti di irrogazione delle sanzioni amministrative avvenuta ad opera della legge sul risparmio, a seguito della quale è stato sottratto al Ministro il potere di irrogare le sanzioni amministrative pecuniarie nel settore bancario[160].

Da alcuni è stato tuttavia osservato che il MEF avrebbe riconquistato un proprio spazio operativo nell'ambito delle attività svolte in seno al Comitato per la salvaguardia della stabilità finanziaria[161] e nell'ambito delle possibilità offerte dalla L. 2/2009, in base alla quale il ministro può costituirsi come azionista di ultima istanza nei confronti

---

[159] V. BANI E., *Le sanzioni amministrative*, in *La nuova legge sul risparmio*, a cura di CAPRIGLIONE F., Padova, 2006; COSTI R., *L'ordinamento bancario*, Il mulino, Bologna, 2007, p. 115. Indizio testuale della collocazione marginale del MEF dovrebbe essere anche l'art. 8 comma 2 del Tub che stabilisce che le delibere del CICR e i provvedimenti di carattere generale del Ministro dell'economia delle finanze sono pubblicati nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana e quindi si deduce che l'attività del ministero sia diretta a tutti i consociati, mentre il fatto che quelli analoghi della Banca d'Italia sono pubblicati nella gazzetta ufficiale solo quando le disposizioni in essi contenute sono destinate a soggetti diversi da quelli sottoposti a vigilanza sembra indicare una più diretta relazione con il sistema bancario.

[160] COSTI R., *L'ordinamento bancario*, Il mulino, Bologna, 2007, p. 115

[161] presieduto dal Ministero dell'economia e delle finanze e composto dalla Banca d'Italia, dalla Consob e dall'ISVAP, è stato costituito sulla base di un accordo amministrativo, quindi è privo di poteri autoritativi verso l'esterno e tuttavia è divenuto la sede di confronto sulle determinazioni da adottare nella fase più acuta della crisi finanziaria in luogo del CICR. V. PASSALACQUA M., *Cicr e Comitato per la salvaguardia della stabilità finanziaria: dai comitati dei ministri ai comitati delle Authorities*, in *Scritti in onore di Francesco Capriglione*, Cedam, Padova, 2010, Tomo I, p. 371 e ss.

del sistema bancario, essendogli riconosciuta la possibilità di sottoscrivere strumenti finanziari, emessi da banche in difficoltà, convertibili in azioni a richiesta degli stessi emittenti, possibilità che consentirebbe nuovamente al ministro di votare nelle assemblee di questi[162].

4. La Banca d'Italia

4.1. La pluralità di attribuzioni della Banca Centrale

Il cardine del governo del sistema bancario e finanziario italiano è la Banca d'Italia, che per lungo tempo è stata non solo l'organizzazione amministrativa preposta alla vigilanza sull'esercizio dell'attività bancaria ma anche la Banca centrale dello Stato italiano[163]. Essa ha per lungo tempo stabilito la quantità di moneta necessaria al sistema

[162] La L. 2/2009 ha dato la possibilità alle banche di emettere obbligazioni bancarie speciali che hanno come obiettivo il rafforzamento del capitale di vigilanza "*Core Tier 1*" e, di conseguenza, lo sviluppo dell'erogazione di credito a famiglie e imprese. Il decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185, recante «Misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anticrisi il quadro strategico nazionale» convertito dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2 e, in particolare, l'art. 12, concernente il «Finanziamento dell'economia attraverso la sottoscrizione pubblica di obbligazioni bancarie speciali e relativi controlli parlamentari e territoriali» ha autorizzato il Ministero dell'Economia e delle Finanze a sottoscrivere, fino al 31 dicembre 2009 e su richiesta delle banche interessate, strumenti finanziari (privi dei diritti indicati nell'art. 2351 c.c.) emessi da banche italiane o da società capogruppo di gruppi bancari italiani con azioni quotate su mercati regolamentati.
Tale previsione è stata resa operativa il 25 febbraio 2009, con un decreto di attuazione del Ministero dell'Economia e delle Finanze. In particolare, attraverso uno specifico schema allegato (c.d. *Term-sheet*), vengono disciplinate le caratteristiche contrattuali dei cd. Tremonti bond. Secondo il predetto schema, tali strumenti:
sono irredimibili, cioè non vi è obbligo di restituzione del capitale e possono essere rimborsati dalla banca in qualsiasi momento; prevedono un sistema di remunerazione legato ai risultati economici conseguiti dalla banca debitrice; in particolare, gli interessi (non cumulabili) sono corrisposti solo in presenza e nei limiti degli utili distribuibili, a condizione che il coefficiente patrimoniale complessivo sia superiore all'8 per cento;
partecipano alla copertura delle perdite; tali titoli hanno il medesimo grado di subordinazione e, quindi, la medesima capacità di assorbimento delle perdite delle azioni ordinarie, sia in caso di insolvenza dell'emittente sia in caso di continuità di impresa, qualora si verifichino perdite che riducano il coefficiente patrimoniale complessivo (il cd. *total capital ratio*) al di sotto del minimo regolamentare dell'8 per cento; sono convertibili in un numero fisso di azioni ordinarie, su iniziativa dell'emittente. Quest'ultimo può esercitare la conversione dopo tre anni dall'emissione, a condizione che al momento della conversione il valore di mercato delle azioni sottostanti sia almeno pari al 110 per cento del valore iniziale; sono riscattabili dalla banca emittente, a determinate condizioni, in un qualsiasi momento successivo all'emissione; il riscatto è subordinato alla preventiva autorizzazione della Banca d'Italia.

[163] La Banca d'Italia ha coniugato al suo interno diverse anime sin dalla sua istituzione, avvenuta con la L. n. 449/893, come fusione della Banca Nazionale del Regno, della Banca Nazionale Toscana e della Banca Toscana di credito per le industrie ed il commercio d'Italia. Società per azioni con un proprio statuto, nonostante la sua istituzione fosse prevista con legge, essa ha svolto sin dalla nascita la funzione di istituto di emissione insieme al Banco di Napoli e di Sicilia, sulla base di una concessione dello Stato, che prevedeva un penetrante controllo del Ministero del Tesoro ai sensi del Testo unico sugli istituti di

economico in relazione alle scelte di politica monetaria ed economica complessivamente adottata, attraverso l'attività di emissione, attraverso le operazioni sul mercato aperto e, dal 1992 al 1998, anche attraverso la determinazione del tasso ufficiale di sconto, nell'ambito di un sistema caratterizzato dalla cosiddetta moneta manovrata[164].

---

emissione del 1910. Al contempo, essa esercitava la normale attività bancaria, limitata al *numerus clausus* delle operazioni elencate all'art. 12 della L. n. 449/1893. Successivamente, essa acquistò una maggiore connotazione pubblicistica, poiché con la legislazione del 1936-38 venne affermata chiaramente la natura pubblica della Banca d'Italia e delle funzioni da questa svolte. Le venne attribuito il monopolio dell'emissione di banconote, ne venne limitata l'operatività verso soggetti diversi dalle imprese bancarie[163] e contestualmente venne mutata la sua struttura proprietaria, essendo stata trasferita la titolarità delle sue quote partecipative in capo a soggetti di matrice pubblicistica. Inoltre, con il D.Lgs. c.p.s. n. 691/1947 le vennero attribuiti direttamente i poteri di vigilanza. La Costituzione decise di non qualificare la Banca d'Italia come ente costituzionale, ma piuttosto di costituzionalizzare le funzioni da essa svolte. Il testo unico bancario non è intervenuto sui profili istituzionali dell'Istituto. Tale impianto concettuale e organizzativo è stato sottoposto a profonde trasformazioni a causa dell'adesione dell'Italia all'unione monetaria europea. In ragione di tale scelta, la Banca d'Italia ha conservato la piena titolarità soltanto delle funzioni di vigilanza sul settore bancario, mentre le competenze di politica monetaria sono state avocate a livello comunitario. Con la legge sul risparmio, intervenuta anche sulla struttura proprietaria dell'istituto, è emersa sul piano organizzativo la duplice natura della Banca d'Italia[163]: ente pubblico dello stato italiano con titolarità di funzioni amministrative di vigilanza sugli enti creditizi, i cui atti sono di competenza del Direttorio; ente pubblico dell'Unione Europea rientrante nel Sistema europeo delle banche centrali, i cui atti rimangono nelle competenze del Governatore. Per la ricostruzione dell'evoluzione storica delle attribuzioni della Banca d'Italia, v. V. CAMA G., *Le istituzioni politiche in Italia. La Banca d'Italia*, Il mulino, Bologna, 2010; CLARICH M. E CAMILLI E.L., *commento all'art. 4*, in PORZIO M., BELLI F., LOSAPPIO G., RISPOLI FARINA M., SANTORO V., *Commentario al Testo Unico Bancario*, Giappichelli, Torino, 2010; GALANTI E., D'AMBROSIO R., GUCCIONE A., *Storia della legislazione bancaria, finanziaria e assicurativa, dall'unità d'Italia al 2010*, Banca d'Italia, pubblicazioni della consulenza legale, Roma, 2010, p. 36 e ss.. Per l'analisi della natura giuridica della Banca d'Italia, v. GIANNINI M.S., *Sulla natura giuridica e sulle attribuzioni della Banca d'Italia*, estratto da *Banca, borsa e titoli di credito*, Giuffré, 1949, in M.S. Giannini, *Scritti*, Giuffré, vol. III, p. 77 e ss, che considera la Banca d'Italia come titolare di un organo statale. Sul punto v. anche LOIZZO A., *Banca d'Italia e Parlamento. Aspetti problematici*, in *Riv. Trim. sc. pol. e amm.*, 1971, p. 80; Cfr. COSTI R., *L'ordinamento bancario*, Il mulino, Bologna, 2012, p. 127, il quale attribuisce alla Banca d'Italia la qualifica di "*ente pubblico titolare di una funzione pubblica di vigilanza sulle imprese bancarie, ma non anche di un organo statale, con la conseguenza che gli effetti patrimoniali che dovessero derivare dalle scelte effettuate dalla Banca d'Italia non potrebbero essere imputati allo Stato, così come normalmente avviene nelle ipotesi in cui un ente pubblico sia titolare di un organo statale*". In giurisprudenza, per tutti, v. Corte di Cassazione, Sez. Un., n. 745/1970. La qualifica pubblicistica della Banca d'Itali discenderebbe dal fatto che, nonostante essa svolga anche attività di impresa, le funzioni pubbliche che le sono assegnate avrebbero un'incidenza preponderante nella sua configurazione giuridica e comunque la costringerebbero in una posizione non significativa. È stato osservato che comunque non debba essere trascurata la dimensione imprenditoriale della Banca d'Italia, che svolge la propria funzione ora con atti amministrativi, ora con negozi di diritto privato: essa dà luogo ad un'attività di impresa che consente l'adempimento della sua funzione pubblica, da esercitare nel rispetto del principio di economicità della gestione.

[164] il legislatore italiano aveva realizzato una stretta connessione tra le competenze sul sistema creditizio e quelle in materia monetaria e valutaria, secondo l'indirizzo comune a molti sistemi economici. Il fondamento di tale indirizzo risiedeva nel fatto che, da un lato, gli interventi della banca centrale possono sicuramente favorire la solvibilità e la liquidità delle imprese bancarie mentre, dall'altro lato, l'attività della maggior parte delle banche incide sulla quantità di moneta circolante nel sistema. Ancora, il sistema

Pur dotata di ampia discrezionalità in materia, essa doveva rispettare alcuni vincoli nella determinazione della liquidità del sistema[165]. In primo luogo, la Banca d'Italia avrebbe dovuto limitare l'attività di emissione a ciò che avesse consentito l'equilibrio del proprio bilancio, dal momento che i biglietti rappresentano un debito nei confronti dei portatori degli stessi. In secondo luogo, l'attività di emissione si sarebbe dovuta limitare a quanto indispensabile per tutelare il valore del metro monetario, perché la moneta potesse adempiere alle proprie funzioni, in base a quanto si ricavava dal fine di "*tutelare il pubblico credito*" stabilito prima dall'art. 20 della legge bancaria e poi conservato in vigore dal testo unico bancario. In terzo luogo un limite all'emissione dei biglietti derivava dall'art. 47 Cost., il quale dichiara doverosa la protezione del risparmio, da cui conseguiva la necessità di tutelare il valore del metro monetario contro fenomeni di carattere inflazionistico[166].

I limiti descritti hanno indotto a ritenere l'attività di emissione dei biglietti della Banca d'Italia come un'attività non libera nei fini e che, in relazione a tale attività, essa non fosse dotata di potere politico. L'organo politicamente responsabile per tale funzione rimaneva il Ministero dell'economia e delle finanze e il Consiglio dei Ministri, l'organo al quale imputare complessivamente la politica economica del paese. Peraltro, fino al 1981, la Banca d'Italia operava come sottoscrittore residuale dei titoli di Stato non collocati presso altri sottoscrittori, rimanendo fin ad allora subordinata al Mef in ordine a questo canale di creazione di moneta[167].

La Banca d'Italia ha svolto funzioni di politica monetaria anche attraverso una serie di strumenti ulteriori, idonei ad incidere sulla capacità delle banche di creare moneta, in quanto incidenti sulla loro liquidità. La Banca d'Italia avrebbe potuto

---

bancario rappresenta la parte più importante del sistema dei pagamenti nell'ambito del quale svolge un ruolo essenziale la banca centrale come prestatore di ultima istanza, capace di far fronte ai rischi di liquidità insiti nel circuito dei pagamenti. Per queste considerazioni si è ritenuto che la banca centrale non potesse rinunciare a svolgere le funzioni di vigilanza sugli enti creditizi dei quali era in ultima analisi chiamata a garantire la solvibilità

[165] V. GOODHART C., *L'evoluzione delle Banche centrali*, Roma – Bari, Laterza, 1991. MONTANARO E., *La Banca Centrale ed il governo della liquidità*, Milano, Giuffré, 1969.

[166] Secondo MERUSI F., *Commento all'art. 47*, in *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, p. 181, la disposizione in parola è idonea a imputare la responsabilità politica della tutela della moneta anche ad istituzioni diverse dal circuito Governo – Parlamento. Ad avviso di COSTI R., *L'ordinamento bancario*, Il mulino, Bologna, 2007, l'individuazione degli organi politicamente responsabili di tale tutela non subisce alcuna deviazione dai principi generali in materia di responsabilità politica, dunque essa andrebbe attribuita al Ministero del Tesoro e al Governo nel suo insieme.

[167] CIAMPI C.A., *L'autonomia della politica monetaria. Il divorzio Tesoro – Banca d'Italia trent'anni dopo*, Il mulino, Bologna, 2011.

fronteggiare le esigenze delle aziende e degli istituti di credito in relazione a finanziamenti ordinari e straordinari (prestatore di ultima istanza)[168], avrebbe potuto manovrare le riserve obbligatorie oppure avrebbe potuto incidere sulla liquidità delle banche attraverso la supervisione sul sistema dei pagamenti[169]. Infine, poiché la difesa del valore del metro monetario limitata ai rapporti interni al sistema economico si sarebbe rivelata del tutto parziale, la Banca d'Italia ha avuto per lungo tempo la titolarità dei poteri in materia valutaria[170].

Il ruolo della Banca d'Italia è stato tuttavia ridisegnato per effetto dell'ingresso dell'Italia nell'ordinamento monetario dell'Unione Europea, giunto a compimento con la nascita della Banca centrale europea nel 1999 e con l'introduzione della moneta unica nel 2002.

L'unione monetaria si fonda sul Sistema europeo delle banche centrali, composto dalle 12 banche centrali nazionali dei paesi che hanno adottato l'euro[171] e dalla Banca Centrale Europea. Questa, dotata di personalità giuridica, ha attribuzioni in materia di politica monetaria, finalizzate all'obiettivo prioritario del mantenimento della stabilità dei prezzi. In particolare essa ha il diritto esclusivo di autorizzare l'emissione di banconote ed ha il compito di definire e attuare la politica monetaria della comunità, di svolgere le operazioni sui cambi, di detenere e gestire le riserve ufficiali in valuta estera degli stati membri e di promuovere il regolare funzionamento dei sistemi di pagamento[172]. In tali materie la Banca Centrale Europea ha un potere normativo che

---

[168] sia con anticipazioni su titoli che con sconto di crediti.

[169] pur trattandosi di una funzione autonoma rispetto a quella monetaria, intesa come funzione attenta alla liquidità della moneta e non alla mera circolazione di essa, la disciplina della supervisione sui sistemi di pagamento, essendo diretta ad evitare che crisi di liquidità degli operatori inseriti nel sistema interrompano circuito dei pagamenti, avrebbe concorso a creare moneta bancaria. V. COSTI R., *L'ordinamento bancario*, Il mulino, Bologna, 2007, p. 145.

[170] Pur non trattandosi di un'attribuzione necessaria, è sembrato che l'attribuzione congiunta delle funzioni valutarie, monetaria e di vigilanza bancaria consentisse una difesa efficiente del valore della moneta a partire dagli anni '30 fino alla L. 529/1986 e al D.M. Economia e delle finanze del 27 aprile 1990. Successivamente, tale funzione è stata di fatto avvocata al livello del sistema ovvero delle banche centrali della BCE.

[171] V. MERUSI F., *Governo della moneta e indipendenza della Banca centrale nella federazione monetaria dell'Europa*, in *Studi e note di economia*, 1997, p. 8.

[172] la struttura interna della BCE è articolata in un consiglio direttivo è in un comitato esecutivo. Il primo, composto dai governatori delle banche centrali e dei membri del comitato esecutivo ha competenze nella formulazione della politica monetaria e nella assunzione delle decisioni necessarie ad assicurare l'assolvimento dei compiti affidati al Sebc, in materia di determinazione dell'organizzazione interna della BCE e di cooperazione internazionale. Il comitato esecutivo, composto da sei membri nominati di comune accordo dai governi degli Stati aderenti "*tra persone di riconosciuta levatura ed esperienza professionale nel settore monetario e bancario*" (art 11 statuto Sebc), ha invece il compito di attuare la

prevale sul potere legislativo dei paesi membri poiché essa può adottare norme che derogano alle disposizioni delle legislazioni nazionali e i parlamenti non possono dettare leggi che contrastino con le regole stabilite da questa. A questo riguardo, va ricordato che il D.P.R. 24 aprile 1998[173] ha stabilito che la Banca d'Italia svolge i compiti e le funzioni che le competono in qualità di parte integrante del Sebc e "*persegue gli obiettivi assegnati al Sebc ai sensi dell'art. 105, par. 1, del Trattato e agisce secondo gli indirizzi e le istruzioni della BCE*"[174].

Un così rilevante trasferimento di poteri alle istituzioni comunitarie si è sostanziato nella sottrazione ai singoli ordinamenti del diritto di battere moneta, elemento fondamentale della sovranità nazionale. Ciò ha comportato una radicale trasformazione degli assetti di governo della politica monetaria, avendo richiesto la fissazione di rigidi parametri per creare maggiore omogeneità tra le economie di tutti i paesi aderenti all'Unione e ha imposto la determinazione di adeguati criteri per garantire l'indipendenza della BCE per prevenire ogni possibile suo condizionamento da parte dei governi degli Stati membri. L'art. 131 del TFUE prevede infatti che la BCE e le banche centrali nazionali non possono sollecitare o ricevere istruzioni da qualsiasi organismo nazionale e comunitario e impegna i governi degli Stati membri delle istituzioni comunitarie a non cercare di influenzare i membri degli organi decisionali di queste.

Gli strumenti che la BCE può utilizzare nello svolgimento delle funzioni monetarie sono rappresentati dalle operazioni di mercato aperto e di finanziamento nei confronti delle banche e dagli operatori di mercato previsti dall'art. 18 dello statuto.[175] Un ulteriore strumento in possesso della BCE è quello degli obblighi di riserva imposti agli intermediari[176]. L'art. 127 del TFUE attribuisce alla BCE la detenzione e la gestione

---

politica monetaria in base agli indirizzi del consiglio direttivo, impartendo le necessarie istruzioni alle singole BCN, e si occupa della gestione degli affari correnti della BCE.

[173] Emanato sulla base del D. Lgs. 10 marzo 1998, n. 43.

[174] V. art. 19 della L. n. 262 del 2005, che ha ribadito che "*La Banca d'Italia è parte integrante del Sistema europeo delle banche centrali che agisce secondo gli indirizzi e le istruzioni della BCE*".

[175] Attraverso tali operazioni viene determinato il tasso d'interesse a breve termine, che influenza i tassi ai quali le banche prestano i clienti esso rappresenta il prezzo al quale ci si scambia la liquidità del mercato monetario

[176] È interessante sottolineare che né il Trattato né lo statuto del Sebc contengono riferimenti all'importante funzione delle banche centrali quali prestatori di ultima istanza, non essendo ben chiaro se questa funzione sia stata centralizzata oppure è rimasta in capo alle banche centrali nazionali, anche se in sede comunitaria sembra prevalere quest'ultima interpretazione al fine di scoraggiare il *moral hazard* da parte degli intermediari. Il prestatore di ultima istanza provvede all'immissione di liquidità nelle banche al fine di prevenire le crisi ed assicurare la stabilità del sistema finanziario, e resta dubbio che nelle ipotesi

delle riserve ufficiali in valuta estera degli stati membri, atteso che la centralizzazione della funzione monetaria non poteva non avere conseguenze anche sulle competenze in materia valutaria. Infine l'art. 127 attribuisce alla BCE il compito di promuovere il regolare funzionamento dei sistemi di pagamento per prevenire i rischi sistemici derivanti da insolvenze che coinvolgono gli operatori partecipanti a piattaforme organizzate su base comunitaria[177].

Va ricordato che, nonostante nella preparazione del Trattato di Maastricht si fosse manifestata la consapevolezza dell'esigenza di coniugare le funzioni monetarie con quelle di vigilanza bancaria, il testo definitivo dell'art. 105 TCE (oggi art. 127 TFUE) richiamava soltanto la possibilità che il Sebc contribuisca "*alla buona conduzione delle politiche perseguite dalle competenti autorità per quanto riguarda la vigilanza prudenziale degli enti creditizi e la stabilità del sistema finanziario*". Inoltre l'art. 25 dello statuto della Sebc prevede che la BCE possa essere consultata "*sul campo di applicazione sull'attuazione della legislazione comunitaria relativa la vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e concernente la stabilità sul sistema finanziario*". In sostanza la BCE non ha avuto finora potere di intervento in materia di vigilanza bancaria, che è rimasta esclusiva competenza delle singole banche centrali nazionali, in contrasto con la sempre più accentuata integrazione dei mercati finanziari derivante dall'unificazione monetaria.

Peraltro, lo stesso legislatore comunitario ha inserito nell'art. 105 TCE (oggi art. 127 TFUE) il comma 6, clausola che consente "*di affidare alla BCE compiti specifici in merito alle politiche che riguardano la vigilanza prudenziale degli enti creditizi e delle altre istituzioni finanziarie, escluse le imprese di assicurazione*", con delibera adottata all'unanimità dal consiglio della comunità, su parere della commissione del Parlamento europeo. Proprio su tale base la Commissione Europea il 12 settembre 2012 ha presentato una proposta di regolamento da sottoporre all'approvazione del Consiglio, che conferirà specifici compiti alla BCE in materia di vigilanza prudenziale sulle banche[178]. Il sistema delineato dovrebbe attribuire alla BCE il compito di autorizzare

---

di crisi di rilevanti dimensioni con conseguenze sulla liquidità complessiva di tutto il sistema bancario europeo sia possibile gestire la situazione con interventi di singoli governi nazionali.

[177] *Target, Interlinking, Target 2.*

[178] COMMISSIONE UE, COM(2012)511, *Proposta di regolamento del Consiglio che attribuisce alla Banca centrale Europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi*, Brussels, n. 242/2012. Ad essa si affianca anche un'altra proposta di regolamento del

l'esercizio all'attività bancaria e l'acquisto di partecipazioni rilevanti in banche, assicurare il rispetto dei requisiti di capitale, di liquidità e di leva stabiliti dalla normativa europea. In tale quadro, il ruolo delle autorità nazionali dovrebbe essere valorizzato nell'esercizio di tutte le attribuzioni non assegnate alla BCE e nello svolgimento di tutte le attività preparatorie e strumentali rispetto a queste ultime. Di tali innovazioni, comunque, si darà conto nei paragrafi successivi[179].

4.2. La funzione di vigilanza

4.2.1. La vigilanza sulle banche

Sin dalla legge bancaria del 1926 la Banca d'Italia ha svolto un ruolo da protagonista nello svolgimento della funzione di vigilanza sull'attività imprenditoriale delle imprese bancarie. L'art. 2 del D.Lgs. c.p.s. 691/1947 stabiliva che "*le funzioni del cessate ispettorato per la difesa del risparmio l'esercizio del credito*" fossero devolute alla Banca d'Italia, che quindi era riconosciuta titolare originario e non delegato dal comitato interministeriale per il credito ed il risparmio delle funzioni di vigilanza sulle banche. Lo stesso articolo precisava che "*le facoltà e le attribuzioni riconosciute al Capo dell'Ispettorato sono conferite al Governatore della Banca d'Italia, il quale le esercita secondo le direttive fissate dal Comitato Interministeriale*". Dunque il provvedimento del 1947 non si limitava ad individuare nella Banca d'Italia il titolare delle funzioni di vigilanza bancaria, ma determinava anche l'organo di quest'ultima competente ad assumere i necessari provvedimenti formali. Inoltre l'art. 5 stabiliva che "*il Consiglio Superiore della Banca d'Italia non ha ingerenza nella materia devoluta dall'articolo 1 al Comitato Interministeriale*" e dunque ne escludeva la competenza in materia di tutela del risparmio e di esercizio del credito e quindi sull'attività di vigilanza[180].

Parlamento e del Consiglio, la n. 244/2012, che porti le opportune modifiche procedurale al regolamento n. 1093/2010 istitutivo dell'EBA, affinché questo tenga in considerazione, nella disciplina delle modalità procedurali attraverso le quali quest'ultima esercita i propri poteri, del conferimento di specifici compiti in capo alla BCE.

[179] V. Parte I, cap. 3, par. 2.

[180] CAPRIGLIONE F., *Commento all'art. 4*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Commentario al D. Lgs. 385/1993*, Cedam, Padova, 2012, p. 29. Con riferimento all'organizzazione della Banca d'Italia, sui cui è intervenuta in maniera incisiva la L. 262/2002, l'art. 5 dello Statuto distingue sei "*organi centrali*": l'assemblea dei partecipanti, il Consiglio Superiore, il Collegio Sindacale, il Governatore, il Direttore

Tale impianto fu confermato anche dal Tub, il quale si è limitato ad attribuire genericamente le funzioni di vigilanza sulla banche alla Banca d'Italia e non al suo Governatore, al quale non ha dedicato alcuna disposizione, dandone per implicite le competenze. Significativi mutamenti si sono invece verificati per effetto dell'art. 19 della legge n. 262 del 2005, che ha stabilito che "*la competenza ad adottare provvedimenti aventi rilevanza esterna rientranti nella competenza del Governatore e quella relativa agli atti adottati su sua delega sono trasferiti al Direttorio*" rimanendo ferma la competenza esclusiva del Governatore a rappresentare la Banca d'Italia di fronte ai terzi negli atti, contratti e giudizi, compresi dunque i provvedimenti di vigilanza. Va tuttavia ricordato che questo spostamento di competenze non riguarda le "*decisioni rientranti nelle attribuzioni del Sistema europeo di banche centrali*"[181],

---

Generale, i Vicedirettori Generali e infine il Direttorio. L'assemblea dei partecipanti, presieduta dal Governatore, è costituita dai partecipanti "*che siano titolari, da almeno tre mesi, di almeno 100 quote di partecipazione*", e approva le modificazioni dello statuto della banca, il bilancio, la ripartizione degli utili, la nomina dei sindaci e del presidente del collegio sindacale; concorre a nominare il Consiglio Superiore insieme alle assemblee dei partecipanti presso le sedi della banca. Il Consiglio Superiore è composto dal Governatore e dei 13 consiglieri, ed è competente per "*l'amministrazione generale*" nonché per la "*vigilanza sull'andamento della gestione ed il controllo interno della banca*"[180]. Esso non ha competenza in materia di vigilanza, tuttavia ad esso non sono inibite competenze in materia monetaria, naturalmente esercitabili nel rispetto delle direttive del Sebc, visto che molte delle operazioni di natura monetaria, che coinvolgono la responsabilità patrimoniale dell'ente, si traducono in contratti di diritto privato e non possono non coinvolgere gli organi preposti alla gestione dell'attività imprenditoriale dell'Istituto. Il Consiglio Superiore ha anche una funzione consultiva nel procedimento di nomina e di revoca del Governatore; inoltre, esso ha il potere di nomina e di revoca del Direttore Generale e dei Vicedirettori, "*su proposta del Governatore*", con un *quorum* costitutivo dei due terzi dei componenti, con il voto favorevole di almeno due terzi dei presenti con successiva approvazione con decreto del Presidente della Repubblica, promosso dal Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze sentito il Consiglio dei Ministri. Il Collegio Sindacale, nominato dall'assemblea generale, è composto di cinque membri ed ha la competenza a svolgere un controllo di legittimità sulla gestione ed il controllo contabile. Il Direttorio è composto dal Governatore, dal Direttore Generale e dagli altri Vicedirettori. Esso ha "*competenza ad assumere provvedimenti aventi rilevanza esterna relativi all'esercizio delle funzioni pubbliche attribuite dalla legge alla banca o al governatore per il perseguimento delle finalità istituzionali, con esclusione delle decisioni rientranti nelle attribuzioni del Sebc*". Con riguardo alla figura del Governatore, questi dura in carica sei anni, con la possibilità di un solo rinnovo del mandato, ed è nominato e revocato con "*decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del presidente del Consiglio dei Ministri, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, sentito il parere del Consiglio Superiore della Banca d'Italia*". Venendo infine al Direttore Generale ed ai Vicedirettori, essi durano in carica sei anni con la possibilità di un solo rinnovo del mandato. Anche se la legge non detta alcuna norma per quanto concerne il loro numero e la loro nomina, il nuovo statuto prevede la nomina di un terzo vicedirettore, conserva il potere di nomina al Consiglio Superiore, ma la relativa deliberazione deve essere approvato dal decreto del Presidente della Repubblica. Il Direttore Generale ha la competenza per gli atti di ordinaria amministrazione, attua le delibere del Consiglio Superiore e coadiuva il Governatore nell'esercizio delle sue attribuzioni.

[181] V. art. 19 L. 262/2005 e l'art. 21 dello statuto della Banca d'Italia.

rimanendo ferme le competenze del Governatore in merito alle decisioni rientranti nelle attribuzioni del Sebc.

Il sistema delineato attribuisce alla Banca d'Italia il ruolo di motore dell'intero sistema del Tub. Essa partecipa allo svolgimento dell'attività di alta vigilanza, poiché la sua proposta è presupposto necessario per l'attivazione dei poteri normativi del Cicr[182]. Al tempo stesso, essa è il principale attore della vigilanza operativa, che svolge attraverso i provvedimenti indicati nell'art. 4 Tub, che attribuisce alla Banca d'Italia un potere di regolazione generale, esercitato mediante l'adozione di regolamenti ed istruzioni, e un potere di intervento puntuale sui soggetti vigilati. Al riguardo, non va tuttavia dimenticato che proprio il Tub ha cercato di porre dei vincoli di tipo sostanziale all'esercizio dei poteri di vigilanza della Banca d'Italia. Oltre a definire le finalità che essa deve perseguire ex art. 5 tub, l'art. 4 comma 2 tub ha imposto alla Banca d'Italia di predeterminare i principi e i criteri di vigilanza, in maniera da limitare l'ampiezza e la natura della discrezionalità a lei rimessa nell'adozione dei provvedimenti particolari. Oltre a stabilire un obbligo di relazione annuale sull'attività di vigilanza, l'art. 4 comma 3, soprattutto per effetto delle successive modifiche apportate dalla legge sul risparmio, ha anche accresciuto la disciplina procedimentale dell'attività dell'Istituto[183].

Dunque la Banca d'Italia emana provvedimenti di carattere generale e provvedimenti di carattere particolare. I provvedimenti di carattere generale sono i regolamenti, ossia norme secondarie la cui violazione incide anche sulla validità degli atti compiuti con un terzo, che la Banca d'Italia può emanare nei soli casi stabiliti dalla legge, nonché le istruzioni, che essa impartisce ai destinatari dell'attività di vigilanza e che non inciderebbero pertanto sui rapporti con i terzi[184].

Per quanto riguarda il primo genere di atti, va sottolineato che il Tub non prevede nessun caso in cui la banca possa emanare regolamenti. Per quanto riguarda il secondo genere di atti, va invece osservato che il Tub e la legge sul risparmio non hanno risolto il problema della natura e della portata delle istruzioni di vigilanza.[185] Esse sono

---

[182] CAPRIGLIONE F., *Commento all'art. 4*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Commentario al D. Lgs. 385/1993*, Cedam, Padova, 2012, p. 35.
[183] CAPRIGLIONE F., *Commento all'art. 4*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Commentario al D. Lgs. 385/1993*, Cedam, Padova, 2012, p. 30.
[184] CAPRIGLIONE F., *Commento all'art. 4*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Commentario al D. Lgs. 385/1993*, Cedam, Padova, 2012, p. 38 e ss..
[185] Attesa la loro generalità e astrattezza, ha ritenuto tali atti espressione di potere regolamentare SANGIORGIO G., *L'organizzazione politico-amministrativa del settore creditizio*, in *Quaderni di ricerca*

rivolte ai soggetti vigilati e avrebbero contenuto astratto. Ma, poiché esse hanno contenuto atipico[186], non potrebbero assurgere a fonti del diritto né potrebbero esplicare effetti diretti nei rapporti con i terzi[187]. Esse spiegherebbero una mera forma di autolimitazione della banca nell'esercizio dei suoi poteri, e di conseguenza dovrebbe ammettersi la possibilità di derogare alle disposizioni delle istruzioni nell'adozione degli atti individuali, motivando adeguatamente lo scostamento, perlomeno nelle ipotesi in cui l'emanazione dell'atto non sia prevista da una norma di legge specifica.

Il procedimento per l'adozione di tali tipi di atti è stato fortemente innovato dall'art. 23 della legge sul risparmio. Esso ha introdotto, in deroga alla generale disciplina della legge 241 del 1990, l'applicabilità dell'obbligo di motivazione e delle norme materia di partecipazione dei procedimenti per l'adozione degli atti a contenuto generale della Banca d'Italia.

Tali provvedimenti debbono dunque essere motivati, con riferimento alle scelte di regolazione di vigilanza del settore ovvero della materia su cui vertono, e devono essere accompagnati da una relazione che ne illustra le conseguenze sulla regolamentazione, sull'attività delle imprese e degli operatori e sugli interessi dei

---

giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia, n. 27, 1992, p. 22.;). Ne ha invece sostenuto la natura amministrativa la giurisprudenza comunitaria (CGE c-300/81) e in dottrina, per tutti, CAPRIGLIONE F., *Commento all'art. 4*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Commentario al D. Lgs. 385/1993*, Cedam, Padova, 2012, p. 41, il quale riconduce le istruzioni di vigilanza al *genus* degli ordini.

[186] Le istruzioni potrebbero infatti intervenire in tutti gli aspetti che riguardano la vigilanza, a differenza dei regolamenti che potrebbero essere emanati solo nei casi stabiliti dalla legge. V. STEFANELLI M.A., *Le istruzioni di vigilanza della Banca d'Italia*, Parte generale, Cedam, Padova, 2003. Buona parte delle istruzioni di vigilanza trova il proprio fondamento in un'espressa disposizione di legge e sarebbe conforme al principio di legalità in senso formale e in senso sostanziale. Ad esempio l'art. 53 comma uno definisce le materie sulle quali la Banca d'Italia, previa delibera del CICR, può emanare disposizioni generali nei confronti dei soggetti vigilati v. CLARICH M., *Per uno studio sui poteri normativi della Banca d'Italia*, in *Banca, impresa e società*, 2003, I, 39, p. 60, che sottolinea come nella pratica la diversità del regime giuridico discendente dalla qualificazione di regolamento o di provvedimento generale ed istruzione tende a ridursi sempre di più, sia con riferimento alla portata vincolante, che alla conoscibilità di tali provvedimenti da parte del giudice, che al loro ruolo nell'interpretazione dei provvedimenti amministrativi. L'unica differenza rimarrebbe quella delle diverse modalità di pubblicazione ex art. 8 e, della derogabilità degli atti generali da parte degli provvedimenti particolari della Banca d'Italia, pur con adeguata motivazione.

[187] V. CERULLI IRELLI V., *La vigilanza regolamentare*, in *Mondo bancario*, 1994, I, p. 38 e ss., che adduce come elemento di differenziazione tra atti regolamentari e generali proprio quello dei destinatari e, di conseguenza, del diverso obbligo di pubblicazione. Sottolinea però l'autore che tale differenziazione dei destinatari è ancora fondamentalmente legata alla teoria dell'ordinamento sezionale. Afferma la sopravvivenza di tale teoria anche in vigenza del Tub, v. GIANNINI M.S., *Il nuovo T.U. delle leggi bancarie e l'ordinamento sezionale del credito*, in AMOROSINO S. (a cura di), *Le banche, regole e mercato dopo il testo unico delle leggi creditizie*, Giuffré, Milano, 1995, p. 7 e ss..

risparmiatori e degli investitori[188], dopo aver proceduto ad una loro consultazione. Essi debbono inoltre essere pubblicati sul Bollettino di vigilanza quando sono diretti solo nei confronti dei destinatari dell'attività di vigilanza, ossia le banche, gruppi bancari e gli intermediari finanziari, nonché sulla Gazzetta Ufficiale quando contengano disposizioni dirette anche a soggetti diversi[189].

L'innovatività di tale disposizione è stata rafforzata dal recente indirizzo giurisprudenziale che ha considerato lo svolgimento della consultazione e la motivazione degli atti generali quale requisito legittimante del potere di regolazione delle autorità indipendenti, in modo che la loro mancanza può determinare l'illegittimità dell'atto[190].

Per quel che riguarda invece i provvedimenti particolari, nel tub sono previste sia ipotesi di poteri autorizzatori, inibitori, sanzionatori, nonché poteri strumentali all'esercizio di questi ultimi come quelli ispettivi e informativi. La Banca d'Italia adotta tutti "*i provvedimenti di carattere particolare di sua competenza*"[191] (art. 4 Tub) fornendoli di motivazione, attraverso procedimenti cui "*si applicano, in quanto compatibili, i principi sull'individuazione e sulle funzioni del responsabile del procedimento, sulla partecipazione al procedimento e sull'accesso agli atti amministrativi recati dalla legge 7 agosto 1990, n. 241*"[192]. Con tali disposizioni, il

[188] Art. 23 L. 262/2005.
[189] v. Parte 2, cap. 1, par. 5.
[190] V. Cds, sent. n. 7972/2006.
[191] CAPRIGLIONE F., *Commento all'art. 4*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Commentario al D. Lgs. 385/1993*, Cedam, Padova, 2012, p. 41 e ss.. pur non essendo possibile passare in rassegna tutti provvedimenti individuali che la banca può assumere, basti rilevare che questi possono assumere la forma di provvedimenti autorizzativi, abrogativi, di accertamento e di organizzazione dei destinatari.
[192] V. art. 24 L. 262/2005. Sul punto è stato osservato che l'articolo in questione non richiama tra i principi applicabili in quanto compatibili, quelli concernenti l'individuazione del termine del procedimento, la qualcosa avrebbe potuto lasciare aperta la possibilità di ritenerli inapplicabili ai procedimenti in questione, modificando la clausola di compatibilità ex art. 4 comma 3 del D. Lgs. 385/1993. v. CLARICH M. E CAMILLI E.L., *commento all'art. 4*, in PORZIO M., BELLI F., LOSAPPIO G., RISPOLI FARINA M., SANTORO V., *Commentario al Testo Unico Bancario*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 37. In realtà, gli stessi autori riconoscono che fra i primi regolamenti emanati dalla Banca d'Italia in attuazione della citata disposizione compare proprio l'individuazione dei termini per la conclusione del procedimento, insieme a quella del responsabile del procedimento. V. provvedimento del 27 giugno 2006 contenente il "*Regolamento recante l'individuazione dei termini e delle unità organizzative responsabili dei procedimenti amministrativi di competenza della Banca d'Italia relativi all'esercizio della funzione di vigilanza in materia bancaria finanziaria, ai sensi degli articoli 2 e 4 della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni*", nonché il Regolamento della Banca d'Italia 3 agosto 2006 recante "*L'individuazione del termine per l'unità organizzative responsabili dei procedimenti amministrativi di competenza della Banca d'Italia, ai sensi degli articoli 2 e 4 della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni*".

legislatore ha inteso rafforzare la formalizzazione dell'azione della Banca d'Italia, limitandone l'attività di *moral suasion* attraverso attività informali, operando al contempo un'omogeneizzazione della relativa disciplina con quella delle altre autorità operanti nei mercati finanziari. Al contempo, la legge sul risparmio ha anche introdotto disposizioni innovative relative all'esercizio dei poteri sanzionatori e contenziosi, in cui spiccano l'enfatizzazione del principio del contraddittorio e, solo per quelle sanzionatori, quello della separazione tra le funzioni istruttorie e decisorie[193].

4.2.2. La vigilanza sull'intermediazione finanziaria non bancaria

Le competenze della Banca d'Italia in materia di risparmio non bancario hanno trovato recentemente una forte espansione soprattutto sotto il profilo dei controlli di stabilità sugli intermediari finanziari non bancari e su quelli di mercato mobiliare[194].

Per quanto riguarda i primi, il titolo V del D. Lgs. 385/1993 aveva sin dall'origine dettato una disciplina che attribuiva alla Banca d'Italia il compito di svolgere controlli prudenziali su di essi. Tale disciplina è stata da ultimo potenziata con la recente riforma introdotta dal D. Lgs. 13 agosto 2010, n. 141.

Per quanto concerne i secondi, sin dalla L. 1/1991 il legislatore aveva loro dedicato una disciplina speciale, stabilendo, accanto ai controlli di trasparenza e di correttezza affidati alla Consob, anche controlli prudenziali diretti a garantire la stabilità delle società di intermediazione mobiliare. Questa impostazione è stata confermata anche nei successivi interventi legislativi, ossia il D. Lgs. 415/1996 e il D. Lgs. 58/1998 (TUF) che, recependo le direttive comunitarie in materia, hanno profondamente riformato la disciplina dell'intermediazione mobiliare. In particolare, l'art. 5 del TUF conferma che la Consob deve controllare la trasparenza e la correttezza dei

[193] CAPRIGLIONE F., *Commento all'art. 4*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Commentario al D. Lgs. 385/1993*, Cedam, Padova, 2012, p. 42. In materia, v. sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo dell'11.06.2009, caso *Dubus c. Francia*, ricorso n. 5242/04, che ha affermato il principio della separazione tra le funzioni istruttorie e decisorie in materia di procedimenti sanzionatori delle autorità di vigilanza. Per quanto riguarda la giurisprudenza nazionale, v. Tar Lazio, sez. I, n. 4455/2012 secondo la quale l'ordinamento italiano non è passibile delle censure mosse dalla Corte di Strasburgo, poiché esso "*ai principi convenzionali sulla separazione tra accusa e difesa l'ordinamento italiano ha dato più puntuale ed incisiva attuazione con riferimento ai procedimenti della Banca d'Italia, della CONSOB e dell'ISVAP (legge n. 262 del 2005, recante la disciplina in materia di tutela del risparmio e dei mercati finanziari), realizzando in modo più compiuto la separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie nell'irrogazione delle sanzioni* ."

[194] COSTI R., *L'ordinamento bancario*, Il mulino, Bologna, 2012, p. 141.

comportamenti dei soggetti che offrono servizi di investimento, mentre la Banca d'Italia è competente per quanto riguarda il contenimento del rischio e la stabilità[195].

La scelta di estendere la vigilanza prudenziale della Banca d'Italia oltre i confini dell'attività bancaria si è resa necessaria, tra l'altro, per effetto dell'integrazione tra il mercato creditizio e quello mobiliare. Tale connessione si è verificata poiché le banche hanno sempre di più ampliato il ricorso al mercato dei capitali per aumentare le risorse a propria disposizione, anche facendo ricorso a strumenti di finanza innovativa, che permettono di trasferire il rischio di credito collegato agli impieghi, in genere caratterizzati da limitata negoziabilità, sul mercato e sugli investitori. E' evidente come tali dinamiche abbiano accresciuto l'importanza della vigilanza prudenziale sui mercati finanziari anche per la stabilità del sistema bancario. Il fallimento di una impresa di investimento, avendo un forte impatto sul mercato dei capitali, non può infatti non avere una ricaduta sulla stabilità di un intermediario creditizio che abbia acquistato titoli su quel mercato[196].

4.3. La funzione di prevenzione e contrasto del riciclaggio

Una delle funzioni di più recente acquisizione da parte della Banca d'Italia è quella in materia di contrasto del riciclaggio di capitali illeciti e di prevenzione del finanziamento del terrorismo internazionale. Il D. Lgs. 21 novembre 2007, n. 231 emanato in attuazione della direttiva 2005/60 del 26 ottobre 2005 relativa "*alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio di attività criminose e di finanziamento del terrorismo*", ha infatti soppresso l'Ufficio Italiano dei Cambi (UIC) e ha ridisegnato profondamente i ruoli e le funzioni delle autorità coinvolte nella lotta ai predetti fenomeni criminali[197].

---

[195] V. successivo par. 5.

[196] CLARICH M. – CAMILLI E.L., *L'evoluzione del controllo dei rischi finanziari. Le competenze della Banca d'Italia e della Consob*, in AAVV, Atti del convegno *I nuovi equilibri mondiali: imprese, banche, risparmiatori*, Giuffré, Milano, 2009, p. 132 e ss.

[197] DRAGHI M., *Problematiche connesse al riciclaggio nell'ambito dell'esame dei disegni di legge n. 733 e collegati in materia di sicurezza pubblica*, Audizione alle Commissioni riunite I (Affari costituzionali) e II (Giustizia) del Senato della Repubblica, Roma, 15 luglio 2008; CRISCUOLO L., *La normativa antiriciclaggio in Italia a seguito del recepimento della III direttiva comunitaria*, in CAPPA E. – MORERA U. (a cura di), *Normativa antiriciclaggio e segnalazione delle operazioni sospette*, Bologna, 2008.

L'art. 62 3° comma di tale decreto, sopprimendo l'Ufficio italiano dei cambi, ha stabilito che la Banca d'Italia "*succede nei diritti e nei rapporti giuridici*" di cui esso era titolare. Lo stesso articolo ha precisato che "*alla Banca d'Italia sono trasferiti le competenze e di poteri, con le relative risorse strumentali, umane e finanziarie, attribuiti all'ufficio italiano dei cambi (UIC) dal decreto legislativo 26 agosto 1998, n. 319, dal testo unico di cui al decreto legislativo n. 385 del 1993, dal decreto-legge 3 maggio 1991, n. 143, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 luglio 1991, n. 197, e dai successivi provvedimenti in tema di controlli finanziari, prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo internazionale*".

Alla Banca d'Italia dunque sono passati sia la detenzione delle riserve valutarie, sia le funzioni di controllo sugli intermediari finanziari non bancari. Inoltre il decreto legislativo, nell'ambito dell'importante riforma delle norme in materia di riciclaggio, ha istituito presso la Banca d'Italia l'Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia (UIF), e ha attribuito ad esse il compito di contrastare il riciclaggio di denaro proveniente da reato e di finanziamento del terrorismo. Nell'esercizio di tale funzione, sono state conferite alla Banca d'Italia, nella veste di organo di vigilanza, specifici poteri regolamentari e di controllo, anche sanzionatori, in tema di adeguata verifica della clientela, di registrazione di dati, di segnalazione delle operazioni sospette, di organizzazione e di controlli interni[198].

5. La Consob e la prestazione di servizi di investimento da parte delle banche

L'attività bancaria consiste nella raccolta del risparmio tra il pubblico, con l'obbligo di rimborso, congiunta all'esercizio del credito[199]. Le peculiarità che caratterizzano l'attività bancaria giustificano la scelta fatta dall'ordinamento di sottoporre le banche alla disciplina speciale del Tub, fondata sui penetranti poteri di controllo dell'Autorità di settore finalizzati a garantire la sana e prudente gestione dei soggetti vigilati. Da un lato, infatti, la raccolta bancaria si caratterizza perchè la banca si assume integralmente il rischio degli investimenti effettuati dai propri clienti. In senso

[198] RAZZANTE R., *La regolamentazione antiriciclaggio in Italia,* Giuffré, Milano, 2011.
[199] V. art. 11 Tub. In dottrina, v. PARRELLA L., *Commento all'art. 11*, in PORZIO M., BELLI F., LOSAPPIO G., RISPOLI FARINA M., SANTORO V., *Commentario al Testo Unico Bancario*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 112 e ss..

lato, essa presta un servizio assicurativo nei confronti dei depositanti in relazione al rischio di inadempimento del prenditore finale del loro credito, cioè coloro ai quali la banca concederà finanziamenti. In tal modo, la banca incentiva gli investimenti che i risparmiatori non avrebbero altrimenti compiuto prima di aver assunto le informazioni necessarie sui soggetti finanziati[200]. Dall'altro lato, gli impieghi delle banche si caratterizzano per consistere in operazioni caratterizzate da un limitato livello di negoziabilità di modo che, qualora le banche finanziassero controparti insolventi, difficilmente potrebbero facilmente ridurre il rischio di perdite attraverso la cessione di simili crediti. Inoltre, va considerato che la crisi di una banca rischierebbe di mettere in crisi l'intero sistema dei pagamenti, atteso che le passività di una banca sono le uniche passività accettate come moneta nel nostro ordinamento[201].

Alla luce delle peculiarità dell'attività bancaria, l'ordinamento ha disposto che essa possa essere esercitata solo dalle banche[202], affermando un principio di corrispondenza biunivoca tra la figura soggettiva banca e lo svolgimento dell'attività bancaria, nel senso che non può esserci una banca che non svolge attività bancaria e che non possa esserci attività bancaria che non sia svolta da una banca[203].

Al tempo stesso, prendendo atto dei processi di despecializzazione e disintermediazione bancaria, l'art. 10 Tub autorizza le banche a svolgere "*tutte le altre attività finanziarie, nonché le attività connesse e strumentali*", secondo la disciplina prevista per le stesse, fatte salve le riserve stabilite dalla legge[204]. Il Tub ha effettuato questa scelta al fine di evitare che le banche italiane si trovassero in condizione di inferiorità rispetto alle banche straniere, le quali già svolgevano attività diverse da quella bancaria, su tutte la prestazione dei servizi di investimento[205].

---

[200] COSTI R., *L'ordinamento bancario*, Il mulino, Bologna, 2012, p. 200 e ss..
[201] COSTI R., *L'ordinamento bancario*, Il mulino, Bologna, 2012, p. 200 e ss..
[202] V. art. 10 Tub. In dottrina, v. BRESCIA MORRA C., *Commento all'art. 10*, in PORZIO M., BELLI F., LOSAPPIO G., RISPOLI FARINA M., SANTORO V., *Commentario al Testo Unico Bancario*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 86 e ss..
[203] COSTI R., *L'ordinamento bancario*, Il mulino, Bologna, 2012, p. 245 e ss..
[204] Ad esempio l'attività di gestione collettiva di risparmio è vietata ai soggetti diversi dalle SGR o dalle SICAV. V. art. 33 D. Lgs. 58/1998. Oppure, la prestazione di servizi assicurativi è vietata a soggetti diversi dalle imprese assicurative. V. art. 11 D. Lgs. 7 settembre 2005 n. 209.
[205] Per la definizione di servizi ed attività di investimento, v. la definizione contenuta nell'art. 1 comma 5 del D. Lgs. 58/1998, ai sensi del quale "*Per "servizi e attività di investimento" si intendono i seguenti, quando hanno per oggetto strumenti finanziari: a) negoziazione per conto proprio; b) esecuzione di ordini per conto dei clienti; c) sottoscrizione e/o collocamento con assunzione a fermo ovvero con assunzione di garanzia nei confronti dell'emittente; c-bis) collocamento senza assunzione a fermo né*

In via generale, la disciplina dei servizi di investimento è stabilita dal Tuf che, per perseguire le finalità indicate nell'art. 5, affida l'esercizio di penetranti poteri di vigilanza alla Banca d'Italia, "*per quanto riguarda il contenimento del rischio, la stabilità patrimoniale e la sana e prudente gestione*" e alla Consob, "*per quanto riguarda la trasparenza e correttezza dei comportamenti*"[206]. Tuttavia le banche che prestano servizi di investimento sono assoggettate ad una disciplina parzialmente diversa rispetto a quella che trova applicazione per la generalità delle società di intermediazione mobiliare, che tiene in considerazione il fatto che esse sono già sottoposte alla vigilanza regolamentare, informativa ed ispettiva della Banca d'Italia prevista dal Tub.

In primo luogo, l'autorizzazione all'esercizio delle attività di intermediazione mobiliare da parte delle banche rimane di competenza della Banca d'Italia[207], che "*valuta, oltre alla complessiva situazione tecnica, l'idoneità degli assetti organizzativi e del sistema dei controlli interni ad assicurare che lo svolgimento dei servizi di investimento avvenga nel rispetto dei criteri di sana e prudente gestione e della normativa che ne disciplina l'esercizio. Essa tiene conto, tra l'altro, dei riflessi che l'ingresso in tali settori di operatività o comportare sulla struttura dei costi e sulla gestione dei rischi*"[208]. In secondo luogo, la vigilanza sulla sana e prudente gestione delle banche che prestano servizi di investimento è perseguita attraverso l'esercizio dei poteri regolamentari della Banca d'Italia[209], che ricomprendono i rischi connessi con tale genere di attività tra il rischio di controparte e di mercato[210], nonché attraverso i poteri informativi[211] ed ispettivi[212] previsti dal Tuf.

---

assunzione di garanzia nei confronti dell'emittente; d) gestione di portafogli; e) ricezione e trasmissione di ordini; f) consulenza in materia di investimenti; g) gestione di sistemi multilaterali di negoziazione".

[206] Per un esame della disposizione citata, in dottrina v. OCCHILUPO R., *Commento all'art. 5*, in VELLA F., *Commentario al decreto legislativo del 24 febbraio 1998, n.58 (tuf) e successive modificazioni*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 84 e ss.; FRATINI M., *Commento all'art. 5*, in FRATINI M. – GASPARRI G., *Il testo unico della finanza*, Utet, Torino, 2012, p. 183 e ss..

[207] V. art. 19 comma 4 Tuf. Tale disposizione costituisce una eccezione alla regola stabilita dall'art. 19 comma 1 Tuf, ai sensi del quale "*la Consob, sentita la Banca d'Italia, autorizza, entro sei mesi dalla presentazione della domanda completa, l'esercizio dei servizi e delle attività di investimento da parte delle Sim*".

[208] Titolo V, cap. II, sez. II, circ. 229/1999

[209] adottando i provvedimenti concernenti le misure relative al primo, al secondo e al terzo pilastro delle regole di vigilanza prudenziale.

[210] Art. 53 Tub e Circ. 229/1999, circolare 263/2006.

[211] Art. 51 Tub

[212] Art. 54 Tub

In tale ambito, esercitando tutti i poteri che gli sono attribuiti dalla legge, l'autorità di settore dovrà anche dare adeguata attenzione all'operatività svolta attraverso quegli strumenti che permettono di trasferire ad altri soggetti il rischio di credito legato agli impieghi, come la stipulazione di contratti derivati o le operazioni di cartolarizzazione. Tali operazioni, se concluse nel rispetto della disciplina di settore, sono idonee a mitigare il rischio di credito delle banche, permettendo di liberare risorse patrimoniali e di ampliare l'operatività svolta. Tuttavia, qualora una banca operasse come acquirente dei titoli emessi o come garante dei contratti stipulati, il rischio di credito non verrebbe effettivamente trasmesso ad altri soggetti e dunque tali strumenti sarebbero solo degli espedienti per sottrarre fittiziamente risorse accantonate dai requisiti patrimoniali richiesti dalla normativa[213].

La scelta di non duplicare il sistema dei controlli prudenziali applicabili alle banche che prestino anche servizi di investimento si deve al fatto che, per le ragioni sopra esposte, esse sono già sottoposte ad una disciplina di controlli prudenziali particolarmente rigorosa, dovuta alle esigenze di tutela dell'adeguatezza patrimoniale e della solvibilità delle imprese vigilate ben più stringenti rispetto a quelle che si pongono nei confronti degli altri intermediari finanziari che prestano servizi di investimento, che non acquistano la proprietà del denaro raccolto tra il pubblico e non si obbligano a rimborsare in ogni caso il risparmio ricevuto.

Tuttavia, anche le banche saranno assoggettate alla disciplina stabilita dal Tuf a presidio della trasparenza e correttezza nello svolgimento delle attività finanziarie, che attribuisce numerosi poteri di vigilanza regolamentare, informativa ed ispettiva alla Consob[214].

Gli obiettivi perseguiti da quest'ultima, indicati nell'art. 5 Tuf, ne orientano l'attività ad assicurare la fiducia nei mercati finanziari, elemento essenziale per

---

[213] CLARICH M. – CAMILLI E.L., *L'evoluzione del controllo dei rischi finanziari. Le competenze della Banca d'Italia e della Consob*, in AAVV, Atti del convegno *I nuovi equilibri mondiali: imprese, banche, risparmiatori*, Giuffré, Milano, 2009, p. 149.

[214] Per l'approfondimento dell'architettura della vigilanza sul mercato mobiliare, V. ANNUNZIATA F., *La disciplina del mercato mobiliare*, Giappichelli, Torino, 2012; ROMAGNOLI G., *Consob: profili e attività*, Giappichelli, Torino, 2012; COSTI R., *Il mercato mobiliare*, Giappichelli, Torino, 2010; SALANITRO N., *Società per azioni e mercati finanziari*, Giuffré, Milano, 2000; MINERVINI G., *La Consob*, Napoli, 1989.
Va comunque ricordato che anche le società bancarie saranno sottoposte alla disciplina delle informazioni regolamentate ex art. 113-*ter* Tuf, che si aggiunge alle misure di informativa al pubblico previste dalla Banca d'Italia nell'ambito del terzo pilastro. Inoltre, la raccolta di risparmio non bancaria delle banche, oltre ad essere disciplinata dalla delibera del Cicr del 19 luglio 2005, sarà sottoposta alla disciplina concernente l'appello al pubblico risparmio *ex* titolo II, parte III Tuf.

assicurare un corretto sviluppo del settore e per incentivare gli investimenti, attraverso l'imposizione di *standards* di trasparenza e correttezza agli intermediari a tutela degli investitori[215]. Sotto il primo profilo, il Tuf garantisce che tra intermediari e clienti vi sia un flusso di informazioni riguardanti gli elementi che influenzano le scelte di investimento, per recuperare quelle asimmetrie informative che riguardano la negoziazioni di prodotti complessi come quelli dei servizi finanziari[216]. Sotto il secondo profilo, la necessità di garantire un adeguato grado di correttezza nella prestazione dei servizi di investimento, che i principi del diritto comune non sono in grado di assicurare, giustifica l'imposizione di regole speciali di condotta a carico degli intermediari come ad esempio quella per cui "*gli strumenti finanziari dei singoli clienti a qualsiasi titolo detenuti della banca, costituiscono patrimonio distinto a tutti gli effetti da quello dell'intermediario da quello degli altri clienti*"[217] nonché l'adozione di particolari presidi organizzativi idonei a separare la prestazione di servizi di investimento dallo svolgimento delle altre attività della banca. Peraltro, l'attività di vigilanza sulle attività finanziarie deve essere esercitata avendo come riferimento anche la tutela della competitività del sistema finanziario, struttura di mercato idonea a garantire un efficiente sviluppo del settore.

Nell'esercizio della vigilanza regolamentare, la Consob dunque è tenuta ad emanare regolamenti che introducano speciali mezzi di tutela degli investitori, imponendo ai soggetti che prestano servizi di investimento di fornire alla propria clientela informazioni adeguate e complete sulle caratteristiche, i prezzi e rischi del servizio o prodotto offerto, che individuino modalità e criteri delle comunicazioni pubblicitarie e che individuino gli obblighi informativi relativi all'esecuzione degli ordini. Inoltre, la Consob è tenuta ad imporre speciali regole di condotta che obblighino gli intermediari ad assicurare una gestione ed esecuzione dei servizi e delle attività finanziarie nelle modalità più favorevoli ai clienti e ad acquisire da questi tutte le

[215] Conformemente al riparto funzionale previsto dall'art. 5 Tuf, l'art. 6 Tuf assegna alla Consob poteri regolamentari in ordine ai controlli di trasparenza e correttezza degli intermediari, nell'esercizio dei quali l'autorità dovrà tener conto delle differenti esigenze di tutela degli investitori. Come specificato dalla direttiva Mifid, l'esigenza di graduare la tutela dell'investitore va rinvenuta nella opportunità non sottoporre ai medesimi obblighi intermediari che vengano in contatto con soggetti dotati di un'elevata conoscenza del mercato dei servizi finanziari, in relazione ai quali dunque non si pongono quelle asimmetrie informative che giustificano la presenza della disciplina speciale.
[216] V. art. 21 Tuf
[217] V. art. 22 Tuf

informazioni necessarie a valutare l'adeguatezza e l'appropriatezza delle operazioni o servizi prestati, al fine di assicurare pienamente la tutela degli investitori[218].

Il fenomeno di disintermediazione bancaria, accrescendo la complessità operativa degli intermediari, richiede che le autorità di vigilanza collaborino e si coordinano strettamente, al fine di evitare i concorsi e i conflitti di competenze che potrebbero derivare dall'applicazione del Tub e del Tuf, anche al fine di ridurre al minimo gli oneri gravanti sui soggetti abilitati. A questo scopo, il Tuf ha richiesto alla Banca d'Italia e alla Consob di operare in modo coordinato e di darsi reciproca comunicazione dei provvedimenti assunti e delle irregolarità rilevate nell'esercizio dell'attività di vigilanza[219]. Inoltre, il Tuf ha obbligato la Banca d'Italia e la Consob a stipulare un Protocollo d'Intesa per regolare i compiti spettanti a ciascuna autorità, le modalità del loro svolgimento secondo il criterio della prevalenza delle funzioni e lo scambio di informazioni, anche con riferimento alle irregolarità rilevate e ai provvedimenti assunti nell'esercizio dell'attività di vigilanza[220] .

---

[218] V. Art. 6 comma 2 Tuf: "*La Consob, sentita la Banca d'Italia, tenuto conto delle differenti esigenze di tutela degli investitori connesse con la qualità e l' esperienza professionale dei medesimi, disciplina con regolamento gli obblighi dei soggetti abilitati in materia di: a) trasparenza, ivi inclusi: 1) gli obblighi informativi nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento, nonché della gestione collettiva del risparmio, con particolare riferimento al grado di rischiosità di ciascun tipo specifico di prodotto finanziario e delle gestioni di portafogli offerti, all'impresa e ai servizi prestati, alla salvaguardia degli strumenti finanziari o delle disponibilità liquide detenuti dall'impresa, ai costi, agli incentivi e alle strategie di esecuzione degli ordini; 2) le modalità e i criteri da adottare nella diffusione di comunicazioni pubblicitarie e promozionali e di ricerche in materia di investimenti; 3) gli obblighi di comunicazione ai clienti relativi all'esecuzione degli ordini, alla gestione di portafogli, alle operazioni con passività potenziali e ai rendiconti di strumenti finanziari o delle disponibilità liquide dei clienti detenuti dall'impresa; b) correttezza dei comportamenti, ivi inclusi: 1) gli obblighi di acquisizione di informazioni dai clienti o dai potenziali clienti ai fini della valutazione di adeguatezza o di appropriatezza delle operazioni o dei servizi forniti; 2) le misure per eseguire gli ordini alle condizioni più favorevoli per i clienti; 3) gli obblighi in materia di gestione degli ordini; 4) l'obbligo di assicurare che la gestione di portafogli si svolga con modalità aderenti alle specifiche esigenze dei singoli investitori e che quella su base collettiva avvenga nel rispetto degli obiettivi di investimento dell'Oicr; 5) le condizioni alle quali possono essere corrisposti o percepiti incentivi*". La Consob ha dato attuazione all'art. 6 comma 2 Tuf con il *Regolamento recante norme di attuazione del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 in materia di intermediari*, adottato con delibera n. 16190 del 29 ottobre 2007 e successivamente modificato con delibere n. 16736 del 18 dicembre 2008, n. 17581 del 3 dicembre 2010 e n. 18210 del 9 maggio 2012).

[219] Art. 5 comma 5 Tuf

[220] v. *Protocollo d'intesa tra Banca d'Italia e Consob ai sensi dell'art. 5, comma 5-bis del D. Lgs. 58/1998*, stipulato il 31 ottobre 2007. In base a tale protocollo, le autorità devono consultarsi in merito alle proposte regolamentari e scambiarsi pareri prima della consultazione pubblica. Esse sono tenute a scambiarsi le informazioni acquisite nello svolgimento dei controlli funzionali allo svolgimento dell'attività di vigilanza assegnata ad un'altra autorità. Esse devono darsi tempestiva comunicazione delle ispezioni avviate ed eseguire ispezioni sui profili di competenza dell'altra, su sua richiesta

E’ sempre in tale prospettiva che il Tuf individua anche delle materie attribuite alla potestà regolamentare congiunta della Banca d'Italia e della Consob[221], poiché esse possono riguardare aspetti incidenti sulle competenze di entrambe. Tali materie riguardano essenzialmente l’organizzazione e i controlli interni, nonché la gestione dei rischi dei soggetti vigilati.

È stato già descritto perché i profili organizzativi assumano rilievo ai fini della vigilanza prudenziale[222], ma va ora sottolineata l'importanza di tali profili in ordine alla salvaguardia della tutela della trasparenza e della correttezza nella prestazione dei servizi di investimento, osservando come questo sia un ulteriore tassello di quel processo che è stato definito amministrativizzazione del diritto societario[223]. Gli intermediari devono adottare un sistema organizzativo idoneo a garantire la sana e prudente gestione, il contenimento del rischio e la stabilità patrimoniale nonché la correttezza e la trasparenza dei comportamenti della prestazione di servizi, attraverso una struttura organizzativa e procedure decisionali che realizzino un’efficiente allocazione delle funzioni e delle responsabilità; l'istituzione di idonei meccanismi di controllo interno che assicurino il rispetto delle decisioni e delle procedure; la creazione di un efficace sistema informativo tra le singole componenti organizzative del soggetto vigilato; presidi per tutelare la sicurezza, l'integrità e la riservatezza delle informazioni acquisite in ragione dell’attività svolta. Inoltre, gli intermediari devono valutare periodicamente l’adeguatezza del proprio assetto organizzativo, anche in relazione all’evoluzione della propria operatività.

---

[221] V. Art. 6 comma 2bis: “*La Banca d’Italia e la Consob disciplinano congiuntamente mediante regolamento, con riferimento alla prestazione dei servizi e delle attività di investimento, nonché alla gestione collettiva del risparmio, gli obblighi dei soggetti abilitati in materia di: a) governo societario, requisiti generali di organizzazione, sistemi di remunerazione e di incentivazione; b) continuità dell’attività; c) organizzazione amministrativa e contabile, compresa l’istituzione della funzione di cui alla lettera e); d) procedure, anche di controllo interno, per la corretta e trasparente prestazione dei servizi di investimento e delle attività di investimento nonché della gestione collettiva del risparmio; e) controllo della conformità alle norme; f) gestione del rischio dell’impresa; g) audit interno; h) responsabilità dell’alta dirigenza; i) trattamento dei reclami; j) operazioni personali; k) esternalizzazione di funzioni operative essenziali o importanti o di servizi o attività; l) gestione dei conflitti di interesse, potenzialmente pregiudizievoli per i clienti; m) conservazione delle registrazioni; n) procedure anche di controllo interno, per la percezione o corresponsione di incentivi*”. La Banca d'Italia e la Consob hanno dato attuazione all'art. 6 comma 2*bis* del Tuf attraverso il *Regolamento congiunto in materia di organizzazione e procedure degli intermediari che prestano servizio di gestione collettiva del risparmio*, del 29 ottobre 2007.

[222] V. parte I, cap. 1, par. 4.

[223] AMOROSINO S., *L’amministrativizzazione del diritto delle imprese*, in *Dir. Amm.*, 2011, vol. 3, p. 607 e ss..

L’assetto organizzativo interno dovrà predisporre in particolare tre distinte funzioni di controllo: la funzione di *compliance*, cui spettano compiti di “*verifica preventiva e di successivo monitoraggio dell'efficacia delle procedure aziendali in un'ottica di prevenzione e controllo dei rischi di non conformità alle norme poste a tutela della clientela*”; una funzione di *risk management*, cui spetta la gestione del rischio cui è esposto l'intermediario; la funzione di revisione interna, spetta la verifica della “*correttezza dell'operatività aziendale ai fini del contenimento dei rischi, l'efficacia dell'organizzazione, nel rispetto dei limiti previsti dai meccanismi di delega, la funzionalità del complessivo sistema di controlli interni, l'attendibilità dei sistemi informativi*”[224].

L'intervento della Consob, finalizzato al controllo sulla prestazione dei servizi di investimento, contribuisce alla complessità della disciplina delle attività delle banche. Tale intervento è finalizzato alla tutela della correttezza e della trasparenza non soltanto nell'ambito del rapporto obbligatorio tra cliente e intermediario, ma si estende fino agli stessi profili organizzativi e gestionali dell'impresa. La Consob emana una *principle based regulation*, che lascia gli operatori liberi di definire il proprio modello organizzativo, entro i limiti da essa segnati. Inoltre, essa esercita poteri di vigilanza informativa ed ispettiva, e potrà procedere agli interventi di vigilanza particolare *ex* art. 7 Tuf o ai provvedimenti ingiuntivi *ex* art. 51 Tuf, nonché emanare provvedimenti sanzionatori.

[224] V. *Comunicazione congiunta Banca d’Italia – Consob in materia di ripartizione delle competenze tra compliance e internal audit nella prestazione dei servizi di investimento e di gestione collettiva del risparmio* dell'8 marzo 2011.

capitolo 3. Le Autorità comunitarie di vigilanza nel settore del credito

1. La *European Banking Authority*

1.1. Le autorità di vigilanza finanziaria dell'Unione Europea

I profondi cambiamenti e i ripetuti fenomeni di crisi che hanno caratterizzato l'industria finanziaria a partire dal 2007 hanno evidenziato gravi carenze nell'assetto delle autorità di vigilanza degli stati membri dell'Unione, determinando la necessità di ripensarne la struttura[225].

Il primo caso di fallimento di una banca di dimensioni sufficientemente grandi da provocare conseguenze sistemiche, è stato quello della banca inglese Northern Rock, cui sono seguiti i casi degli istituti islandesi Giltnir, Landsbanki e Kaupthing. A questi seguirono, solo per menzionare le banche di maggiori dimensioni, i casi del salvataggio di Bear Stearns (marzo 2008), il fallimento di Lehman Brothers ed il salvataggio di AIG in America (settembre – ottobre 2008), i salvataggi di Dexia e Fortis in Europa all'incirca nello stesso periodo, i salvataggi di Hypo Real Estate and IKB in Germania[226].

L'insieme degli episodi richiamati ha messo in luce le limitazioni del sistema di supervisione finanziaria, il cui principale difetto consiste nella mancanza di un *level playing field*[227]. Infatti, a fronte di un mercato unico europeo, sussistono significative differenze tra le cornici regolatorie dei singoli ordinamenti nazionali, dovute anche all'ampio margine di discrezionalità nel recepimento delle direttive comunitarie rimesso ai legislatori dei singoli stati membri. Tale discrezionalità potrebbe essere usata per promuovere i centri finanziari nazionali (cd. *regulatory and supervisory competition in*

[225] ROSSI S., *La crisi globale ed europea, le politiche per la stabilità finanziaria*, intervento al convegno estivo ADEIMF, Capri, 15-16 giugno 2012; SACCOMANNI F., *L'Unione europea di fronte alla crisi globale: le implicazioni per le banche, la finanza e la politica economica*, intervento al Bundesministerium der Finanzen, Berlino, 8 febbraio 2011; VISCO I., *La governance economica europea: riforma e implicazioni*, intervento presso l'Università dell'Aquila, facoltà di economia, 8 marzo 2011; ONADO M., *Finanza senza paracadute*, Il Mulino, Bologna, 2012; PEREZ R., *L'azione finanziaria europea nel tempo della crisi*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2011, 5, p. 1043 e ss.; CARMASSI J., LUCHETTI E., MICOSSI S., *Overcoming too- big- to fail: a regulatory frame work to limit moral hazard and free riding in the financial sector*, CEPS, 2010; ACHARYA V.V., RICHARDSON M.P., *Restoring Financial Stability: How to Repair a Failed System*, NYU Stern, 2009.

[226] v. GALANTI E., D'AMBROSIO R., GUCCIONE A., *Storia della legislazione bancaria, finanziaria e assicurativa, dall'unità d'Italia al 2010*, Banca d'Italia, pubblicazioni della consulenza legale, Roma, 2010, p. 418 e ss.

[227] EBA, *2011 Annual report*, p. 6.

protection), rivelandosi funzionale anche ad una competizione volta alla diminuzione del livello di prudenza delle regole, rendendo il sistema complessivamente più fragile (cd. *regulatory and supervisory competition in laxity*). Inoltre, la frammentazione delle singole autorità nazionali di supervisionecostituisce un ostacolo agli scambi di informazioni tra i supervisori, in pregiudizio all'effettività degli interventi necessari per affrontare il verificarsi di rischi sistemici[228].

Di fronte ai problemi posti dalla crisi finanziaria, la Commissione europea ha affidato ad un gruppo di esperti il compito di elaborare una serie di raccomandazioni per riformare la struttura della supervisione a livello europeo. Il gruppo di esperti è stato presieduto da Jacques de Larosiere, già governatore della Banca di Francia e direttore della Banca europea per la ricostruzione e lo sviluppo; perciò, è divenuto comune riferirsi al gruppo come al "*Gruppo de Larosiere*" e al rapporto da quest'ultimo redatto come al "*Rapporto de Larosiere*", reso pubblico il 25 febbraio 2009[229].

Il rapporto in esame sottolineava in primo luogo la necessità di stabilire norme regolamentari uniformi eliminando le eccezioni e le deroghe previste a livello nazionale[230]. In secondo luogo esso proponeva di istituire una vigilanza integrata, con la creazione di un organismo di vigilanza macroprudenziale, il Comitato europeo per il rischio sistemico (l'ESRB), facente capo alla BCE, e di un Sistema europeo delle autorità di vigilanza finanziaria (l'ESFS), articolato nell'autorità bancaria europea (EBA), nell'autorità europea per le assicurazioni e di fondi pensione (EIOPA) e nell'autorità europea per i valori mobiliari (ESMA)[231].

In questo contesto il rapporto auspicava il coinvolgimento del SEBC nella vigilanza macro prudenziale, pur non proponendo di conferirgli compiti di vigilanza microprudenziale. Inoltre, le tre nuove autorità microprudenziali avrebbero dovuto operare, in una prima fase, sostanzialmente come unità di coordinamento delle autorità

---

[228] TARANTOLA A.M., *La vigilanza europea: assetti, implicazioni, problemi aperti*, intervento presso il master in diritto amministrativo e scienze dell'amministrazione presso l'università degli studi di Roma Tre, Roma, 8 aprile 2011.

[229] v. GALANTI E., D'AMBROSIO R., GUCCIONE A., *Storia della legislazione bancaria, finanziaria e assicurativa, dall'unità d'Italia al 2010*, Banca d'Italia, pubblicazioni della consulenza legale, Roma, 2010, p. 429 e ss.; PEREZ R., *L'azione finanziaria europea nel tempo della crisi*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2011, 5, p. 1043 e ss.

[230] The high level group on financial supervision in the EU, chaired by J. de Larosiere, *Report*, Bruxelles, 25 febbraio 2009, p. 13 e ss.

[231] The high level group on financial supervision in the EU, chaired by J. de Larosiere, *Report*, Bruxelles, 25 febbraio 2009, p. 38 e ss.

nazionali, pur svolgendo anche compiti più puntuali, quali la mediazione con effetti vincolanti tra le autorità nazionali, l'emanazione di *standards* di vigilanza di comune applicazione, l'adozione di decisioni tecniche direttamente applicabili ai soggetti vigilati e l'esercizio di poteri di autorizzazione e di vigilanza diretta su specifici organismi transnazionali quali le agenzie di *rating* ed i gestori delle strutture di *post-trading*.

La Commissione europea, con le comunicazioni del 4 marzo 2009[232] e del 27 maggio 2009[233], ha avallato l'impostazione di base contenuta nel rapporto de Larosiere, anche se il legislatore comunitario non avrebbe poi ritenuto opportuno, salvo specifiche eccezioni, conferire alle nuove autorità europee compiti di vigilanza diretta.

Dunque la Commissione in primo luogo ha pubblicato il 23 settembre 2009 un pacchetto di proposte legislative per riformare la struttura della supervisione finanziaria europea, significativamente emendate ed approvate nel novembre 2010 e pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea il 15 dicembre 2010, entrando in vigore il giorno successivo. Il pacchetto si compone di cinque atti legislativi: un regolamento relativo alla vigilanza macroprudenziale e all'istituzione del Comitato europeo per il rischio sistemico[234] (ESRB); tre regolamenti aventi ad oggetto l'istituzione delle tre autorità di vigilanza microprudenziale, chiamate Autorità bancaria europea[235] (EBA), Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali[236] (EIOPA), e l'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati[237] (ESMA); la direttiva 2010/78/UE. Inoltre, il Consiglio ha emanato un regolamento che conferisce alla Banca Centrale Europea specifici compiti riguardanti il funzionamento del Comitato europeo per il rischio sistemico[238].

A tale intervento sono seguite anche iniziative dirette ad armonizzare la disciplina sostanziale dell'attività bancaria nell'eurozona. Il 20 luglio 2011 la Commissione ha infatti formulato due proposte finalizzate a disciplinare i livelli di

---

[232] V. COMMISSIONE EUROPEA, COM(2009) 114 def., comunicazione per i Consiglio europeo di primavera, *Guidare la ripresa in Europa*, 4 marzo 2009.
[233] V. COMMISSIONE UE, COM(2009) 252 def. comunicazione del 27 maggio 2009, *Vigilanza finanziaria europea*, ribadita anche dalle conclusioni del Consiglio del 19 giugno 2009.
[234] regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1092 del 24 novembre 2010.
[235] regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1093 del 24 novembre 2010.
[236] regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1094 del 24 novembre 2010.
[237] regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1095 del 24 novembre 2010.
[238] regolamento del Consiglio n. 1096/2010.

capitale delle banche, i requisiti prudenziali, le riserve di capitale, la *governance* e l'apparato sanzionatorio a disposizione degli organismi di vigilanza del settore[239].

1.2. Il fondamento giuridico del sistema di vigilanza europeo

Il fondamento giuridico del sistema di vigilanza europea microprudenziale e macroprudenziale andava rinvenuto necessariamente in una delle norme dei Trattati e, nel rispetto del principio di attribuzione, è stato individuato dalla Commissione nell'art. 114 del TFUE[240]. Questo conferisce al Consiglio il potere di adottare misure per il riavvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri che hanno ad oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno. La Corte di Giustizia ha considerato[241] che, tra le misure di riavvicinamento, può essere inclusa anche l'istituzione di un organismo comunitario incaricato di contribuire alla realizzazione di un processo di armonizzazione.

Una simile soluzione interpretativa Commissione rappresentava il massimo che l'assetto politico-istituzionale dell'Unione Europea consentiva al momento della emanazione dei regolamenti istitutivi delle autorità di vigilanza europee. La via maestra sarebbe stata la loro istituzione ai sensi dell'art. 352 TFUE, tuttavia, poiché tale disposizione avrebbe richiesto una decisione unanime da parte degli stati membri, questa via era politicamente preclusa. Al tempo stesso, il riferimento all'art. 127 TFUE, che avrebbe consentito di attribuire alla BCE specifici compiti in materia di vigilanza

[239] COMMISSIONE EUROPEA, COM (2011) 453 comunicazione del 20 luglio 2011, proposta di direttiva del Parlamento e del Consiglio *sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica la direttiva 2002/87/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla vigilanza supplementare sugli enti creditizi, sulle imprese di assicurazione e sulle imprese di investimento appartenenti ad un conglomerato finanziario*; Commissione europea, COM (2011) 452 comunicazione del 20 luglio 2011, proposta di regolamento del Parlamento e del Consiglio sui *requisiti prudenziali delle istituzioni creditizie ed imprese di investimento*.

[240] V. considerando 17 del regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1093 del 24 novembre 2010.

[241] Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 2 maggio 2006, causa C-217/04 (Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord/Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea). La Corte ha statuito che «*nulla nel tenore testuale dell'articolo 95 CE [attuale articolo 114 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE)] permette di concludere che i provvedimenti adottati dal legislatore comunitario sul fondamento di tale disposizione debbano limitarsi, quanto ai loro destinatari, ai soli Stati membri. Può infatti rendersi necessario prevedere, sulla scorta di una valutazione rimessa al detto legislatore, l'istituzione di un organismo comunitario incaricato di contribuire alla realizzazione di un processo di armonizzazione nelle situazioni in cui, per agevolare l'attuazione e l'applicazione uniformi di atti fondati su tale norma, appaia appropriata l'adozione di misure di accompagnamento e di inquadramento non vincolanti*» Raccolta pag. I-3771, punto 44.

prudenziale delle banche, avrebbe lasciato aperto il problema di individuare una base normativa per gli interventi regolamentari in materia finanziaria e assicurativa[242].

Dunque la Commissione, nella comunicazione del 27 maggio 2009, ha affermato che l'istituzione di un organismo comunitario incaricato di contribuire alla realizzazione di un processo di armonizzazione, se i compiti ad esso conferiti sono strettamente connessi all'oggetto degli atti di ravvicinamento delle legislazioni nazionali, risponde all'esigenza di far fronte ai rischi per la stabilità del mercato interno creati dalla crisi finanziaria. Ciò nella considerazione che "*Il ripristino ed il mantenimento di un sistema finanziario stabile ed affidabile è un prerequisito assoluto per preservare la fiducia e la coerenza del mercato interno e pertanto per preservare e migliorare le condizioni necessarie per la creazione di un mercato interno pienamente integrato e funzionante nel settore dei servizi finanziari. Inoltre, mercati finanziari più profondi ed integrati offrono opportunità migliori per i finanziamenti e la diversificazione del rischio e pertanto contribuiscono a migliorare la capacità delle economie di assorbire gli shock. L'integrazione e la stabilità finanziaria si rinforzano pertanto la vicenda.*"[243].

Oltre ad affermare la necessità di presidiare la prospettiva macroprudenziale con la costituzione del Consiglio europeo per il rischio sistemico (l'ESRB)[244] che fa perno sulla BCE in forza delle competenze ad essa attribuibili ex art. 127 TFUE, la Commissione ha affermato, nella prospettiva microprudenziale, che "*L'istituzione dell'ESFS e delle tre autorità europee di vigilanza sarà accompagnata dall'elaborazione di regole uniformi che garantiranno l'applicazione coerente della normativa nell'Unione Europea e contribuirà pertanto al funzionamento del mercato interno. Le tre autorità europee di vigilanza avrebbero il compito di assistere le autorità nazionali nell'interpretare e nell'applicare in modo uniforme le norme comunitarie*"[245].

---

[242] LAMANDINI M., *I regolamenti europei istitutivi del Comitato Europeo per il rischio sistemico e delle autorità europee di vigilanza su assicurazioni, banche, strumenti finanziari, mercati*, in *Nuove leggi civili commentate*, n. 2 del 2012, p. 213.

[243] V. COMMISSIONE UE, COM(2009) 252 def. comunicazione del 27 maggio 2009, *Vigilanza finanziaria europea*, punto 4.4, p. 14.

[244] V. anche BCE, *Rapporto annuale per il 2011*, cap. 3, *Stabilità finanziaria, compiti collegati con l'ESRB e integrazione finanziaria*, punto 1, *Stabilità finanziaria*, p.120.

[245] V. COMMISSIONE UE, COM(2009) 252 def. comunicazione del 27 maggio 2009, *Vigilanza finanziaria europea*, punto 4.4, p. 15.

La Commissione insiste sui limiti dei compiti conferiti alle autorità comunitarie, nella preoccupazione che la fonte utilizzata non superi il principio di attribuzione *ex* art. 5 TUE, come anche sancito dalla Corte di Giustizia. La materia rientra nel novero delle competenze attribuite, come risulta dagli articoli 53 e 65 TFUE, che riguardano il mercato interno. Poiché le finalità ed i compiti delle autorità "*sono strettamente legati agli obiettivi dell'acquis dell'Unione sul mercato interno dei servizi finanziari*"[246], le autorità possono trovare la loro base giuridica nell'art. 114 TFUE. La loro istituzione potrebbe porre un problema di rispetto dei principi di sussidiarietà, trattandosi di un settore nel quale l'unione ha competenza concorrente con quella degli stati membri, e di proporzionalità. Tuttavia la Commissione ritiene che essi siano rispettati poiché la responsabilità della vigilanza diretta sugli intermediari è lasciata alle autorità nazionali[247], come emerge anche dalla versione finale dei regolamenti istitutivi delle singole autorità di vigilanza microprudenziale.

Al riguardo, è stato sottolineato che la finalità di promozione del mercato interno riconducibile all'art. 114 TFUE potrebbe attribuire un ruolo ambivalente alla Commissione Europea. Parallelamente a quanto avviene nell'ambito del diritto *antitrust* europeo, in cui l'intervento amministrativo ispirato alla *per se rule* si coniuga con un'impostazione *market oriented* della tutela della concorrenza, così nel contesto della nuova architettura di vigilanza europea le finalità di tutela della sana e prudente gestione o della trasparenza nei rapporti con la clientela potrebbero essere coniugate con finalità

[246] considerando 17 dei regolamenti del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1093, 1094 e 1095 del 24 novembre 2010, regolamenti istitutivi dell'EBA, dell'EIOPA e dell'ESMA.

[247] le motivazioni che accompagnano le proposte di regolamento del Parlamento e del Consiglio del settembre 2009 relative a EBA, EIOPA ed ESMA affermano che "*il punto centrale della vigilanza quotidiana resterebbe a livello nazionale, dato che le autorità di vigilanza nazionali continuerebbero ad essere responsabili della vigilanza dei singoli istituti. Pertanto le disposizioni proposte non vanno al di là di quanto strettamente necessario per raggiungere gli obiettivi perseguiti. Le proposte sono pertanto conformi ai principi di sussidiarietà di proporzionalità di cui all'articolo cinque del trattato". Ciò è confermato anche dal considerando 66 dei regolamenti istitutivi dell'EBA, EIOPA ed ESMA, il quale dispone che " poiché gli obiettivi del presente regolamento (..) Non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri e possono dunque, a motivo della portata dell'azione, essere conseguiti meglio a livello di unione, quest'ultimo può intervenire in base al principio di sussidiarietà sancito dall'articolo cinque del trattato sull'unione europea. Il presente regolamento si limita a quanto necessario per conseguire tali obiettivi, in ottemperanza al principio di proporzionalità enunciato nello stesso articolo*".

di promozione del mercato interno, inserendo la Commissione come filtro tra il mercato e la nuova architettura istituzionale[248] della vigilanza.

1.3. La struttura del sistema europeo di vigilanza finanziaria.

Il sistema europeo di vigilanza finanziaria (SEVIF), così come risulta dai regolamenti sopra richiamati, si compone del Comitato europeo per il rischio sistemico (ESRB)[249], delle tre autorità di vigilanza microprudenziale, del Comitato congiunto di queste e infine delle autorità di vigilanza nazionali degli stati membri.

Nel rispetto del principio di leale cooperazione (art. 4 comma 3 nuovo TUE) gli enti che compongono il SEVIF devono cooperare con fiducia nel pieno rispetto reciproco, garantendo lo scambio di informazioni utili ed affidabili. Inoltre essi devono esercitare la vigilanza sul mercato finanziario conformemente agli atti adottati dalle istituzioni dell'Unione[250] nelle materie indicate nella direttiva di ciascun settore (bancario, assicurativo e mobiliare).

L'ESRB , disciplinato dal regolamento n. 1092/2010, è composto di un consiglio generale, di un comitato direttivo, di un segretariato, di un comitato scientifico-consultivo e di un comitato tecnico-consultivo[251].

Ogni autorità di vigilanza microprudenziale invece si compone di un consiglio delle autorità di vigilanza, cui sono affidati tutti i compiti principali dell'autorità come l'adozione degli atti istituzionali, l'approvazione del bilancio, l'adozione del programma di lavoro, la nomina del presidente[252]; un consiglio di amministrazione, che ha il compito di proporre al consiglio il programma di lavoro annuale e pluriennale, ha competenza in materia di bilanci e altri compiti amministrativi e nomina la

---

[248] LAMANDINI M., *I regolamenti europei istitutivi del Comitato Europeo per il rischio sistemico e delle autorità europee di vigilanza su assicurazioni, banche, strumenti finanziari, mercati*, in *Nuove leggi civili commentate*, n. 2 del 2012, p. 214.

[249] Per una descrizione dei compiti dell'ESRB, v. anche BCE, *Rapporto annuale per il 2011*, cap. 3, *Stabilità finanziaria, compiti collegati con l'ESRB e integrazione finanziaria*, punto 2, *Compiti riguardanti il funzionamento dell'ESRB,* p. 125.

[250] Questo dovere esiste anche in capo alle singole autorità nazionali. Per la Banca d'Italia, cfr. art 6 Tub.

[251] art. 4 regolamento del Parlamento europeo e del consiglio n. 1092 del 24 novembre 2010.

[252] art. 43 dei regolamenti del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1093, 1094 e 1095 del 24 novembre 2010, regolamenti istitutivi dell'EBA, dell'EIOPA e dell'ESMA.

commissione di ricorso[253]; un presidente, che ha la rappresentanza dell'autorità ed è incaricato di preparare i lavori del consiglio delle autorità e di presiedere quest'ultimo e il consiglio di amministrazione[254]; un direttore esecutivo, che si occupa della gestione dell'autorità e prepara i lavori del consiglio di amministrazione.

Il comitato congiunto dei presidenti delle tre autorità assicura l'uniformità intersettoriale per quanto attiene, tra l'altro, ai conglomerati finanziari, ai prodotti di investimento al dettaglio, alle misure di contrasto al riciclaggio, allo scambio di informazioni con l'ESRB. In materia di conglomerati finanziari le autorità adottano posizioni congiunte e atti comuni[255] ed istituiscono un apposito sottocomitato[256].

Condizione essenziale per l'esercizio dei compiti istituzionali ad esse attribuiti, è l'indipendenza delle autorità di vigilanza sul mercato finanziario. Ciò è confermato dalle previsioni riguardanti i requisiti di indipendenza contenute nel regolamenti istitutivi.

Posto che ciascuna delle tre autorità, nello svolgimento dei propri compiti, "*agisce in maniera indipendente e obiettiva nell'interesse esclusivo dell'Unione*"[257], i singoli regolamenti istitutivi declinano tale indipendenza nelle forme dell'indipendenza funzionale, personale e finanziariaarticolo 66 Tub[258].

Con riferimento al primo profilo, il presidente, i membri con diritto di voto del consiglio, i membri del consiglio di amministrazione ed il direttore esecutivo di ciascuna delle autorità dell'unione, nonché i membri del consiglio del comitato direttivo dell'ESRB agiscono in piena indipendenza e obiettività, nell'interesse esclusivo dell'unione nel suo insieme, senza chiedere né ricevere istruzioni né dai governi degli stati membri, né dalle istituzioni o dagli organi dell'unione. Per converso, le istituzioni e

[253] art. 47 dei regolamenti del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1093, 1094 e 1095 del 24 novembre 2010, regolamenti istitutivi dell'EBA, dell'EIOPA e dell'ESMA.
[254] art. 48 dei regolamenti del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1093, 1094 e 1095 del 24 novembre 2010, regolamenti istitutivi dell'EBA, dell'EIOPA e dell'ESMA.
[255] art. 56 dei regolamenti del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1093, 1094 e 1095 del 24 novembre 2010, regolamenti istitutivi dell'EBA, dell'EIOPA e dell'ESMA.
[256] art. 57 dei regolamenti del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1093, 1094 e 1095 del 24 novembre 2010, regolamenti istitutivi dell'EBA, dell'EIOPA e dell'ESMA. Non costituisce parte del SEVIF un organismo congiunto delle tre autorità di vigilanza, la commissione di ricorso, che ha il compito di decidere ricorsi contro gli atti adottati dalle autorità dell'unione in sostituzione di quelle nazionali ai sensi degli artt. 17, 18 e 19 di ognuno dei regolamenti istitutivi.
[257] art. 1 comma 5 dei regolamenti del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1093, 1094 e 1095 del 24 novembre 2010, regolamenti istitutivi dell'EBA, dell'EIOPA e dell'ESMA.
[258] Il modello BCE non è tuttavia seguito fino in fondo, poiché le autorità non dispongono di competenze normative loro proprie, bensì devono passare per la commissione per l'adozione delle norme tecniche di regolamentazione di attuazione ex art. 10 e 15 dei rispettivi regolamenti istitutivi.

gli organi dell'unione e dei governi degli stati membri o degli altri soggetti pubblici o privati, non devono cercare di influenzare i membri degli organi decisionali delle autorità[259].

Con riferimento all'indipendenza personale, i regolamenti stabiliscono che il presidente ed il direttore esecutivo delle autorità durino in carica cinque anni, rinnovabili per una sola volta[260], attraverso una procedura articolata per la loro nomina[261], che prevede l'intervento del Parlamento, che può opporsi alla nomina del presidente ed è chiamato a confermare la nomina del direttore esecutivo, nonché le regole restrittive in materia di revoca del mandato[262].

Infine, a tutela dell'indipendenza finanziaria delle autorità, esse hanno un proprio bilancio autonomo, distinto da quello dell'Unione Europea, con entrate provenienti principalmente dai contributi obbligatori delle autorità nazionali di vigilanza e dal bilancio generale dell'unione[263].

A fronte dei requisiti di indipendenza, sono previsti obblighi di trasparenza e *accountability* delle autorità di vigilanza microprudenziale e dell'ESRB. Innanzitutto, è prevista la loro responsabilità politica nei confronti del Parlamento e del Consiglio[264]. In secondo luogo, è stabilito che il Parlamento ed il Consiglio possono richiedere al presidente di ciascuna delle autorità di riferire e di trasmettere una relazione scritta, che deve indicare nel suo contenuto minimo le informazioni sulle norme tecniche di regolazione e sull'esercizio dei poteri sostitutivi delle autorità e sulle relazioni internazionali[265].

---

[259] artt. 42, 46, 49 e 52 dei regolamenti del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1093, 1094 e 1095 del 24 novembre 2010, regolamenti istitutivi dell'EBA, dell'EIOPA e dell'ESMA e art. 7 del regolamento istitutivo dell'ESRB.

[260] Artt. 48 comma 3 e 51 comma 3 dei regolamenti del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1093, 1094 e 1095 del 24 novembre 2010, regolamenti istitutivi dell'EBA, dell'EIOPA e dell'ESMA

[261] Artt. 48 comma 4 e 51 comma 4 dei regolamenti del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1093, 1094 e 1095 del 24 novembre 2010, regolamenti istitutivi dell'EBA, dell'EIOPA e dell'ESMA.

[262] Artt. 48 comma 5 e 51 comma 5 dei regolamenti del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1093, 1094 e 1095 del 24 novembre 2010, regolamenti istitutivi dell'EBA, dell'EIOPA e dell'ESMA.

[263] considerando n. 59 e art. 62 dei regolamenti del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1093, 1094 e 1095 del 24 novembre 2010, regolamenti istitutivi dell'EBA, dell'EIOPA e dell'ESMA.

[264] art. 3 dei regolamenti del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1093, 1094 e 1095 del 24 novembre 2010, regolamenti istitutivi dell'EBA, dell'EIOPA e dell'ESMA.

[265] art. 50 dei regolamenti del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1093, 1094 e 1095 del 24 novembre 2010, regolamenti istitutivi dell'EBA, dell'EIOPA e dell'ESMA.

Le autorità di vigilanza microprudenziale sono state assimilate al modello delle agenzie europee[266], la cui ammissibilità sembra confermata da alcune previsioni del TFUE, che fanno riferimento, oltre che alle istituzioni, anche, in via generale, ad organi organismi dell'unione[267]. Tuttavia, rispetto a questo modello, le agenzie europee si caratterizzano per i ricordati i requisiti di indipendenza, la cui *ratio* potrebbe essere ricondotta all'esigenza di evitare non solo il rischio di cattura da parte dei privati, ma anche la soggezione agli orientamenti della maggioranza politica, al fine di garantire ad alcune politiche regolatorie quella stabilità e credibilità che il ciclo politico legato alle scadenze elettorali non riesce necessariamente garantire.

1.4. Finalità, competenze e poteri attribuiti all'EBA.

Le finalità che l'autorità bancaria europea deve perseguire sono indicate all'art. 1 comma 5 del suo regolamento istitutivo. Esso dispone infatti che "*l'obiettivo dell'autorità è proteggere l'interesse pubblico contribuendo alla stabilità e all'efficacia a breve, medio e lungo termine del sistema finanziario, a beneficio dell'economia dell'unione, dei suoi cittadini e delle sue imprese.*". In particolare, l'autorità contribuisce a "*migliorare il funzionamento del mercato interno, con particolare riguardo a un livello di regolamentazione di vigilanza valido, efficace ed uniforme; garantire l'integrità, la trasparenza, l'efficienza e il regolare funzionamento dei mercati finanziari, rafforzare il coordinamento internazionale in materia di vigilanza; impedire l'arbitraggio regolamentare e a promuovere pari condizioni di concorrenza; assicurare che il rischio di credito e gli altri rischi siano adeguatamente regolamentati e oggetto di opportuna vigilanza; aumentare la protezione dei consumatori.*"[268].

In vista del perseguimento di tali fini, l'art. 8 del regolamento stabilisce che i principali compiti dell'autorità comunitaria sono: contribuire allo sviluppo di norme e

---

[266] CHITI M., *L'organizzazione amministrativa comunitaria, in trattato di diritto amministrativo europeo,* Milano, 2007, I, p.442 e ss.

[267] Cfr. art. 263 TFUE, secondo cui "*La Corte di giustizia dell'Unione europea esercita un controllo di legittimità sugli atti legislativi, sugli atti del Consiglio, della Commissione e della Banca centrale europea che non siano raccomandazioni o pareri, nonché sugli atti del Parlamento europeo e del Consiglio europeo destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi. Esercita inoltre un controllo di legittimità sugli atti degli organi o organismi dell'Unione destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi.*"

[268] art. 1 comma 5 del regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1093 del 24 novembre 2010, regolamento istitutivo dell'EBA.

prassi comuni in materia di regolamentazione e di vigilanza; contribuire a una coerente applicazione della legislazione comunitaria, facilitare la delega di funzioni tra autorità di vigilanza, operare con il comitato europeo per il rischio sistemico (ESRB); svolgere analisi delle attività svolte dalle varie autorità nazionali al fine di rafforzare la coerenza dei risultati della supervisione; monitorare e analizzare gli sviluppi del mercato nell'area di propria competenza; contribuire al funzionamento dei collegi dei supervisori; svolgere ogni altro incarico affidato dalla legislazione comunitaria. Inoltre, l'art. 9 del regolamento attribuisce all'autorità specifici compiti relativi alla protezione dei consumatori e alle attività finanziarie.

In relazione allo svolgimento di ciascuna delle funzioni sopraelencate, all'autorità sono attribuiti una serie di poteri indicati nell'art. 8 comma 2 del regolamento istitutivo.

Tali poteri consistono, in primo luogo, nella redazione di progetti di norme tecniche di regolamentazione, nei casi indicato dall'art. 10 paragrafo 1 del regolamento, cioè quando il Parlamento ed il Consiglio delegano alla Commissione il potere di emanare norme tecniche di regolamentazione mediante atti delegati, a norma dell'articolo 290 TFUE, al fine di garantire un'armonizzazione coerente nei settori specificati negli atti legislativi nelle materie individuate dalle direttive di cui all'art. 1 comma 2 del regolamento[269] e nell'elaborazione, nelle medesime materie, di progetti di norme tecniche di attuazione ai sensi dell'art. 291 TFUE[270]. Le norme *ex* art. 10 reg. 1093/2010 sono norme che integrano o modificano elementi non essenziali dell'atto legislativo comunitario, mentre gli atti emanati *ex* art. 15 del medesimo regolamento rappresentano l'elaborazione di condizioni uniformi di esecuzione degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione. La distinzione tra le due tipologie di norme, riconducibili rispettivamente agli art. 290 e 291 TFUE, è chiarita dalla Commissione UE nella comunicazione del 9 dicembre 2009, in cui è affermato che, attraverso gli atti delegati *ex* art. 290, "*la Commissione è autorizzata a integrare o modificare il lavoro del legislatore. Una delega del genere è sempre facoltativa: è a fini di maggiore efficacia che alla Commissione vengono delegati poteri che competono al legislatore*";

[269] art. 10 del regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1093 del 24 novembre 2010, regolamento istitutivo dell'EBA.
[270] art. 15 del regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1093 del 24 novembre 2010, regolamento istitutivo dell'EBA.

viceversa, "*nel sistema istituito dall'art. 291, la Commissione non esercita alcuna prerogativa di natura quasi legislativa; il suo è un mero potere esecutivo. L'attuazione degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione compete naturalmente agli Stati membri ma, non appena si rendono necessarie condizioni uniformi di esecuzione, la Commissione deve esercitare la propria competenza esecutiva. Il suo intervento cessa di essere facoltativo, come siano riunite le condizioni previste dall'art. 291, e diventa obbligatorio*"[271].

Gli ulteriori poteri esercitati dall'EBA consistono nell'adozione di orientamenti o nella formulazione di raccomandazioni indirizzate alle autorità nazionali[272], nell'adozione di atti in sostituzione delle autorità nazionali nei casi previsti dagli articoli 17, 18 e 19 dei regolamenti e nell'emanazione di pareri rivolti al Parlamento europeo, al Consiglio o alla Commissione[273].

E' stato osservato che l'art. 114 TFUE avrebbe costituito di per sé una base giuridica sufficiente per attribuire all' EBA non solo poteri normativi, ma anche di vigilanza informativa ed ispettiva diretti, perlomeno con riferimento agli intermediari di rilevanza sistemica europea. Ciò sarebbe confermato dalle originarie proposte di regolamento della Commissione che, pur non proponendo di istituire immediatamente una vigilanza europea accentrata di conglomerati finanziari europei, prefiguravano comunque di attribuire alle autorità europee poteri di vigilanza diretta su enti finora non regolamentati a livello europeo, come ad esempio le casse di compensazione e garanzia, nonché in futuro su entità di livello comunitario[274]. Tuttavia, a causa delle pressioni principalmente inglesi, il regolamento istitutivo dell'EBA ha continuato a puntare sul principio della responsabilità primaria del supervisore nazionale e dell'*home country control*, pur avendo rinforzato il ruolo dei collegi dei supervisori e introdotto meccanismi di cooperazione volontaria. Tale scelta, pur ispirata a finalità di pragmatismo politico, è apparsa rappresentare un limite alle innovazioni introdotte dai

[271] COMMISSIONE UE, COM(2009)673 comunicazione del 9 dicembre 2009, *Attuazione dell'articolo 290 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, paragrafo 2.2, p.3.
[272] art. 16 del regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1093 del 24 novembre 2010, regolamento istitutivo dell'EBA.
[273] art. 34 del regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1093 del 24 novembre 2010, regolamento istitutivo dell'EBA.
[274] Cfr. art. 6 comma 3 della proposta di regolamento 1093/2010 della Commissione Europea, in cui era previsto ad esempio che "*the Authority shall execute any exclusive supervisory powers over entities with Community-wide reach or economic activities with Community wide reach entrusted to do it*".

regolamenti istitutivi delle autorità di supervisione finanziaria nel mercato unico europeo[275].

1.5. Il regime giuridico degli atti dell'EBA

Come poc'anzi descritto, la *European Banking Authority* è competente per la redazione di progetti di norme tecniche di regolamentazione[276], e per l'elaborazione di norme tecniche di attuazione[277], entrambe sottoposte all'approvazione della Commissione. In secondo luogo, essa può emanare orientamenti e formulare raccomandazioni indirizzate alle autorità nazionali competenti o alle istituzioni finanziarie come definite nel regolamento[278]. Inoltre, essa può emanare decisioni ai sensi degli art. 17, 18 e 19 del regolamento istitutivo.

Nei casi della redazione di progetti di norme tecniche di regolamentazione e dell'elaborazione di norme tecniche di attuazione, disciplinati dagli art. 10 e 15, l'autorità deve effettuare consultazioni pubbliche e analizzare i potenziali costi e benefici, salvo che "*dette consultazioni e analisi siano sproporzionate in relazione alla portata e all'impatto*" dei medesimi o "*alla particolare urgenza della questione*", nonché chiedere il parere del gruppo delle parti interessate nel settore[279]. Se l'approvazione da parte della Commissione degli atti proposti dalle autorità avrebbe potuto far concludere che quelle misure assurgessero a misure di livello 2 della procedura Lamfalussy, l'*explanatory memorandum* e la cd. direttiva *omnibus* le qualificano invece come misure di livello 3, confinando il potere di azione normativa delle autorità in un mero potere di proposta che, dal punto di vista del contenuto, deve

[275] LAMANDINI M., *I regolamenti europei istitutivi del Comitato Europeo per il rischio sistemico e delle autorità europee di vigilanza su assicurazioni, banche, strumenti finanziari, mercati*, in *Nuove leggi civili commentate*, n. 2 del 2012, p. 216.
[276] art. 10 del regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1093 del 24 novembre 2010, regolamento istitutivo dell'EBA.
[277] Art. 15 del regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1093 del 24 novembre 2010, regolamento istitutivo dell'EBA.
[278] Art. 16 del regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1093 del 24 novembre 2010, regolamento istitutivo dell'EBA.
[279] art. 10 comma 1 e 15 comma 1 del regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1093 del 24 novembre 2010, regolamento istitutivo dell'EBA.

avere solo natura genuinamente tecnica, priva di alcuna valenza sul piano delle scelte di *policy*[280].

Nel caso dell'emanazione di orientamenti e raccomandazioni indirizzate alle singole autorità nazionali ed istituzioni, disciplinato dall'art. 16, l'autorità può effettuare consultazioni pubbliche e analisi dei costi e benefici, purché esse siano proporzionate alla sfera di applicazione, alla natura e all'impatto degli orientamenti e delle raccomandazioni[281] e può chiedere pareri e consulenza al gruppo delle parti interessate nel settore. Ciascun gruppo delle parti interessate nel settore di competenza è disciplinato nell'art. 37 del regolamento istitutivo: ogni gruppo, composto di 30 membri, rappresenta proporzionalmente gli intermediari, i loro dipendenti, i consumatori, gli utenti di servizi, le PMI, il mondo accademico. I membri del gruppo sono nominati dal consiglio dell'autorità. Essendo definito a monte l'ambito degli atti in questione e le finalità cui l'autorità deve improntare la propria azione, gli spazi per una regolazione condivisa dei destinatari non possono che riguardare l'adeguatezza del raggiungimento degli obiettivi medesimi ed il relativo costo per i vigilati. Ecco perché l'intervento dei gruppi delle parti interessate nel settore assicura sostanzialmente il rispetto del principio di proporzionalità. L'omessa consultazione del gruppo delle parti interessate nel settore, obbligatoria, oltre a costituire una violazione del principio di proporzionalità, costituisce una violazione dei principi in materia di partecipazione al procedimento, autonomamente impugnabile ex art. 263 TFUE. Vale la pena di sottolineare che le raccomandazioni e gli orientamenti, tradizionali misure di convergenza previste dalla disciplina di vigilanza europea confermata dal regolamento, comportano che le autorità nazionali facciano ogni sforzo per conformarvisi e, dove non si conformino, ne informino l'autorità giustificando tale scelta, in base al principio *comply or explain*. Tuttavia, anche se l'autorità comunitaria non è soddisfatta dalla giustificazione addotta della singola autorità nazionale, nonostante vi sia un chiaro interesse europeo alla sua adozione, essa non ha alcun potere sostitutivo né può rendere in alcun modo la propria

[280] LAMANDINI M., *I regolamenti europei istitutivi del Comitato Europeo per il rischio sistemico e delle autorità europee di vigilanza su assicurazioni, banche, strumenti finanziari, mercati*, in *Nuove leggi civili commentate*, n. 2 del 2012, p. 219.

[281] art. 16 comma 2 del regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1093 del 24 novembre 2010, regolamento istitutivo dell'EBA.

raccomandazione vincolante[282], visto che il regolamento 1093/2010 limita ai casi previsti dagli articoli 17, 18 e 19 l'esercizio di poteri sostitutivi da parte delle autorità attraverso le decisioni.

Un discorso più articolato deve essere riservato per la disciplina di questi ultimi. Nell'ordine, l'autorità attiva poteri sostitutivi rispetto alla sfera delle attribuzioni delle autorità di vigilanza nazionali, che non abbiano applicato le disposizioni comunitarie o abbiano "*omesso di assicurare che un partecipante ai mercati finanziari rispetti gli obblighi stabiliti in tali atti*"[283]. In tal caso, fatta salva la procedura d'infrazione attivabile dalla Commissione *ex* art. 258 TFUE, l'autorità comunitaria, dopo aver informato la Commissione europea, che può emanare parere formale con cui richiede all'autorità nazionale di attenersi al diritto comunitario. Qualora la violazione sussista e vi sia necessità di intervento, "*può adottare una decisione nei confronti di un singolo partecipante ai mercati finanziari, imponendogli di prendere misure per rispettare gli obblighi imposti dal diritto dell'Unione, tra cui la cessazione di ogni eventuale pratica*"[284]. Poteri di intervento sostitutivo analoghi l'autorità ha anche nel caso in cui sia "*necessaria un'azione coordinata delle autorità nazionali per rispondere sviluppi negativi che possono seriamente compromettere il regolare funzionamento dell'integrità dei mercati finanziari o la stabilità generale o parziale del sistema finanziario dell'Unione*"[285] o in caso di controversia tra autorità nazionali[286]. In tutti questi casi, è il Consiglio, di sua iniziativa o su richiesta dell'autorità comunitaria, in consultazione con la Commissione o con l'ESRB, che invia all'EBA una decisione in cui dichiara l'esistenza di una situazione di emergenza. A fronte di tale decisione, l'EBA può assumere a sua volta una decisione con cui chiede ad un'autorità nazionale di prendere determinate iniziative al fine di rimuovere i rischi di instabilità finanziaria. Se l'autorità nazionale non ottempera, senza pregiudicare i poteri della Commissione europea *ex* art.

---

[282] LAMANDINI M., *I regolamenti europei istitutivi del Comitato Europeo per il rischio sistemico e delle autorità europee di vigilanza su assicurazioni, banche, strumenti finanziari, mercati*, in *Nuove leggi civili commentate*, n. 2 del 2012, p. 220.

[283] art. 17 del regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1093 del 24 novembre 2010, regolamento istitutivo dell'EBA.

[284] art. 17 comma 6 del regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1093 del 24 novembre 2010, regolamento istitutivo dell'EBA.

[285] art. 18 del regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1093 del 24 novembre 2010, regolamento istitutivo dell'EBA.

[286] art. 19 del regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1093 del 24 novembre 2010, regolamento istitutivo dell'EBA.

258 TFUE, l'autorità comunitaria, esercitando poteri sostitutivi, può indirizzare decisioni verso singoli istituti finanziari, imponendogli di prendere misure necessarie per rispettare gli obblighi imposti dal diritto dell'Unione, tra cui la cessazione di ogni eventuale pratica.

La decisione finale deve indicare le ragioni sulle quali essa si basa, i mezzi di ricorso esperibili dal destinatario ed è pubblicata menzionando l'autorità nazionale competente, l'istituto finanziario interessato e i principali elementi della decisione, a meno che la pubblicazione non sia in conflitto con gli interessi legittimi degli istituti finanziari alla protezione dei loro segreti commerciali o possa compromettere gravemente il regolare funzionamento e l'integrità dei mercati finanziari o la stabilità generale o parziale del sistema finanziario dell'Unione[287].

Avverso le decisioni dell'autorità è ammesso ricorso[288] dinanzi all'apposita Commissione di cui all'art. 58, che è un organismo congiunto delle tre autorità europee di vigilanza sul mercato finanziario. Non essendo previsti limiti all'azione, tale ricorso dovrebbe ritenersi esteso sia a profili di legittimità che a profili di merito[289]. Le decisioni della Commissione di ricorso e gli atti dell'autorità per i quali non è spendibile il ricorso dinanzi alla Commissione, sono poi impugnabili dinanzi alla Corte di giustizia *ex* art. 263 TFUE[290], dunque soltanto per vizi di legittimità. Legittimati al ricorso sono, oltre alle persone fisiche o giuridiche lese dall'atto, anche gli stati membri e le istituzioni dell'Unione. Sempre la Corte di Giustizia dell'Unione Europea è competente a conoscere le controversie relative al risarcimento dei danni cagionati dall'autorità stessa o dal suo personale nell'esercizio delle sue funzioni[291].

[287] art. 39 del regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1093 del 24 novembre 2010, regolamento istitutivo dell'EBA.
[288] art. 60 del regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1093 del 24 novembre 2010, regolamento istitutivo dell'EBA.
[289] art. 60 del regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1093 del 24 novembre 2010, regolamento istitutivo dell'EBA.
[290] art. 61 del regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1093 del 24 novembre 2010, regolamento istitutivo dell'EBA.
[291] art. 69 del regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1093 del 24 novembre 2010, regolamento istitutivo dell'EBA.

1.6. L'impatto dell'istituzione dell'EBA sull'ordinamento italiano

L'istituzione dell'EBA ha prodotto diverse conseguenze sull'assetto dell'ordinamento bancario nazionale.

Da un punto di vista istituzionale, va osservato che l'indipendenza riconosciuta all'EBA dal regolamento 1093/2010[292] non può non riflettersi su quella della Banca d'Italia, chiamata a farne parte e a partecipare alle forme di *horizzontal accountability* individuate dall'art. 8 paragr. 1 del reg. 1093/2010, in base al quale l'EBA "*organizza ed effettua verifiche inter pares delle autorità competenti, anche formulando orientamenti e raccomandazioni e individuando le migliori prassi, al fine di rafforzare l'uniformità dei risultati di vigilanza*".

Poiché i vertici delle autorità di vigilanza nazionali partecipano agli organi decisionali dell'EBA, la garanzia di indipendenza di questa dovrebbe estendersi anche ad essi, contribuendo a sottrarli all'ingerenza del Governo, del CICR e del Ministero dell'economia e delle finanze[293]. L'indipendenza istituzionale dei vertici della Banca d'Italia nella sua veste di autorità di vigilanza, e non più solo di banca centrale, troverebbe perciò ora un riconoscimento anche a livello comunitario, sebbene non nei Trattati, ma in norme di diritto comunitario derivato. Da ciò dovrebbe discendere l'incompatibilità con il diritto comunitario di ogni disposizione nazionale che ostacolasse la piena indipendenza della Banca d'Italia nell'esercizio di quei poteri di vigilanza che rientrano nell'ambito delle competenze dell'EBA, descritte nell'art. 1 del regolamento istitutivo. Ci si riferisce in particolare al ruolo di alta vigilanza del CICR[294], che dovrebbe ritenersi vietato in quasi tutti i settori disciplinati dal Tub oramai compresi nell'ambito delle competenze dell'EBA. Alla luce di ciò, gli unici poteri che il

[292] V. art. 1 comma 5 del regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1093 del 24 novembre 2010, regolamento istitutivo dell'EBA.

[293] Cfr. parte I, cap. 2, par. 4.1.

[294] Cfr. parte 1, cap 2, par. 4.1. Come sopra specificato, è incerto il perimetro della nozione di alta vigilanza del CICR, che potrebbe rappresentare un potere residuale e generale di indirizzo politico sulla vigilanza bancaria. A riprova dell'esistenza di tali dubbi, si possono richiamare le preoccupazioni di una possibile influenza della politica sull'esercizio della vigilanza espresse dal fondo monetario internazionale e dalla BCE proprio avendo riguardo alle competenze attribuite dal nostro ordinamento al CICR; preoccupazioni tanto più fondate quanto più incerta è la delimitazione dei compiti del comitato. Vedi PERASSI M.O., *Banca d'Italia e contesto internazionale. Prime riflessioni sul nuovo statuto*, in *Banca, impresa e Società*, 2007,19. FMI, *Detailed assessment of compliance with the Basel Core Principles for Effective Banking Supervision*, aprile 2004, ad avviso del quale le attribuzioni del CICR "[make] *it difficult to determine whether supervisory policies, plans and procedures are entirely independent from the government and whether the latter is involved in operational supervisory and regulatory activities*".

CICR potrebbe ancora continuare a svolgere riguarderebbero unicamente l'alta vigilanza sulle attività ancora non ammesse al mutuo riconoscimento[295] e sui crediti speciali. E' in tale prospettiva che deve essere letto l'art. 6 comma 3 Tub, come sostituito dall'art. 1, comma 3, D.Lgs. 30 luglio 2012, n. 130, in base al quale "*La Banca d'Italia, nell'esercizio delle funzioni di vigilanza, è parte del SEVIF e partecipa alle attività che esso svolge, tenendo conto della convergenza degli strumenti e delle prassi di vigilanza in ambito europeo.*". Ed è sempre in tale prospettiva che va collocato l'art. 15 comma 1 lett. a) della legge comunitaria per il 2010 che, delegando il governo a dare attuazione alla direttiva 2010/78/UE, ha affermato che esso deve tenere conto "*dell'integrazione del sistema di vigilanza nazionale nel nuovo assetto di vigilanza del settore finanziario dell'Unione Europea e dell'istituzione e dei poteri delle autorità di vigilanza europea*".

Sotto un profilo funzionale invece, il regolamento 1093/2010 ha determinato una compressione dei poteri normativi delle autorità di vigilanza nazionali, che si verificherà nel momento dell'adozione da parte della Commissione delle norme tecniche di regolazione o di attuazione su proposta dell'autorità comunitaria ai sensi degli art. 15 e 10 del Regolamento. In sostanza, man mano che la Commissione adotterà tali norme, l'ordinamento nazionale non potrà più procedere a nuovi innesti normativi, pena la violazione del diritto comunitario, atteso che tale conseguenza discende dai principi stabiliti da consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea[296].

E' in tale prospettiva che va oggi letto l'art. 6 comma 1 Tub, ai sensi del quale "*Le autorità creditizie esercitano i poteri loro attribuiti in armonia con le disposizioni dell'Unione europea, applicano i regolamenti e le decisioni dell'Unione europea*". Inoltre, è proprio sulla base di tali principi che la legge comunitaria per il 2010[297] ha delegato il governo ad apportare le modifiche al Tub, al Tuf e al codice delle assicurazioni, al fine di dare attuazione alla direttiva 2010/78/UE, per aggiornarli al

[295] Art. 17 Tub.

[296] V. Corte di Giustizia Europea, sent. del 2 febbraio 1977, *Amsterdam Bulb B.V. c. Produktschap voor Siergewassen*, causa C-50/76, in base alla quale "*gli stati membri non possono emanare, né consentire agli enti nazionali muniti di potestà normativa di emanare atti che nascondano agli amministrati la natura comunitaria di una norma giuridica e gli effetti che ne derivano*", e in base alla quale "*gli stati membri devono astenersi dall'adottare provvedimenti atti a sminuire la competenza della Corte a pronunciarsi su qualsiasi questione di interpretazione del diritto comunitario o di validità degli atti emanati dalle istituzioni della comunità*".

[297] L. 217 del 15 dicembre 2011.

nuovo assetto istituzionale della vigilanza euopea. L'art. 15 comma 1 lett. f) ha stabilito infatti che il Governo, nell'esercizio della delega, deve "*tenere conto della natura direttamente vincolante delle norme tecniche di attuazione e delle norme tecniche di regolamentazione adottate dalla Commissione europea in conformità, rispettivamente, agli articoli 15 e 10 dei regolamenti istitutivi delle autorità di vigilanza europee*". Va comunque osservato che, a parziale compensazione nella compressione dei propri poteri normativi, le autorità di vigilanza possono comunque incidere sul processo di formazione delle norme disciplinate dal regolamento 1093/2010, partecipando all'elaborazione della disciplina del mercato bancario come partecipanti al consiglio dell'EBA e come componenti dell'ESFS.

Sul punto, un profilo che merita qualche precisazione è quello concernente le modalità di adeguamento da parte delle Autorità nazionali alle raccomandazioni emanate dall'autorità comunitaria ai sensi dell'art. 16 del regolamento. Questo articolo infatti stabilisce che le autorità nazionali procedano all'attuazione delle raccomandazioni dell'EBA e dell'ESRB in base al principio del *comply or explain*: l'autorità deve cioè fare ogni sforzo per adeguarsi alla raccomandazione ma può rendere ragione del mancato adeguamento, poiché non sono previsti in capo all'EBA meccanismi sostitutivi, essendo questi limitati alle ipotesi previste dagli artt. 17, 18 e 19 del regolamento 1093/2010. Il raccordo tra l'ordinamento comunitario e quello italiano è assicurato dalla nuova formulazione dell'art. 6 comma 1 del Tub, sostituito dall'art. 1, comma 3, D.Lgs. 30 luglio 2012, n. 130, secondo cui "*le autorità creditizie provvedono in merito alle raccomandazioni in materia creditizia e finanziaria*". Presa la decisione di uniformarsi alle raccomandazioni dell'EBA, la decisione sulle modalità attraverso cui uniformarsi sarà poi rimessa alla discrezionalità delle autorità nazionali[298].

Concludendo in merito all'incidenza dell'istituzione dell'EBA sull'ordinamento creditizio italiano, non si può non notare come il regolamento 1093/2010 non abbia previsto espressamente alcuna sanzione per l'inosservanza delle disposizioni in esso contenute, nonostante sia palese che le finalità da esso perseguite sarebbero frustrate in mancanza un adeguato meccanismo di *enforcement*. Tuttavia, l'art. 78 del Regolamento stabilisce che "*gli stati membri adottano le opportune disposizioni per assicurare una*

[298] V. *Commento all'art. 6*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Commentario al D. Lgs. 385/1993*, Cedam, Padova, 2012, p. 75 e ss..

attuazione efficace" del regolamento e l'art. 17 dispone che le stesse autorità di vigilanza nazionali sono tenute ad assicurare l'effettiva applicazione degli atti adottati dalle autorità sovranazionali. Dunque gli stati membri devono garantire che i propri ordinamenti attribuiscano alle autorità di vigilanza nazionali poteri analoghi a quelli ad esse attribuiti per assicurare l'esecuzione delle norme interne. Ciò dovrebbe implicare anche l'espressa attribuzione del potere di erogare sanzioni amministrative: sarebbe infatti paradossale che infrazioni di norme nazionali comportassero conseguenze più gravi rispetto a quelle derivanti dall'inosservanza di norme emanate dalle istituzioni europee nelle stesse materie. Del resto, ciò costituirebbe anche l'applicazione del principio di leale cooperazione sancito dall'art. 4 del TUE e dei principi affermati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea[299]. Tuttavia, la legge comunitaria per il 2010 non ha previsto sanzioni per la violazione delle norme tecniche di regolazione o di attuazione dettate dalla Commissione su proposta delle autorità comunitarie.

1.7. Considerazioni sui primi anni di attività dell'EBA

Le soluzioni adottate in materia di vigilanza microprudenziale sul mercato bancario rappresentano un compromesso che sembra rispondere ad una logica giuridica. Il compromesso è rappresentato dall'adozione di un meccanismo funzionale a dotare la nuova autorità di poteri decisionali senza violare il principio di unità dell'azione esecutiva, esclusiva competenza della Commissione europea in base ai Trattati. Poiché l'intervento diretto da parte dell'EBA è possibile solo in seguito al fallimento di un precedente tentativo della Commissione europea e fatti salvi i poteri a questa attribuiti dall'art. 258 TFUE, il meccanismo descritto è idoneo a preservare l'unità dell'azione esecutiva dell'Unione. Al tempo stesso, poiché l'insuccesso o l'inattività della Commissione conferiscono automaticamente un potere di intervento diretto all'autorità comunitaria, ciò garantisce a questa un potere decisionale nei confronti dei singoli

[299] V. Corte di Giustizia Europea, sent. 21 settembre 1989, *Commissione c. Grecia*, Causa c-68/88, in Racc. 1989, secondo la quale "*qualora una disciplina comunitaria non contenga una specifica norma sanzionatoria di una violazione (..) l'art. 5 del trattato impone agli Stati membri di adottare tutte le misure atte a garantire la portata e l'efficacia del diritto comunitario. A tal fine (..) essi devono vegliare perché le violazioni del diritto comunitario siano sanzionate in termini analoghi a quelli previsti per le violazioni del diritto interno simili per natura ed importanza e che, in ogni caso, conferiscano alla sanzione stessa un carattere di effettività, di proporzionalità e di capacità dissuasiva.*"

intermediari, forse anche in modo da forzare il contenuto dei Trattati[300]. Dunque tale meccanismo ha permesso di superare i limiti giuridici posti dall'ordinamento comunitario evitando una modifica dei trattati, la cui implementazione avrebbe richiesto tempi incompatibili con la necessità di agire velocemente a fronte della crisi finanziaria in corso.

Tale necessità è stata del resto confermata anche dalle sfide che si è subito trovata ad affrontare l'EBA che, come indicato nella sua prima relazione annuale, ha dovuto operare a piena velocità sin dal momento della sua istituzione[301] su tre aree principali: *regulation*, *risk analysis and operations*, *consumer protection*[302].

Con riguardo alle attività di regolazione, a partire dal 2011 l'EBA ha posto le fondamenta per l'elaborazione del cosiddetto *european single rulebook*, un *set* di norme pienamente armonizzate vincolanti e direttamente applicabili in tutti gli stati membri[303]. Inoltre, nel quadro dell'attuazione delle direttive CRD III e CRD IV, ha preparato il terreno per lo sviluppo di molteplici *binding technical standards* (BTS), che specificheranno il contenuto della normativa comunitaria[304] principalmente in materia di capitale[305], liquidità[306], strumenti ibridi, remunerazione e *leverage ratio*. Essa inoltre ha elaborato numerose linee guida su diversi aspetti della precedente direttiva CRD III come ad esempio la *governance* interna[307]. Per il futuro, l'EBA si prepara anche a predisporre norme tecniche e ad assumere un ruolo di coordinamento e, ove richiesto, di partecipazione attiva, nella gestione delle crisi degli intermediari *cross-border*, nell'ambito delle future e attese proposte della Commissione in materia[308].

Con riguardo alle attività di *oversight*, avendo il compito di monitorare e valutare gli sviluppi di mercato ed individuare i possibili rischi e vulnerabilità del sistema bancario nel suo complesso, l'EBA ha agito su più fronti. Essa ha posto le basi

---

[300] GIANI L., *Il ruolo della politica e del diritto nel processo di riforma della struttura europea di supervisione finanziaria*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, n. 1 del 2011, p. 138.
[301] EBA, *2011 annual report*, p. 3.
[302] EBA, *2011 annual report*, p. 13.
[303] EBA, *2011 annual report*, p. 16.
[304] Cfr. introduzione alla proposta di regolamento del 20 luglio 2011, secondo cui "*la presente proposta comporta più di 50 disposizioni per cui l'EBA è tenuto a presentare alla commissione norme tecniche di regolamentazione di attuazione al fine di precisare i criteri definiti in alcune disposizioni del presente regolamento e garantire la sua applicazione uniforme. La Commissione è abilitata ad adottarle come atti delegati e di esecuzione*".
[305] EBA, *2011 annual report*, p. 16.
[306] EBA, *2011 annual report*, p. 16.
[307] EBA, *2011 annual report*, p. 17.
[308] EBA, *2011 annual report*, p. 16; EBA, *Work programme 2012*, punto 2.2.

metodologiche ed operative per ottenere le informazioni microprudenziali (KRIs - *key risk indicators*) da analizzare in sede di *risk analysis and assessment*. Inoltre, essa ha promosso la cooperazione tra le autorità nazionali al fine di realizzare una vasta attività di *assessment* dei rischi e delle vulnerabilità dei principali gruppi *cross-border* comunitari, analizzando i *reports* delle autorità di supervisione degli stati membri presso cui essi hanno sede nonché nell'ambito dei *colleges of supervisors*. Tale attività esplicherà in futuro nella produzione di *reports* sia destinati al proprio uso interno, sia diretti verso le altre istituzioni comunitarie interessate. Infine,essa ha avviato un'attività di *stress test* su larga scala, che ha coinvolto 91 banche dell'Unione Europea. L'obiettivo di questi *tests* è di valutare la capacità di reazione degli istituti di credito a fronte degli sviluppi di mercato nonché di contribuire ad una valutazione complessiva del rischio sistemico del sistema finanziario comunitario.

Una componente chiave delle attività di analisi del rischio svolte dall'EBA nel 2011 è stato il primo *stress test*, avviato nel luglio 2011, diretto a valutare l'impatto delle perdite su crediti e dei costi di raccolta sui bilanci bancari[309]. Per affrontare tale prova, le banche hanno avviato una raccolta di capitale preventiva di 50 miliardi di euro e al tempo stesso hanno fatto un grande esercizio di trasparenza su una serie di temi, come ad esempio la quantità di titoli di debito sovrano in loro possesso. In questa occasione l'EBA ha emanato una prima raccomandazione che auspicava il rafforzamento patrimoniale delle banche con CT1[310] inferiore al 5%, nonché di quelle con CT1 superiore al 5%, ma con un grande ammontare di titoli di debito pubblico. L'importanza di tale attività è dimostrata anche dal fatto che le banche controllate hanno fatto di tutto per mantenersi al di sopra del rapporto del 5% di Core Tier 1 (CT1) richiesto dal

[309] EBA, *Final report on the implementation of Capital Plans following the EBA's 2011 Recommendation on the creation of temporary capital buffer to restore market confidence*, BS n. 188/2012, p. 5.

[310] Per una definizione del Core Tier 1, ovvero il patrimonio di base delle banche, v. Circolare della BI n. 263/2008, Nuove disposizioni in materia di vigilanza prudenziale delle banche, titolo I, capitolo 2, sez. II, punto 1.1, Patrimonio di base (Tier 1): "*Gli elementi patrimoniali di qualità primaria sono i seguenti: a1) il capitale versato (cfr. par. 3); a2) le riserve, ivi compreso il sovrapprezzo azioni; a3) gli strumenti innovativi e non innovativi di capitale (cfr. par. 4); a4) l'utile del periodo; a5) i filtri prudenziali positivi del patrimonio di base (cfr. par. 8). Da tali elementi vanno dedotte le seguenti componenti negative: b1) le azioni proprie; b2) l'avviamento; b3) le immobilizzazioni immateriali; b4) le rettifiche di valore su crediti; b5) le perdite registrate in esercizi precedenti e in quello in corso; b6) le rettifiche di valore di vigilanza su attività valutate al "fair value"; b7) gli altri elementi negativi; b8) i filtri prudenziali negativi del patrimonio di base. La differenza tra la somma degli elementi da a1) ad a5) e la somma di quelli da b1) a b8) costituisce il "patrimonio di base". La Banca d'Italia può richiedere che vengano portati in deduzione ulteriori elementi che, per le loro caratteristiche, possano determinare un "annacquamento" del patrimonio di base.*".

modello valutativo utilizzato e hanno impiegato risorse pari a 50 miliardi di euro per raggiungere le soglie di capitale richieste[311].

Nel novembre 2011, col peggiorare della crisi del debito sovrano, l'EBA ha inoltre avviato un *capital exercise* su 71 banche, allo scopo di valutare i loro bisogni di capitale per ristabilire la fiducia dei mercati. In seguito, nel dicembre 2011, l'EBA ha emanato una seconda raccomandazione con la quale ha auspicato che le banche aumentassero il proprio CT1 almeno al 9% entro il giugno 2012, al fine di creare un *buffer* addizionale contro i rischi di debito sovrano[312]. Il deficit da colmare era individuato in 76 miliardi di euro. La *ratio* di tale esercizio era quella di rompere i legami tra banche e debito sovrano attraverso *buffer* patrimoniali e garanzie europee sui debiti bancari. Nel gennaio 2012 le banche hanno predisposto i loro piani per far fronte a tali richieste, piani presentati alle singole autorità di supervisione degli stati membri e poi da queste sottoposti all'approvazione dell'EBA. Per le banche di rilevanza sistemica presso cui sono stati costituiti i collegi dei supervisori, la discussione dei detti piani è avvenuta in seno a tali collegi attraverso il confronto tra autorità dello stato membro presso cui l'intermediario ha la sede principale, le autorità degli Stati membri presso cui esso ha degli sportelli, l'EBA e i rappresentanti degli intermediari. Per gli intermediari privi di rilevanza sistemica, la negoziazione di tali piani è avvenuta in via bilaterale attraverso il dialogo tra EBA, autorità degli Stati membri presso cui gli intermediari hanno sede e rappresentanti delle banche stesse.

Nell'estate del 2012 le banche hanno presentato all'EBA i dati basati sui propri documenti finanziari a far data al 30 giugno 2012, e nell'ottobre 2012 l'EBA ha pubblicato un *report* la cui conclusione è stata che la maggioranza delle banche sono state in grado di rispettare la sua raccomandazione, mentre, per quelle che non lo sono state, essa implementerà misure di sicurezza, con l'esplicito supporto formale dei governi nazionali[313]. Le banche che a dicembre secondo l'EBA non avevano adeguata patrimonializzazione hanno raccolto 115,76 miliardi di euro, ben oltre i 76

[311] EBA, *Final report on the implementation of Capital Plans following the EBA's 2011 Recommendation on the creation of temporary capital buffer to restore market confidence*, *BS n. 188/2012*, p. 5; EBA, 2011 annual report, p. 23.
[312] EBA, *Final report on the implementation of Capital Plans following the EBA's 2011 Recommendation on the creation of temporary capital buffer to restore market confidence*, BS n. 188/2012, p. 5.
[313] EBA, *Final report on the implementation of Capital Plans following the EBA's 2011 Recommendation on the creation of temporary capital buffer to restore market confidence*, BS n. 188/2012, p. 7.

raccomandati, per raggiungere la raccomandata soglia di 9% di CT1[314]. Tale importo è derivato al 72% da iniezioni di nuova liquidità, mentre al 28% da misure sulle attività ponderate in relazione ai rischi, come ad esempio la cessione di *assets* rischiosi e attraverso forme di *deleveraging*[315]. Le banche hanno sottoposto i loro piani alle autorità di vigilanza degli stati membri che li hanno discussi nei *supervisory colleges*. Solo quattro istituti di credito sono stati rimandati[316].Tali misure non hanno comportato significative riduzioni nel finanziamento dell'economia reale[317]. Per il futuro, oltre a dover conservare i risultati raggiunti, la transizione verso la regolamentazione richiesta dai provvedimenti CRR e CRDIV, cambiando i requisiti di legge per i livelli di capitale richiesti alle banche, porterà ad una nuova raccomandazione dell'EBA che fisserà nuovi livelli di CT1 e l'avvio di un processo di adeguamento delle banche sotto la supervisione delle autorità di vigilanza degli stati membri e dell'EBA, che dovrà realizzarsi attraverso l'elaborazione di *capital plans* che dovranno essere valutati tanto in condizioni normali quanto in condizioni di *stress*.

All'attività di *stress test*, funzionale anche a sviluppare e aggiornare i BTS e a misurare il rischio sistemico, si sono affiancata anche altre attività di *risk assessment* tematiche dirette ad individuare le possibili evoluzioni del mercato bancario[318]. Nel medesimo settore l'autorità ha implementato i propri sforzi per garantire il coordinamento e la convergenza delle attività delle singole autorità nazionali per garantire il buon funzionamento dei collegi dei supervisori[319].

In materia di protezione dei consumatori, l'EBA ha costituito un'unità organizzativa indipendente e ha avviato attività preparatorie al fine di individuare le questioni di maggiore importanza nel settore, attraverso l'analisi e il monitoraggio dei *trends* dei consumatori. Inoltre, essa ha avviato iniziative funzionali alla promozione

---

[314] EBA, *Final report on the implementation of Capital Plans following the EBA's 2011 Recommendation on the creation of temporary capital buffer to restore market confidence*, BS n. 188/2012, p. 7.
[315] EBA, *Final report on the implementation of Capital Plans following the EBA's 2011 Recommendation on the creation of temporary capital buffer to restore market confidence*, BS n. 188/2012, p. 8.
[316] Queste banche sono Banca Monte dei Paschi di Siena spa, Cyprus Popular bank public co ltd e Bank of cyprus public co ltd.. V. EBA, *Final report on the implementation of Capital Plans following the EBA's 2011 Recommendation on the creation of temporary capital buffers to restore market confidence*, BS n. 188/2012, p.7.
[317] EBA, *Final report on the implementation of Capital Plans following the EBA's 2011 Recommendation on the creation of temporary capital buffer to restore market confidence*, BS n. 188/2012, p. 11.
[318] EBA, *2011 annual report*, p. 24.
[319] EBA, *2011 annual report*, p. 28.

dell'educazione finanziaria e alla formulazione di raccomandazioni agli intermediari, specie in materia di informativa precontrattuale[320].

Parte della dottrina ha evidenziato che le prime importanti azioni di vigilanza dell'EBA hanno messo in risalto un paradosso giustiziale[321]. Le misure che hanno imposto l'innalzamento dei requisiti di capitale hanno assunto la forma della raccomandazione rivolta alle autorità di vigilanza nazionali per il recepimento interno, nonostante esse rappresentassero un'azione specifica diretta a rimediare ad una situazione di emergenza, che avrebbe di conseguenza richiesto una decisione individuale ai sensi dell'art. 18 comma 3 del regolamento 1093/2010[322].

Tale scelta formale è stata giustificata con un richiamo al comma 1 dell'art. 16, affermando che le raccomandazioni in questione avessero il "*fine di istituire prassi di vigilanza uniformi, efficienti ed efficaci nell'ambito del SEVIF*" e con un richiamo all'art. 21 comma 2, che consente all'EBA, nel quadro delle funzioni di vigilanza dei collegi dei supervisori, di "*avviare e coordinare le prove di stress a livello dell'Unione conformemente all'art. 32 per valutare la resilienza degli istituti finanziari (..) [e], se necessario, formulare una raccomandazione all'autorità competente per risolvere problemi rilevati nelle prove di stress*".

Tuttavia, lo strumento della raccomandazione *ex* art. 16 non è soggetto ad appello di fronte alla Commissione di cui all'art. 58[323], di modo che l'impugnazione di una raccomandazione di fronte a tale Commissione determinerebbe una declaratoria di inammissibilità ai sensi dell'art. 60 comma 4. Inoltre, tale raccomandazione non sembra impugnabile neanche di fronte alla Corte di Giustizia né ai sensi dell'art. 61 del regolamento, che prevede l'impugnabilità solamente delle decisioni dell'EBA, né ai sensi dell'art. 263 del TFUE, che prevede il controllo di legittimità della Corte unicamente sugli atti legislativi del Consiglio, della Commissione e della Banca

[320] EBA, *2011 annual report*, p. 35. Per una descrizione delle iniziative intraprese dall'EBA in material di *consumer protection* e *financial innovation* si veda la sintesi contenuta in EBA, *An overview of the objectives and work of the EBA's Standing Committee on Financial Innovation (SCFI) in 2011 – 2012*, London, 2012.

[321] LAMANDINI M., *I regolamenti europei istitutivi del Comitato Europeo per il rischio sistemico e delle autorità europee di vigilanza su assicurazioni, banche, strumenti finanziari, mercati*, in *Nuove leggi civili commentate*, n. 2 del 2012, p. 222.

[322] LAMANDINI M., *I regolamenti europei istitutivi del Comitato Europeo per il rischio sistemico e delle autorità europee di vigilanza su assicurazioni, banche, strumenti finanziari, mercati*, in *Nuove leggi civili commentate*, n. 2 del 2012, p. 222.

[323] V. art. 60 del regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1093 del 24 novembre 2010, regolamento istitutivo dell'EBA.

Centrale Europea "*che non siano raccomandazioni o pareri*", nonché sugli atti del Parlamento europeo, del Consiglio europeo o di organi ed organismi dell'unione "*destinati a produrre effetti giuridici nei confronti dei terzi*". Sennonché, le raccomandazioni non possono per definizione essere ritenute tali da produrre effetti giuridici diretti nei confronti dei terzi.

La non impugnabilità della raccomandazione creerebbe allora un sostanziale distoglimento dal controllo giudiziale dell'azione di vigilanza derivante dall'azione coordinata tra l'autorità comunitaria e le autorità nazionali: da un lato infatti le raccomandazioni dell'EBA imporrebbero in capo alle autorità di vigilanza nazionali l'obbligo del "*comply or explain*", che sarebbe diretto a favorire l'allineamento di queste ultime alle misure raccomandate; da un altro lato tuttavia tale obbligo permetterebbe alle autorità nazionali di superare il controllo giudiziario nel merito delle misura di vigilanza attuativa della raccomandazione adottata. Ciò in quanto è difficile che possano essere considerati illegittimi dei provvedimenti di vigilanza nazionale che fossero stati adottati avendo come motivazione l'obbligo di conformarsi ad una raccomandazione comunitaria[324]. Dunque, poiché tale atto sopranazionale è di per sé esente da controllo giurisdizionale, come ha dimostrato l'analisi della disciplina contenuta nel regolamento 1093/2010, tale meccanismo finirebbe per mandare esente da verifica la discrezionalità tecnica dell'autorità nazionale che si esprime nell'atto di vigilanza nazionale che si conforma all'atto sopranazionale. In sostanza, se le raccomandazioni dell'EBA che hanno imposto requisiti di capitale alle banche, non sono impugnabili direttamente, nei fatti, non lo saranno neppure i provvedimenti delle autorità nazionali attuativi di tali raccomandazioni, visto che anzi l'insindacabile raccomandazione dell'EBA è idonea a dare sostegno motivazionale ad un provvedimento attuativo dell'autorità nazionale, che costituisce esercizio di discrezionalità tecnica[325].

[324] LAMANDINI M., *I regolamenti europei istitutivi del Comitato Europeo per il rischio sistemico e delle autorità europee di vigilanza su assicurazioni, banche, strumenti finanziari, mercati,* in *Nuove leggi civili commentate*, n. 2 del 2012, p. 223.
[325] LAMANDINI M., *I regolamenti europei istitutivi del Comitato Europeo per il rischio sistemico e delle autorità europee di vigilanza su assicurazioni, banche, strumenti finanziari, mercati,* in *Nuove leggi civili commentate*, n. 2 del 2012, p. 223.

2. La Banca Centrale europea

2.1. Le ragioni della proposta di un'Unione Bancaria nell'area euro.

La solidità delle imprese bancarie è in molti casi strettamente collegata agli stati membri in cui esse hanno sede. Per tale motivo i dubbi sulla sostenibilità del debito pubblico e sulle prospettive di crescita dei paesi dell'euro zona ha prodotto rischi per la solidità del sistema finanziario europeo e dunque per la sopravvivenza dello stesso mercato unico[326].

La prima risposta dell'Unione Europea per affrontare tali problemi è stata l'istituzione dell'EBA, alla quale ha affidato il compito di promuovere la cooperazione tra le autorità di vigilanza dei singoli stati membri e la creazione di un *single rulebook* che disciplini in maniera uniforme l'esercizio dell'attività bancaria all'interno del mercato unico. Tuttavia, i fallimenti dell'attività di supervisione sul sistema finanziario delle autorità nazionali, che non hanno affrontato adeguatamente la crisi del 2007-2009, hanno innescato un processo a catena che ha minato ulteriormente la fiducia e aumentato le tensioni nel mercato del debito sovrano.

Per far fronte agli accadimenti culminati nel 2012 nel *default* ordinato della Grecia e nelle tensioni che hanno riguardato i debiti sovrani di Irlanda, Portogallo, Italia e Spagna, le istituzioni comunitarie hanno deciso di avviare una strategia che attribuisca maggiori responsabilità e maggiori poteri di intervento all'Unione Europea. Questa scelta si è concretizzata in due iniziative principali, tra loro in parte complementari.

La prima di queste è stata la creazione dell'ESM (*European Stability Mechanism*), fondo costituito dai contributi degli stati membri e finalizzato al finanziamento degli stati in difficoltà[327]. Tale meccanismo potrà essere utilizzato anche

---

[326] COMMISSIONE UE, COM(2012)510 comunicazione del 12 settembre 2012 al Parlamento europeo e al Consiglio, *Una tabella di marcia verso l'Unione bancaria*, paragrafo 1, p.2; COMMISSIONE UE, COM(2012)511, proposta di regolamento del Consiglio che attribuisce alla Banca centrale Europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi, considerando 5; SIGNORINI L. F., *L'Unione bancaria*, Audizione presso la 6° Commissione permanente del Senato della Repubblica, Roma, 24 ottobre 2012, p. 1.

[327] SIGNORINI L. F., *L'Unione bancaria*, Audizione presso la 6° Commissione permanente del Senato della Repubblica, Roma, 24 ottobre 2012, p. 7. COMMISSIONE UE, COM(2012)511, *Proposta di regolamento del Consiglio che attribuisce alla Banca centrale Europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi*, relazione, p.2.
Questo meccanismo nasce dalle modifiche all'art. 136 del trattato di Lisbona, approvate il 23 marzo 2011 dal Parlamento dell'unione e ratificato il 25 marzo 2011 dal consiglio europeo. Il Consiglio Europeo del 9 dicembre 2011 ha deciso l'anticipazione dell'entrata in vigore del fondo dalla metà del 2013 al luglio

per ricapitalizzare direttamente le banche in situazione di crisi, una volta che verrà realizzata la seconda delle iniziative programmate, cioè l'istituzione di un SSM (*Single Supervisory Mechanism*), meccanismo decisionale unico della vigilanza sulle banche della zona euro[328]. Si tratterebbe di una struttura in cui specifici compiti di vigilanza in materia di stabilità finanziaria di tutte le banche della zona euro dovrebbero essere affidati alla responsabilità ultima della BCE, mentre le autorità dei singoli stati membri saranno chiamate a farvi parte, pur rimanendo titolari di tutte le altre attribuzioni a questo non espressamente affidate[329]. In tale quadro, all'EBA continuerebbe ad essere affidato il compito di elaborare il *single rulebook* per l'attività di vigilanza, per effetto delle deleghe attribuite ad essa dal pacchetto CRD.

L'iniziativa di costituire un meccanismo di vigilanza unico per la zona euro, che dovrà essere seguita dall'approvazione della normativa concernente i requisiti patrimoniali delle banche, il fondo di garanzia dei depositi e il risanamento e risoluzione delle crisi[330], è stata formalizzata in due proposte di regolamento del Consiglio. L'una ha ad oggetto le nuove attribuzioni della BCE, mentre l'altra ha riguardo alle modifiche

---

2012. L'attuazione del fondo è tuttavia stata avviata solo dopo il 12 settembre 2011, data in cui la corte costituzionale tedesca si è pronunciata sulla compatibilità del fondo rispetto alla costituzione tedesca.
I suoi organi sono il consiglio dei governatori, composto dai ministri delle finanze dell'unione, nonché dal commissario europeo degli affari economici e monetari e dal presidente della BCE, il quale a sua volta nomina un consiglio di amministrazione.
Il capitale totale da conferire all'ESM è di 700 miliardi di euro di cui 80 capitale effettivamente conferito e 620 di capitale a chiamata. Sulla base della garanzia fornita dal capitale versato, l'ESM potrà emettere obbligazioni sul mercato (es: per il 2012 si ipotizza una raccolta di circa 200 miliardi di euro). Con queste risorse il fondo potrà prestare direttamente i soldi ai governi degli stati membri; comprare titoli del debito pubblico sul mercato primario secondario; finanziarie le banche, ricapitalizzandole o assumendone quote di partecipazione (tale ultima iniziativa è subordinata però alla creazione della vigilanza bancaria unificata).
L'effettiva modalità di svolgimento di tali compiti sarà però definita solo da un successivo *memorandum* d'intesa concluso con i paesi appartenenti alla zona euro.
V. BCE, *Rapporto annuale per il 2011*, cap. 4 *Le tematiche europee*, p. 144.

[328] SIGNORINI L. F., *L'Unione bancaria*, Audizione presso la 6° Commissione permanente del Senato della Repubblica, Roma, 24 ottobre 2012, p. 7; COMMISSIONE UE, COM(2012)510, Comunicazione del 12 settembre 2012 al Parlamento europeo e al Consiglio, *Una tabella di marcia verso l'Unione bancaria*, paragrafo 3, p. 7; CARMASSI J. – DI NOIA C. – MICOSSI S., *Banking Union: a federal model for the European Union with prompt corrective action*, Ceps policy brief, 2012, p. 2.

[329] CARMASSI J. – DI NOIA C. – MICOSSI S., *Banking Union: a federal model for the European Union with prompt corrective action*, Ceps policy brief, 2012, p. 6.

[330] SIGNORINI L. F., *L'Unione bancaria*, Audizione presso la 6° Commissione permanente del Senato della Repubblica, Roma, 24 ottobre 2012, p. 6; COMMISSIONE UE, COM(2012)510, Comunicazione del 12 settembre 2012 al Parlamento europeo e al Consiglio, *Una tabella di marcia verso l'Unione bancaria*, paragrafo 3, p. 9; COMMISSIONE UE, COM(2012)511, *Proposta di regolamento del Consiglio che attribuisce alla Banca centrale Europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi*, considerando 10.

necessarie al regolamento istitutivo dell'EBA, per coinvolgere nei suoi processi decisionali anche la BCE. Entrambe queste proposte sono state accompagnate da una comunicazione della Commissione che spiega la propria visione dell'Unione Bancaria[331].

2.2. Il quadro dei poteri di vigilanza attribuiti alla BCE

Il fondamento giuridico dell'iniziativa della Commissione è rinvenuto nell'art. 127 comma 6 del TFUE, ai sensi del quale "*Il Consiglio, deliberando all'unanimità mediante regolamenti secondo una procedura legislativa speciale, previa consultazione del Parlamento europeo e della Banca centrale europea, può affidare alla Banca centrale europea compiti specifici in merito alle politiche che riguardano la vigilanza prudenziale degli enti creditizi e delle altre istituzioni finanziarie, escluse le imprese di assicurazione.*"[332]. La Commissione dunque ha proposto di attribuire alla BCE, attraverso un regolamento del Consiglio, la supervisione sulle istituzioni creditizie e sui conglomerati finanziari, nel rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, allo scopo ultimo di garantire un'effettiva e coerente applicazione del *single rulebook*[333].

La scelta di attribuire specifici compiti in materia di vigilanza bancaria sulle banche europee all'istituto di Francoforte risiederebbe nella sua congenita attenzione alla stabilità del mondo finanziario nonché nella sua strutturale indipendenza dai governi degli stati membri, caratteristica che la rende il solo organismo in grado di

[331] COMMISSIONE UE, COM(2012)510, Comunicazione del 12 settembre 2012 al Parlamento europeo e al Consiglio, *Una tabella di marcia verso l'Unione bancaria*.

[332] SIGNORINI L. F., *L'Unione bancaria*, Audizione presso la 6° Commissione permanente del Senato della Repubblica, Roma, 24 ottobre 2012, p. 12. Esprime un'opinione critica in riferimento all'adeguatezza della base legale del meccanismo SSM NAPOLETANO G., *La risposta europea alla crisi del debito sovrano: il rafforzamento dell'Unione economica e monetaria. Verso l'Unione bancaria*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2013, I, p. 765, affermando che la proposta di regolamento attribuirebbe alla BCE poteri di vigilanza talmente rilevanti e di ampio spettro difficilmente definibili "*compiti specifici in merito alle politiche che riguardano la vigilanza prudenziale*".

[333] CARMASSI J. – DI NOIA C. – MICOSSI S., *Banking Union: a federal model for the European Union with prompt corrective action*, Ceps policy brief, 2012, p. 3; COMMISSIONE UE, COM(2012)511, *Proposta di regolamento del Consiglio che attribuisce alla Banca centrale Europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi*, relazione, p. 3; BARNIER M., *An important step towards a real banking union in Europe: Statement following the trilogue agreement on the creation of the Single Supervisory Mechanism for the eurozone*, Bruxelles, 2013, p. 3.

rompere quel legame tra governi nazionali e banche, che rappresenta un ostacolo al superamento delle crisi[334].

La proposta di regolamento del Consiglio licenziato dalla Commissione, approvato dall'Ecofin il 14 dicembre 2012 e ancora in fase di negoziazione, prevede di attribuire alla BCE, nell'ambito dell'ESFS e in collaborazione con l'EBA, "*specific tasks concerning the prudential supervision of credit institutions which are established in member states whose currency is the euro*", lasciando aperta la possibilità, per i paesi la cui moneta non è dell'euro, di essere assoggettati alla vigilanza della BCE su loro espressa richiesta[335]. Gli specifici compiti che verranno attribuiti alla BCE consisteranno principalmente nel potere di autorizzare l'esercizio dell'attività bancaria[336] e l'acquisizione di partecipazioni rilevanti, nel potere di assicurare l'osservanza della disciplina comunitaria ovvero delle discipline nazionali di recepimento che impongono agli enti creditizi requisiti prudenziali in materia di fondi propri, *securitisation*, limitazioni dell'esposizione, liquidità, leva finanziaria, segnalazione e divulgazione al pubblico di informazioni su tali aspetti; di provvedere al rispetto della disciplina comunitaria ovvero delle discipline nazionali di recepimento che impongono agli enti creditizi requisiti che assicurino la presenza di meccanismi di *governance* solidi, inclusi i requisiti onorabilità e professionalità dei soggetti responsabili della gestione delle istituzioni creditizie, di processi di gestione del rischio, di dispositivi di controllo interno, di politiche e prassi remunerative e di processi efficaci di valutazione dell'adeguatezza del capitale, compresi i modelli di *rating* interno; di effettuare le valutazioni prudenziali, comprese le prove di *stress* e la loro eventuale pubblicazione, per accertare se i dispositivi, le strategie, i processi e i meccanismi instaurati dagli enti creditizi e i fondi propri da essi detenuti permettano una gestione solida e la copertura

[334] CARMASSI J. – DI NOIA C. – MICOSSI S., *Banking Union: a federal model for the European Union with prompt corrective action*, Ceps policy brief, 2012, p. 6; COMMISSIONE UE, COM(2012)511, *Proposta di regolamento del Consiglio che attribuisce alla Banca centrale Europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi*, considerando 11.

[335] COMMISSIONE UE, COM(2012)511, *Proposta di regolamento del Consiglio che attribuisce alla Banca centrale Europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi*, relazione, p. 6 e art. 6.

[336] in tema di autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria in un altro stato membro, non troveranno più applicazione le norme che regolano la ripartizione di competenze tra autorità e supervisione dei singoli stati membri in base ai principi dell'*home country* e dell'*host country control*. V. COMMISSIONE UE, COM(2012)511, *Proposta di regolamento del Consiglio che attribuisce alla Banca centrale Europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi*, Relazione, p. 5 e 6 e considerando 14.

dei rischi e, alla luce di tali prove, imporre agli enti creditizi obblighi specifici in materia di fondi propri supplementari, di pubblicazione e di liquidità, nonché le altre misure applicabili dalle autorità competenti sulla base del diritto dell'Unione [337].

La BCE dovrà svolgere tali compiti "*within the framework of art. 5*" il quale, fatta eccezione per i "*tasks*" indicati nell'art. 4 comma 1 lett. a) e b) del regolamento[338] concernenti le autorizzazioni all'esercizio dell'attività ex art. 13 e all'acquisto di partecipazioni rilevanti, distingue una diversa allocazione dei poteri di vigilanza tra la BCE e le autorità di supervisione nazionali a seconda che l'attività di supervisione abbia ad oggetto intermediari rilevanti oppure entità meno significative. La distinzione tra queste due categorie di soggetti vigilati è tracciata dall'art. 5 comma 4, lett. a) e b) del regolamento SSM, che individua la nozione di "*significant entities*" principalmente in quegli intermediari il cui valore degli attivi superi i 30 miliardi di euro, e che esclude tale qualificazione per i soggetti che abbiano richiesto assistenza finanziaria pubblica all'EFSF o all'ESM [339].

---

[337] Per l'individuazione degli specifici compiti attribuiti alla BCE, v. art. 4 comma 1 della COM(2012)511, *Proposta di regolamento del Consiglio che attribuisce alla Banca centrale Europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi.*

[338] V. art. 4 comma 1 lett. a) e b) della COM(2012)511, *Proposta di regolamento del Consiglio che attribuisce alla Banca centrale Europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi*, ai sensi del quale sono attribuiti alla BCE, tra l'altro, i seguenti compiti:"*(a) To authorise credit institutions and to withdraw authorisations of credit institutions subject to the provisions of Article 13; (..)(b) To assess applications for the acquisition and disposal of qualifying holdings in credit institutions, except in the case of a bank resolution, and subject to the provisions of Article 13a"*.

[339] art. 5 comma 4 lett. a) e b) della COM(2012)511, *Proposta di regolamento del Consiglio che attribuisce alla Banca centrale Europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi*, ai sensi del quale "*The significance shall be assessed based on the following criteria: (i) size; (ii) importance for the economy of the EU or any participating Member State; (iii) significance of cross-border activities. With respect to the first subparagraph above, a credit institution, or financial holding company or mixed financial holding company, shall not be considered less significant, unless justified by particular circumstances to be specified in the methodology, if any one of the following conditions are met: (i) the total value of its assets exceeds 30 billion euro; or, (ii) the ratio of its total assets over the GDP of the participating Member State of establishment exceeds 20%, unless the total value of its assets is below 5 billion euro; or, (iii) following a notification by its national competent authority that it considers such an institution of significant relevance with regard to the domestic economy, the ECB takes a decision confirming such significance following a comprehensive assessment by the ECB, including a balance-sheet assessment, of that credit institution. The ECB may also, on its own initiative, consider an institution to be of significant relevance where it has established banking subsidiaries in more than one participating Member States and its cross-border assets or liabilities represent a significant part of its total assets or liabilities subject to the conditions laid down in the methodology. (b) Those for which public financial assistance has been requested or received directly from the EFSF or the ESM shall not be considered less significant*".

Quando l'attività di supervisione avrà ad oggetto le "*less significant entities*", ai sensi dell'art. 5, comma 5 del Regolamento la BCE avrà solamente il compito di emanare istruzioni e indirizzi generali alle autorità di supervisione nazionale[340], pur avendo il compito di svolgere un controllo sul complessivo funzionamento del sistema di vigilanza unificata[341]. Essa potrà comunque esercitare i poteri di cui alla section 1, cap. 3 del Regolamento e potrà esercitare direttamente nei confronti degli intermediari tutti i poteri di vigilanza rilevanti, solo qualora lo ritenesse necessario per assicurare "*high supervisory standards*"[342]. Nei confronti delle "*less significant entities*" le autorità nazionali avranno principalmente la responsabilità di adottare tutte le decisioni di vigilanza, all'interno della cornice regolamentare stabilita dalla BCE in base all'art. 5 comma 7 del regolamento. Pertanto, esse manterranno tutti i poteri di vigilanza informativa ed ispettiva su tali intermediari, pur avendo un dovere di *report* e di collaborazione nei confronti della BCE.

Per converso, quando l'attività di vigilanza verrà svolta nei confronti delle istituzioni più rilevanti, simile suddivisione di responsabilità non dovrebbe esistere. In capo alla BCE dovrebbero essere attribuiti tutti i poteri di vigilanza, anche se questa, per il loro concreto esercizio, potrebbe avvalersi della collaborazione delle autorità nazionali. In tale ipotesi, alle singole autorità degli Stati membri rimarranno i compiti non attribuiti espressamente alla BCE, e comunque, nell'ambito dei poteri a questa attribuiti, esse dovranno svolgere tutte le verifiche e le attività di vigilanza necessarie a preparare e implementare l'attività della BCE, agendo come parte integrante del SSM┐ .

[340]art. 5 comma 5 lett. a) della COM(2012)511, *Proposta di regolamento del Consiglio che attribuisce alla Banca centrale Europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi*, ai sensi del quale "*The ECB shall issue regulations, guidelines or general instructions to national competent authorities, according to which the tasks defined in Article 4 excluding letters (a) and (b) thereof are performed and supervisory decisions are adopted by national competent authorities. Such instructions may refer to the specific powers in Article 13b, paragraph 2 for groups or categories of credit institutions for the purposes of ensuring the consistency of supervisory outcomes within the Single Supervisory Mechanism*".

[341] art. 5 comma 5 lett. c) della COM(2012)511, *Proposta di regolamento del Consiglio che attribuisce alla Banca centrale Europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi*, ai sensi del quale "*The ECB shall exercise oversight over the functioning of the system, based on the responsibilities and procedures set out in this Article*".

[342] art. 5 comma 5 lett. c) della COM(2012)511, *Proposta di regolamento del Consiglio che attribuisce alla Banca centrale Europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi*, ai sensi del quale "*When necessary to ensure consistent application of high supervisory standards, the ECB may at any time, on its own initiative after consulting with national authorities for upon request by a national competent authority, decide to exercise directly itself all the relevant powers for one or more credit institutions referred to in paragraph 4, including in the case where financial assistance has been requested or received indirectly from the EFSF or the ESM*".

Ad esempio, nell'ambito dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria, saranno le autorità dei singoli stati membri a preparare e istruire le singole decisioni che poi verranno adottate dalla Banca Centrale Europea. Centrale Europea.

Per lo svolgimento dei compiti ad essa attribuiti, la BCE potrà esercitare una serie di poteri autoritativi: *supervisory powers*, quali ad esempio il potere di emettere provvedimenti autorizzativi, di rimozione degli esponenti aziendali, di limitare l'attività degli intermediari[343], e *investigatory powers*, quali ad esempio il potere di richiedere informazioni e di svolgere ispezioni presso gli intermediari vigilati[344]. Infine, "*for the purpose of carrying out the tasks conferred upoun it*" dal Regolamento, la BCE avrà il potere di imporre sanzioni amministrative pecuniarie nei confronti delle istituzioni creditizie e delle altre istituzioni finanziarie che violino i requisiti stabiliti dal diritto comunitario direttamente applicabile, nonché i propri regolamenti e decisioni[345]. Nei casi in cui essa non possa esercitare direttamente poteri sanzionatori, essa potrà richiedere alle autorità di supervisione nazionale di avviare le opportune iniziative perché sanzioni appropriate siano applicate ai soggetti vigilati[346].

Già in questa fase dell'analisi si può scorgere come l'esatta determinazione dei confini dei poteri sanzionatori della BCE sembra particolarmente difficile, poiché essa dovrebbe essere desunta da un testo normativo molto complesso, frutto di una complessa mediazione politica e istituzionale, quale è quello definito dal regolamento SSM. Si può già infatti osservare che il testo dell'art. 15 del Regolamento è idoneo a legittimare due diverse interpretazioni. Da un lato, si potrebbe ritenere che esso configuri un sistema in cui poteri sanzionatori sono riconosciuti alla BCE solo nei casi in cui essa sia legittimata ad esercitare direttamente poteri di vigilanza. Da un altro lato, si potrebbe ritenere che essa possa esercitarli sempre, a fronte della violazione di qualsiasi norma di vigilanza contenuta in un atto di diritto europeo direttamente

[343] COMMISSIONE UE, COM(2012)511, *Proposta di regolamento del Consiglio che attribuisce alla Banca centrale Europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi*, sez II, Capo III.
[344] COMMISSIONE UE, COM(2012)511, *Proposta di regolamento del Consiglio che attribuisce alla Banca centrale Europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi*, considerando 30-31 e Sez. I, Capo III.
[345] V. art. 15 commi 1 e 7 considerando 27 della COM(2012)511, *Proposta di regolamento del Consiglio che attribuisce alla Banca centrale Europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi*.
[346] V. art. 15 comma 5 della COM(2012)511, *Proposta di regolamento del Consiglio che attribuisce alla Banca centrale Europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi*.

applicabile o in un proprio regolamento o decisione. Nei successivi capitoli si tenterà di svolgere alcune considerazioni su questo problema interpretativo, ritenendo che le risposte che ad esso verranno date saranno sicuramente destinate ad avere un impatto significativo sull'attività di *enforcement* della disciplina del settore bancario e finanziario italiano e dell'Unione Europea[347].

2.3. Gli adattamenti di carattere organizzativo

Sul piano organizzativo, la *governance* della BCE dovrà essere strutturata in maniera da garantire la separazione tra lo svolgimento della funzione monetaria e quella di vigilanza, stanti i possibili conflitti di interesse tra le stesse[348]. È noto infatti che da un lato le esigenze di politica monetaria, essendo indirizzate a garantire la stabilità dei prezzi nel medio periodo, tenderanno, anche attraverso un aumento dei tassi di interesse nel mercato interbancario, a contenere la liquidità monetaria. Al tempo stesso, il perseguimento delle finalità di vigilanza bancaria, consistendo principalmente nella garanzia della solvibilità delle banche, tenderà invece all'adozione di interventi che producono un aumento della liquidità del sistema, e che potrebbero anche indurre alla scelta di diminuire il costo della raccolta sul mercato interbancario[349].

Poiché tuttavia la coesistenza delle funzioni di politica monetaria e di vigilanza in capo ad un unico soggetto può determinare una serie di positive sinergie, soprattutto sotto il profilo della circolazione delle informazioni[350], è sembrato più opportuno fare in modo che le attività preparatorie ed esecutive in materia di vigilanza bancaria venissero realizzate da strutture separate nell'ambito del medesimo ente, attraverso la creazione di un *supervisory board*, i cui vertici verranno nominati dal *governing council* della BCE,

[347] L'analisi dei poteri sanzionatori attribuiti alla BCE verrà svolta nella Parte II, cap. 4, par 5 e ss.

[348] COMMISSIONE UE, COM(2012)511, *Proposta di regolamento del Consiglio che attribuisce alla Banca centrale Europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi*, considerando 35 e Capo IV; SIGNORINI L. F., *L'Unione bancaria*, Audizione presso la 6° Commissione permanente del Senato della Repubblica, Roma, 24 ottobre 2012, p. 9.

[349] CARMASSI J. – DI NOIA C. – MICOSSI S., *Banking Union: a federal model for the European Union with prompt corrective action*, Ceps policy brief, 2012, p. 4.

[350] V. QUINN B., *Rules Vs discretion: the case of bankimg supervision in the light of the debate on monetary policy*, in *The emerging framework of financial regulation*, 1998, Central Banking publications, p. 119 e ss.

il quale comunque rimarrà responsabile dell'adozione delle decisioni, e che comunque potrà anche delegare alcuni compiti al *supervisory board*[351].

La BCE è strutturata in modo da garantire l'indipendenza rispetto al potere politico europeo e dei singoli stati membri. Inoltre, essa dovrà operare garantendo lo scambio di informazioni con le altre autorità europee ed i singoli stati membri, essendo tenuta al segreto d'ufficio nell'ambito della disciplina stabilita dalla legislazione comunitaria. Nello svolgimento delle sue funzioni, la banca centrale europea dovrà garantire la propria *accountability* rispetto al Parlamento europeo e alle altre istituzioni comunitarie, attraverso un'attività di reporting regolare e attraverso la risposta alle interrogazioni poste dalle singole istituzioni[352].

Per quanto attiene invece ai rapporti con l'EBA, la Commissione ha proposto di emendare il regolamento istitutivo dell'EBA per permetterle di esercitare i propri poteri e di coinvolgere nelle proprie procedure anche la BCE, nell'esercizio delle sue nuove specifiche attribuzioni di vigilanza[353].

Dunque la formulazione degli artt. 4, 18 e 35 del regolamento n. 1093 del 2010 verrà modificata per assicurare che l'EBA possa portare a compimento i propri compiti anche nei confronti della Banca Centrale Europea, chiarendo che la nozione di "*autorità competenti*" include anche l'Istituto di Francoforte[354].

Per assicurare che l'EBA porti a compimento i suoi compiti di comporre i disaccordi e di agire in situazioni di emergenza anche nei confronti della BCE, negli artt. 18 e19 saranno introdotte disposizioni che prevedono una specifica procedura in

---

[351] CARMASSI J. – DI NOIA C. – MICOSSI S., *Banking Union: a federal model for the European Union with prompt corrective action*, Ceps policy brief, 2012, p. 7; COMMISSIONE UE, COM(2012)511, *Proposta di regolamento del Consiglio che attribuisce alla Banca centrale Europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi*, considerando 36 e art. 19.

[352] COMMISSIONE UE, COM(2012)511, *Proposta di regolamento del Consiglio che attribuisce alla Banca centrale Europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi*, relazione, p. 7.

[353] COMMISSIONE UE, COM(2012)510, Comunicazione del 12 settembre 2012 al Parlamento europeo e al Consiglio, *Una tabella di marcia verso l'Unione bancaria*, paragrafo 3, p. 7; COMMISSIONE UE, COM(2012)511, *Proposta di regolamento del Consiglio che attribuisce alla Banca centrale Europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi*, considerando 11; SIGNORINI L. F., *L'Unione bancaria*, Audizione presso la 6° Commissione permanente del Senato della Repubblica, Roma, 24 ottobre 2012, p. 10.

[354] COMMISSIONE UE, COM(2012)512, *Proposal for a regulation of the Parliament and of the Council amending Regulation (EU) No 1093/2010 establishing a European Supervisory Authority (European Banking Authority) as regards its interaction with Council Regulation (EU) No…/… conferring specific tasks on the European Central Bank concerning policies relating to the prudential supervision of credit institutions*.

relazione alle decisioni prese dall'EBA[355]. Questa procedura prevede che se la BCE non si adegua a quanto stabilito dall'EBA come risoluzione di un disaccordo tra autorità o come soluzione ad una situazione di emergenza, essa dovrà spiegare le proprie ragioni. Qualora si versi nell'ambito di requisiti stabiliti dal diritto comunitario direttamente applicabile, l'EBA potrà adottare una decisione individuale indirizzata alla specifica istituzione finanziaria al fine di portare a compimento i propri intenti.

Inoltre, il fatto che la BCE coordinerà la posizione degli stati membri dell'Unione richiederà un aggiustamento delle modalità di voto per l'adozione degli atti di regolazione dell'EBA. La soluzione è stata individuata nel conferire il potere di proposta ad una struttura indipendente e a predisporre un meccanismo di voto che assicuri che le proposte preparate siano supportate sia dai paesi dell'area euro sia dai paesi non partecipanti alla moneta unica. Così l'art. 41 del regolamento istitutivo dell'EBA verrà emendato al fine di attribuire un potere di proposta ad un *indipendent panel* in materia di violazioni del diritto comunitario, composizione dei disaccordi e di adozione delle regole. L'art. 44 sarà emendato affinché stabilisca che le decisioni proposte dalla struttura indipendente siano adottate a maggioranza semplice, a meno che non siano rifiutate da una maggioranza semplice, che include almeno tre voti di stati partecipanti ed almeno uno degli Stati non partecipanti alla moneta unica[356].

Infine, è previsto che la composizione del *Management board* dell'EBA sia costituita almeno da due membri appartenenti agli Stati non partecipanti all'SSM, al fine di dare piena rappresentanza ai paesi membri dell'Unione Europea[357].

---

[355] COMMISSIONE UE, COM(2012)512, *Proposal for a regulation of the Parliament and of the Council amending Regulation (EU) No 1093/2010 establishing a European Supervisory Authority (European Banking Authority) as regards its interaction with Council Regulation (EU) No…/… conferring specific tasks on the European Central Bank concerning policies relating to the prudential supervision of credit institutions*, art. 1.

[356] COMMISSIONE UE, COM(2012)512, *Proposal for a regulation of the Parliament and of the Council amending Regulation (EU) No 1093/2010 establishing a European Supervisory Authority (European Banking Authority) as regards its interaction with Council Regulation (EU) No…/… conferring specific tasks on the European Central Bank concerning policies relating to the prudential supervision of credit institutions*, art. 1.

[357] COMMISSIONE UE, COM(2012)512, *Proposal for a regulation of the Parliament and of the Council amending Regulation (EU) No 1093/2010 establishing a European Supervisory Authority (European Banking Authority) as regards its interaction with Council Regulation (EU) No…/… conferring specific tasks on the European Central Bank concerning policies relating to the prudential supervision of credit institutions*, art. 1.

parte 2. La funzione sanzionatoria delle Autorità di vigilanza nel settore del credito.

Premessa

L'inosservanza delle disposizioni che disciplinano l'attività bancaria è punita dall'ordinamento attraverso sanzioni penali e amministrative, sin dall'emanazione della legge bancaria del 1936, che già affiancava fattispecie punite penalmente (art. 92 e ss.) a fattispecie punite con sanzioni amministrative pecuniarie (art. 87 e ss.). Simile impostazione è refluita, attraverso i successivi interventi legislativi di riordino della disciplina di settore, nel testo unico bancario, ed è stata accolta anche nel D. Lgs. 58/1998.

Nel sistema sanzionatorio delineato dal D. Lgs. 385/1993 la sanzione amministrativa è lo strumento principale attraverso cui l'ordinamento garantisce il rispetto della normativa di vigilanza, mentre la previsione di fattispecie sanzionate penalmente è limitata a poche ipotesi. Tale scelta non risulta in contraddizione con il rango costituzionale del bene del risparmio, la cui tutela è doverosa ex art. 47 cost., essendo infatti opinione pacifica che nel nostro ordinamento il legislatore ha piena discrezionalità nella scelta del tipo di tutela da riservare ai beni indicati dalla carta costituzionale, non esistendo in relazione ad essi un implicito obbligo di porre la sanzione criminale quale unico presidio[358]. Peraltro, la sanzione amministrativa è, al

[358] ZANOBINI G., *Rapporti fra il diritto amministrativo ed il diritto penale*, in *Scritti vari di diritto pubblico*, Giuffré, Milano, 1955, p. 140 e ss; PALAMARA L. – SALEMME A.A., *La depenalizzazione e la ripenalizzazione*, in CAGNAZZO A. (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 734, i quali affermano che "*la Costituzione, come non pone vincoli su precetti e sanzioni, così pure non detta alcuna gerarchia di entità, si da poterne inferire una scala di sanzioni, per il tramite delle quali presidiare siffatte entità. Al riguardo si è usi ricordare che, quantunque la soppressione della vita di un uomo costituisca il fatto più grave che l'ordine penale conosca, a tal punto da punirlo con la sanzione potenzialmente più severa, ossia l'ergastolo, la vita, non solo non è esplicitamente protetta dalla costituzione, ma neppure vi figura menzionata in alcuna delle sue disposizioni. Si osserva che giammai potrebbe dirsi compito della costituzione quello di indicare il catalogo dei beni degni di protezione segnatamente penale*". Per i riferimenti alla discrezionalità del legislatore in merito al potere di stabilire, in relazione ad un determinato contesto storico, misure sanzionatorie di natura amministrativa o penale, vedi ordinanza della Corte Costituzionale del 30 marzo 2001, sent. n. 456 del febbraio 1998, secondo la quale "*non può negarsi che il legislatore delegato potesse scegliere, in base ad un apprezzamento largamente discrezionale, se ricorrere alle sanzioni penali o a quelle amministrative in relazione alle violazioni in oggetto (…) Né va trascurata la considerazione che la repressione penale non costituisce, di per sé, l'unico strumento di tutela di interessi (..), ben potendo risultare altrettanto e perfino più efficaci altri strumenti, anche sanzionatori, specialmente quando si tratti di regolare e di controllare, più che*

pari della sanzione criminale, una "*pena in senso tecnico*" con finalità di prevenzione generale e speciale, che si caratterizza per la particolare effettività ed immediatezza[359]. Inoltre, la scelta di punire le violazioni della normativa di vigilanza con sanzioni amministrative appare coerente con la scelta dell'ordinamento di affidare il funzionamento di determinati settori dell'economia alla regolazione di autorità amministrative indipendenti, la cui attività si esprime attraverso l'esercizio di poteri di regolazione e poteri sanzionatori a questi strumentali[360].

Per quanto attiene al settore bancario, il Tub ha attribuito la potestà di sanzionare gli intermediari vigilati in via esclusiva alla Banca d'Italia, l'autorità di settore, scelta confermata definitivamente con la legge comunitaria n. 62 del 2005 e con la legge n. 262 del 2005. La Banca d'Italia esercita simili poteri anche nel settore dell'intermediazione mobiliare, condividendoli con la Consob, "*secondo le rispettive competenze*", come affermato dall'art. 195 Tuf.

Anche considerando le specificità che caratterizzano le attività della Banca d'Italia, va sin d'ora precisato che alle sanzioni amministrative da essa irrogate si applica la disciplina generale della L. 689/1981[361], come ha confermato l'art. 24 L. 262/2005 che, dettando disposizioni applicabili ai procedimenti sanzionatori delle

---

condotte individuali - le uniche assoggettabili a pena, in forza del principio di personalità della responsabilità penale – l'attività d'impresa"; sent. n. 266 del 21 luglio 1983, n. 147 del 3 dicembre 1969.

[359] Per la prima definizione di sanzione amministrativa come "*pensa in senso tecnico*", v. ZANOBINI G., *Le sanzioni amministrative*, F.lli Bocca Editore, Torino, 1924. Per l'elaborazione della nozione di sanzione amministrativa, v. Parte 2, capitolo 1, par. 7 e ss.

[360] Per un'analisi del rapporto di strumentalità fra poteri sanzionatori e poteri di regolazione delle autorità indipendenti, v. CECI IAPICHINO S., *Le sanzioni amministrative*, in GALANTI E. (a cura di), *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, Cedam, Padova, 2008, p. 1431; DE BELLIS M., *La regolazione dei mercati finanziari*, Giuffré, Milano, 2012; MATTARELLA B. G., *Le sanzioni amministrative nel nuovo ordinamento bancario*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1996; TITOMANLIO R., *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria*, Giuffré, Milano, 2007; VALENTINI S., *Diritto e istituti della regolazione*, Giuffré, Milano, 2005.

[361] In ordine all'applicabilità in via generale della L. 689/1981 alle sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia , in materia finanziaria, vedi Corte di Cassazione, sezioni unite, sent n. 9730 del 21 maggio 2004, secondo cui l'esercizio della potestà sanzionatoria "*deve avvenire sulla base dei criteri e delle regole procedurali fissati dalla legge 24 novembre 1981, numero 689*" . Ad avviso della Suprema Corte "*le sanzioni amministrative per la violazione di norme in tema di intermediazione finanziaria possono essere irrogate solo nei casi tassativamente previsti dalla legge. Gli artt. 188-195, d.lgs. 58/98 (…) sono quindi espressione dello stesso principio stabilito in via generale dall'art. 1, legge 24 novembre 1981, n. 689, alla quale del resto tali disposizioni fanno, implicito (ma non per questo meno certo) richiamo dichiarando inapplicabile l'art. 16 in tema di pagamento in misura ridotta (artt. 188 e 190, d.lgs. 58/98): tale precisazione non avrebbe, infatti, alcuna giustificazione se l'intera legge 689/81 dovesse essere ritenuta nella specie inapplicabile (Cass., sez. un., 11 luglio 2001, n. 9383; 11 febbraio 2003, n. 1992). L'applicabilità, nella specie, di quest'ultima legge rende poi certo che la concreta applicazione delle sanzioni deve avvenire sulla base di criteri (art. 11, legge 689/81) e secondo regole procedurali (artt. 13, 14, 18, 19, legge ult. cit.) che escludono la possibilità di valutazioni discrezionali*".

autorità di vigilanza, ha escluso l'applicabilità della L. 689/1981, solo in riferimento alle disposizioni sul pagamento in misura ridotta ex art. 16. Dunque, nella materia bancaria e finanziaria la disciplina generale della L. 689/1981 è integrata da quella del Tub e del Tuf, rispetto alla quale essa si pone in rapporto di genere a specie.

Nel prosieguo del lavoro si cercherà di descrivere la disciplina delle sanzioni amministrative previste per la violazione degli obblighi e dei divieti imposti dalla disciplina del settore bancario e finanziario e di metterne in risalto i tratti distintivi e i profili evolutivi. In particolare si ricostruirà la disciplina della struttura dell'illecito amministrativo, della sanzione amministrativa e del procedimento che porta alla sua irrogazione in materia, coordinando le disposizioni generali della L. 689/1981 e quelle speciali stabilite dal Tub e dal Tuf, dopo averne descritto il rapporto di strumentalità rispetto all'attività di regolazione svolta dall'autorità di settore.

capitolo 1. Profili funzionali delle sanzioni amministrative nell'ordinamento bancario e finanziario

1. Poteri di regolazione e poteri sanzionatori

Una condizione essenziale perché lo svolgimento della funzione di vigilanza sul mercato bancario e finanziario sia efficace è la predisposizione di un adeguato impianto sanzionatorio applicabile da parte delle autorità di settore[362].

L'ordinamento ha attribuito alla Banca d'Italia il potere di determinare e specificare le regole applicabili al settore bancario e finanziario (vigilanza regolamentare)[363], in vista del perseguimento delle finalità che la legge affida alla sua cura. A presidio dell'effettività e dell'efficacia della regolazione così predisposta, l'Autorità di settore è anche titolare del potere di accertare, attraverso un'attività di

[362] BANI E., *Il potere sanzionatorio delle autorità indipendenti*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 160 e ss.; MATTARELLA B. G., *Le sanzioni amministrative nel nuovo ordinamento bancario*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1996; TITOMANLIO R., *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria*, Giuffré, Milano, 2007; VALENTINI S., *Diritto e istituti della regolazione*, Giuffré, Milano, p. 53. Più in generale, v. POTOTSCHNIG U., *Presentazione del tema del convegno*, in *Le sanzioni amministrative. Atti del 26º convegno di studi di scienza dell'amministrazione di Varenna*, Milano, 1982, p. 29, il quale affermava che bisogna "*tenere presente che le sanzioni sono sempre meno un episodio isolato e a se stante nei rapporti tra cittadine potere pubblico, ma costituiscono sempre più un elemento di disciplina più ampia e complessa, nella quale vanno a compattarsi e nella quale soltanto possono trovare un loro significato e un loro ruolo*".

[363] V. art. 53 Tub e art. 6 Tuf.

controllo cartolare[364] ed ispettiva[365], il verificarsi dei comportamenti posti in essere in violazione della disciplina di riferimento e, in caso di accertamento con esito positivo, di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie[366].

Il potere sanzionatorio che si intende analizzare è dunque un momento che si pone a valle di una complessa attività che prende avvio con la determinazione e con la specificazione delle regole applicabili al settore bancario e finanziario (vigilanza regolamentare), prosegue con l'esplicazione di funzioni di controllo dirette ad accertare il verificarsi di comportamenti vietati (vigilanza informativa e ispettiva), e con l'eventuale irrogazione delle sanzioni stabilite dalla legge in relazione alle specifiche fattispecie[367].

Dunque, da un lato, considerando che il legislatore non ha tipizzato la maggior parte degli illeciti sanzionabili ex art. 144 Tub ma ne ha rimesso sostanzialmente la determinazione alla regolazione della Banca d'Italia, va osservato che la regolazione dell'autorità di settore contribuisce in maniera determinante a definire le fattispecie sanzionatorie, integrando in modo estremamente pervasivo il diritto bancario e finanziario di rango primario. Da un altro lato, il potere sanzionatorio dell'autorità di vigilanza, operando in funzione di reazione a specifiche violazioni di disposizioni di legge o regolamentari da parte dei soggetti sottoposti a controllo, è funzionale proprio a rendere effettiva ed efficace l'implementazione della regolazione.

Queste considerazioni spiegano perché l'analisi del potere sanzionatorio esercitato dalle autorità creditizie, oltre a non poter perdere di vista le peculiarità soggettive che caratterizzano queste ultime, presuppone un'adeguata consapevolezza circa lo stretto collegamento esistente tra il potere sanzionatorio e gli altri poteri di vigilanza di cui sono titolari le medesime autorità[368].

---

[364] Art. 51 Tub e 8 Tuf

[365] Art. 54 Tub e 10 Tuf

[366] Titolo VIII D. Lgs. 353/1993 e parte V D. Lgs. 58/1998

[367] Sottolinea lo stretto collegamento tra poteri sanzionatori e poteri normativi della Banca d'Italia, in particolare, MATTARELLA B. G., *Le sanzioni amministrative nel nuovo ordinamento bancario*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1996, p. 697. L'autore ricava tale convinzione dalla considerazione che, nella maggioranza dei casi, la violazione delle norme sanzionate "*non può che concretarsi nella violazione delle norme secondarie o dei provvedimenti: ciò che è chiarito dallo stesso art. 144, che commina la sanzione anche per la violazione delle <<relative disposizioni generali o particolari impartite dalle autorità creditizie>>*".

[368] BANI E., *Il potere sanzionatorio delle autorità indipendenti*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 160 e ss.; MATTARELLA B. G., *Le sanzioni amministrative nel nuovo ordinamento bancario*, in *Riv. Trim. dir.*

Per questo si procederà ad esaminare in che modo le funzioni di regolazione e di controllo attribuite alle autorità di settore condizionino l'esercizio dei poteri sanzionatori da queste esercitati, mettendo in luce in che modo il loro ampio potere regolamentare, completando la disciplina di rango primario, definisce le fattispecie la cui violazione costituisce il presupposto per l'esercizio dei poteri sanzionatori da parte delle autorità competenti, in modo tale che la potestà sanzionatoria delle autorità di settore costituisce il diretto corollario dell'attività di regolazione da queste svolta.

2. La regolazione, l'ordine giuridico del mercato e il settore finanziario

Anche se il nostro ordinamento giuridico ha optato per l'organizzazione dei mercati secondo una struttura concorrenziale, è un dato acquisito quello secondo cui il mantenimento di siffatta struttura non è garantito dal solo sforzo di autoregolazione proveniente dagli attori di mercato. L'intervento pubblico nell'economia, attraverso l'introduzione di regole e di autorità preposte per la loro applicazione, appare proprio necessario a garantire il corretto funzionamento delle dinamiche concorrenziali[369].

Nell'ambito dei sistemi giuridici europei, l'insegnamento della scuola di Friburgo ha sottolineato l'importanza dell'intervento statale proprio in funzione di protezione dell'esplicazione della concorrenza, in un'ottica tanto scettica rispetto all'intervento salvifico della "*mano invisibile*", quanto decisamente contraria ad ogni forma di dirigismo[370].

Secondo tale concezione, il diritto serve a eliminare le incertezze e a creare le condizioni perché i singoli individui perseguano i propri fini, non a garantire in via diretta il raggiungimento di questi. Riconoscendo, come momento fondativo di una società che risponde ai principi liberali, la possibilità di una piena esplicazione della libertà dei singoli individui, l'intervento delle norme giuridiche costituisce un

---

pubbl., 1996; TITOMANLIO R., *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria*, Giuffré, Milano, 2007; VALENTINI S., *Diritto e istituti della regolazione*, Giuffré, Milano, p. 53.

[369] Cfr. AMATO G., *Il mercato nella costituzione*, in *Quad. Cost.*, 1992, 12; MENGONI L., *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1997, p. 1 e ss.; IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 2004; GALGANO F., *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 189 e ss..

[370] Per ampi riferimenti agli autori della Scuola di Friburgo, v. FELICE F., *L'economia sociale di mercato*, Rubettino, Catanzaro, 2008, in cui ci sono numerosi rimandi alle opere di Walter Eucken, Alexander Rüstov e Wilhelm Röpke e di giuristi come Hans Grossman-Dörth e Franz Böhm. questi ultimi condirettori insieme ad Eucken della rivista "*Ordo*".

presupposto imprescindibile per garantire la libertà di tutti, in funzione organizzatrice e uniformemente limitatrice. Ne discende che, pur aderendo ad una concezione liberale della società e dell'economia, occorre riconoscere il ruolo dello Stato e della politica come essenziale in funzione di garanzia per le opportunità dei singoli e di protezione dagli abusi posti in essere da taluni attori del mercato. Di qui l'emanazione della disciplina *antitrust* comunitaria e nazionale, e l'istituzione di una specifica autorità amministrativa preposta alla sua applicazione[371].

I descritti principi di libera concorrenza, pur svolgendo un fondamentale ruolo di substrato comune alla disciplina dell'intervento pubblico nell'economia, non sono tuttavia sufficienti ad esaurire la disciplina organica relativa ai mercati di alcuni specifici beni. In particolare, essi non sono sufficienti ad esaurire la disciplina del mercato bancario e finanziario, che promana non solo dai principi concorrenziali di origine comunitaria, ma anche dalla tutela del risparmio doverosa ex art. 47 cost.[372].

Se è indubitabile che il diritto dell'Unione Europea, pur non prendendo in considerazione nei Trattati istitutivi in modo espresso la tutela del risparmio, ha previsto l'adeguamento della struttura di tutto il mercato interno ai principi concorrenziali, riferibili quindi anche al settore bancario e finanziario[373], va anche sottolineato, come già illustrato nei capitoli precedenti, che la materia del credito e del risparmio è

---

[371] La letteratura in materia di diritto *antitrust* è vastissima. *Ex multis*, v. ASCARELLI T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960; DENOZZA F., *Antitrust - Leggi antimonopolistiche e tutela dei consumatori nella CEE e negli USA*, Il Mulino, Bologna, 1988; LIBERTINI M., *Principi e concetti fondamentali del diritto antitrust*, in AA.VV., *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, III, Milano, 2007; ID., *Concorrenza*, in *Enc. Dir.* (Annali III), Milano, 2010; DONATIVI V., *Introduzione della disciplina antitrust nel sistema legislativo italiano. Le premesse*, Giuffrè, 1990; FERRI G., *Concorrenza*, *Enc. Dir.*, VIII, Milano, 1961; FRIGNANI A., PARDOLESI R., PATRONI GRIFFI A. e UBERTAZZI L.C., *Diritto antitrust italiano*, Zanichelli, Bologna, 1993; GHIDINI, G., *Monopolio e concorrenza*, *Enc. Dir.*, XXVI, Milano, 1976; IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 2004; ZOPPINI A., *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in AA.VV., *Contratto e antitrust*, a cura di Olivieri G. e Zoppini A., Bari, 2008.

[372] COSTI R., *L'ordinamento bancario*, Il mulino, Bologna, 2012, p. 229 e ss.; GUIZZI F., *La tutela del risparmio nella costituzione*, in *Il Filangieri*, Giuffré, 2005, p.171 e ss.; BARONCELLI S., *Commento all'art. 47*, in BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M., *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006; MERUSI F., *Commento all'art. 47 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Branca, Zanichelli, Bologna – Roma, 1980; ZATTI F., *La dimensione costituzionale della tutela del risparmio. Dalla tutela del risparmio alla protezione dei risparmiatori/investitori e ritorno?*, in *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, Jovene, 2010; ZITO A., voce *Risparmio (tutela del)*, in CHITI M.P. – GRECO G., *Trattato di diritto amministrativo europeo*, vol. III, Giuffré, Milano, 2007. V. inoltre i riferimenti indicati nella parte I, cap. I, par. 2 e ss..

[373] Ciò vale ancora di più dopo l'emanazione del nuovo art. 117 cost., novellato con la riforma costituzionale del 2001, che ha imposto il necessario rispetto del diritto comunitario da parte del legislatore nazionale e regionale, e ha previsto espressamente la tutela della concorrenza tra le attribuzioni legislative riservate in via esclusiva allo Stato.

disciplinata anche ad altre disposizioni costituzionali, che si riferiscono specificamente alle attività economiche. In particolare, vengono in considerazione l'art. 41 comma 3 cost., in base al quale "*la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali*" e soprattutto l'art. 47 cost., che individua il fine sociale che deve essere perseguito attraverso la disciplina del mercato bancario e finanziario nella tutela del risparmio. Al riguardo, autorevole dottrina ha chiarito che tale tutela è da intendersi sia in senso soggettivo, come salvaguardia degli interessi dei risparmiatori, i quali meritano attenzione e protezione giuridica da parte dei pubblici poteri, sia in senso oggettivo, come tutela del flusso di risorse poste a disposizione dell'intero sistema economico e dei processi produttivi[374].

Il dovere di consentire lo svolgersi dell'attività bancaria e finanziaria secondo regole concorrenziali, preservando al contempo il correlato valore del risparmio, impone la determinazione di una disciplina che non solo favorisca il libero scambio di prodotti bancari e finanziari ma anche garantisca la solvibilità degli intermediari ed assicuri la trasparenza e la correttezza nello svolgimento delle negoziazioni, permettendo a ciascuno degli attori del mercato di operare effettuando scelte consapevoli. La ragione di fondo di tale modello sta nel convincimento che il mercato e la libertà imprenditoriale, pur essendo presupposti indispensabili per rendere efficiente l'esercizio delle attività economiche, non sono capaci da soli a garantire la liquidità e la stabilità del sistema bancario e finanziario[375].

Con riferimento al settore bancario, tali esigenze sono affrontate in maniera particolarmente rigorosa, alla luce delle specificità di tale settore. Le caratteristiche della raccolta bancaria, in cui le banche si obbligano incondizionatamente a restituire ai risparmiatori le somme prestate; le caratteristiche degli impieghi delle banche, consistenti per lo più in prestiti, ovvero in attività difficilmente negoziabili sul mercato; la circostanza che la moneta circolante, nel nostro ordinamento, rappresenta le passività

---

[374] NIGRO M., *Profili pubblicistici del credito*, Giuffré, Milano, 1972, p. 34 e ss.; ZITO A., voce *Risparmio (tutela del)*, in CHITI M.P. – GRECO G., *Trattato di diritto amministrativo europeo*, vol. III, Giuffré, Milano, 2007, p. 1730, secondo cui "*il risparmio si configura come una tipologia ben definita di risorsa su cui l'intrapresa economica fa affidamento per potere avviare e realizzare il ciclo produttivo; e allo stesso modo per il risparmiatore si configura come modalità di accrescimento delle proprie risorse prodotte e non consumate*".

[375] MATTARELLA B. G., *Le sanzioni amministrative nel nuovo ordinamento bancario*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1996, p. 689 e ss..

delle banche; tutti questi elementi giustificano l'esistenza di una disciplina speciale caratterizzata da controlli di particolare intensità diretti a salvaguardare la fiducia nella solvibilità e nella liquidità delle banche, in misura maggiore rispetto a quanto l'ordinamento non abbia scelto di fare per gli intermediari che non si obbligano a restituire incondizionatamente la raccolta o i cui impieghi hanno maggiore negoziabilità o che non emettono passività utilizzabili come mezzi di pagamento[376].

La scelta del legislatore è consistita dunque in un contemperamento tra interessi: il sacrificio della libertà individuale nell'esplicazione delle dinamiche concorrenziali ha trovato una sua compensazione nella protezione che l'intervento autoritativo garantisce a interessi parimenti meritevoli di tutela.

3. I caratteri della funzione di regolazione

L'attività amministrativa attraverso la quale i pubblici poteri intervengono nell'economia viene attualmente indicata col termine generico di regolazione. In tale nozione rientrerebbero quelle misure che, nel presupporre la spontaneità dei processi economici, tendono ad orientarli nello svolgimento dall'esterno e indirettamente, nel perseguimento di interessi di carattere generale[377].

Autorevole dottrina ha individuato i tratti caratterizzanti della regolazione in primo luogo nel fatto che essa è affidata ad autorità amministrative indipendenti, con specifiche competenze tecniche nel settore di riferimento, separate rispetto al governo-amministrazione e attributarie di un'unica finalità determinata dalla legge, non dovendo operare la tradizionale comparazione tra interessi pubblici primari e secondari che contraddistingue l'attività delle tradizionali amministrazioni pubbliche[378]. In secondo

[376] COSTI R., *L'ordinamento bancario*, Il mulino, Bologna, 2012, p. 244 e ss.

[377] Indica l'opportunità di distinguere tra regolazione e pianificazione RAMAJOLI M., *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 Cost.*, in *Dir. Amm.*, 1, p. 121 e ss.. Lo scritto citato analizza numerose pronunce in cui la Corte Costituzionale ha giudicato della legittimità di disposizioni di legge per violazione dell'art. 41 Cost. , rilevando come "*è mancata da parte della Corte qualsiasi sottolineatura della differenza (…) tra la politica di concorrenza, imperniata su regole generali finalizzate a proteggere l'intrinseco valore del processo della competizione economica", e la politica industriale (…) diretta al perseguimento di fini che trovano la propria origine nel processo politico e non nella logica intrinseca di quello economico*".

[378] CASSESE S., *Dalle regole del gioco al gioco delle regole*, in *Mercato, concorrenza e regole*, n. 2 del 2002, p. 265 e ss. La bibliografia in materia di autorità amministrative indipendenti è molto vasta. *Ex multis*, v. CAIANIELLO V., *Le Autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro amm.*, 1997, p. 234 e ss.; CHIEPPA R. – PAOLO CIRILLO G., *Le Autorità amministrative indipendenti*, in

luogo, elemento caratterizzante della regolazione sarebbe la tipologia delle previsioni regolatorie, le quali sarebbero di carattere condizionale e non direttivo[379]. Esse cioè non prescriverebbero comportamenti in vista del perseguimento di un determinato fine pubblico, ma si limiterebbero a far discendere conseguenze predeterminate al verificarsi di date condizioni. Inoltre, tali previsioni regolatorie interverrebbero su rapporti trilaterali e non bilaterali, "*nel senso che lo svolgimento dell'attività economica viene sottoposto a condizioni, il rispetto delle quali consente di compiere determinate operazioni, mentre l'attività resta in larga misura libera di indirizzarsi secondo le convenienze dell'imprenditore privato*"[380]. In terzo luogo, l'attività di regolazione è assoggettata al principio del giusto procedimento, con tutti i suoi corollari in termini di pubblicità, partecipazione, motivazione, ed è soggetta al sindacato da parte degli organi giurisdizionali[381].

In tale schema, l'amministrazione non interverrebbe in una prospettiva di scelta o composizione di vari interessi, ma opererebbe al fine di garantire che, attraverso il rispetto delle regole da parte di tutti gli attori del mercato, ciascuna situazione soggettiva trovi la propria soddisfazione. In una simile ricostruzione l'interesse pubblico rimane sullo sfondo, non guida l'operare dell'autorità, ma rappresenta il risultato mediato del raggiungimento dell'equilibrio tra interessi privati, convergenti o contrapposti, al quale si perviene attraverso il controllo sulle attività svolte, garantendone l'esercizio e verificandone il rispetto del parametro di legittimità nei singoli casi concreti. In base ad una simile ricostruzione, l'autorità pubblica non esercita poteri amministrativi discrezionali e addirittura opera in una situazione di neutralità e di

---

SANTANIELLO G. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 2010; CLARICH M, *Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello*, Il mulino, Bologna, 2005; CUNIBERTI M., *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Giuffré, Milano, 2007; D'ALBERTI M., voce *Autorità amministrative indipendenti (dir.amm.)*, in *Enc. Giur. Trecc.*, vol. IV, Roma, Aggiorn. 1995; MANETTI M., *Poteri neutrali e Costituzione*, Giuffré, Milano, 1994; ID., voce *Autorità indipendenti (dir.costituzionale)*, in *Enc. Giur. Trecc.*, vol. IV, Roma, 1997; MORBIDELLI G., *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2001, 165; SCOGNAMIGLIO A., *Autorità indipendenti: principio di collaborazione tra Autorità e segreto d'ufficio nella vigilanza tra intermediari finanziari (art.* 30, *d.lgs. n.* 415/96), in *Dir. Amm.*, n. 3/1997.

[379] CASSESE S., *Dalle regole del gioco al gioco delle regole*, in *Mercato, concorrenza e regole*, n. 2 del 2002, p. 265 e ss., secondo cui "*normalmente, la regolazione è condizionale. Essa è, infatti, retta dal principio <<if…what…>>, perché consiste di prescrizioni non direttive, ma ipotetiche, dal verificarsi delle quali le norme o la regolazione stessa fa discendere conseguenze che sono predeterminate*".

[380] TORCHIA L., *Il controllo pubblico della finanza privata*, Cedam, Padova, 1992.

[381] CASSESE S., *Dalle regole del gioco al gioco delle regole*, in *Mercato, concorrenza e regole*, n. 2 del 2002, p. 265 e ss.

terzietà, non avendo un fine predeterminato da perseguire e rimanendo estranea agli interessi oggetto di regolazione[382].

Tuttavia una simile impostazione non sembra condivisibile, per lo meno in riferimento alle attività di vigilanza svolta dalle autorità creditizie[383].

Va innanzitutto criticato l'assunto in base al quale le autorità creditizie, nell'esercitare le proprie funzioni, si limiterebbero a perseguire il mero obiettivo di creare le condizioni giuridiche affinché si incontrino le volontà negoziali degli operatori del mercato bancario e finanziario in una situazione di parità di armi, senza essere portatrici di pubblici interessi[384]. Inoltre, va criticato l'assunto in base al quale le scelte regolatorie delle autorità sarebbero universalmente caratterizzate da una struttura condizionale, poiché invece la regolazione di vigilanza trascende dalla mera determinazione delle condizioni per lo svolgimento delle dinamiche concorrenziali all'interno del mercato finanziario[385].

Con riferimento al primo profilo, va osservato che l'art. 5 Tub individua esplicitamente le finalità della vigilanza delle autorità creditizie, affermando che queste devono avere riguardo "*alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario nonché all'osservanza delle disposizioni in materia creditizia*". E' vero che tali finalità sarebbero di per sé compatibili rispetto ad un disegno ricostruttivo che inquadri le autorità creditizie in posizione di neutralità rispetto agli interessi privati che si confrontano nel mercato bancario e finanziario, trattandosi di finalità inerenti agli attori e alla funzionalità del mercato stesso, secondo una prospettiva tutta interna ad esso, come un dato preesistente che consente il corretto funzionamento del mercato secondo meccanismi concorrenziali.

---

[382] TORCHIA L., *Il controllo pubblico della finanza privata*, Cedam, Padova, 1992

[383] Per una critica, in via generale, del carattere neutrale di qualsiasi regolazione V. SCHMITT C., *Das Problem der innerpolitischen Neutralitaat der States, in Verfassungrechtlichte Aufsatze, Berlin*, 1958; Id., *Il custode della Costituzione* (1931), trad. it. Milano, 1981, 149 e ss.. Le posizioni assunte dal celebre giurista tedesco sono state parzialmente riprese da MANETTI M., *Poteri neutrali e Costituzione*, Giuffré, Milano, 1994.

[384] COSTI R., *L'ordinamento bancario*, Il Mulino, Bologna, 2012; MATTARELLA B. G., *Le sanzioni amministrative nel nuovo ordinamento bancario*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1996, p. 688 e ss..

[385] AMOROSINO S., *L'amministrativizzazione del diritto delle imprese*, in *Dir. Amm.*, 2011, vol. 3, p. 607 e ss.. Ad avviso di tale autore, "*Se (..) è da ritenersi incompatibile con la costituzione economica europea la riproposizione di programmazioni imperative e di un potere di direzione amministrativa delle scelte imprenditoriali, è subito da aggiungere che le regolazioni (…) prevedono numerose fattispecie di conformazione imperativa, anche molto incisiva delle imprese*".

Tuttavia appare preferibile interpretare l'art. 5 Tub in chiave diversa. Quelli indicati dall'art. 5 sono gli interessi pubblici che le autorità creditizie devono perseguire attraverso l'esplicazione della funzione di vigilanza, obiettivi che peraltro non sono fini a se stessi, bensì sono strumentali alla preservazione della solvibilità ed in ultima analisi della fiducia nel sistema finanziario, pilastro fondante per la crescita economica del paese. La tutela costituzionale del risparmio ai sensi dell'art. 47 Cost., sia in senso soggettivo, come tutela dei risparmiatori, sia in senso oggettivo, come tutela dell'insieme dinamico delle risorse poste a disposizione dell'intero sistema economico, è indice dell'incontrovertibile rilevanza pubblica del risparmio, quale motore e strumento di crescita per l'intera economia del paese[386].

In altri termini, le decisioni regolatorie delle autorità creditizie dirette a perseguire quello che è l'interesse pubblico alla tutela della stabilità complessiva, dell'efficienza e della competitività del sistema finanziario italiano, presupposto per la crescita del sistema economico. Ciò vale anche se il perseguimento di questa finalità deve avvenire, in ossequio ai principi di concorrenza e di libero mercato di derivazione europea non attraverso un'attività amministrativa programmatoria di tipo dirigistico, bensì attraverso un'attività autoritativa di regolazione e di controllo, esterna rispetto alle dinamiche dei soggetti economici privati, che devono svolgersi in un mercato a struttura concorrenziale.

Gli episodi della recente crisi finanziaria hanno dimostrato come le scelte delle autorità di vigilanza, più che guidate da valutazioni tecniche di carattere neutrale, sono state in realtà spesso suggerite da una visione più ampia della vigilanza sul mercato bancario e finanziario, condizionata dalla necessità di preservare il valore del mercato stesso, eventualmente sacrificando gli interessi degli operatori. Da un lato, la Commissione Europea ha autorizzato interventi statali di ricapitalizzazione degli intermediari in maggiore difficoltà, ritenendo che tali interventi fossero aiuti di stato

[386] BARONCELLI S., *Commento all'art. 47,* in BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M., *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006; COSTI R., *L'ordinamento bancario*, Il Mulino, Bologna, 2012; GIANNINI M.S., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977; MATTARELLA B. G., *Le sanzioni amministrative nel nuovo ordinamento bancario*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1996, p. 691; MERUSI F., *Commento all'art. 47 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Branca, Bologna – Roma, 1980, p. 153 e ss..; MERUSI F., *Commento all'art. 2* in CAPRIGLIONE F., *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Cedam, Padova, 2012; NIGRO M., *Profili pubblicistici del credito*, Giuffré, Milano, 1969; ORTINO S., *Banca d'Italia e Costituzione*, Pisa, 1979; SPAGNUOLO VIGORITA V., *Principi costituzionali della disciplina del credito*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1962, 348.

autorizzabili in quanto "*necessari a preservare la stabilità del sistema finanziario*" ex art. 107 comma 3 TFUE[387]. Da un altro lato, le autorità di vigilanza nazionali si sono trovate in molti casi nella situazione di dover ricercare un punto di equilibrio tra l'interesse degli investitori e quello di garantire la stabilità degli intermediari, e quindi del mercato nel suo complesso. Ciò è avvenuto ad esempio attraverso talune scelte adottate nell'ambito delle procedure amministrative di gestione di crisi bancarie, culminate in alcune ipotesi nella decisione, senza preavviso, di bloccare i conti correnti dei depositanti per un prolungato periodo di tempo[388]. Oppure ciò è accaduto attraverso il rallentamento del flusso informativo sulla situazione degli intermediari, giustificato dall'opportunità di evitare il diffondersi del panico tra gli investitori, per evitare in ultima analisi che la momentanea carenza di liquidità in capo ad un intermediario si riverberasse in una crisi di solvibilità dello stesso con gli inevitabili effetti a catena che ciò avrebbe comportato in seno all'intero mercato[389].

Simili considerazioni consentono di affrontare con maggiore consapevolezza anche la questione relativa alla struttura della regolazione di vigilanza. Al riguardo si osserva che, se è incompatibile con la costituzione economica europea la programmazione amministrativa delle scelte imprenditoriali, è altrettanto vero che la regolazione amministrativa del mercato bancario e finanziario predisposta dalle autorità

---

[387] Esemplificativi a tale riguardo sono stati i ripetuti interventi di ricapitalizzazione che il Governo italiano ha attuato nei confronti della banca Monte dei Paschi di Siena spa. Tali interventi si sono concretizzati in prima battuta, nel 2009, nell'acquisto da parte del Ministero dell'Economia e delle Finanze di 3,9 mld di cd Tremonti-*bonds* emessi dalla banca senese. Tale operazione è stata giudicata dalla Commissione europea "*in linea con la comunicazione della Commissione sulle norme in materia di aiuti di stato alle banche nel contesto della crisi finanziaria*". In un secondo momento, nel dicembre 2012, il Ministero dell'Economia e delle Finanze ha acquistato altri 3,9 mld di titoli emessi dalla banca, i cd. Monti-*bonds*, per consentire all'istituto senese di conformarsi alle raccomandazioni EBA che hanno richiesto agli istituti di credito di costituire riserve di capitale primario maggiori rispetto a quelle precedentemente richieste (CT1 al 9%), per contrastare l'esposizione al rischio sovrano. Anche tale operazione è stata approvata dalla Commissione Europea, nonostante questa ne abbia condizionato l'approvazione definitiva "*alla presentazione a Bruxelles di un piano di riassetto entro 6 mesi*". V. Commissione UE, decisione del caso SA35137/12.

[388] Si richiama in via esemplificativa la vicenda della Banca Network investimenti spa che, nata da una costola della Banca Popolare di Lodi, nel novembre 2011 è entrata in una procedura di amministrazione straordinaria, decisione presa dalla Banca d'Italia nell'interesse dei depositanti al fine di accertare la situazione aziendale e di avviare soluzioni nell'interesse degli stessi. Avevano rapporti con la banca circa 28.000 risparmiatori, 300 promotori finanziari, per masse gestite pari a 2 miliardi di euro. I commissari straordinari nominati dall'autorità di vigilanza hanno disposto nel maggio 2012, senza preavviso, il blocco dei conti correnti dei depositanti, con un comunicato in cui è stato spiegato che la misura è stata ritenuta necessaria "*per fronteggiare la grave situazione di difficoltà*". Il blocco dei conti è stato revocato solo a fine agosto 2012 e, il 16 luglio 2012, la banca è entrata in liquidazione coatta amministrativa.

[389] V. LINCIANO N., *La crisi dei mutui subprime. Problemi di trasparenza e opzioni di intervento per le Autorità di vigilanza*, in *Consob, Quaderni di Finanza*, n. 62 del 2008.

di settore prevede numerose fattispecie di conformazione delle scelte imprenditoriali delle imprese, dal momento che l'ordinamento attribuisce alle autorità emananti la cura dell'interesse pubblico alla stabilità e alla liquidità dell'impresa bancaria[390]. Si pensi alle regole che riguardano l'accesso al mercato; alla disciplina conformativa generale dell'autonomia organizzativa delle imprese bancarie contenuta nelle "*Istruzioni di vigilanza sul governo societario delle banche*"[391]; al potere correttivo in caso di disfunzioni accertate a livello ispettivo, attraverso cui l'OdV indirizza le imprese verso certi comportamenti imprenditoriali; alle regole che riguardano lo svolgimento dell'attività di impresa limitando la libertà contrattuale[392], attraverso la predisposizione di modelli e di specifici contenuti di clausole contrattuali, fino a giungere alla predeterminazione dell'autonomia contenziosa, come nel caso dell'obbligo per gli intermediari di adesione al meccanismo di risoluzione stragiudiziale delle controversie costituito dall'Arbitro Bancario e Finanziario[393]. In conclusione, le regolazioni stabilite dalle autorità di vigilanza possono avere una struttura sia imperativa che condizionale; inoltre, esse possono avere molto spesso effetti conformativi, poiché per il loro tramite l'OdV può indirizzare l'attività dei soggetti vigilati verso la soddisfazione di quegli interessi attribuiti alla sua cura dalla legge[394].

---

[390] AMOROSINO S., *L'amministrativizzazione del diritto delle imprese*, in *Dir. Amm.*, 2011, vol. 3, p. 607 e ss..

[391] V. Titolo VI del D. Lgs. 385/1993 e Provv. Della Banca d'Italia del 4 marzo 2008, *Disposizioni di vigilanza in materia di organizzazione e governo societario delle banche*.

[392] Provv. Della Banca d'Italia del 29 luglio 2009, *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari; correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*.

[393] Il processo che ha portato all'introduzione dell'ABF è iniziato con la L. 262/2005 che, modificando il D. Lgs. 385/1993, ha introdotto l'art. 128-bis, in base al quale dispone che gli intermediari operanti in Italia "*aderiscono a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela*" e che "*con deliberazione del CICR, su proposta della Banca d'Italia, sono determinati i criteri di svolgimento delle procedure di risoluzione delle controversie e di composizione dell'organo decidente, in modo che risulti assicurata l'imparzialità dello stesso e la rappresentatività dei soggetti interessati. Le procedure devono in ogni caso assicurare la rapidità, l'economicità della soluzione delle controversie e l'effettività della tutela*". In attuazione di tale disposizione, il Cicr ha emanato la delibera n. 275 del 29 luglio 2008 che, seguita dal provvedimento della Banca d'Italia del 18 giugno 2009 – *Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari*, ha stabilito la disciplina di tale sistema stragiudiziale di risoluzione delle controversie. Tale disciplina è stata in seguito aggiornata con i provvedimenti della Banca d'Italia del 12 dicembre 2011 e del 13 novembre 2012.

[394] AMOROSINO S., *L'amministrativizzazione del diritto delle imprese*, in *Dir. Amm.*, 2011, vol. 3, p. 607 e ss..

4. Il ruolo delle Autorità di vigilanza

Attraverso l'attribuzione alle autorità creditizie della funzione regolatoria e di controllo, l'ordinamento ha inteso predisporre uno strumento volto a dare maggiore compiutezza ad un diritto che, in considerazione della complessità e del continuo divenire della materia di disciplina, si palesa inevitabilmente incompleto[395]. Solo delle autorità amministrative infatti sono in grado di agire sia *ex ante* attraverso un'attività di produzione e integrazione del diritto di rango primario, sia *ex post* attraverso l'esercizio dei propri poteri di controllo e sanzionatori e mediante l'eventuale attivazione di un procedimento giurisdizionale.

In primo luogo, la costruzione di un sistema normativo capace di far coesistere una legislazione primaria di cornice e una disciplina secondaria di dettaglio derivante dall'intervento di autorità dotate di adeguata competenza tecnica in materia appare preferibile rispetto ad un modello alternativo, nel quale una legislazione di carattere generale rinvia alla risposta sanzionatoria amministrativa e alla tutela giurisdizionale la reazione ad eventuali comportamenti illeciti o illegittimi[396].

Ciò per due ordini di ragioni. Tale modello consente una più agevole ed adeguata evoluzione del diritto rispetto alla realtà, attraverso gli strumenti normativi della regolazione, supportati dalla competenza tecnica di cui l'autorità dispone. In secondo luogo tale scelta garantisce l'esigenza di certezza del quadro normativo di un settore, quale è quello del mercato finanziario, in cui è un valore irrinunciabile la chiarezza e la certezza circa le conseguenze giuridiche dei singoli comportamenti posti in essere dagli operatori.

A questo punto sembra opportuno individuare gli strumenti attraverso cui si esplica la potestà regolatoria delle autorità creditizie, cercando di comprendere se siano ad essa riconducibili sia atti a contenuto particolare sia atti a contenuto generale.

Secondo una prospettiva di ampio respiro, potrebbe essere ricondotta ad una nozione di regolazione in senso lato tutta una serie di atti dotati di efficacia diretta limitata a specifici destinatari, muovendo dalla considerazione che l'atto regolatorio

[395] MANGONI W. T., *Il potere sanzionatorio della Consob. Poteri procedimentali e strumentalità rispetto alla funzione regolatoria*, Giuffré, Milano, 2012, p. 65 e ss..
[396] MANGONI W. T., *Il potere sanzionatorio della Consob. Poteri procedimentali e strumentalità rispetto alla funzione regolatoria*, Giuffré, Milano, 2012, p. 68.

produce un effetto di sostituzione sul mercato, facendone discendere l'indifferenza circa l'astrattezza o la particolarità dell'atto medesimo[397].

Secondo un'altra impostazione invece, individuando nella regolazione del mercato bancario finanziario essenzialmente una funzione di completamento e integrazione della legge, volta non solo a creare le condizioni per il corretto svolgersi delle dinamiche concorrenziali, ma anche a fornire certezze agli operatori, a prevenire situazioni di sfiducia nei confronti del mercato e a limitare le controversie tra gli attori dello stesso, è sembrato preferibile ricondurre ad essa i soli atti dotati di carattere generale[398].

5. La disciplina della regolazione del mercato bancario e finanziario

Con l'intervento della L. 28 dicembre 2005, n. 262, cosiddetta legge sul risparmio, e con l'emanazione delle relative disposizioni di attuazione[399], sono stati introdotti con chiarezza i riferimenti normativi in base ai quali cercare di individuare il confine della nozione di regolazione di competenza delle autorità creditizie. L'art. 23 della legge richiamata indica infatti espressamente come esplicazione della funzione regolatoria delle autorità creditizie l'emanazione di atti aventi natura regolamentare o di carattere generale[400], mentre il successivo art. 24 disciplina i procedimenti per

[397] AMOROSINO S., *L'amministrativizzazione del diritto delle imprese*, in *Dir. Amm.*, 2011, vol. 3, p. 607 e ss.; MERUSI F., *Sentieri interrotti della legalità*, Il mulino, Bologna, 2007, p. 72.

[398] MANGONI W. T., *Il potere sanzionatorio della Consob. Poteri procedimentali e strumentalità rispetto alla funzione regolatoria*, Giuffré, Milano, 2012, p. 51 e ss. ; VALENTINI S., *Diritto e istituti della regolazione*, Giuffré, Milano, 2012, p. 34.

[399] Provvedimento della Banca d'Italia del 24 marzo 2010, "*Disciplina dell'adozione degli atti di natura normativa o di contenuto generale della Banca d'Italia nell'esercizio delle funzioni di vigilanza bancaria e finanziaria, ai sensi dell'art. 23 della legge 28 dicembre 2005, n. 262*", pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 102 del 4 maggio 2010.

[400] Art. 23 L. 262/2005: "*1. I provvedimenti della Banca d'Italia, dalla Consob, dell'Isvap e della Covip aventi natura regolamentare o di contenuto generale, esclusi quelli attinenti all'organizzazione interna, devono essere motivati con riferimento alle scelte di regolazione e di vigilanza del settore ovvero della materia su cui vertono. 2. Gli atti di cui al comma uno sono accompagnati da una relazione che ne illustra le conseguenze sulla regolamentazione, sull'attività delle imprese degli operatori e sugli interessi degli investitori dei risparmiatori. Nella definizione del contenuto degli atti di regolazione generale, le autorità di cui al comma uno tengono conto in ogni caso del principio di proporzionalità, inteso come criterio di esercizio del potere adeguata raggiungimento del fine, con il minore sacrificio degli interessi del destinatario. A questo fine, e si consultano gli organismi rappresentativi dei soggetti vigilati, dei prestatori di servizi finanziari e dei consumatori. 3. Le autorità di cui al comma uno sottopongono a revisione periodica, almeno ogni tre anni, il contenuto degli atti di regolazione da esse adottati, per adeguarli all'evoluzione delle condizioni del mercato e degli interessi degli investitori dei risparmiatori. 4. Le autorità di cui al comma uno disciplinano con propri regolamenti l'applicazione dei principi di cui*

l'adozione dei provvedimenti individuali senza ricollegarli all'esercizio di una funzione regolatoria.

L'art. 23 della legge sul risparmio stabilisce che le regole cui le autorità devono attenersi, nei procedimenti diretti all'emanazione di atti normativi e generali, sono: l'illustrazione delle conseguenze delle scelte normative sulla regolamentazione, sugli operatori e sugli risparmiatori; la consultazione dei destinatari delle norme e degli organismi rappresentativi dei consumatori; la trasparente motivazione delle scelte regolamentari; la proporzionalità, intesa come "*criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine, con il minore sacrificio degli interessi dei destinatari*"; la revisione periodica delle normative emanate, per adeguarle all'evoluzione del mercato e degli interessi protetti.

In via preliminare, va osservato come l'ambito di applicazione di tale disciplina è limitato all'adozione dei provvedimenti di natura normativa e a contenuto generale nonché all'adozione degli atti di proposta rispetto alle deliberazioni del CICR, nell'ambito dell'esercizio della sua funzione di vigilanza. Rimangono pertanto esclusi dall'ambito di applicazione di tale disciplina gli atti normativi adottati nell'esercizio di funzioni diverse; i pareri e le valutazioni formulati in relazione agli atti normativi di altre autorità; gli atti aventi natura interpretativa o applicativa privi di carattere innovativo; gli atti di organizzazione interna; i regolamenti adottati ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241[401].

La disciplina in questione si caratterizza in primo luogo per il fatto che essa impone alla Banca d'Italia di accompagnare ciascun atto normativo con un'analisi di impatto della regolamentazione, che definisca gli sviluppi e le possibili opzioni di *policy* e i connessi interventi regolamentari[402]. Per ciascuna opzione devono essere specificati i

---

al presente articolo, indicando altresì i casi di necessità e di urgenza per ragioni di riservatezza per cui è ammesso derogarvi".

[401] Rientra tra tali ipotesi, ad esempio, il regolamento per l'individuazione del termine di conclusione del procedimento amministrativo ai sensi dell'art. 2 L. 241/1990. V. Regolamento della Banca d'Italia del 22 giugno 2010, *Regolamento recante l'individuazione dei termini e delle unità organizzative responsabili dei procedimenti amministrativi di competenza della Banca d'Italia, ai sensi degli articoli 2 e 4 della legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni.*

[402] Per un'esposizione dei temi inerenti l'analisi di impatto della regolamentazione, v. GRECO N., *Introduzione all'analisi dell'impatto della regolazione,* Roma, Scuola superiore della pubblica amministrazione, 2003; ID., *L'analisi di impatto della regolazione: origini e tendenze recenti*, in www.federalismi.it, 2009; MATTARELLA B.G., *Analisi di impatto della regolazione e motivazione del provvedimento amministrativo*, Osservatorio sull'Analisi d'Impatto della Regolazione, 2010; Id., *Analisi di impatto della regolazione, analisi tecnico normativa e motivazione degli atti giuridici*, in *L'analisi di*

probabili effetti in termini di costi e benefici nei confronti delle diverse categorie di soggetti interessati, al fine di individuare le soluzioni più efficienti alla luce di una valutazione comparativa dei rispettivi benefici netti. Tale valutazione comparativa può anche portare alla scelta di non effettuare nuovi interventi normativi oppure di lasciare il mercato libero di individuare soluzioni autonome. L'analisi di impatto della regolamentazione può essere omessa se la normativa da emanare è un semplice recepimento di normative sovraordinate, oppure se l'intervento normativo non comporti significativi costi addizionali, sulla base di un giudizio prognostico[403].

Le ipotesi di regolamentazione così formulate sono sottoposte per la consultazione ai destinatari della normativa, ai consumatori e alle altre categorie eventualmente interessate in forma pubblica, mediante la pubblicazione sul sito *internet* della Banca d'Italia. Di tale pubblicazione è data inoltre notizia individuale alle associazioni di categoria degli intermediari e agli organismi e alle associazioni rappresentative dei consumatori[404]. In qualsiasi fase del processo normativo la Banca d'Italia può avvalersi anche del contributo di *panels* rappresentativi dell'industria e dei consumatori, istituiti e disciplinati dalla Banca d'Italia e operanti in raccordo con la vigilanza, al fine di acquisire utili elementi di conoscenza e valutazione per individuare e analizzare questioni regolamentari, fissare l'agenda dei temi normativi e le relative priorità, effettuare consultazioni ed analisi di impatto.

La disciplina richiamata costituisce una deroga rispetto all'art. 13 della L. 241/1990, che sancisce espressamente l'esclusione dei procedimenti volti all'emanazione di atti normativi e generali dall'applicazione delle garanzie proprie della partecipazione

---

impatto della regolazione e l'analisi tecnico normativa nell'attività normativa del Governo, a cura di CATELANI E. - ROSSI E., Milano, Giuffré, 2003. I criteri tecnici in base ai quali deve essere svolta l'analisi di impatto della regolamentazione dei provvedimenti della Banca d'Italia sono contenuti nella circolare della Banca d'Italia n. 277 del 20 luglio 2010.

[403] V. Art 3 del Provvedimento della Banca d'Italia del 24 marzo 2010, "*Disciplina dell'adozione degli atti di natura normativa o di contenuto generale della Banca d'Italia nell'esercizio delle funzioni di vigilanza bancaria e finanziaria, ai sensi dell'art. 23 della legge 28 dicembre 2005, n. 262*", pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 102 del 4 maggio 2010.

[404] Il dettato dell'art. 23 L. n. 262/2005 relativo agli strumenti di consultazione non si diffonde in modo esaustivo sulle forme dello svolgimento del contraddittorio procedimentale, né sui criteri di individuazione degli organismi realmente rappresentativi degli interessi riconosciuti dal legislatore come meritevoli delle garanzie partecipative, con un espresso rinvio alla fonte regolamentare per una simile disciplina di dettaglio. V. Provvedimento della Banca d'Italia del 24 marzo 2010, "*Disciplina dell'adozione degli atti di natura normativa o di contenuto generale della Banca d'Italia nell'esercizio delle funzioni di vigilanza bancaria e finanziaria, ai sensi dell'art. 23 della legge 28 dicembre 2005, n. 262*", pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 102 del 4 maggio 2010.

procedimentale[405]. Il descritto schema di consultazione pubblica fa riferimento ad un modello di partecipazione procedimentale più impegnativo e qualitativamente distinto rispetto a quello previsto dalla L. 241/1990, recando possibilità ulteriori rispetto al semplice diritto di accesso e alla possibilità di presentare memorie e documenti. Il modello procedimentale descritto conferma la crescente attenzione per gli aspetti procedurali della regolazione, che viene oggi in rilievo non come prodotto dell'intervento del regolatore sull'assetto di un determinato mercato, ma piuttosto come processo dotato di una propria autonomia concettuale e di principi ordinatori peculiari ed autonomi, ancorché coerenti con quelli che informano generalmente il procedimento amministrativo[406]. Del resto, la tendenza a predisporre particolari sequenze procedimentali composite nell'ambito di procedimenti preordinati all'emanazione di provvedimenti generali ad alto contenuto tecnico e suscettibili di incidere interessi economici di rilievo trova diffuso riscontro anche in altri ordinamenti giuridici[407].

La disciplina degli atti di regolazione della Banca d'Italia si caratterizza, in secondo luogo, per la previsione che tali atti dovranno essere accompagnati da una relazione nella quale siano esposti i risultati dell'analisi di impatto regolamentare effettuata e fornite le motivazioni circa le singole scelte operate e le valutazioni sui commenti ricevuti durante la fase di consultazione. Tali commenti sono pubblicati sul sito *internet* della Banca d'Italia, fatta salva la possibilità che i partecipanti alla consultazione richiedano, per ragioni di riservatezza, di non renderne pubblico il contenuto di procedere alla pubblicazione in forma anonima[408].

---

[405] Art. 13 L. 241/1990: "*Le disposizioni contenute nel presente capo non si applicano nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta l'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione*". In dottrina, v. CORSO G., *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2013; CASETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffré, Milano, 2010, p. 453; CERULLI IRELLI V., *Lineamenti di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 306; SORACE D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Il mulino, Bologna, 2012.

[406] CHITI E., *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2004, p. 679 e ss.; DE BELLIS M., *La regolazione dei mercati finanziari*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 295 e ss.; VALENTINI S., *Diritto e istituti della regolazione*, Giuffré, Milano, 2005, p. 46 e ss..

[407] Per l'analisi dei profili comparatistici nel diritto pubblico dell'economia, v. MORBIDELLI G.- PEGORARO L.- REPOSO A.- VOLPI M., *Diritto pubblico comparato*, Giappichelli, Torino, 2007; DI PLINIO G., *Il common core della deregulation. Dallo Stato regolatore alla costituzione economica sovranazionale*, Giuffrè, Milano 2005 ; CASSESE S. (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Laterza, Bari, 2008; CASSESE S., *Il mondo nuovo del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2008.

[408] Art. 6 del Provvedimento della Banca d'Italia del 24 marzo 2010, "*Disciplina dell'adozione degli atti di natura normativa o di contenuto generale della Banca d'Italia nell'esercizio delle funzioni di vigilanza*

Dunque, gli atti di regolazione della Banca d'Italia devono essere motivati, in eccezione alla previsione di carattere generale contenuta nell'art. 3 comma 2 della L. n. 241 del 1990[409]. Tale motivazione, oltre ad assolvere alle classiche funzioni cui tale elemento assolve nell'ambito del provvedimento amministrativo, essendo uno strumento utile a fornire un ausilio per l'interpretazione dell'atto, a consentire il controllo amministrativo giurisdizionale dello stesso e a garantire la trasparenza e la pubblicità dell'azione amministrativa[410], serve ad indicare le ragioni poste dall'autorità a fondamento delle scelte regolatorie assunte nel settore affidato alla sua responsabilità[411]. Sotto questo profilo, la motivazione del provvedimento è preordinata alla finalità di permettere garantire il controllo individuale e l'effettiva partecipazione del singolo al processo decisionale preordinato alla definitiva approvazione degli atti regolatori della Banca d'Italia. L'obbligo di motivazione è quindi in rapporto di complementarietà rispetto alle garanzie di partecipazione e consultazione precedentemente descritte, poiché rafforza le tutele procedimentali concesse al singolo, contribuendo a legittimare ulteriormente la decisione finale del regolatore rispetto ai soggetti che da tale decisione saranno vincolati.

Ulteriore elemento caratterizzante i procedimenti per l'adozione dei provvedimenti di regolazione della Banca d'Italia è l'esplicita previsione della necessità del rispetto della proporzionalità nell'emanazione degli atti di regolazione, ed il riferimento espresso a tale principio come fine precipuo della consultazione degli organismi rappresentativi degli attori che operano nel mercato[412].

---

bancaria e finanziaria, ai sensi dell'art. 23 della legge 28 dicembre 2005, n. 262", pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 102 del 4 maggio 2010.

[409] Art. 3 comma 2 L. 241/1990: "*La motivazione non è richiesta per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale*". BOCCALATTE S., *La motivazione della legge. Profili teorici e giurisprudenziali*, Padova, Cedam, 2008; MATTARELLA B.G., *Analisi di impatto della regolazione e motivazione del provvedimento amministrativo*, Osservatorio sull'Analisi d'Impatto della Regolazione, 2010.

[410] CASETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffré, 2010, p. 564; CERULLI IRELLI V., *Lineamenti di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, p. 385; CORSO G., *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 259; GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Giuffré, Milano, 1993, p. 260.

[411] V. In proposito, la relazione delle commissioni permanenti della Camera dei deputati VI finanze e X attività produttive, presentata alla presidenza del 18 febbraio 2005, nella quale si legge che "*la natura della motivazione è (..) in questo caso sostanzialmente diversa da quella richiesta per i provvedimenti amministrativi (..) e si configura invece come una dichiarazione dei principi e degli obiettivi dell'autorità di vigilanza a base della regolazione adottata per il settore o la materia sulla quale esercita il potere normativo, in relazione agli interessi pubblici che vengono in rilievo*".

[412] Cfr. l'art. 23 della legge n. 262 del 2005 e i considerata del Provvedimento della Banca d'Italia del 24 marzo 2010, "*Disciplina dell'adozione degli atti di natura normativa o di contenuto generale della Banca*

Ciò implica che l'autorità di vigilanza dovrà conformare il proprio operato a canoni di proporzionalità nell'impiego del tempo e delle risorse necessarie per l'elaborazione delle analisi di impatto regolamentare richieste e più in generale per l'approvazione dei singoli provvedimenti regolatori. In altri termini, le scelte relative a profili secondari potranno essere esentate dall'obbligo di ricorrere ad una preventiva analisi. Inoltre, e con riferimento allo specifico contenuto dei provvedimenti di regolazione, il principio di proporzionalità va inteso nel senso comunemente individuato dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale in riferimento all'attività dell'amministrazione, ovvero come canone di necessarietà e adeguatezza tra il contenuto dei provvedimenti regolatori e le concrete finalità che tali provvedimenti perseguono, con il minor sacrificio possibile per gli operatori di settore[413]. Infine, il canone di proporzionalità dovrà informare anche la concreta attuazione dei singoli provvedimenti di regolazione, di modo che lo svolgimento della funzione di vigilanza sia condotto attraverso controlli di intensità variabile in relazione all'effettiva rischiosità dei singoli soggetti vigilati.

Una simile previsione lascia intendere come il legislatore abbia chiaro che l'autorità di settore svolga una fondamentale funzione di integrazione della disciplina di

---

d'Italia nell'esercizio delle funzioni di vigilanza bancaria e finanziaria, ai sensi dell'art. 23 della legge 28 dicembre 2005, n. 262", pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 102 del 4 maggio 2010.

[413] In dottrina, v. COGNETTI S., *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Giappichelli, Torino, 2011; EISSEN M.A., *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo*, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1989, 31 ss.; EMILIOU N., *The principle of proportionality in european Law. A comparative study*, London-the Hague-Boston, 1996.; GALETTA D.U., *La proporzionalità quale principio generale dell'ordinamento*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 1107 ss.; GRECO G., *I rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da CHITI M.P. e GRECO G., *Parte generale*, vol. II, Milano, II ed., 2007, 827 ss.; POLICE A., *Articolo 1, comma 1: Principi generali dell'attività amministrativa*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, a cura di PAOLANTONIO N., POLICE A., ZITO A., Torino, 2005; POTO M., *I principi di sussidiarietà e proporzionalità nei sistemi a "vocazione federale". Una comparazione tra modello europeo, tedesco ed italiano*, in *Giur. it.*, 2008, 2359 ss.; ROMAGNOSI G.D., *Principj fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, 3a ed., Prato, 1835 (1a ed., Parma, 1814); SCHWARZE J., *European administrative law*, London, 2006; TRIDIMAS T., *The general principles of EC law*, Oxford-New York, 1999.

Tra le numerose pronounce della giurisprudenza comunitaria in materia, v. Corte di giustizia, sent. *Fédération Charbonière de Belgique*, 29 novembre 1956, C-8/55; Corte di giustizia, sent. *Mannesmann*, 13 luglio 1962, C-19/61; Corte di giustizia, sent. *Internationale Handelsgesellschaft*, 17 dicembre 1970, C-11/70; Corte di giustizia, sent. *Bela Mühle*, 5 luglio 1977, C-114/76; Corte di giustizia, sent. *Man sugar*, 24 settembre 1985, C-181/84; Corte di Giustizia, sent. 10 marzo 2005, *Tempelman e.a.c. Directeur van de Rijksdienst voor de keuring van Vee en Vlees*, C -96/2003 e C- 97/2003.

rango primario, che può essere svolta in modo vincolato con disposizioni di carattere tecnico, oppure, in alcune ipotesi, con indubitabili profili di discrezionalità, dovendo valutare e comparare tra loro gli interessi pubblici e privati che emergano a seguito dell'istruttoria procedimentale, nel perseguimento delle finalità cui la legge collega l'attività delle autorità creditizie. È stato infatti osservato che una verifica della proporzionalità nell'esercizio di un potere può essere operata, esclusivamente presupponendo che esso sia di carattere tecnico discrezionale o discrezionale; solo in tali circostanze ha senso imporre all'autorità di perseguire i propri fini pubblici, cagionando il minore sacrificio possibile degli interessi dei diversi attori del mercato bancario e finanziario[414].

L'ultima caratteristica della disciplina del procedimento di emanazione degli atti di regolazione delle autorità di vigilanza, è la previsione della cosiddetta analisi dell'impatto *ex post*. In particolare, è previsto che le autorità di vigilanza sottopongano a revisione le proprie norme con cadenza almeno triennale per valutarne l'idoneità in concreto al conseguimento delle finalità di vigilanza perseguite mentre, in relazione alle regolamentazioni più rilevanti per le quali le analisi di impatto abbiano prodotto esiti molto incerti, si prevede la possibilità di valutare i costi effettivamente sostenuti in seguito all'entrata in vigore delle regole e gli eventuali benefici conseguiti[415].

In conclusione, il complesso delle norme discendenti dall'art. 23 L. 262/2005 e dalle relative disposizioni di attuazione, confermerebbe che le Autorità creditizie non svolgono la propria funzione regolatoria in una prospettiva esclusivamente tecnica e neutrale, vista l'espressa disciplina riservata alla partecipazione, alla motivazione e alla proporzionalità. Tali previsioni configurano infatti il procedimento per l'emanazione di provvedimenti regolatori come un procedimento in cui la partecipazione svolge una funzione non solo di garanzia nei confronti dei destinatari, ma anche di collaborazione

---

[414] V. COGNETTI S., *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Giappichelli, Torino, 2011, il quale più precisamente afferma che di fronte all'esercizio della discrezionalità tecnica sia possibile solo un sindacato riguardante i profili di idoneità e necessarietà del provvedimento adottato, mentre "*la proporzionalità in senso stretto coinvolge invece l'esercizio della discrezionalità pura, intesa come libero bilanciamento tra interessi, valori e principi, rispetto ai quali si deve operare una scelta nella ponderazione finale, con possibile recessione parziale o perfino totale del fine perseguito*".

[415] Art. 7 del Provvedimento della Banca d'Italia del 24 marzo 2010, "*Disciplina dell'adozione degli atti di natura normativa o di contenuto generale della Banca d'Italia nell'esercizio delle funzioni di vigilanza bancaria e finanziaria, ai sensi dell'art. 23 della legge 28 dicembre 2005, n. 262*", pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 102 del 4 maggio 2010.

nei confronti di un'amministrazione che è chiamata a ponderare interessi secondari pubblici e privati intorno agli interessi primari individuati dalla legge. Al tempo stesso, non facendo distinzioni tra regolamenti e atti generali, il complesso normativo analizzato conferma che gli atti di regolazione non si individuano sulla base dei contenuti o delle finalità perseguite, bensì si identificano con qualsiasi manifestazione di potere volta a fornire una disciplina di carattere generale al settore bancario e finanziario.

6. Il ruolo del sistema sanzionatorio nel settore bancario e finanziario

L'ordinamento bancario, costituito dall'integrazione tra disciplina primaria del D. Lgs. 385/1993 e regolazione secondaria delle autorità di vigilanza, affida la protezione degli interessi da esso presi in considerazione all'apparato sanzionatorio previsto dal titolo VIII del Tub, che bilancia accuratamente sanzioni amministrative e sanzioni penali. Infatti, sin dai tempi della legge bancaria del 1936 il legislatore ha avuto in considerazione l'esistenza di un'interrelazione tra l'attività di regolazione e l'attività di *enforcement* delle autorità di settore. Da allora, il legislatore ha dimostrato di aver intuito che la combinazione di tali attività produce conseguenze sulla propensione delle banche ad assumere comportamenti rischiosi per la stabilità. In particolare, la consapevolezza che, più che l'inasprimento dei requisiti patrimoniali e prudenziali, è l'attività di supervisione e di *enforcement* a far sì che le banche limitino la propria propensione al rischio, ha determinato la scelta del legislatore di predisporre un apparato sanzionatorio a garanzia del rispetto della disciplina di vigilanza[416].

Il modello sanzionatorio attuale ha le sue origini nel titolo VIII della legge bancaria del 1936, che affiancava alle sanzioni penali in senso stretto (art. 92 e ss.) le "*pene pecuniarie*" di cui agli artt 87 e ss. Coloro che ricostruivano l'ordinamento bancario come un ordinamento sezionale[417] collocavano tali pene pecuniarie nel *genus*

[416] Per approfondimenti della dottrina economica sulle interrelazioni tra regolazione e poteri sanzionatori, v. DELIS - MANTHOS D – STAIKOURAS - PANAGIOTIS, *On-site audits, sanctions, and bank risk-taking: An empirical overture towards a novel regulatory and supervisory philosophy*, University Library of Munich, Germany, 2009.

[417] GIANNINI M.S., *Istituti di credito e servizi di interesse pubblico,* in *Moneta e Credito*, 1949; GIANNINI M.S., *Il nuovo testo unico delle leggi bancarie e l'ordinamento sezionale del credito,* in AMOROSINO S. (a cura di), *Le banche, regole e mercato*, Giuffré, Milano, 1994, p. 7 e ss.. Oggi sostiene la sopravvivenza dell'ordinamento sezionale del credito AMOROSINO S., *Le amministrazioni di regolazione dei mercati*

delle sanzioni disciplinari, poiché l'appartenenza all'ordinamento del credito avrebbe collocato le banche in un rapporto di subordinazione gerarchica rispetto agli organi di controllo[418]. Tale tesi aveva come conseguenza pratica l'inapplicabilità ai soggetti in questione delle disposizioni contenute nella L. 689/1981, dal momento che l'art. 12 di tale legge esclude le sanzioni disciplinari dal suo ambito di applicazione. Tuttavia, nonostante l'incerta denominazione utilizzata per indicare le sanzioni indicate nella legge bancaria del 1936, altra dottrina ha affermato che esse dovessero essere inquadrate come sanzioni amministrative[419]. Questa idea venne anche condivisa dalla giurisprudenza, che aveva in più occasioni affermato la piena applicabilità dei principi della L. 689/1981 a tali sanzioni[420].

Con l'emanazione del D. Lgs. 385/1993, una delle principali novità è rappresentata dalla previsione di un nucleo di sanzioni amministrative pecuniarie, espressamente denominate come tali e affiancate alle sanzioni di natura penale, e dalla definizione legislativa delle finalità del sistema dei controlli in cui esse sono inserite, ai sensi dell'art. 5 Tub[421]. L'opera di riordino dell'apparato sanzionatorio ha trovato il suo approdo definitivo nel titolo VIII del Tub, il quale contiene tanto le disposizioni di carattere sostanziale che puniscono la maggior parte degli illeciti amministrativi del settore, quanto talune disposizioni che regolano il procedimento di irrogazione delle relative sanzioni. Simile impianto non ha subito modificazioni strutturali, nonostante si siano succeduti numerosi interventi legislativi finalizzati ad aggiornare le fattispecie sanzionabili[422], ad adeguare gli importi delle sanzioni nonché la disciplina del procedimento[423], nonché a modificare il regime di impugnazione[424].

---

finanziari e della concorrenza: gli elementi strutturali per un modello comune, In banca, borsa e titoli di credito, 1995, p. 58 e ss; ID., *L'amministrativizzazione del diritto delle imprese*, in *Dir. amm.*, 2011, p. 607 e ss.

[418] GIANNINI M.S., *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, in *Scritti giuridici in onore di S. Romano,* Cedam, Padova, 1939, p. 707 e ss.; NIGRO M., *Profili pubblicistici del credito,* Giuffré, Milano, 1969, p. 110 e ss..

[419] Per una rassegna delle opinioni dottrinarie sul punto, v. CONDEMI M., *Le sanzioni amministrative bancarie e la giurisprudenza della Corte d'Appello di Roma*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia*, Roma, 1991, p. 17 e ss..

[420] Per una rassegna delle pronunce giurisprudenziali sul punto, v. CONDEMI M., *Le sanzioni amministrative bancarie e la giurisprudenza della Corte d'Appello di Roma*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia*, Roma, 1991, p. 35 e ss..

[421] MATTARELLA B. G., *Le sanzioni amministrative nel nuovo ordinamento bancario*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1996, p. 707.

[422] V. ad esempio gli interventi operati dal D. Lgs. 141/2010.

[423] V. L.262/2005.

In tale quadro, con la trasformazione dell'ordinamento bancario in un mercato che, seppur regolamentato, è retto dai principi di concorrenza e di trasparenza, si è affermata definitivamente l'idea secondo cui i poteri sanzionatori delle autorità creditizie devono essere ricondotti al modello stabilito dalla L. 689/1981, anche se si registra il permanere di un'opinione dottrinaria minoritaria di contrario avviso.

Alcuni autori hanno infatti sostenuto che, poiché il potere sanzionatorio della Banca d'Italia sarebbe un tutt'uno con quello di vigilanza e di regolazione, le forme di esercizio di questo assumerebbero connotati particolari. Partendo dal presupposto che l'ordinamento sezionale del credito sia sopravvissuto anche successivamente al recepimento delle direttive comunitarie degli anni '80, essi hanno affermato che la strumentalità tra potere sanzionatorio e funzioni di vigilanza allontanerebbe le sanzioni amministrative del Tub dalla disciplina generale prevista dalla legge 689 del 1981, implicando adattamenti sempre più derogatori rispetto a quella disciplina. Essendo incompatibile con il modello economico imposto dal diritto comunitario l'esercizio di un potere di direzione, gli strumenti in possesso dell'OdV sarebbero quelli dell'incentivazione e disincentivazione, poco compatibili con l'utilizzo di una disciplina funzionalmente repressiva come quella della L. 689/1981. In sostanza, ad avviso di tale dottrina, le sanzioni amministrative in materia bancaria non sarebbero mai state contaminate dal modello penalistico stabilito dalla legge 689 del 1981, ma sarebbero rimaste ancorate al modello stabilito dalla legge bancaria del 1936[425].

---

[424] In particolare, l'art. 133 comma 1, lettera l) del D. Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 sembrava aver trasferito definitivamente alla giurisdizione del giudice amministrativo il regime delle impugnazioni di tali sanzioni. Ciò nell'idea di concentrare presso il giudice amministrativo la giurisdizione su tutti provvedimenti amministrativi emanati dalle cd. *Authorities*, attribuendogli il potere conoscere ogni questione relativa a provvedimenti adottati dalle stesse, giudicandone non solo la legittimità, ma anche il merito. V. art. 134, comma 1, lett. C) del D. Lgs. 104/2010. Al riguardo, va tuttavia segnalata la recente sentenza della Corte costituzionale n. 162 del 2012, la quale giudicando della legittimità costituzionale dell'art. 134 D.Lgs. 104/2010, ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale con riferimento all'attribuzione della giurisdizione sulle impugnazioni contro i provvedimenti della Consob alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Sembra difficile ipotizzare che una simile pronuncia non abbia delle conseguenze anche su future pronunce della Corte in merito all'attribuzione alla giurisdizione del giudice amministrativo del potere di giudicare sulle impugnazioni nei confronti dei provvedimenti emanati dalla Banca d'Italia. Cfr. parte 2, cap. 3, par. 9

[425] v. BANI E., *Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 39 e ss.. Ad avviso di tale autore "*è interessante perciò osservare come il modello di potere sanzionatorio delle autorità indipendenti di oggi sia più vicino a quello delineato nel 1936 per l'ordinamento del credito (ma che, ricordiamo, non è stato abbandonato neppure nel testo unico delle leggi bancarie e dell'intermediazione finanziaria dei nostri giorni), che non a quello proprio delle amministrazioni tradizionali a cui era stata affidata la cura dell'economia e che dovevano avvalersi del modello repressivo sanzionatorio disciplinato dalla legge 689 del 1981*". In senso conforme, TITOMANLIO R.,

Tuttavia, secondo l'opinione dominante in dottrina e in giurisprudenza[426], la strumentalità della potestà sanzionatoria rispetto alla funzione di regolazione e di vigilanza non sarebbe un indizio dello stravolgimento delle finalità di prevenzione e del carattere di afflittività riconosciute alla sanzione amministrativa, come se rivivesse l'idea di sanzione come forma di autotutela dell'amministrazione. Pertanto, la disciplina delle sanzioni amministrative in materia bancaria non può non avere come punto di riferimento la L. n. 689 del 1981, visto anche il riferimento espresso che ad essa fa l'art. 145 del Tub, sia pure per escludere l'applicabilità dell'istituto del pagamento in misura ridotta alle sanzioni in materia bancaria.

In tale prospettiva, le sanzioni amministrative nel sistema del Tub sono il principale strumento attraverso cui perseguire gli obiettivi dell'intervento pubblico nel settore, poiché sono più efficaci della repressione penale. Ciò, in ragione dei tratti caratterizzanti delle sanzioni amministrative pecuniarie: esse, pur condividendo con le sanzioni penali il carattere dell'afflittività, esprimono un minore il giudizio di riprovevolezza sociale. Al contempo, esse sono in grado di colpire gli interessi di natura patrimoniale sottostanti la commissione dell'illecito attraverso una risposta punitiva più immediata e tempestiva, dal momento che il procedimento amministrativo per la loro irrogazione ha tempi sicuramente più ridotti rispetto a quelli che caratterizzano i procedimenti di irrogazione delle sanzioni penali.

Visto il progressivo ampliamento della sfera di violazioni punite a livello amministrativo e la conseguente riduzione nell'ambito di intervento della repressione penale, in ragione dei caratteri intrinseci delle sanzioni amministrative, sembra opportuno soffermarsi sui tratti distintivi di quello che è oggi il principale strumento di repressione in possesso dell'autorità di vigilanza.

Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria, Giuffré, Milano, 2007, p. 437 e ss., secondo il quale "*il potere sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti è connotato di peculiarità ulteriori rispetto a quello assegnato alla pubblica amministrazione. All'interno della funzione di regolazione la potestà sanzionatorie viene infatti a porsi quale strumento della più ampia funzione di regolazione differenziandosi così, per alcuni aspetti, dalla tipica sanzione amministrativa*".

[426] CECI IAPICHINO S., *Le sanzioni amministrative*, in GALANTI E. (a cura di), *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, Cedam, Padova, 2008, p. 1432; V. MATTARELLA B. G., *Le sanzioni amministrative nel nuovo ordinamento bancario*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1996. Per la giurisprudenza, v. Cassaz., Sez. Un., ord. 9730 del 21 maggio 2004.

7. La definizione di sanzione amministrativa

Lo studio della sanzione amministrativa è stato a lungo condizionato dalla mancanza di una normativa specifica su cui fare affidamento per ricavarne i principi e per ricercarne i criteri e gli indirizzi ispiratori[427].

In queste condizioni la dottrina e la giurisprudenza hanno prospettato soluzioni in una logica tipicamente deduttiva, articolata nella ricerca di principi generali desunti dalla disciplina dell'illecito penale e dalla disciplina dell'illecito civile, come esemplificato in maniera illustre dalla celeberrima monografia di Guido Zanobini del 1924[428]. Questa analisi, oltre ad aver rappresentato l'interpretazione più organica e ragionata dell'istituto della sanzione amministrativa fino agli anni '70 del secolo scorso, sicuramente ebbe anche una profonda influenza sulla successiva evoluzione legislativa[429]. Tuttavia, la materia è stata completamente ridefinita dal legislatore con l'entrata in vigore di una normativa organica, di valore generale, rappresentata dalla legge 24 novembre 1981, n. 689, che ha riservato all'istituto una configurazione propria specifica[430].

Un primo orientamento dottrinario, che sembra condiviso da una larghissima giurisprudenza, in particolare della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo[431], ha identificato la sanzione amministrativa con qualsiasi provvedimento amministrativo sfavorevole al cittadino, emanato sul presupposto della violazione da parte di questi di un precetto[432]. L'orientamento in esame riconosce che il presupposto della violazione di

---

[427] PELLIZZER F.- BURANELLO E., *Disciplina delle sanzioni amministrative e ambito di applicazione*, in CAGNAZZO A. (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 4 e ss.; TRAVI A. – PALIERO C.E., voce *Sanzione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, p. 345; SANDULLI M.A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e processuali*, Jovene, Napoli, 1983, p. 29.

[428] ZANOBINI G., *Le sanzioni amministrative*, F.lli Bocca Editore, Torino, 1924.

[429] TRAVI A. – PALIERO C.E., voce *Sanzione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, p. 346.

[430] TRAVI A. – PALIERO C.E., voce *Sanzione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, p. 346.

[431] V. Cassaz., Sez. Un. Civ., sent. N. 926 del 24 febbraio 1978; v. Corte Europea dei diritti dell'Uomo, sent. 15 agosto 2008, caso n. 7460/03, *Nadtochiy c./Ukraine*; sent. 4 novembre 2008, caso n. 72596/01, *Balsyte-Lideikiene c./Lithuania*; sent. 1 febbraio 2005, caso n. 61821/00, *Ziliberberg c./Moldavia*; sent. 16 settembre 2009, caso n. 13079/03, *Ruotsalainen c./Finland*.

[432] Vengono dunque fatte rientrare in questa definizione i più diversi tipi di decisioni, come le sanzioni pecuniarie, i provvedimenti ripristinatori oppure le decadenze e revoche cd. "sanzionatorie". V. TESAURO A., *Le sanzioni amministrative punitive*, Napoli, Tocco, 1925, che definisce sanzioni amministrative "*tutti i mezzi, di cui dispone l'autorità investita di funzioni amministrative, per assicurare il raggiungimento dei fini, che deve attuare nello svolgimento della sua attività*". In particolare, "*alcune hanno natura eliminatrice, altre riparatrici, altre afflittive*"; ARDIZZONE U., voce *Sanzioni amministrative*, in *Nuovo dig. it.*, vol. XI, Torino, 1939, p.1084 e ss., il quale considera sanzioni amministrative tutte le misure

un precetto si atteggia in maniera differente nelle diverse fattispecie provvedimentali, rilevando in via autonoma e diretta, come nel caso delle sanzioni pecuniarie, oppure rilevando in via subordinata e indiretta come, ad esempio, nel caso dell'ordine di demolizione, essendo solo uno dei presupposti per l'emanazione di questo. Tuttavia, la posizione dottrinaria in esame ritiene che tale diversa rilevanza non individui diversi tipi di provvedimento, bensì unicamente diverse manifestazioni di un'unica tipologia provvedimentale, dovendosi così parlare di sanzioni punitive, sanzioni ripristinatorie, sanzioni risarcitorie. È stato osservato che la *ratio* di tale orientamento sarebbe l'individuazione di elementi unificanti di differenti procedimenti amministrativi restrittivi, al fine di applicare ad essi il principio del giusto procedimento[433].

Un secondo orientamento dottrinario ha definito invece la sanzione amministrativa come quello specifico provvedimento punitivo emanato nei confronti del cittadino sulla base della violazione di un precetto[434]. Tale orientamento, che ad avviso della dottrina dominante è stato recepito dalla L. 24 novembre 1981, n. 689, ha individuato una nozione omogenea e pregnante di sanzione amministrativa, identificandola in quella "*pena in senso tecnico*" il cui paradigma è la sanzione amministrativa pecuniaria.

Una simile definizione, attribuendo alla sanzione amministrativa caratteri ben specifici, ha richiesto però che fosse delimitato il confine della relativa nozione sia verso l'esterno, rispetto alla sanzione penale, sia verso l'interno, rispetto ai diversi mezzi di coazione di competenza dell'amministrazione[435]. Ciò sia per individuarne i caratteri

---

attraverso le quali l'amministrazione reagisce a violazioni del diritto; DE ROBERTO A., *Le sanzioni amministrative non pecuniarie*, in AA.VV., *Le sanzioni amministrative, Atti del XXVI Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione(Varenna 18-20 settembre 1980)*, Milano, 1982, 125 ss.

[433] TRAVI A. – PALIERO C.E., voce *Sanzione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, p. 351.

[434] ZANOBINI G., *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924, che riserva la qualificazione di sanzioni amministrative alle sole misure punitive, affermando che "*nel titolo di questo studio la parola sanzione è usata in questo secondo significato (di pena): non abbiamo creduto di aggiungere alcun qualificativo alla parola, sia perché nella scienza giuridica più recente, specie presso coloro che si tengono fuori dalle eccessive generalizzazione della filosofia, la parola precisamente questo per tecnico significato*"; CAPACCIOLI E., *Principi in tema di sanzioni amministrative: considerazioni introduttive*, in *Le sanzioni in materia tributaria*, Giuffré, Milano, 1979, p. 125 e ss.; TRAVI A. – PALIERO C.E., voce *Sanzione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, p. 351, ad avviso dei quali è preferibile aderire ad una nozione ristretta di sanzione amministrativa, "fondata sulla specificità di questa misura rispetto alle altre forme di reazione della pubblica amministrazione alla violazione di un precetto", poiché, oltre a favorire chiarezza e puntualità nell'indagine, tale nozione sarebbe la più aderente alla disciplina stabilita dalla L. 689/1981.

[435] TRAVI A. – PALIERO C.E., voce *Sanzione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, p. 353 e ss.; V. SANDULLI M.A., voce *Sanzione amministrativa* in *Enc. Giur.*, Treccani, p. 2 e ss..

essenziali da un punto di vista dogmatico, sia per individuare la disciplina ad essa applicabile.

8. La sanzione amministrativa e la sanzione penale

La dottrina si è a lungo interrogata sui caratteri distintivi tra sanzione amministrativa e sanzione penale[436]. Inizialmente, ciò fu dovuto al fatto che, fino a che il processo di tipizzazione delle fattispecie penali non fosse ancora completato, occorreva individuare criteri utili per distinguere in quali ipotesi la previsione di una sanzione pecuniaria in una certa norma identificasse una sanzione pecuniaria o una sanzione amministrativa. Con l'emanazione del Codice Penale nel 1930, e ancor di più con le disposizioni di coordinamento contenute nella L. 601/1931, la sanzione penale è stata sempre resa immediatamente identificabile tramite il suo *nomen iuris* indicato dal diritto positivo. E' rimasta tuttavia un'esigenza più generale di individuare i caratteri propri dell'istituto, pur calando il problema di tale ricostruzione in una prospettiva storica, la quale ha dimostrato che tali caratteri non sono immutabili.

Pur nella varietà delle interpretazioni proposte, si possono individuare due orientamenti principali in merito all'individuazione delle differenze qualificanti tra sanzione amministrativa e sanzione penale.

Il primo orientamento, definito di tipo materiale, ha individuato il fondamento di tale distinzione nell'oggettività giuridica del precetto violato, cioè nel contenuto sostanziale, nell'interesse e nel bene giuridico tutelato o nelle finalità perseguite dalla norma[437]. Nell'ambito di tale orientamento, è stato affermato che la sanzione

[436] V. SANDULLI M.A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e processuali*, Jovene, Napoli, 1983, p. 6 e ss.; SANDULLI M.A., voce *Sanzione amministrativa* in *Enc. Giur.*, Treccani, p. 2;

[437] TESAURO A., *Le sanzioni amministrative punitive*, Napoli, Tocco, 1925, p. 75 e ss., secondo il quale il criterio distintivo tra le sanzioni penali e le sanzioni amministrative andava individuato nel fatto che, mentre le sanzioni penali sanzionerebbero "*norme di diritto, che prescrivono i doveri del cittadino*", le sanzioni amministrative assicurerebbero "*l'osservanza degli obblighi verso la pubblica amministrazione*"; OTTAVIANO V., S*ulla nozione di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni*, Giuffré, Milano, 1958, p. 847 e ss., secondo il quale la sanzione amministrativa, a differenza di quella penale, non è diretta a reintegrare l'ordinamento generale, ma è diretta ad integrare l'ordinamento amministrativo. In questa logica "*l'amministrazione, quando infligge delle sanzioni, non mira ad ottenere l'osservanza dell'ordinamento generale ma intende perseguire un suo interesse*". La concezione di questo autore è di matrice istituzionista e identifica la potestà sanzionatoria amministrativa in un'espressione tipica dell'ordinamento amministrativo come ordinamento distinto da quello generale, al punto da individuare il fondamento della potestà sanzionatoria amministrativa in un'esigenza di ordine disciplinare. Anche per

amministrativa si caratterizzerebbe per l'oggetto della tutela apprestata: essa sanzionerebbe l'inosservanza di obblighi verso la pubblica amministrazione o di doveri amministrativi, cioè di precetti posti a garanzia di una funzione amministrativa riferibile ad una particolare organizzazione amministrativa, mentre la sanzione penale sarebbe prevista a tutela di interessi propri della generalità dei consociati[438]. A tale affermazione sono assimilabili le tesi di coloro che distinguono la sanzione penale dalla sanzione amministrativa in base al tipo di bene giuridico tutelato, essendo riconducibili alla prima unicamente interessi primari ed essenziali costituzionalmente rilevanti, mentre alla seconda interessi secondari riconducibili alla sfera di potestà di un'organizzazione amministrativa nell'esercizio della propria funzione amministrativa[439].

E' stato tuttavia obiettato che l'interesse tutelato desumibile dal precetto non è un criterio sufficiente per identificare una volta per tutte la natura della sanzione e la natura dell'illecito[440], poiché esso sarebbe fondato unicamente su valutazioni materiali pregiuridiche, sconfessate dal diritto positivo, alla stregua del quale la natura delle conseguenze sanzionatorie è contingente e variabile, come dimostrato dallo sviluppo storico della legislazione e dai vari processi di depenalizzazione e ripenalizzazione[441]. In

---

tale motivo, il riscontro di un interesse proprio dell'amministrazione all'esercizio della potestà sanzionatoria appare ulteriormente sottolineato.

[438] Contra, v. CANNADA BARTOLI E., *Illecito (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, Giuffré, Milano, vol. XX, p. 120, ad avviso del quale l'illecito amministrativo non consiste nella causazione di un danno ingiusto oppure nell'assunzione di un rischio vietato dall'ordinamento, bensì soltanto l'inosservanza di un dovere imposto ai cittadini, senza avere riguardo ad una particolare situazione soggettiva lesa, che non è qualificata come reato; contra v. anche TRAVI A. – PALIERO C.E., *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Giuffré, Milano, 1988, p. 8, secondo i quali non è mai stato spiegato esaurientemente che cosa dovrebbe intendersi per "*obblighi nei confronti di una pubblica amministrazione*" o per "*doveri amministrativi*".

[439] MANTOVANI F., *Diritto penale, parte generale*, Cedam, Padova, 1988, p. 208 e ss..

[440] SANDULLI M.A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e processuali*, Jovene, Napoli, 1983, p. 7, secondo cui , al fine di distinguere sanzioni amministrative da sanzioni penali, il discrimine va individuato "*in base al diverso carattere delle conseguenze che da tali misure rispettivamente derivano, le quali trovano il loro esclusivo fondamento nella valutazione giuspositiva che storicamente legislatore compia della trasgressione. E sotto quest'ultimo profilo che viene anzi propriamente in considerazione (..) l'interesse di volta in volta specificamente presupposto alla comminatoria della sanzione. (…)Appunto perché correlata alla valutazione che il legislatore compia di un particolare fatto antigiuridico nei diversi momenti storici, la natura di tale interesse non appare però sempre ictu oculi individuabile in base ad elementi intrinsecamente propri al fatto medesimo. (…) Il fattore decisivo di qualificazione è dato perciò esclusivamente dalla specifica disciplina che l'ordinamento di volta in volta predisponga in conseguenza della trasgressione*".

[441] Per una ricostruzione dell'evoluzione della legislazione italiana in materia di sanzioni amministrative, v. TRAVI A., *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Cedam, Padova, 1983, p. 19 e ss.. Contrasterebbe con l'assunto secondo cui l'interesse protetto dal reato è primario ed essenziale, mentre quello protetto dall'illecito amministrativo secondario e strumentale, ad esempio, l'affidamento alla tutela sanzionatoria amministrativa di beni giuridici primari, come la vita e l'integrità fisica, rispetto ad alcune moderne forme di minaccia: si pensi alla disciplina della circolazione stradale. Al tempo stesso, contrasterebbe con l'idea secondo cui l'interesse tutelato dal sistema penale è quello generale e proprio

conclusione, l'elemento materiale, sebbene sia un insostituibile criterio di razionalità legislativa *de iure condendo*, non è idoneo a fungere da criterio di qualificazione dei modelli sanzionatori presenti nell'ordinamento *de iure condito*[442].

Il secondo orientamento, definito formale, raggruppa una serie di tesi che, per distinguere l'illecito penale dall'illecito amministrativo, hanno concentrato la propria analisi sul contenuto e sugli effetti della sanzione e sul tipo di procedimento previsto per comminarla[443].

In tale prospettiva, è stato proposto un criterio di identificazione soggettivo, in base al quale la sanzione amministrativa sarebbe quella sanzione comminata da un'autorità amministrativa[444]. Ma a tale ricostruzione è stata obiettata l'esistenza di ipotesi di sanzioni amministrative comminate dal giudice penale, ex artt. 24 e 25 L. 689/1981, di modo che, "*la qualifica di amministrative non si collega, nel nostro ordinamento, alla qualità soggettiva dell'organo chiamato ad applicare le sanzioni*"[445].

Secondo un criterio di identificazione funzionale invece, la sanzione amministrativa è quella comminata nell'ambito di un procedimento amministrativo nell'esercizio della funzione amministrativa[446]. Sotto questo profilo la sanzione amministrativa si distinguerebbe da quella penale che è invece applicata con un atto giurisdizionale a conclusione di un procedimento giurisdizionale[447].

---

dell'intero complesso sociale, mentre quello tutelato dall'illecito amministrativo sarebbe particolare e specifico dell'organizzazione amministrativa preposta alla sua cura, il fatto che oggi la previsione di sanzioni amministrative costituisce un'alternativa alla sanzione penale che, lungi dal degradare la lesione a oggetto l'interesse del suo apparato amministrativo, mantiene il suo disvalore nell'ambito dell'ordinamento generale, anche se in minor misura rispetto all'illecito penale. Si pensi agli esempi del diritto penale economico e della disciplina sanzionatoria amministrativa prevista dal codice della strada.

[442] V. SANDULLI M.A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e processuali*, Jovene, Napoli, 1983, p. 13 e ss. L'Autore, affermando che l'illecito amministrativo si distingue da quello penale sulla base della qualificazione formale individuata dal legislatore, sottolinea che tale qualificazione, *de iure condendo*, "*si fonda (…), in senso più ampio, sulla valutazione del tipo di responsabilità e di volta in volta si riconosce al contravventore (…) e che l'ordinamento esprime appunto attraverso la previsione di diversi tipi di misure repressive*".

[443] Per una ricostruzione di tale panorama dottrinario, v. TITOMANLIO R., *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria*, Giuffé, Milano, 2007, p. 444 e ss.

[444] ZANOBINI G., *Le sanzioni amministrative*, Fratelli Bocca editori, Torino, 1924.

[445] CAPACCIOLI E, *Il procedimento di applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie*, in *Le sanzioni amministrative – Atti del XXVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Giuffré, Milano, 1982, p. 89.

[446] ZANOBINI G., *La sistemazione delle sanzioni fiscali*, in *Riv. Dir. pubbl.*, 1929, p. 501.

[447] ROMANO S., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1937, 316; MIELE G., *I principi di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1953, 178; GALLO M., *La legge penale*, Giappichelli, Torino, 1972, p. 4; Cfr. SANDULLI M.A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e processuali*, Jovene, Napoli, 1983, p. 13, che rileva come "*non mancano casi in cui anche l'applicazione delle sanzioni*

Un'ulteriore tesi ha individuato nei provvedimenti applicativi di sanzioni amministrative degli strumenti di autotutela amministrativa, finalizzati a conseguire "*l'attuazione pratica dei precetti amministrativi*"[448], sia pure in via mediata. Poiché il dato caratterizzante di questa tesi è il richiamo all'attività di autotutela dell'amministrazione, diviene primario il rinvio ai soli interessi propri e interni dell'amministrazione che mediante l'autotutela possono essere protetti: un rinvio integrale quindi ai contenuti del precetto. A questa stregua "*in nessun modo si può parlare di applicazione di una sanzione amministrativa nel senso di un'attività di tutela giurisdizionale, posta cioè nell'interesse obiettivo dell'ordinamento, esplicandosi sempre nel principale, anche se non esclusivo, interesse dell'amministrazione*"[449].

Secondo un'ultima prospettiva, definita strutturale, il criterio di identificazione delle differenze tra sanzione penale e sanzione amministrativa risiede nei contenuti e negli effetti dei due tipi di sanzione[450]: la sola sanzione penale avrebbe un'incidenza diretta e potenziale sulla libertà personale, mentre la sanzione amministrativa non può mai avere questi effetti (art. 13 comma 2 Cost.). In sostanza, la sanzione amministrativa non potrebbe avere effetti consistenti nella privazione della libertà personale[451]. Inoltre,

---

amministrative è rimessa alla competenza del giudice", e che sottolinea "*la possibilità della comminatoria congiunta di entrambe le misure da parte del giudice penale, in caso di connessione obiettiva al reato (art. 24 L. 689/1981)*".

[448] BENVENUTI F., voce *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, Giuffré, Milano, 1959, p. 537 e ss.

[449] BENVENUTI F., voce *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, Giuffré, Milano, 1959, p. 540. Cfr. SANDULLI M.A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e processuali*, Jovene, Napoli, 1983, p. 18 che, descrivendo il fenomeno dell'alternatività, talvolta prevista dalla legge, tra sanzioni amministrative e sanzioni penali in riferimento alla varia entità di una stessa trasgressione, afferma che "*se dovesse accedersi (..) alla teoria del diverso presupposto teleologico delle sanzioni amministrative, caratterizzabili rispetto a quelle penali per una presunta preminente finalità satisfattiva dell'interesse amministrativo leso, riuscirebbe difficile spiegare per quali ragioni tale diversa esigenza di soddisfazione possa essere poi completamente trascurata proprio nei casi di maggiore gravità della trasgressione*".

[450] CASETTA E., *L'illecito degli enti pubblici*, Giappichelli, Torino, 1953, p. 83; ALESSI R., voce *Responsabilità amministrativa patrimoniale*, in *Novissimo Digesto*, vol. XV, Torino, 1957, p. 619; NUVOLONE P., *Pena (dir. pen.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXII, Giuffré, Milano, 1982; SANDULLI M.A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e processuali*, Jovene, Napoli, 1983, p. 11, che definisce le norme sanzionatorie amministrative, "*quali norme dirette a punire, con effetti incidenti soltanto nella sfera dei rapporti con l'amministrazione (e però a punire prevalentemente, ma non sempre, in Via amministrativa) la violazione di precetti dettati dall'ordinamento a specifica garanzia di una funzione riconosciuta propria di questa*" e secondo la quale "*la qualificazione giuridico funzionale di un illecito rispettivamente come amministrativo o penale (e lo stesso vale per i rapporti tra illecito penale e illecito civile) si fonda (..) essenzialmente sulle conseguenze che la legge fa nascere dalla consumazione dell'illecito*"; TRAVI A. – PALIERO C.E., *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Giuffré, Milano, 1988.

[451] NUVOLONE P., *Pena (dir. pen.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXII, Giuffré, Milano, 1982, il quale sottolinea che in campo penale "*la pena si traduce, generalmente, nella creazione di uno status di condannato,*

i due modelli sanzionatori troverebbero un margine di differenziazione nello stigma criminale e negli effetti penali della condanna. In primo luogo la sanzione penale comporta uno stigma etico sociale che coinvolge direttamente la persona del reo, traducendosi nella creazione di uno *status* di condannato, fortemente afflittivo della personalità umana, con una più o meno marcata rifrazione sull'immagine sociale del reo. In secondo luogo gli effetti giuridici conseguenti ad una condanna penale riguardano eventuali futuri rapporti del reo con la legge penale[452], deteriorando il suo statuto personale rispetto alla libertà fisica[453], ovvero ne degradano l'immagine sociale[454].

Al riguardo, è stato affermato che i criteri indicati non hanno un valore generale e assoluto, avendo un significato unicamente come indici tendenziali, da utilizzarsi in modo combinato[455]. Una caratterizzazione sul piano formale della sanzione amministrativa rispetto alla sanzione penale sarebbe possibile, più che sulla base dei singoli criteri o principi generali enunciati, alla luce della disciplina specifica della sanzione amministrativa stessa, oggi prevista dalla legge n. 689/1981.

9. La sanzione amministrativa e le misure di sicurezza e di prevenzione

Le considerazioni appena svolte permettono di distinguere le sanzioni amministrative anche rispetto alle misure di sicurezza disciplinate dal Codice Penale, Libro VIII, Titolo I e alle misure di prevenzione, disciplinate in via generale dalla L. 1423/1956.

---

fortemente afflittivo della personalità umana". L'argomentazione finisce con l'incentrarsi sul raffronto tra sanzione pecuniaria penale (multa e ammenda) e sanzione pecuniaria amministrativa, enfatizzando il principio di convertibilità della sanzione pecuniaria penale in sanzioni restrittive della libertà personale, che nel nostro ordinamento è invece sempre estraneo alla sanzione amministrativa. Simile argomento è stato indebolito dalla sentenza della corte costituzionale n. 131/1979 che ha dichiarato illegittimo l'art. 136 del c.p., espungendo dal nostro ordinamento il principio di convertibilità in pena detentiva delle sanzioni pecuniarie criminali, sia pure in via transitoria fino all'entrata in vigore della L. 689/1981.

[452] Al riguardo si considerino gli effetti dell'iscrizione nel casellario giudiziale, gli effetti rispetto ad una dichiarazione di recidiva, di abitualità, di professionalità nel reato, gli effetti preclusivi rispetto al perdono giudiziale, alla sospensione condizionale, all'applicazione di sanzioni sostitutive.

[453] si pensi agli effetti sulla sospensione condizionale della pena.

[454] si pensi all'iscrizione nel casellario giudiziale.

[455] TRAVI A. – PALIERO C.E., *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Giuffré, Milano, 1988.

In merito alle misure di sicurezza[456], la relazione al progetto definitivo di codice penale le definiva come una manifestazione di una funzione di polizia, ovvero una forma di attività amministrativa diretta a limitare l'attività privata al fine di prevenire danni sociali. Al contrario, la dottrina più recente ha definito le misure di sicurezza come sanzioni criminali[457], capaci di incidere sulla libertà personale o su beni corollario della libertà personale. Ciò sulla base della considerazione che esse possono essere comminate unicamente nel caso in cui si sia perfezionata una fattispecie di reato, possono essere emanate esclusivamente dal giudice penale ed hanno come presupposto la pericolosità criminale del reo, cioè la loro finalità non è afflittiva, bensì di neutralizzazione della pericolosità di uno specifico individuo.

Per quanto riguarda invece le misure di prevenzione[458], le cui figure più ricorrenti sono la diffida, il rimpatrio con foglio di via obbligatorio, la sorveglianza speciale, il divieto di soggiorno, l'obbligo di soggiorno (misure di prevenzione personali), il sequestro e la confisca (misure di prevenzione reali), l'evoluzione di questo istituto ha visto una sempre maggiore giurisdizionalizzazione e attenzione al principio di tassatività e tipizzazione delle fattispecie di pericolosità, presupposti sostanziali per la sua applicazione[459]. In materia, la dottrina prevalente ha affermato che le misure di prevenzione giurisdizionalizzate hanno natura di sanzione penale[460]. Ciò in quanto esse sono direttamente incisive della libertà personale, la loro emanazione è di competenza esclusiva del giudice penale, sono collegate allo *status* soggettivo della persona e sono finalisticamente orientate alla neutralizzazione della pericolosità di un singolo individuo.

---

[456] V. PALAMARA L. – SALEMME A.A., *La depenalizzazione e la ripenalizzazione*, sez. II *Misure di sicurezza e sanzioni amministrative*, in CAGNAZZO A. (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 750 e ss.

[457] FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale*, parte generale, Zanichelli, Bologna, 1985, p. 482.; MANTOVANI F., *Diritto penale, parte generale*, Padova, p. 827.

[458] V. PALAMARA L. – SALEMME A.A., *La depenalizzazione e la ripenalizzazione*, sez. III *Misure di prevenzione e sanzioni amministrative*, in CAGNAZZO A. (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 770 e ss.

[459] V. Corte Costituzionale sentenza n. 93/2010, in cui la Corte fa proprie alcune pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, avviando un processo di giurisdizionalizzazione di siffatte misure; cosicché, da semplici "sanzioni amministrative" si avvierebbero ad essere configurate come vere e proprie "sanzioni penali", comminabili pertanto, soltanto all'esito di un vero ed equo processo

[460] VASSALLI G., *Misure di prevenzione e diritto penale*, in *Studi in onore di Biagio Petrocelli*, vol. III, Milano, Giuffré, 1972, p. 1629.

10. La sanzione amministrativa e gli altri provvedimenti amministrativi di esecuzione

Come già accennato, le sanzioni amministrative vanno distinte anche dalle altre misure amministrative che assicurano l'osservanza di un dovere da parte di un cittadino, cioè le misure ripristinatorie, le misure alternative, le misure di esecuzione indiretta. Ciò in quanto tali misure rappresentano mezzi di esecuzione forzata o mezzi di esecuzione indiretta di obblighi nei confronti della pubblica amministrazione, che hanno dunque una finalità diversa da quella della semplice afflizione del loro destinatario[461].

Attraverso le misure ripristinatorie, come ad esempio l'ordine di demolizione[462], la pubblica amministrazione realizza l'esecuzione forzata in forma specifica di obblighi di ripristino. In altre parole, esse assolvono ad una funzione riparatoria di un bene o un interesse leso, non ad una funzione afflittiva: esse hanno lo scopo della riduzione in pristino di una situazione materiale indebitamente modificata da un cittadino, attraverso un intervento sostitutivo da parte della pubblica amministrazione. Esse hanno come presupposto non il verificarsi di un illecito, bensì di un "*fatto non conforme all'ordinamento*"[463], e non possono avere effetti personali, essendo unicamente dirette nei confronti di chi abbia attualmente la disponibilità di un bene, indipendentemente dalla sua identificazione con chi abbia realizzato la condotta abusiva.

Attraverso le misure alternative[464], come ad esempio il pagamento di una somma di denaro in luogo della demolizione, la pubblica amministrazione impone una misura pecuniaria per evitare che il privato consolidi un vantaggio *non iure*, qualora essa non possa o non voglia adottare una misura ripristinatoria. Anche esse hanno come presupposto non il verificarsi di un illecito, bensì di un fatto non conforme all'ordinamento, e la loro misura è stabilita dalla legge secondo vari criteri, il cui unico obiettivo è comunque non quello di punire l'autore della condotta, bensì di riequilibrare patrimonialmente i profitti da questo percepiti indebitamente.

---

[461] TRAVI A.- PALIERO C.E., voce *Sanzione amministrativa*, in *Enc. Dir*., Giuffré, Milano, p. 355.
[462] TRAVI A.- PALIERO C.E., voce *Sanzione amministrativa*, in *Enc. Dir*., Giuffré, Milano, p. 355.
[463] Per la definizione di abuso come "*fatto non conforme all'ordinamento*", v. GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Giuffré, Milano, 1992, p. 818.
[464] TRAVI A.- PALIERO C.E., voce *Sanzione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Giuffré, Milano, p. 356.

Attraverso le misure di esecuzione indiretta, rare nel nostro ordinamento[465], la pubblica amministrazione condanna il privato al pagamento di una somma di denaro per il caso di inesecuzione di alcuni doveri. Poiché la determinazione della somma dovuta precede il momento dell'accertamento dell'inadempimento, la sanzione viene comminata indipendentemente da un'indagine sui caratteri della condotta e indipendentemente dalla qualificazione della condotta come illecita. Dunque il presupposto per la loro comminazione non è il verificarsi di un illecito, bensì il semplice accertamento di un inadempimento di un dovere in capo ad un cittadino.

11. Le sanzioni amministrative disciplinari

Va precisato che la nozione di sanzione amministrativa che è stata sinora individuata non ricomprende anche le sanzioni disciplinari, poiché il legislatore le ha individuate come un settore autonomo. L'art. 12 L. 689/1981 ha infatti escluso le sanzioni disciplinari dall'ambito di applicazione della disciplina generale delle sanzioni amministrative. Al fine di determinare esattamente l'ambito di applicazione di tale esenzione, è sorta dunque in dottrina la necessità di definire puntualmente la nozione di sanzioni disciplinari.

Se la dottrina risalente aveva riferito tali sanzioni alla generica nozione di supremazia speciale[466] della pubblica amministrazione, la dottrina più recente[467] ha individuato le sanzioni disciplinari in quei provvedimenti, di carattere eterogeneo[468], emanati nell'esercizio di una potestà che inerisce a specifiche situazioni di *status* o di qualifica di un cittadino, accessoria ad un rapporto già costituito attraverso provvedimenti amministrativi costitutivi di qualifiche o status come l'assunzione, l'ammissione, l'iscrizione, la concessione. In sostanza, la *ratio* di tali provvedimenti è

[465] Ad es., v. le sanzioni previste dall'art. 6 L. 4/1929, dall'art. 17 L. 319/1976 oppure dall'art. 3 L. 47 /1985, misure previste da leggi speciali per il caso di ritardato o di omesso versamento di somme all'erario. Queste sanzioni presentano alcuni caratteri comuni che le allontanano dal paradigma della sanzione pecuniaria della L. 689/1981: il *quantum* della sanzione è spesso fisso, senza che sia attribuita all'amministrazione la possibilità di determinarlo entro un limite minimo ed un limite massimo; i criteri di determinazione delle sanzioni non lasciano spazio a valutazioni dell'elemento soggettivo.

[466] ROMANO S., *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni*, in *Giur. It.*, 1898.

[467] TRAVI A.- PALIERO C.E., voce *Sanzione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Giuffré, Milano, p. 356; MOR G., *Le sanzioni disciplinari e il principio nullum crimen sine lege*, Milano, Giuffré, 1970; CANNADA BARTOLI E., *Illecito (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, Giuffré, Milano, vol. XX, p. 122.

[468] Questi provvedimenti potrebbero consistere in sanzioni pecuniarie, in sanzioni interdittive, sanzioni morali, come ad esempio i richiami.

stata individuata nel presidio dell'osservanza dei doveri di condotta specifici e dei doveri di comportamento più generali che devono riguardare il *modus vivendi* di cittadini che hanno un certo *status* o una certa qualifica[469].

Con riferimento a tali sanzioni la dottrina ha affrontato principalmente due questioni. In primo luogo quella dell'attenuazione del principio di determinatezza della fattispecie presupposto per la comminazione della sanzione disciplinare. Al riguardo, è stato rilevato che l'indeterminatezza delle fattispecie è la conseguenza dell'inerenza delle sanzioni disciplinari ad una qualifica e ad uno *status*, poiché in virtù di tale attribuzione il cittadino è gravato non solo di specifici doveri di condotta ma anche di generali doveri di comportamento concernenti non solo il contenuto dell'agire ma anche la modalità dell'agire, di contenuto necessariamente più elastico[470]. In secondo luogo, la dottrina si è interrogata circa l'eventuale residuo di spazi di discrezionalità amministrativa nell'irrogazione delle sanzioni disciplinari. Essa ha concluso che l'esercizio della potestà disciplinare non sarebbe permeata di discrezionalità amministrativa, poiché sarebbe esclusa in materia qualsiasi ponderazione di interessi in gioco. Tutt'al più, tale settore sarebbe caratterizzato da elementi di incertezza derivanti dall'esistenza di valutazioni tecniche nella fase di accertamento dei presupposti per l'emanazione del provvedimento sanzionatorio[471].

[469] TRAVI A.- PALIERO C.E., voce *Sanzione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Giuffré, Milano, p. 357.
[470] TRAVI A.- PALIERO C.E., voce *Sanzione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Giuffré, Milano, p. 357.
[471] TRAVI A.- PALIERO C.E., voce *Sanzione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Giuffré, Milano, p. 357.

capitolo 2. L'illecito amministrativo bancario: i principi sostanziali

1. Premessa

Le fattispecie di illecito amministrativo previste dall'ordinamento bancario sono punite con sanzioni amministrative pecuniarie, pubblicate sul Bollettino di vigilanza della Banca d'Italia oppure su due quotidiani a diffusione nazionale, di cui uno economico, in caso di violazione di obblighi in materia di trasparenza nei rapporti con la clientela.

Trattandosi di sanzioni amministrative pecuniarie, ad esse si applicano le disposizioni contenute nel capo I della L. 689/1981 "*in quanto compatibili e salvo che non sia diversamente stabilito*"[472]. Ciò risulta confermato dall'art. 145 comma 11 del Tub, che esclude l'istituto del pagamento in misura ridotta *ex* art. 16 L. 689/1981 dalla disciplina degli illeciti bancari, confermando *a contrario* l'applicabilità ad essi delle altre disposizioni della medesima legge "*in quanto compatibili*". Dunque, agli illeciti amministrativi bancari si applicano i principi generali della L. 689/1981, per quanto non direttamente disciplinato dal D. Lgs. 385/1993.

E' opinione consolidata che la L. 689/1981 ha configurato l'illecito amministrativo come una categoria autonoma, individuandolo in una condotta antigiuridica tipica e colpevole per la quale una disposizione di legge prevede la punizione con una sanzione pecuniaria amministrativa[473]. E' tuttavia opinione altrettanto consolidata quella secondo cui la disciplina predisposta dalla L. 689 è ispirata in larga parte a quella dell'illecito penale, pur caratterizzandosi per i principi in materia di struttura dell'illecito, per la disciplina della sanzione e per i profili procedimentali[474].

---

[472] Cfr. art. 12 L. 689/1981.

[473] Cfr. la definizione di illecito amministrativo contenuta nel paragrafo uno della OrdnungswisrigkeitenGesetz (OWiG). V. CANNADA BARTOLI E., *Illecito (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, Giuffré, Milano, vol. XX, p. 120, ad avviso del quale "*lo schema di illecito amministrativo si definisce per la trasgressione del dovere (..), segno che la situazione subiettiva altrui vi rimane estranea, salvo una sua diversa rilevanza. Il che corrisponde al principio dell'indipendenza e cumulabilità delle valutazioni di illecito*".

[474] TRAVI A.- PALIERO C.E., voce *Sanzione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Giuffré, Milano, p. 353 ; SANDULLI M.A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e processuali*, Jovene, Napoli, 1983, p. 56 e ss.; . CANNADA BARTOLI E., *Illecito (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, Giuffré, Milano, vol. XX, p. 125.

Si procederà dunque ad un'analisi dei citati principi, con particolare attenzione alla loro applicazione in materia di illecito bancario.

2. Il principio di legalità

L'analisi dell'illecito amministrativo bancario deve iniziare dall'art. 1 della L. 689/1981, ai sensi del quale "*nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione*". Tale disposizione, sul cui fondamento costituzionale la dottrina ha ampiamente dibattuto[475], impone il principio di legalità anche in materia di illecito amministrativo, tanto con riferimento alla definizione delle fattispecie sanzionate, quanto con riferimento alla determinazione della pena[476].

Tale principio implica che la materia è sottoposta ad una riserva di legge tendenzialmente assoluta, in base alla quale i regolamenti amministrativi possono solo dare un apporto tecnico, senza poter individuare elementi costitutivi della fattispecie[477],

[475] Parte della dottrina ha osservato che nella materia *de qua* dovrebbe farsi riferimento all'art. 25 Cost., ai sensi del quale "*nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso*". Tale tesi è stata sostenuta sia sulla base di un argomento letterale, giacchè l'art. 25 Cost. non farebbe riferimento unicamente alle sanzioni penali, sia sulla base di un argomento teleologico, giacché tale interpretazione permetterebbe di applicare anche alle sanzioni amministrative i principi informatori della potestà punitiva a garanzia dei destinatari delle incolpazioni. V. SANDULLI M.A., voce *Sanzione amministrativa* in *Enc. Giur.*, Treccani, p. 1; ID., *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e processuali*, Jovene, Napoli, 1983, p.. Altra dottrina invece ha osservato che l'art. 1 L. 689/1981 non deve essere ricollegata all'art. 25 Cost. Canto per ragioni di ordine storico (cfr. i lavori preparatori dell'art. 25 Cost. che escludono ogni riferimento alle sanzioni amministrative), quanto per ragioni di ordine sistematico (l'art. 25 appartiene ad un nucleo di principi penalistici la cui *ratio* va rinvenuta nella garanzia della libertà personale). Secondo tale interpretazione, confermata anche dalle sentenze della Corte Costituzionale n. 13 del 1977, n. 68 del 1984, n. 226 del 1986, n. 400 del 1984 e n. 121 del 1987, l'art. 1 della L. 689/1981 andrebbe piuttosto ricollegato agli artt. 23 e 97 Cost., nonché all'art. 28 Cost. per quanto riguarda gli illeciti disciplinari. In particolare, questi articoli impongono una riserva di legge relativa, che richiede al legislatore di fissare con sufficiente determinatezza i principi e i criteri direttivi per l'esercizio del potere regolamentare della pubblica amministrazione e un principio di determinatezza della fattispecie sanzionatoria e della sanzione, non essendo invece immediatamente ricavabile da esse un principio di irretroattività della sanzione e delle norme incriminatrici. V. TRAVI A.-PALIERO C.E., voce *Sanzione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Giuffré, Milano, p. 372.

[476] E. CANNADA BARTOLI, *Illecito (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, Giuffré, Milano, vol. XX, p. 122.

[477] PAGLIARI G., *Il principio di legalità*, in CAGNAZZO A. (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 22. Cfr. Cass. 1 giugno 2010, n. 13344: "*in tema di illecito amministrativo, se è compatibile con il principio di legalità la previsione di norme secondarie integrative del precetto contenuto nella norma primaria, è, invece, in ogni caso inibito alle norme primarie di demandare a fonti secondarie la determinazione della sanzione*": Cfr. Cass 26 aprile 2006, n. 9584 "*il principio della riserva di legge fissato nella materia delle sanzioni amministrative (..) impedisce che l'illecito amministrativo della relativa sanzione siano introdotti direttamente da fonti normative secondarie, ma*

e ai principi di tipicità delle condotte e di determinatezza delle fattispecie sanzionate[478], garanzia di ampia giustiziabilità dei provvedimenti sanzionatori. Simile interpretazione troverebbe conferma nell'origine penalistica della maggior parte degli illeciti amministrativi e nell'esclusione, dall'ambito di applicazione della disciplina generale della L. 689/1981, degli illeciti disciplinari, fattispecie storicamente caratterizzate da un elevato grado di indeterminatezza e atipicità[479].

I descritti profili del principio di legalità hanno posto rilevanti interrogativi con riferimento agli illeciti bancari, atteso che le disposizioni sanzionatorie contenute nel Tub si limitano per lo più a dettare principi generali in merito alle condotte sanzionabili, rimettendo alla disciplina secondaria dell'autorità di vigilanza la specificazione della maggior parte degli elementi costitutivi delle fattispecie punite.

Parte della dottrina ha sostenuto che la maggior parte degli illeciti previsti dal Tub non sarebbe conforme al principio di legalità, ritenendo che le disposizioni in esso contenute siano eccessivamente generiche e attribuiscano alle autorità creditizie un eccessivo margine di discrezionalità nella configurazione delle fattispecie sanzionatorie[480].

La dottrina prevalente ha invece affermato la piena compatibilità della disciplina primaria e secondaria relativa agli illeciti bancari con il principio di legalità, rilevando come tale principio non possa precludere che la legge si limiti a definire i tratti essenziali dell'illecito, rinviando alla fonte secondaria la configurazione dei profili tecnici della violazione, come accade anche nel diritto penale, ove si reputano legittime le cosiddette norme penali in bianco[481].

---

non esclude, tuttavia, i precetti della legge, sufficientemente individuati, siano etero integrati da norme regolamentari, in virtù della particolare tecnicità della dimensione in cui le fonti secondarie sono destinate ad operare".

[478] V. SANDULLI M.A., voce *Sanzione amministrativa* in *Enc. Giur.*, Treccani, p. 7; V. TRAVI A.- PALIERO C.E., voce *Sanzione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Giuffré, Milano, p. 357. ; TUCCARI F. F., *Il principio di determinatezza*, in CAGNAZZO A. (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 248 e ss..

[479] V. sopra, parte 2, cap. 1, par. 11

[480] V. CARBONETTI F., *Le sanzioni amministrative pecuniarie nella disciplina bancaria, finanziaria e assicurativa*, in *Bancaria*, 2006, p. 29; MATTARELLA B. G., *Le sanzioni amministrative nel nuovo ordinamento bancario*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1996, p. 720; VINCI S., *Vigilanza regolamentare sulle banche e controlli a carattere strutturale. Profili critici*, in CERA M. (a cura di), *La regolazione dei soggetti finanziari nell'attività normativa delle autorità*, Giuffré, Milano, 2002, p. 17.

[481] v. CECI IAPICHINO S., *Le sanzioni amministrative*, in GALANTI E. (a cura di), *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, Cedam, Padova, 2008, p. 1466. Sulle norme penali in bianco, v. LEONE G., *Le norme penali in bianco*, in *Scritti teorico-pratici sulla nuova legislazione penale italiana*, 1932;

Questa sarebbe anche l'interpretazione accolta dalla giurisprudenza, che ammetterebbe la possibilità che gli elementi costitutivi delle fattispecie stabiliti dalla legge vengano integrati mediante norme regolamentari delegate in particolari ambiti tecnico specialistici, mentre escluderebbe la possibilità di qualsiasi intervento normativo di rango secondario per la determinazione in astratto della sanzione[482].

Altra implicazione del principio di legalità *ex* art. 1 L. 689/1981 è l'irretroattività delle norme incriminatrici, funzionale a garantire la certezza giuridica, anche in recepimento dell'art. 7 CEDU[483].

E' stato osservato che ciò non costituirebbe applicazione del principio del *favor rei* essendo invece espressione del più generale principio *tempus regit actum*, funzionale all'esigenza di certezza dei rapporti giuridici di diritto pubblico[484]. Ciò in quanto nell'ambito dell'illecito amministrativo non si configurano quelle particolari esigenze di garanzia del cittadino che si pongono nell'ambito dell'illecito penale, il quale si caratterizza per il giudizio di disvalore sociale e per la potenziale incidenza sulla libertà personale derivanti dal passaggio in giudicato di una sentenza di condanna[485]. Da simili considerazioni la dottrina e la giurisprudenza hanno dedotto che il principio dell'irretroattività delle norme incriminatrici non avrebbe comportato anche l'applicazione retroattiva della legge più favorevole al reo. Dunque, le condotte sanzionate come illeciti amministrativi restano assoggettate alla legge in vigore nel

---

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, Giuffré, Milano, 2003, p. 56; GALLO M., *Appunti di diritto Penale, vol. I, La legge penale*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 58 e ss.

[482] Cass., sez. I, sent. n. 5743 del 23 marzo 2004, che ha escluso che le norme del Tub relative alle sanzioni bancarie siano qualificabili come norme punitive in bianco, atteso che "*i poteri della Banca d'Italia di emanare istruzioni e disposizioni in tema di vigilanza informativa e di vigilanza regolamentare non sono lasciati al mero arbitrio di detto organo di controllo, bensì sono esercitati in conformità a ben individuati principi e direttive (anche a livello europeo), a strumenti normativi primari e secondari e ad altri criteri oggettivi, dettagliati e rigorosi, al fine di integrare, data la particolare tecnicità e la continua evoluzione della materia, le norme di base, determinandone la parte percettiva mediante la specificazione del contenuto, già sufficientemente delineato nella legge*"; Corte d'Appello di Roma, decreto 24 novembre-2 dicembre 2008, ad avviso della quale "*non esiste una riserva di legge tale da escludere la possibilità di integrare precetti sanzionatori, aventi basse nella legge, mediante norme regolamentari, confacente al particolare ambito tecnico specialistico di riferimento*".

[483] FERRONI M.V., *Principi generali. Diritto comunitario. Rilevanza nel diritto interno*, in CAGNAZZO A. (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 22.

[484] V. TRAVI A.- PALIERO C.E., voce *Sanzione amministrativa,* in *Enc. Dir.*, Giuffré, Milano, p. 380.

[485] V. TRAVI A.- PALIERO C.E., voce *Sanzione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Giuffré, Milano, p. 380.; PAGLIARI G., Il principio di legalità, in CAGNAZZO A. (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 25; V. Cons. St., sez. VI, 3 giugno 2010, n. 3497.

momento in cui si sono verificate, restando irrilevante, in mancanza di un'espressa previsione di retroattività, il carattere più favorevole della disposizione sopravvenuta[486].

Ulteriore conseguenza del principio di legalità *ex* art. 1 L. 689/1981 è il principio di obbligatorietà procedimentale, in base al quale, una volta accertata la violazione, deve necessariamente essere avviato il procedimento sanzionatorio per l'irrogazione della relativa sanzione, non essendo ammessi in capo alla pubblica amministrazione condizionamenti di opportunità oggettiva e soggettiva[487]. Tale principio, che la dottrina ha ricondotto agli artt. 3 e 97 Cost., sotto il profilo dell'imparzialità e della ragionevolezza dell'attività amministrativa, sarebbe inoltre confermato dalle disposizioni contenute negli artt. 14 e 17 della L. 689/1981[488].

Ultimo corollario del principio di legalità in materia di sanzioni amministrative è il divieto di analogia[489]. Tale principio è stato espressamente previsto dall'art. 1 comma 2 della L. 689/1981, in base al quale "*le leggi che prevedono sanzioni amministrative si applicano soltanto nei casi e per i tempi in esse considerati*", con una formulazione che ricalca l'art. 14 delle disposizioni preliminari del codice civile. La dottrina ha osservato che in materia di illecito amministrativo questo principio non può essere desunto dall'art. 25 Cost., poiché tale norma sarebbe applicabile unicamente alla sfera

---

[486] V. Cass., sez. II, sent. n. 944 del 20 gennaio 2010, secondo cui "*In tema di sanzioni amministrative, il principio di irretroattività previsto dall'art. 1, comma 2, l. 24 novembre 1981 n. 689, ha portata generale e non è oggetto di particolari deroghe nella materia dei rifiuti, con la conseguenza che la responsabilità per un fatto commesso nel maggio dell'anno 1997 (nella specie, inosservanza dell'obbligo di tenuta dei registri di carico e scarico di cui all'art. 12 d.lg. 5 febbraio 1997 n. 22) deve essere valutata esclusivamente alla stregua delle disposizioni, allora in vigore, contenute nell'originario testo del citato d.lg. n. 22 del 1997 e, segnatamente, dell'art. 6 sulla nozione di rifiuto, risultando irrilevante al riguardo la sopravvenienza normativa di cui all'art. 14 d.l. 8 luglio 2002 n. 138 (conv., con modificazioni, nella l. 8 agosto 2002 n. 178), il quale ha dettato una norma che, nonostante sia formalmente qualificata come di "interpretazione autentica", ha natura sostanzialmente innovativa e derogatoria del citato art. 6*".

[487] V. SANDULLI M.A., voce *Sanzione amministrativa* in *Enc. Giur.*, Treccani, p. 15; V. TRAVI A.-PALIERO C.E., voce *Sanzione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Giuffré, Milano, p. 382.

[488] Contra V. BORSI U, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, in *Studi di Diritto Pubblico*, vol. I, Cedam, Padova, 1976, p. 3 e ss.. Art 14: "*La violazione, quando è possibile, deve essere contestata immediatamente tanto al trasgressore quanto la persona che si sia obbligata in solido al pagamento della somma dovuta per la violazione stessa. Se non è avvenuta la contestazione immediata per tutto per alcune delle persone indicate nel comma precedente, gli estremi della violazione debbono essere notificati agli interessati e residenti nel territorio della Repubblica entro il termine di 90 giorni e a quelli residenti all'estero entro il termine di 360 giorni dall'accertamento*". Art. 17: "*qualora non sia stato effettuato il pagamento in misura ridotta, il funzionario o l'agente che ha accertato la violazione, salvo che ricorra l'ipotesi prevista dall'art. 24, deve presentare rapporto, con la prova delle eseguite contestazioni al notificazioni, all'ufficio periferico cui sono demandati attribuzioni compiti del ministero nella competenza rientra la materia alla quale si riferisce la violazione o, in mancanza, al prefetto*".

[489] PAGLIARI G., *Il principio di legalità*, in CAGNAZZO A. (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 31.

dell'illecito penale, dovendosi dunque concludere che, rispetto al diritto sanzionatorio amministrativo, il divieto di analogia si fonderebbe esclusivamente sulla legge ordinaria[490].

3. L'antigiuridicità

Oltre alla realizzazione di una condotta conforme alla fattispecie sanzionatoria prevista dalle norme primarie e secondarie, un ulteriore requisito essenziale per il perfezionamento di un illecito amministrativo bancario è il requisito dell'antigiuridicità[491] della condotta realizzata. Come noto, questa consiste nell'antidoverosità di una condotta rispetto ai doveri generali ambientati nell'ordinamento e ai doveri specifici, che corrono nei confronti della pubblica amministrazione, collegati ad un dovere generale e astratto di astensione[492].

Il suo profilarsi nell'ambito dell'illecito amministrativo discende dalla previsione delle scriminanti elencate nell'art. 4 della L. 689/1981, identiche a quelle proprie dell'illecito civile e penale. Tale articolo infatti dispone che "*non risponde delle violazioni amministrative chi ha commesso il fatto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima ovvero in stato di necessità o di legittima difesa. Se la violazione è commessa per ordine dell'autorità, della stessa risponde il pubblico ufficiale che ha dato l'ordine.*". La citata disposizione non evoca come causa di giustificazione il consenso dell'avente diritto poiché questa, trattandosi di una scriminante applicabile ai soli diritti disponibili, potrebbe avere nel settore degli illeciti amministrativi un'applicazione assai ridotta[493].

---

[490] TRAVI A.- PALIERO C.E., voce *Sanzione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Giuffré, Milano, p. 380; cfr. SANDULLI M. A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e processuali*, Jovene, Napoli, 1983, p. 77.

[491] TRAVI A.- PALIERO C.E., voce *Sanzione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Giuffré, Milano, p. 391. COEN L., *L'antigiuridicità*, in CAGNAZZO A. (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 290 e ss..

[492] Per la ricostruzione del panorama dottrinario concernente il concetto di antigiuridicità, in materia di illecito penale, v. ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte generale*, p. 196 e ss.. V. CAPUTI JAMBREGHI M.T. P., *Le cause di sclusione della responsabilità*, in CAGNAZZO A. (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 160 e ss..

[493] SANDULLI M. A.., *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e processuali*, Jovene, Napoli, 1983, p. 114, che sottolinea come "*il carattere funzionale dell'attività amministrativa non lascia spazio ad una disponibilità della lesione*". PEDRAZZI C., voce *Consenso dell'avente diritto*, in *Enc. Dir.*, Giuffré, Milano, 1961, p. 140.

Da un punto di vista strutturale, l'antigiuridicità rappresenta un momento di confronto dialettico tra il fatto conforme al tipo espresso dalla norma sanzionatoria e l'intero complesso delle norme dell'ordinamento. Il verificarsi delle scriminanti disciplinate dall'art. 4 fa venir meno il rapporto di contraddizione tra il fatto conforme alla fattispecie tipica di illecito e l'intero ordinamento giuridico. Questo rapporto di contraddizione non si configura perchè una norma, ubicata in altro luogo dell'ordinamento, facoltizza o rende doverosa la realizzazione del fatto tipizzato dalla norma incriminatrice.

Nel settore dell'illecito amministrativo troverebbe dunque conferma l'antigiuridicità come concetto unitario. Ciò scongiurerebbe il rischio del formarsi di una pluralità di concetti di antigiuridicità e di separate cause di esclusione della antigiuridicità, che spezzerebbe l'unità dell'ordinamento e farebbe pagare al cittadino un alto prezzo in termini di garanzie e di correttezza del rapporto tra individuo e autorità[494].

4. La struttura della responsabilità:

4.1. Il principio di colpevolezza

Appare pacifico che alle sanzioni amministrative bancarie si applichi, sia pur con qualche piccolo discostamento[495], il regime generale della struttura della responsabilità previsto dal legislatore del 1981 agli artt. 2, 3, 5 e 6, che hanno individuato come regola generale la personalità e colpevolezza della responsabilità nell'illecito amministrativo, cui si affiancano alcune ipotesi di responsabilità indiretta o di posizione, collegate a peculiari centri di imputazione dell'illecito. Si è sempre ritenuto infatti, con il conforto di una giurisprudenza che appare pacifica, che le disposizioni sanzionatorie del Tub presuppongano sempre una violazione imputabile al suo autore, per un'azione od omissione cosciente e volontaria, a titolo di dolo o di colpa[496].

---

[494] MARINUCCI G., voce *Antigiuridicità*, in *Dig. It.*, vol. I, Giappichelli, Torino, 1987, p. 134 e ss.

[495] v. infra par. 4.2

[496] V. Cass., sez. trib., sent. n. 523928 febbraio 2008, secondo cui "*In tema di sanzioni amministrative pecuniarie applicabili ai sensi degli art. 144 e 145 della legge bancaria (d.lg. 1° settembre 1993 n. 385), il componente del collegio sindacale è imputabile a titolo di dolo o di colpa per l'omesso o il difettoso compimento, cosciente e volontario, dei doveri di controllo e di ispezione di cui all'art. 2403, comma 3, c.c., non diversamente da quanto previsto dalla disciplina generale dell'illecito amministrativo di cui alla legge n. 689 del 1981 che esclude forme di responsabilità oggettiva*". Corte d'App. Roma, decreto 15

La regola generale del requisito della colpevolezza adottata dal legislatore non era una scelta obbligata in una prospettiva costituzionale, come dimostrato da autorevole dottrina e confermato dalla giurisprudenza[497]. Fuorviante sarebbe infatti fondare le disposizioni degli articoli citati sulla base del richiamo all'art. 27 Cost., in base al quale "*La responsabilità penale è personale*". La formulazione letterale di tale disposizione non consente una simile interpretazione, né i lavori preparatori della norma contengono alcun riferimento alle sanzioni amministrative. Dal punto di vista sistematico, inoltre, solo in ambito penale sarebbe necessaria la personalità della responsabilità, attesa la centralità in tale settore dell'ordinamento della funzione rieducativa della pena[498]. Inoltre, dal punto di vista giuspolitico, diminuirebbe l'effettività dell'apparato sanzionatorio amministrativo l'esclusione di altre forme di responsabilità non personali, come ad esempio la responsabilità per il fatto altrui e la responsabilità solidale delle persone giuridiche.

Tuttavia il Tub e la L. 689/1981 hanno adottato la regola del principio di colpevolezza, indicando come presupposto della responsabilità amministrativa in primo luogo l'imputabilità dell'agente persona fisica, cioè la conoscibilità da parte del singolo del significato del precetto violato[499]. L'art. 2 L. 689/1981 infatti prevede la generale inapplicabilità delle sanzioni amministrative pecuniarie nei confronti di chi "*al momento in cui ha commesso il fatto non aveva compiuto i 18 anni o non aveva, in base ai criteri*

---

maggio – 13 giugno 2006. Questa giurisprudenza di merito ha affermato che "*le sanzioni amministrative comminate dal Tub riguardano le singole persone che compongono gli organi bancari perché la responsabilità è personale, come si ricava sia dalla disposizione generale dell'art. 3 L. 689/1981 in materia di sanzioni amministrative che dall'articolo 144 Tub, che prevede le sanzioni per i singoli soggetti che svolgono funzioni di amministrazione (consigliere di amministrazione) o di controllo (componenti del collegio sindacale) e non per gli organi di appartenenza*"

[497] V. Corte Costituzionale, sent. n. 420 del 19 novembre 1987. La Corte afferma la diversità ontologica tra illecito amministrativo e illecito penale, in particolare considerando "*che il raffronto fra la disciplina penale e quella amministrativa è di per sè di scarso significato, ove si considerino le importanti diversità che esistono tra le due categorie di illecito, già sul piano costituzionale (l'intero testo dell'art. 27 della Costituzione si applica soltanto alla responsabilità penale; il principio della irretroattività della legge è costituzionalizzato solo con riguardo alla materia penale: v. Corte cost. n. 68/1984); che importanti diversità si ravvisano altresì sul piano della normativa ordinaria, ove si consideri che il legislatore del 1981, tenuto conto della peculiarità della materia, ha disciplinato l'illecito amministrativo anche con ricorso ad istituti di diritto civile (non solo nei casi cui ci si riferisce nella specie, ma ugualmente per la responsabilità solidale: v. art. 6)*".

[498] V. SANDULLI M.A., voce *Sanzione amministrativa* in *Enc. Giur.*, Treccani, p. 9; V. TRAVI A.- PALIERO C.E., voce *Sanzione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Giuffré, Milano, p. 376.

[499] GALBUSERA F., *La capacità di intendere e di volere*, in CAGNAZZO A. (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 122 e ss.. Per la nozione di imputabilità in diritto penale, v. ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, parte generale, p. 609 e ss..

indicati nel codice penale, la capacità di intendere e di volere, salvo che lo stato di incapacità non derivi da sua colpa o sia stato da lui preordinato". Dunque l'imputabilità è presupposto necessario di quel giudizio di riprovevolezza da parte dell'ordinamento che giustifica l'irrogazione della sanzione, e ciò appare confermato dall'art. 5 della L. 689/1981, in base al quale ciascuno risponde per il proprio personale contributo nell'ambito di una fattispecie illecita plurisoggettiva. Solo eccezionalmente, per alcune ipotesi critiche[500], il legislatore ha facilitato il compito dell'organo irrogante, spostando *ex lege* l'onere probatorio. Ciò in quanto, senza la corresponsabilizzazione dei soggetti indicati dagli art. 2 e 6 commi 1 e 2, scarsa sarebbe stata la tenuta dell'efficacia general-preventiva del sistema sanzionatorio, a fronte di ipotesi nelle quali sarebbe troppo facile per l'incolpato sfuggire all'accertamento.

Oltre all'imputabilità dell'autore della condotta, secondo presupposto per l'imputazione dell'illecito amministrativo è la colpevolezza del soggetto agente[501]. L'art. 3 della L. 689/1981 dispone infatti che "*nelle violazioni in cui è applicabile una sanzione amministrativa ciascuno è responsabile della propria azione od omissione, cosciente volontaria, sia essa dolosa o colposa*".

Dunque per fondare la responsabilità di un illecito amministrativo sarebbe necessario l'accertamento, caso per caso, della motivazione dell'agente alla condotta posta in essere, quantomeno sotto il profilo della colpa. Tuttavia, la giurisprudenza ha in diverse occasioni riproposto affermazioni della "*presunzione di colpa*", nonostante la L. 689/1981 fornisca una serie di dati testuali che chiudono ogni spazio a simili inversioni[502]. In base a tali pronunce, infatti, la sola qualità di amministratore o di

---

[500] V. art. 2 comma 2 e art. 6 commi 1 e 2 della L. 689/1981.

[501] RAGNI E., *L'elemento soggettivo dell'illecito amministrativo*, in CAGNAZZO A. (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 141 e ss..

[502] Basti pensare alle previsioni espresse di presunzione di colpa ex art. 2 comma 2 e ex art. 6 commi 1 e 2. Come sottolineato dalla dottrina, la previsione espressa di simili eccezioni confermerebbe la regola della "presunzione di non colpevolezza". Oppure si pensi ai profili processuali relativi all'accertamento della responsabilità da parte del giudice in sede di opposizione ex art. 23, in base al quale "*il giudice dispone, anche d'ufficio, i mezzi di prova che ritiene necessari*" e in base al quale l'opposizione è accolta "*quando non vi sono prove sufficienti della responsabilità dell'opponente*". Queste disposizioni starebbero a significare che, per il fondamentale profilo dell'accertamento della responsabilità, il giudice dell'opposizione e, *a fortiori*, la pubblica amministrazione irrogante, devono accertare la responsabilità anche sotto il profilo della colpevolezza secondo criteri paralleli a quelli usati nell'ambito del processo penale. v. TRAVI A.- PALIERO C.E., *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Giuffré, Milano, 1988, p. 385. Per l'orientamento giurisprudenziale prevalente, v. Cassaz., sez. un., sent. n. 20933 del 30 settembre 2009. In tale arresto la Corte ha affermato che "*la mancanza di indizi visibili da cui inferire l'atteggiamento colpevole induce legittimamente a presumerlo entro la (soddisfacente) dimensione della*

componente il collegio sindacale di una società bancaria cui sia imputabile l'illecito amministrativo è sufficiente a configurare la presunzione di colpa in capo alla persona fisica destinataria della contestazione. Peraltro, si tratta di una presunzione *iuris tantum*, che l'incolpato potrà superare dimostrando di aver adempiuto ai propri obblighi, ovvero di non aver potuto adempiere per circostanze sopravvenute a lui non imputabili, in base al criterio generale di ripartizione dell'onere della prova ex art. 2697 c.c..

La conferma del principio di colpevolezza all'interno del sistema sanzionatorio amministrativo si completa inoltre con la rilevanza dell'errore ex art. 3 comma 2[503]. L'errore sul fatto è infatti una causa tipica di esclusione della colpevolezza, ovviamente

---

suitas della condotta, e ciò per evitare impraticabili e defatiganti indagini di tipo introspettivo dal punto di vista dell'accertamento processuale, ove la mancanza in rerum natura di un'azione che rechi le stimmate di un atteggiamento predicabile come colpevole consente ed anzi impone al giudice di limitarsi ad individuare l'autore imputabile dell'inosservanza, senza necessità di ulteriori indagini in ordine ad una condotta da verificarsi come modulata sul piano del dolo o della colpa. (…) Il giudizio di "colpevolezza colposa" è ancorato, dunque, a parametri normativi, esterni al dato puramente psicologico. Tale, condivisibile impostazione del problema della prova dell'elemento soggettivo è del tutto idonea, a giudizio di queste sezioni unite, a fondare, mutatis mutandis, la legittimità della c.d. "presunzione di colpa", e della conseguente "inversione" dell'onere probatorio: sarà lo stesso autore "normale"- e dunque presuntivamente colpevole - che dovrà allegare quelle circostanze "anomale" impeditive di un giudizio di riprovevolezza, non potendo essere chiamato ad impossibilia"; Cassaz., sez. un., 6 ottobre 1995, n. 10508: "*Il principio posto dall'art. 3 l. 24 novembre 1981 n. 689, secondo cui per le violazioni colpite da sanzione amministrativa è richiesta la coscienza e volontà della condotta attiva o omissiva sia essa dolosa o colposa, deve essere inteso nel senso della sufficienza dei suddetti estremi, senza che occorra la concreta dimostrazione del dolo e della colpa, atteso che la norma come una presunzione di colpa in ordine al fatto vietato a carico di colui che lo abbia commesso, riservando poi a questi l'onere di provare di aver agito senza colpa.*"; Tar Lazio, sez. III, 22 giugno 2006, n. 5038; Tar Lazio, sez. III, 2 febbraio 2009, n. 938; Tar Lazio, sez. I, 3 giugno 2010, n. 14856. Si devono peraltro indicare alcune pronunce contrarie alla tesi prospettata: Cass. 23 aprile 1992, n. 4900; Cass., sez. I, sent. n. 10412 del 3 dicembre 1994, secondo cui "*L'illecito amministrativo presuppone la configurabilità di una condotta dolosa o colposa; pertanto, non è legittima l'applicazione di una sanzione amministrativa, nei confronti del legale rappresentante di una società, sulla base di una generica "culpa in vigilando" o "in eligendo", in assenza di accertamenti specifici e senza valutare se le infrazioni fossero imputabili anche al comportamento omissivo del medesimo legale rappresentante.*"; Cass., sez. I, sent. n. 21188 del 31 ottobre 2005, secondo cui "*Nel giudizio di opposizione a sanzione amministrativa, il giudice di merito deve verificare - ove la sua mancanza costituisca motivo di opposizione - la configurabilità o meno dell'elemento psicologico del dolo o della colpa nella commissione dell'illecito, previsto in generale dall'art. 3 della legge n. 689 del 1981, e quindi la conoscenza, o la conoscibilità, secondo l'ordinaria diligenza, dei presupposti di fatto dell'illecito; in particolare, in caso di sanzione amministrativa irrogata per aver attraversato la carreggiata stradale senza servirsi degli attraversamenti pedonali (in violazione dell'art. 190, comma 2, cod. strada), pur in presenza di un apposito sottopassaggio situato a meno di cento metri, va verificato se il sottopassaggio fosse visibile o segnalato nel punto in cui il pedone aveva effettuato l'attraversamento, dovendo escludersi in caso contrario la configurabilità dell'elemento psicologico*".

[503] "*nel caso in cui la violazione è commessa per errore sul fatto, l'agente non è responsabile quando l'errore non è determinato da sua colpa*".

quando tale errore è essenziale e incolpevole: da ciò si desume che la forma tipica di responsabilità per l'illecito amministrativo è la responsabilità colpevole[504].

Dunque, il testo unico bancario, accogliendo l'impostazione indicata nella L. 689/1981, ha in via generale collegato l'illecito amministrativo al principio di colpevolezza, in ragione di esigenze di prevenzione generale e speciale, atteso che "*la predisposizione di mezzi di influenza coattiva sulle future scelte d'azione di vita del singolo (..) ha senso soltanto a seguito di comportamenti illeciti che siano espressione della personalità del soggetto*", così che il "*nesso fra colpevolezza e prevenzione speciale (..) è dato da un generale criterio di razionalità del mezzo rispetto al fine*"[505].

4.2. La regola della solidarietà

La legge bancaria del 1936 aveva costruito le fattispecie sanzionatorie individuando i soggetti responsabili degli illeciti tra coloro che, in base ad un criterio soggettivo, erano titolari di determinate qualifiche (dirigenti, liquidatori, commissari, institori, impiegati).[506] La dottrina e la giurisprudenza avevano interpretato estensivamente l'indicazione dei soggetti responsabili, fino a ricomprendervi tutti coloro che avessero "*il potere di determinare la volontà dell'ente bancario*", dunque anche i componenti del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale, nonché i direttori generali delle banche.

Il testo unico bancario ha invece individuato i destinatari dei provvedimenti sanzionatori in base a criteri oggettivi e funzionali, dal momento che l'art. 144 Tub punisce chiunque svolga all'interno di una banca funzioni di amministrazione, direzione o controllo, nonché i dipendenti e tutti coloro cui sia affidata una specifica

[504] V. SANDULLI M.A., voce *Sanzione amministrativa* in *Enc. Giur.*, Treccani, p. 10. L'autore sottolinea come la L. 689/1981 non disciplina, a differenza del codice penale, la rilevanza dell'errore di diritto. In particolare, non essendo ripetuto in campo amministrativo il principio *nemo censetur ignorare legem*, ciò aprirebbe la strada alla "*rilevanza dell'errore sulla norma determinata dalle obiettive condizioni di incertezza della medesima*". In materia, v. Corte Cost., sent. n. 364 del 24 marzo 1988, in base alla quale "*È illegittima costituzionalmente la punizione di fatti che non risultano essere espressione di consapevole, rimproverabile contrasto con i (od indifferenza ai) valori della convivenza, espressi dalle norme penali. Deve essere esclusa la punibilità ove sia stato impossibile, per fatto non ascrivibile alla volontà dell'interessato, conoscere il precetto penale. È costituzionalmente illegittimo l'art. 5 c.p. nella parte in cui impedisce ogni esame della rimproverabilità e, pertanto, scusabilità dell'ignoranza della (od errore sulla) legge penale*".

[505] PULITANÒ D., *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Giuffré, Milano, 1976.

[506] Art. 87 L.b. 1936; v. CECI IAPICHINO S., *Le sanzioni amministrative*, in GALANTI E. (a cura di), *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, Cedam, Padova, 2008, p. 1460.

responsabilità nell'organizzazione della banca. Sotto il profilo dei contenuti, tale responsabilità non è solo relativa ad un illecito di danno, ma può anche estendersi alla "*trasgressione formale di doveri, alla semplice messa in pericolo degli interessi tutelati dalle norme amministrative, alla lesione di beni immateriali*"[507].

Alla regola della responsabilità colpevole per l'agente persona fisica si accompagna, nel sistema del Tub, la corresponsabilizzazione della banca, ai sensi dell'art. 145, comma 10. Tale regola evoca quanto disposto dall'art. 6 L. 689/1981 il quale, oltre a prevedere ipotesi in cui rispondano soggetti non imprenditori (commi 1 e 2), al comma 3 prevede la corresponsabilizzazione dell'impresa, per gli illeciti commessi, da parte del "*rappresentante o dipendente di una persona giuridica o di un ente privo di personalità giuridica o, comunque, di un imprenditore nell'esercizio delle proprie funzioni o incombenze*" [508] nell'esercizio dell'attività di impresa.

La corresponsabilizzazione dell'impresa è la forma di imputazione più caratterizzante il sistema della L. 689/1981, poiché attribuisce all'imprenditore uno schema di responsabilità oggettiva, con regime differenziato e più gravoso per gli illeciti commessi da questo rispetto ai soggetti non imprenditori indicati nell'art. 6 commi 1 e 2, per i quali solamente è ammessa la possibilità di fornire prove di elementi in grado di escluderne la responsabilità[509].

Sotto il profilo strutturale, questa responsabilità assume connotati specifici. Essa è una responsabilità solidale che opera tuttavia a titolo principale e non sussidiario, a differenza della disciplina stabilita dal codice penale[510]. Al tempo stesso, il diritto di regresso opera sempre per l'intero, e non *pro quota*, a differenza della disciplina stabilita dall'art. 2055 del codice civile. Va sottolineato tuttavia che il *modus operandi* della solidarietà, con riferimento all'illecito realizzato dall'imprenditore bancario, si atteggia

[507] V. TRAVI A.- PALIERO C.E., voce *Sanzione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Giuffré, Milano, p.

[508] V. TRAVI A.- PALIERO C.E., voce *Sanzione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Giuffré, Milano, p. ., ad avviso dei quali tali criteri di imputazione, a differenza di quelli individuati oggi dal Tub, sono sembrati formali e restrittivi rispetto a criteri sostanziali come l'interesse della società o criteri che facciano riferimento a tutte quelle ipotesi in cui dei soggetti rivestano una posizione formale non corrispondente alle funzioni esercitate di fatto o che addirittura appaiono estranei all'organizzazione sociale, nella quale figurano invece semplici prestanome. V. SANDULLI M.A., voce *Sanzione amministrativa* in *Enc. Giur.*, Treccani, p. 11.; CERBO P., *Il principio di solidarietà*, in CAGNAZZO A. (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 192 e ss.., secondo i quali l'art. 6 L. 689/1981 prevede un regime di responsabilità che ha voluto conciliare i principi afflittivi caratteristici di un sistema sanzionatorio, con l'esigenza di speditezza e di certezza del pagamento, che dovrebbero connotare specificamente un sistema sanzionatorio amministrativo.

[509] V. TRAVI A.- PALIERO C.E., voce *Sanzione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Giuffré, Milano, p. 389 e ss..

[510] V. Art. 196 e 197 c.p.

in maniera peculiare: va infatti considerato che, se in base all'art. 6 comma 4 L. 689/1981 "*chi ha pagato ha diritto di regresso per l'intero nei confronti dell'autore della violazione*", l'art. 145 comma 10 D. Lgs. 385/1993 rende obbligatorio il regresso dell'ente creditizio responsabile in solido nei confronti dell'autore dell'illecito. Tale disposizione implica che, fatta salva la garanzia di più facile escussione del credito sanzionatorio, responsabile ai fini della sanzione resta sempre e soltanto l'autore della violazione, con ciò comportando che rilievo determinante assume, in ordine alle sanzioni amministrative bancarie, il momento finalistico della punizione[511]. Un simile modello di imputazione, comportante una maggiore responsabilizzazione del *management* bancario, è il contraltare della maggiore libertà di iniziativa imprenditoriale ad esso concessa dal legislatore del 1993[512].

In una prospettiva di politica del diritto è stato notato che la configurazione di tale responsabilità non è congrua rispetto ai fini prescelti[513]. Con la scelta di corresponsabilizzare in modo solidale "*le banche, le società o gli enti ai quali appartengono i responsabili delle violazioni*", che "*sono tenuti a esercitare il regresso verso i responsabili*"[514], il legislatore si è limitato ad obbligare l'ente a garantire il pagamento di una sanzione pecuniaria che, dovendo essere commisurata alla persona fisica autore dell'infrazione ex art. 11 L. 689/1981, non potrà che avere una scarsa efficacia deterrente nei confronti della persona giuridica obbligata in solido[515].

5. Il concorso di persone

La L. 689/1981 estende all'ipotesi del concorso di persone in un illecito bancario il principio penalistico della responsabilità correale, in base al quale ciascuno soggiace per l'intero alla pena stabilita per la violazione, essendo tante pene quanti sono i partecipanti all'illecito (art. 5)[516].

---

[511] V. SANDULLI M.A., voce *Sanzione amministrativa* in *Enc. Giur.*, Treccani, p. 11.
[512] V. V. Parte 1, cap. 1, par. 4.
[513] V. TRAVI A.- PALIERO C.E., *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Giuffré, Milano, 1989.
[514] Art. 145 comma 10 Tub.
[515] CECI IAPICHINO S., *Le sanzioni amministrative*, in GALANTI E. (a cura di), *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, Cedam, Padova, 2008, p. 1445; V. MATTARELLA B. G., *Le sanzioni amministrative nel nuovo ordinamento bancario*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1996, p. 705.
[516] DATO G.G.A., *Il concorso di persone*, in CAGNAZZO A. (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 171 e ss.

Tale forma di manifestazione dell'illecito amministrativo non è stata disciplinata in base ad un principio di solidarietà nell'obbligazione del pagamento della pena pecuniaria poiché il legislatore ha optato per il carattere punitivo del sistema delle sanzioni amministrative, "*centrandone il punto focale nel male che esse devono in defettibilmente infliggere non già ad uno, ma a tutti i responsabili della trasgressione*"[517].

Mentre il principio della solidarietà sarebbe diretto ad ottenere che l'infrazione sia punita senza che per questo rilevi l'effettiva incidenza della pena su ciascuno degli autori della lesione, la regola della responsabilità correale ha di mira l'afflizione dei soggetti cui la violazione è giuridicamente imputabile.

6. La disciplina della sanzione amministrativa:

6.1. Intrasmissibilità e prescrizione

La legge 689/1981 individua un regime generale applicabile a tutte le sanzioni amministrative, anche a quelle bancarie[518], in merito alla disciplina della prescrizione e dell'intrasmissibilità dell'obbligazione del pagamento della sanzione pecuniaria, dettata dagli art. 7 e 28 della L. 689/1981.

In base all'art. 28 della legge 689, "*Il diritto a riscuotere le somme dovute per le violazioni indicate (..) si prescrive nel termine di cinque anni dal giorno in cui è stata commessa la violazione. L'interruzione della prescrizione è regolata dalle norme del codice civile*". Dunque le disposizioni sulla prescrizione attribuiscono valore anche al tempo decorso prima dell'emanazione del provvedimento sanzionatorio, poiché il *dies a quo* del termine di prescrizione è individuato nel "*giorno in cui è stata commessa la violazione*", che necessariamente dovrà essere un momento anteriore rispetto a quello dell'emanazione del provvedimento[519]. Ne deriva che l'oggetto della disciplina della prescrizione è non solo l'obbligazione pecuniaria nascente dall'emanazione del provvedimento sanzionatorio, conclusione del procedimento amministrativo relativo, ma anche l'illecito amministrativo stesso, il cui accertamento si perfeziona prima del

[517] V. SANDULLI M.A., voce *Sanzione amministrativa* in *Enc. Giur.*, Treccani, p. 11. ID., *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e processuali*, Jovene, Napoli, 1983, p. 120.
[518] V. Corte d'Appello di Roma, decreto 22 gennaio – 25 febbraio 2009.
[519] DATO G.G.A, *Prescrizione*, in CAGNAZZO A. (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 25

provvedimento. Da ciò consegue che tale disciplina è applicabile non solo alle sanzioni pecuniarie, ma anche alle sanzioni di natura diversa, poiché anche per esse si verifica un momento di perfezionamento ed accertamento dell'illecito, anteriore rispetto all'emanazione della decisione[520].

Un ulteriore argomento che induce a ritenere che la disciplina della L. 689/1981 sia applicabile a tutti i tipi di sanzione amministrativa è anche la disciplina fornita dall'art. 7, in base al quale "*l'obbligazione di pagare la somma dovuta per la violazione non si trasmette agli eredi*"[521]. Ad avviso della giurisprudenza, la morte del sanzionato determinerebbe non solo l'intrasmissibilità agli eredi dell'obbligazione pecuniaria, ma anche l'estinzione dell'obbligazione a carico dell'obbligato solidale[522].

L'affermazione del principio di intrasmissibilità dell'obbligazione di pagare la somma dovuta per la violazione amministrativa implica che l'obbligazione pecuniaria nascente dal provvedimento sanzionatorio è sì un obbligazione, ma soprattutto è anche una pena, avendo essa un carattere personalissimo che prevale sul principio della trasmissione della responsabilità patrimoniale. Dunque a tale tipo di sanzione non si dovrà applicare la disciplina civilistica comune delle obbligazioni pecuniarie, bensì una disciplina speciale, quale è appunto quella stabilita dalla L. 689/1981. La disposizione

---

[520] V. SANDULLI M.A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e processuali*, Jovene, Napoli, 1983, p. 120; TRAVI A.- PALIERO C.E., voce *Sanzione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Giuffré, Milano, p. 393; DATO G.G.A., *La prescrizione*, in CAGNAZZO A. (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 663 e ss..

[521] CERBO P., *Il principio di solidarietà*, in CAGNAZZO A. (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 208 e ss..

[522] Corte di Cassaz.., sez. lav., sent. n. 1193 del 21 gennaio 2008, in base alla quale "*L'obbligato solidale per la sanzione amministrativa non è un obbligato sussidiario per l'ipotesi di insolvibilità del condannato, e meno che mai per l'ipotesi di pratica difficoltà di identificare l'autore della violazione; nel caso di specie l'obbligato solidale realizza, invece, la figura dell'obbligazione solidale nell'interesse esclusivo di uno solo degli obbligati solidali, e cioè dell'autore della violazione, onde essa, a norma dell'art. 1289 c.c., non si ripartisce nei rapporti interni tra i vari obbligati, restando sempre a carico del debitore principale. Nella solidarietà prevista nell'interesse di uno solo degli obbligati solidali, il fatto estintivo dell'obbligazione che attiene all'obbligato principale, produce effetti anche sull'obbligazione del debitore accessorio, che rimane anch'essa estinta. Ne deriva che la morte dell'autore della violazione determina non solo l'intrasmissibilità ai suoi eredi dell'obbligazione di pagare la somma dovuta per sanzione, ma anche l'estinzione dell'obbligazione a carico dell'obbligato solidale.*". La Cassazione giunge a queste conclusioni ritenendo che "*In tema di sanzioni amministrative, il disposto dell'art. 7 della legge n. 689 del 1981 (per il quale «L'obbligazione di pagare la somma dovuta per la violazione non si trasmette agli eredi») e quello dell'ultimo comma dell'art. 6 (secondo cui l'obbligato solidale che ha pagato «ha diritto di regresso per l'intero nei confronti dell'autore della violazione») sono espressione del principio della personalità della sanzione amministrativa, per il quale la morte dell'autore della violazione determina non solo l'intrasmissibilità ai suoi eredi dell'obbligo di pagare la somma dovuta per la sanzione, ma anche l'estinzione dell'obbligazione a carico dell'obbligato solidale.*". V. anche Cassaz., sez. III, sent. n. 2501 del 6 marzo 2000, secondo cui ".

dell'art. 7 ha dunque eliminato uno dei maggiori ostacoli all'assimilazione della disciplina tra le sanzioni amministrative pecuniarie e le sanzioni amministrative di diverso tipo, che prima veniva proprio individuata nell'applicabilità alle prime della disciplina civilistica.

6.2. I criteri per la determinazione delle sanzioni amministrative pecuniarie

Ad eccezione di quanto previsto dall'art. 133[523], dagli artt. 139 e 140[524] e dall'art. 144 commi 3, 3 bis e 4[525] del Tub, gli illeciti amministrativi bancari sono sanzionati con una sanzione pecuniaria compresa tra un minimo di euro 2.580 ed un massimo di euro 109.110, in base al disposto dell'art. 144 comma 1 Tub. Alle sanzioni così determinate, il Tub ha affiancato anche ulteriori misure capaci di incidere sulla sfera reputazionale degli intermediari. Infatti, è previsto che il provvedimento sanzionatorio sia pubblicato sul Bollettino della Banca d'Italia, ovvero su almeno due quotidiani a diffusione nazionale, di cui almeno uno economico, nel caso di sanzioni che riguardino gli obblighi di trasparenza. La pubblicazione può essere considerata una vera e propria sanzione accessoria, dotata di un autonomo carattere di afflittività, dal momento che da essa può derivare una pubblicità negativa capace di orientare le scelte della potenziale clientela in senso sfavorevole rispetto all'impresa sanzionata.

Gli importi indicati sono il frutto dell'aggiornamento effettuato dall'art. 39 comma 2 L. 262/2005, che ha comportato la quintuplicazione dei limiti edittali delle sanzioni pecuniarie, allo scopo di adeguarli all'inflazione e di accrescerne l'afflittività. Importi così stabiliti rappresentano un elemento di specialità della disciplina degli illeciti bancari rispetto alla disciplina generale delle sanzioni amministrative pecuniarie. Essi infatti derogano al limite fissato dall'art. 10 L. 689/1981, in base al quale l'importo massimo della sanzione pecuniaria non può superare per più di dieci volte l'importo minimo[526]. Tale deroga, che amplia il potere di scelta dell'organo di vigilanza nell'irrogazione della sanzione, ha fatto dubitare della compatibilità dell'art. 144 del Tub

[523] in materia di abuso di denominazione
[524] relativi agli obblighi di comunicazione di partecipazioni rilevanti
[525] relativi alla trasparenza bancaria
[526] V. art. 10, comma 2 L. 689/1981: "*Fuori dei casi espressamente stabiliti dalla legge, il limite massimo della sanzione amministrativa pecuniaria non può, per ciascuna violazione superare il decuplo del minimo*".

con i principi di legalità della pena e di tassatività del precetto sanzionatorio, richiesti dall'art. 23 Cost.. È stato affermato infatti che un'oscillazione così ampia fra minimo e massimo edittale rischierebbe di rendere arbitraria l'irrogazione della pena[527]. Tuttavia la giurisprudenza ha escluso l'esistenza di un tale rischio, dal momento che anche agli illeciti bancari devono ritenersi applicabili i criteri per la determinazione delle sanzioni amministrative pecuniarie fissati dall'art. 11 L. 689/1981[528], che fa riferimento "*alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche*".

Tale disposizione è apparsa valorizzare decisamente l'elemento personale dell'illecito e rispecchia la natura punitiva, e non risarcitoria o ripristinatoria, delle sanzioni amministrative, che si confermano pene in senso tecnico[529]. Comunque, in ambito bancario i parametri indicati dall'art. 11 troveranno applicazione in fattispecie di illecito di mera trasgressione oppure inserite nella realtà societaria, contesto in cui gli agenti si trovano ad operare in una fitta rete di rapporti che collega i diversi livelli dell'organizzazione aziendale. Per questo, essi devono essere applicati insieme agli ulteriori criteri per la determinazione dell'importo delle sanzioni forniti dal provvedimento della Banca d'Italia del 18 dicembre 2012, contenente la disciplina secondaria in materia di sanzioni e procedura sanzionatoria amministrativa[530]. Esso dispone che, nella determinazione della sanzione, la Banca d'Italia deve tenere anche conto dell'"*attività svolta dai soggetti sottoposti alla procedura sanzionatoria per eliminare o attenuare le conseguenze dell'infrazione*", nonché del "*grado di responsabilità personale dei soggetti sottoposti alla procedura sanzionatoria, in*

[527] PATRONI GRIFFI A. – SANTORO V., *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, commento al decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385*, Bologna, 2003

[528] Cass., sez. I, 19 aprile 2005, n. 8196, che ha dichiarato "*manifestamente infondata la q.l.c. dell'art. 144, comma 1, d.lg. n. 385 del 1993, sollevata in riferimento all'art. 23, cost., in quanto, in violazione dei principi di legalità e tassatività del precetto sanzionatorio, non prevedrebbe criteri di graduazione delle sanzioni amministrative pecuniarie applicabili per le violazioni previste dal t.u. delle leggi in materia bancaria, poiché la materia dell'illecito amministrativo risulta disciplinata compiutamente dall'art. 11 della legge n. 689 del 1981, il quale detta sufficienti criteri per la determinazione della sanzione amministrativa entro un limite minimo ed un limite massimo, sulla cui concreta applicazione ben può essere invocato il sindacato del giudice di merito*". V. anche Cass., sez. I, 16 marzo 2004, n. 5304; Cass., sez. I, 15 giugno 1999, n. 5936.

[529] MORZENTI PELLEGRINI R.- MONZANI S., *La sanzione amministrativa pecuniaria,* in CAGNAZZO A. (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 391.

[530] V. par. 1.6 del provvedimento della Banca d'Italia del 18 dicembre 2012, Disposizioni di vigilanza in materia di sanzioni e procedura sanzionatorie amministrativa.

relazione agli elementi informativi disponibili". Tali criteri verranno analizzati successivamente, vista la loro collocazione in tale disciplina secondaria[531].

6.3. Concorso formale di illeciti e concorso di norme sanzionatorie

L'art. 8 L. 689/1981 dispone che "*salvo che sia diversamente stabilito dalla legge, chi con un'azione od omissione viola diverse disposizioni che prevedono sanzioni amministrative o commette più violazioni della stessa disposizione, soggiace alla sanzione prevista per la violazione più grave, aumentata sino al triplo*", con tale disposizione ricalcando il regime previsto dall'art. 81 comma 1 del codice penale[532]. Naturalmente anche tale disposizione deve essere ritenuta applicabile alle sanzioni previste dal Tub.

Lo stesso deve essere detto anche per quanto riguarda l'individuazione della disciplina applicabile nel caso in cui una medesima condotta realizzi un illecito punito tanto da una norma penale quanto da una norma amministrativa, la L. 689/1981 ha segnato un'importante conferma del riconoscimento dell'omogeneità funzionale delle misure sanzionatorie, indipendentemente dall'ordine giuridico che esse mirano a tutelare. L'art. 9 comma 1 della L. 689/1981 infatti dispone che "*quando uno stesso fatto è punito da una disposizione penale e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, ovvero da una pluralità di disposizioni che prevedono sanzioni amministrative, si applica la disposizione speciale*".

Il principio affermato da tale disposizione è che le sanzioni amministrative e le sanzioni penali, pur rispondendo alla medesima finalità afflittiva, non sono giuridicamente cumulabili[533]. Al riguardo, è da sottolineare che non è chiaro il significato da attribuire al concetto di disposizione speciale da applicare al caso in cui un medesimo comportamento antigiuridico sia punibile tanto in sede amministrativa quanto in sede penale. La regola potrebbe interpretarsi nel senso della prevalenza in ogni caso della sanzione amministrativa, in quanto operante nell'ambito di un ordine speciale, rispetto a quello generale previsto dalle disposizioni penali. Tale

[531] V. Parte II, cap. 3, par. 6.2
[532] DIMA D., *Il concorso formale e materiale nelle sanzioni amministrative*, in CAGNAZZO A. (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 212 e ss..
[533] V. SANDULLI M.A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e processuali*, Jovene, Napoli, 1983, p. 133 e ss..

interpretazione sembrerebbe però confutata dai lavori preparatori[534]. Se *de iure condendo* apparirebbe preferibile introdurre un criterio di prevalenza della legge penale, *de iure condito* sembrerebbe che dovrebbe applicarsi ai rapporti tra i due ordini giuridici il criterio logico di specialità ex art. 15 C.P. nel caso concreto.

[534] V. SANDULLI M.A., voce *Sanzione amministrativa* in *Enc. Giur.*, Treccani, p. 13

capitolo 3. La disciplina del procedimento

1. Determinazione dei confini dell'analisi

Per garantire l'*enforcement* delle funzioni svolte dalla Banca d'Italia, l'ordinamento ha attribuito ad essa rilevanti poteri sanzionatori, esercitati nell'ambito di un'ampia gamma di procedimenti.

In primo luogo vi sono i procedimenti sanzionatori in cui la Banca d'Italia è titolare del potere di accertare le infrazioni e di contestare gli addebiti ai soggetti incolpati, di esaminare le controdeduzioni da questi presentate, di assumere ogni altra informazione e di provvedere ad irrogare le sanzioni pecuniarie con provvedimento motivato. Tali procedimenti sono quelli previsti per gli illeciti stabiliti nel testo unico bancario[535] e nel testo unico della finanza[536], per gli illeciti in materia di violazione delle forme tecniche dei bilanci[537], di sorveglianza su sistemi di pagamento[538], di obblighi di ritiro di banconote sospette di falsità[539], di pagamenti transfrontalieri[540], di commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori[541], di statistiche relative alla compilazione della bilancia dei pagamenti e alla posizione patrimoniale verso l'estero[542].

In secondo luogo, vi sono quei procedimenti sanzionatori in cui la Banca d'Italia deve coordinarsi anche con altre autorità amministrative. Ad esempio, nei procedimenti sanzionatori ex art. 60 D. Lgs. 231/2007[543], la Banca d'Italia è titolare unicamente del potere di accertare le infrazioni e di avviare la procedura sanzionatoria, condiviso con le altre amministrazioni interessate, la Guardia di Finanza e la DIA. In tale ipotesi, dopo aver contestato agli incolpati le irregolarità, essa è tenuta a trasmettere gli atti relativi all'istruttoria compiuta al Ministero dell'economia e delle finanze per la successiva adozione del provvedimento sanzionatorio. Ancora, nella procedura sanzionatoria

[535] Art. 145 Tub
[536] Art. 195 Tuf
[537] Art. 45 D. Lgs. n. 87/1992
[538] Art. 32 comma 6 D. Lgs. n. 11/2010
[539] Art. 8 del D.L. n. 350/2001 conv. Con L. n. 409/2001
[540] Art. D. Lgs. n. 180/2004
[541] Art. 67- sptiesdecies del D. Lgs. N. 206/2005
[542] Art. 11 comma 6 del D. Lgs. n. 195/2008
[543] Procedimenti previsti per la violazione degli artt. 57 e 58 del D. Lgs. 231/2007, in materia di prevenzione del riciclaggio di capitali e del finanziamento del terrorismo.

prevista dal Testo Unico Valutario[544], la Banca d'Italia ha il potere di disporre l'avvio del procedimento e di procedere all'istruttoria, predisponendo una relazione illustrativa da inviare al Ministero dell'economia e delle finanze, cui spetta l'eventuale irrogazione delle sanzioni. Al riguardo, è utile osservare che quest'ultima procedura si applica anche alle sanzioni amministrative la cui irrogazione è stata attribuita alla Banca d'Italia a seguito della soppressione dell'UIC, e cioè quelle previste in materia di embargo e congelamento dei capitali di pertinenza di terroristi[545], di obbligo di dichiarare alla Banca d'Italia i trasferimenti di oro[546], di monetazione metallica[547].

Il presente lavoro intende analizzare principalmente i modi di esercizio della funzione sanzionatoria della Banca d'Italia che si ricollegano allo svolgimento della funzione di vigilanza. In tale ambito, il fulcro della procedura sanzionatoria di competenza della Banca d'Italia è il modello delineato dall'art. 145 Tub e dall'art. 195 Tuf, ossia il modello che attribuisce all'autorità di settore una potestà sanzionatoria piena comprendente poteri di avvio, poteri istruttori e poteri decisori[548].

2. Il quadro normativo di riferimento

Il quadro normativo che disciplina l'azione sanzionatoria della Banca d'Italia nel settore bancario e finanziario è estremamente complesso.

La stratificazione degli interventi normativi che si sono succeduti nel tempo ha riguardato innanzitutto l'individuazione dell'autorità competente ad emanare i provvedimenti sanzionatori. L'art. 90 della legge bancaria infatti stabiliva che le sanzioni pecuniarie fossero applicate con provvedimento del Ministero del Tesoro, sulla base dell'istruttoria della Banca d'Italia e previa autorizzazione del CICR[549] e, a sua volta, l'originaria formulazione dell'art. 145 Tub confermava la competenza del

[544] D.P.R. n. 148/1988
[545] D. Lgs. n. 109/2007
[546] Art. 1 L. n. 7/2000
[547] Art. 52 bis D. Lgs. n. 213/1998
[548] V. Cass. Civ., sez. un., n. 20929/2009, secondo la quale "*la procedura disciplinata dall'art. 145 [Tub] rappresenta (…) il modello di riferimento nella disciplina sanzionatoria dell'ordinamento finanziario, modello che oggi si applica ai soggetti che compiono attività di intermediazione, bancaria o non*".
[549] BANI E., *Le sanzioni amministrative*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), La *nuova legge sul risparmio, profili societari, assetti istituzionali e tutela degli investitori*, Cedam, Padova, 2006, p. 406; CECI IAPICHINO S., *Le sanzioni amministrative*, in GALANTI E. (a cura di), *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, Cedam, Padova, 2008, p. 1437; V. MATTARELLA B. G., *Le sanzioni amministrative nel nuovo ordinamento bancario*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1996, p. 705.

ministero ad adottare il provvedimento sanzionatorio, pur avendo eliminato l'intervento del CICR nella fase decisoria[550].

Tale ripartizione di funzioni tra la Banca d'Italia e il Ministero appariva fuori luogo[551], perché non corrispondeva alla titolarità del potere di accertamento delle irregolarità e dei più generali poteri di vigilanza sul sistema creditizio e perché in controtendenza rispetto a tutti gli altri interventi legislativi che avevano attribuito ad autorità amministrative indipendenti il potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie nei rispettivi settori di competenza. Per tali ragioni è intervenuta prima la L. 262/2005, che ha modificato la procedura sanzionatoria prevista dall'art. 195 Tuf, stabilendo l'attribuzione del potere di irrogare le sanzioni amministrative in materia finanziaria alle autorità amministrative di settore, la Banca d'Italia e la Consob, "*secondo le rispettive competenze*". A poca distanza di tempo è poi intervenuto l'art. 26 della L. 262/2005, che ha deciso di concentrare in capo alla Banca d'Italia anche i poteri sanzionatori nel settore bancario, eliminando anche in questo ambito le competenze del Ministero dell'economia e delle finanze[552].

La normativa che regola i poteri sanzionatori della Banca d'Italia in materia bancaria e finanziaria risulta particolarmente composita anche con riferimento alla disciplina del procedimento attraverso cui questi vengono esercitati.

A questo riguardo, l'analisi del quadro normativo di riferimento deve iniziare dall'art. 145 Tub e dall'art. 195 Tuf, disposizioni che tratteggiano uno schema di procedimento sanzionatorio comprendente una fase di contestazione degli addebiti, una successiva di contraddittorio con i soggetti interessati, un'ultima di applicazione della sanzione ovvero di archiviazione del procedimento. Tuttavia, per gli altri aspetti della procedura sanzionatoria non disciplinati dai citati articoli, l'interprete è costretto a fare riferimento a diverse altre fonti.

---

[550] CLARICH M., *Le sanzioni amministrative nel testo unico bancario, profili sostanziali e processuali*, in *Banca, impresa e società*, 1995, vol. 1, p. 59 e ss.

[551] V. MATTARELLA B. G., *Le sanzioni amministrative nel nuovo ordinamento bancario*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1996, p. 696.

[552] BANI E., *Le sanzioni amministrative*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), La *nuova legge sul risparmio, profili societari, assetti istituzionali e tutela degli investitori*, Cedam, Padova, 2006, p. 407; CECI IAPICHINO S., *Le sanzioni amministrative*, in GALANTI E. (a cura di), *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, Cedam, Padova, 2008, p. 1437; V. MATTARELLA B. G., *Le sanzioni amministrative nel nuovo ordinamento bancario*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1996, p. 693.

In primo luogo, alla disciplina generale del procedimento sanzionatorio della legge n. 689/1981[553]. Questa fornisce al riguardo poche indicazioni, stabilendo l'articolazione del procedimento sanzionatorio tipo in due momenti: un primo, diretto dagli organi competenti ad accertare il verificarsi dell'illecito amministrativo e finalizzato all'acquisizione al procedimento di elementi istruttori e alla contestazione dell'illecito; un secondo, diretto dal responsabile del procedimento, finalizzato all'emanazione del provvedimento sanzionatorio o dell'ordinanza di archiviazione. Inoltre, essa fornisce un'indicazione scarna della disciplina dell'atto di contestazione dell'illecito e della tutela del contraddittorio, e non menziona espressamente il diritto dell'incolpato di prendere visione degli atti del procedimento[554]. Ciò, nonostante il principio del contraddittorio risulti particolarmente importante nei procedimenti sanzionatori, essendo in questi funzionale non solo all'interesse dell'amministrazione ad acquisire il maggior numero di elementi di giudizio (partecipazione collaborativa), ma anche alla tutela del cittadino, già in sede amministrativa, in riferimento al suo *status* di incolpato (partecipazione di garanzia)[555].

Per colmare queste lacune, è intervenuto l'art. 24 della L. n. 262/2005, che ha disposto l'applicabilità ai provvedimenti individuali e a carattere contenzioso della Banca d'Italia "*dei principi della facoltà di denuncia di parte, della piena conoscenza degli atti istruttori, del contraddittorio, della verbalizzazione nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie*" nonché dei principi della L. n. 241/1990 relativi alla motivazione del provvedimento, al responsabile del procedimento, alla partecipazione degli interessati e all'accesso agli atti amministrativi[556].

---

[553] E' opportuno osservare, specie in previsione di futuri interventi normativi, che tale legge può essere applicata unicamente ai procedimenti per l'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie, per sua stessa previsione, v. Art. 12 L. n. 689/1981.

[554] elementi che sarebbero stati introdotti con maggiore precisione solo dalla legge generale sul procedimento n. 241 del 1990. V. SANDULLI M.A., voce *Sanzione amministrativa* in *Enc. Giur.*, Treccani, p. 13; TRAVI A. PALIERO C.E., voce *Sanzione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Giuffré, Milano, p. 395.

[555] TRAVI A. PALIERO C.E., voce *Sanzione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Giuffré, Milano, p. 396. Gli autori affermano la convinzione che il provvedimento sanzionatorio si caratterizza, rispetto agli altri atti amministrativi, non già per il proprio contenuto ablatorio in senso ampio, bensì per il suo essere un momento di qualificazione della condotta di un cittadino in termini di illiceità, dal momento che "*attraverso il provvedimento sanzionatorio l'amministrazione incide pesantemente sulla posizione di interesse del cittadino: lo giudica per la sua condotta, e non per un interesse proprio*".

[556] Il riferimento dell'art. 24 della legge sul risparmio alle disposizioni della legge n. 241/1990 è apparso molto opportuno, atteso che l'art. 4 comma 3 del testo unico bancario prevede l'applicabilità delle disposizioni della legge generale sul procedimento amministrativo alla Banca d'Italia solo "*in quanto compatibili*".

Tale complesso quadro normativo si completa infine con le disposizioni secondarie emanate dalla Banca d'Italia che, dando attuazione ai principi e criteri direttivi stabiliti dalla normativa primaria, disciplinano specificamente le fasi dei procedimenti sanzionatori in materia bancaria e finanziaria. A questo proposito, occorre fare riferimento, da un lato, alle disposizioni organizzative concernenti l'individuazione dei termini e del responsabile del procedimento[557] e alle misure finalizzate a dare attuazione al principio della separazione tra funzioni istruttorie e decisorie[558]; da un altro lato, alle disposizioni contenute nel provvedimento della Banca d'Italia del 3 settembre 2003 "*Procedure per l'applicazione delle sanzioni amministrative agli intermediari non bancari*" e nel titolo VIII, cap. 1 delle Istruzioni di vigilanza sulle banche[559], da ultimo abrogate con l'intervento normativo entrato in vigore il 1 febbraio 2013[560], che oggi disciplina nel dettaglio le singole fasi di svolgimento del procedimento sanzionatorio per le violazioni accertate dalla Banca d'Italia "*in materia di vigilanza sulla sana e prudente gestione dell'attività bancaria e finanziaria, sulla correttezza e trasparenza dei comportamenti e di prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo.*"[561].

3. La fase preliminare di accertamento delle irregolarità

3.1. L'acquisizione dei fatti

Il par. 1, sez. II delle disposizioni di vigilanza in materia di sanzioni e procedura sanzionatoria amministrativa della Banca d'Italia stabilisce che la procedura

[557] V. in particolare provvedimento della Banca d'Italia del 25 giugno 2008, Regolamento recante l'individuazione dei termini e delle unità organizzative responsabili dei procedimenti amministrativi di competenza della Banca d'Italia relativi all'esercizio delle funzioni di vigilanza in materia bancaria finanziaria, ai sensi degli articoli 2e 4 della legge 7 agosto 1990 n. 241, e successive modificazioni.

[558] Provvedimento della Banca d'Italia del 27 giugno 2011 recante *Disciplina della procedura sanzionatoria amministrativa ai sensi dell'art. 145 del d.lgs. 385/93 e dell'art. 195 del d.lgs. 58/98 e delle modalità organizzative per l'attuazione del principio della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie (art. 24, comma 1, della L. 28.12.2005, n. 262).*

[559] Circ. 229 del 1999, *Istruzioni di vigilanza per le banche*.

[560] V. provvedimento della Banca d'Italia del 18 dicembre 2012, *Disposizioni di vigilanza in materia di sanzioni e procedura sanzionatoria amministrativa*.

[561] V. par. 3, sez. I, provvedimento della Banca d'Italia del 18 dicembre 2012, *Disposizioni di vigilanza in materia di sanzioni e procedura sanzionatoria amministrativa*.

sanzionatoria si articola nelle seguenti fasi: accertamento delle violazioni; contestazione degli addebiti; presentazione delle controdeduzioni ed eventuale richiesta di audizione personale da parte degli incolpati; valutazione degli elementi istruttori; proposta di provvedimento al Direttorio; adozione del provvedimento sanzionatorio o di archiviazione; notificazione e pubblicazione del provvedimento.

In realtà, sembra più corretto ritenere che la fase in cui l'autorità di settore acquisisce cognizione dei fatti rilevanti rimanga estranea e sia preliminare rispetto al procedimento sanzionatorio vero e proprio. Tale considerazione sembra confermata dal successivo paragr. 1.2, secondo il quale "*il procedimento sanzionatorio ha inizio con la contestazione formale da parte della Banca d'Italia, nei confronti dei soggetti ritenuti responsabili, delle violazioni riscontrate*".

In ogni caso, la Banca d'Italia viene a conoscenza degli elementi rilevanti ai fini dell'avvio di un procedimento sanzionatorio da fonti esterne ad essa, come nel caso delle informazioni ricevute da altre autorità, italiane o straniere[562], nonché dagli esposti dei privati o degli organi commissariali preposti alle procedure di gestione delle crisi. Ma soprattutto questi elementi vengono acquisiti direttamente dall'autorità di vigilanza nell'esercizio dei poteri di vigilanza informativa ed ispettiva attribuiti ad essa dal Tub e ammessi dall'art. 13 della L. n. 689/1981 che, disciplinando in via generale i poteri di accertamento strumentali all'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie, fa "*salvo l'esercizio degli specifici poteri di accertamento previsti dalle leggi vigenti*"[563].

I poteri di vigilanza informativa sono attribuiti alla Banca d'Italia dall'art. 51 del Tub, che obbliga le banche ad inviare all'organo di vigilanza, "*con le modalità e nei termini da essa stabiliti*"[564], le segnalazioni periodiche, le quali confluiscono nella cosiddetta matrice dei conti[565], "*ogni altro dato e documento richiesto*" e i bilanci. Tale disposizione vuole stabilire una condizione di "*assoluta trasparenza*"[566] delle banche nei confronti della Banca d'Italia poiché attribuiscono a quest'ultima non solo il potere di chiedere qualunque informazione utile ai fini di vigilanza, ma anche il potere di

[562] V. art. 7 Tub. Per un'analisi degli atti di accertamento nel sistema della L. 689/1981, v. CERBO P., *Atti di accertamento della violazione*, in CAGNAZZO A. (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 411 e ss..
[563] art. 13 della L. n. 689/1981, ult. comma.
[564] Parte II Procedure per l'attività di controllo a distanza, della circ. 269 del 5 agosto 2007, *Guida per l'attività di vigilanza*.
[565] V. circolare della Banca d'Italia n. 272 del 30 luglio 2008 e successivi aggiornamenti *Manuale per la compilazione della matrice dei conti*.
[566] COSTI R., *L'ordinamento bancario*, Il mulino, Bologna, 2012, p. 567.

disciplinare e tipizzare i doveri informativi che corrono nei suoi confronti. L'organo di vigilanza può esercitare simili poteri anche nei confronti dei gruppi bancari[567], degli intermediari finanziari[568], degli istituti di moneta elettronica[569] e degli istituti di pagamento[570].

L'attribuzione dei poteri in base ai quali la Banca d'Italia può effettuare ispezioni è invece contenuta nell'art. 54 Tub e, con riferimento alla verifica del rispetto delle disposizioni in materia di trasparenza e correttezza nei rapporti con la clientela, dall'art. 128 comma 1 Tub. I poteri ispettivi vengono esercitati dall'OdV nei confronti dei gruppi bancari[571], degli intermediari finanziari[572], degli istituti di moneta elettronica[573] e degli istituti di pagamento[574]. Il Tub affida la disciplina delle modalità di svolgimento delle ispezioni integralmente al potere normativo della Banca d'Italia[575], limitandosi ad affermare che questa può "*effettuare ispezioni presso le banche e richiedere ad esse l'esibizione di atti e documenti*". L'attribuzione di simili poteri normativi è un indice della particolare importanza della figura dell'ispettore, cui peraltro il Tub riconosce la qualifica di pubblico ufficiale[576].

Le risultanze degli accertamenti ispettivi vengono raccolte dagli ispettori nel rapporto ispettivo, documento suddiviso in due parti: una parte cosiddetta aperta, destinata ai componenti degli organi amministrativi degli enti ispezionati; ed una parte cosiddetta chiusa, destinata al solo organo di vigilanza[577]. Dottrina e giurisprudenza hanno affrontato il problema del valore probatorio del rapporto ispettivo, e l'opinione preferibile sembra essere quella di ritenere che il rapporto ispettivo, seppur redatto da un pubblico ufficiale, non costituisca un atto pubblico capace di fare piena prova fino a querela di falso dei fatti in esso constatati o idoneo ad escludere che essi possano essere

[567] Art. 66 comma 1Tub
[568] Art. 108 comma 4 Tub
[569] Art. 114-quater Tub
[570] Art. 114-quaterdecies comma 1 Tub
[571] Art. 68 Tub
[572] Art. 108 comma 5 Tub
[573] Art. 114-quater Tub
[574] Art. 114-quaterdecies comma 4 Tub
[575] V. Parte III *Procedure per l'attività ispettiva*, della circ. 269 del 5 agosto 2007, *Guida per l'attività di vigilanza*.
[576] Art. 7 comma 2 Tub.
[577] V. par. 1 *Articolazione e contenuto*, cap. 3 *Rapporto ispettivo*, sez. 2 *Profili amministrativi degli accertamenti*, Parte III *Procedure per l'attività ispettiva*, della circ. 269 del 5 agosto 2007, *Guida per l'attività di vigilanza*.

oggetto di una consulenza tecnica nell'ambito di un giudizio di impugnazione.[578] Qualunque sia l'opinione condivisa, va comunque osservato che anche gli accertamenti non coperti dalla pubblica fede sono caratterizzati da un particolare valore probatorio, essendo comunque elementi gravi, precisi e concordanti valutabili dalla prudenza del giudice come presunzioni semplici[579].

Attraverso l'attività ispettiva la Banca d'Italia acquisisce tutte le informazioni disponibili sui profili organizzativi e funzionali degli enti ispezionati, non solo per valutarne la liceità delle condotte, ma anche per valutarne l'efficienza della gestione, in relazione agli interessi che la legge attribuisce alla cura dell'OdV, specificati nell'art. 5 Tub. Tale attività amministrativa si caratterizza per il fatto che, durante il suo svolgimento, non trovano applicazione gli istituti della partecipazione procedimentale

[578] v. contra l'orientamento giurisprudenziale richiamato da TRAVI A., *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Giuffré, Milano, 1983, p. 104 (e.g. Cassaz., sez. I, n. 576 del 24 gennaio 1980; da ultimo, v. Cassaz., sez. un., n. 17355 del 24 luglio 2009), che ha riconosciuto nel giudizio civile efficacia di atto pubblico ai verbali redatti dai pubblici ufficiali in sede di accertamento di infrazioni amministrative. In particolare, tale giurisprudenza ha ritenuto che i verbali dei pubblici ufficiali facciano piena prova fino a querela di falso dei fatti attestati come avvenuti in loro presenza, anche se non avrebbero la stessa forza probatoria con riferimento alla qualificazione di quei fatti effettuata dal medesimo pubblico ufficiale. L'orientamento richiamato induce a ritenere che l'autorità amministrativa competente ad applicare la sanzione ai sensi dell'art. 18 della legge 689 sia vincolata al verbale, ed in particolare ai contenuti di esso dotati di certezza pubblica, senza poter provvedere diversamente. L'effetto preclusivo delle certezze legali potrebbe essere superato solo attraverso un procedimento di verificazione o attraverso la querela di falso, ma la proposizione di un simile rimedio non sospenderebbe il procedimento sanzionatorio né interromperebbe i termini di prescrizione del diritto dell'amministrazione alla riscossione della sanzione pecuniaria, ai sensi dell'art. 28 comma 2 della legge 689.

Tuttavia, parte della giurisprudenza (e.g. Tar Lazio n. 429 del 20 marzo 1996; Corte d'Appello di Roma, 30 novembre 1999) ha criticato il riportato orientamento, perché finiva col far coincidere la categoria degli atti pubblici con quella delle verbalizzazioni operate dai pubblici ufficiali. In realtà, ad avviso della citata giurisprudenza, i principi ricavabili dall'art. 2699 del codice civile implicherebbero che, affinché una verbalizzazione possa acquistare il valore di certezza legale, questa debba caratterizzata non solo dal presupposto soggettivo di provenire da un pubblico ufficiale nell'esercizio della propria attività autoritativa, ma anche da quello oggettivo in base al quale il pubblico ufficiale verbalizzante sia autorizzato dalla legge ad attribuire al proprio atto la pubblica fede.

Al riguardo, assume particolare interesse l'osservazione svolta da GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, vol. II, Giuffré, Milano 1993, p. 539, ad avviso del quale, poiché "*con gli atti di certezza legale lo Stato obbliga chiunque ad assumere per certo ciò che nell'atto è dichiarato*", la qualificazione di un atto di certezza come legale deve essere contenuta necessariamente in una norma di legge e, "*nel dubbio circa la natura, notiziale o legale, di un atto di certezza, regola di giudizio è che la si debba ritenere di natura notiziale. Questo perché le certezze legali sono indiscutibilmente eccezioni, mentre la regola è nel senso che le certezze sono notiziali. Se la norma non dice chiaramente che sussiste un obbligo di assumere l'atto di certezza come vincolante, anche per il principio dell'art. 23 Cost., deve valere la soluzione opposta. Solo la norma infatti può vincolare una condotta altrui ad un atto dell'autorità*".

Sul punto, v. anche BARBAGALLO C., *Vigilanza ispettiva*, in P. FERRO LUZZI e G. CASTALDI (a cura di), *La nuova legge bancaria*, vol. II, Milano, Giuffré, 1996, p. 921 e ss.; COSTI R., *L'ordinamento bancario*, Il mulino, Bologna, 2012, p. 572.

[579] Cfr. art. 2729 c.c.; v. CERBO P., *Atti di accertamento della violazione*, in CAGNAZZO A. (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 421; v. Consiglio di Stato, sez. I, n. 250 del 8 gennaio 2010.

descritti nel capo III della legge generale sul procedimento amministrativo. In particolare, poiché le iniziative ispettive devono necessariamente connotarsi come azioni a sorpresa, esse sono caratterizzate da quelle "*ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento*" che, ai sensi dell'art. 7 comma 1 della L. n. 241 del 1990, escludono l'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento ai destinatari[580]. Inoltre, è da escludersi che nel corso degli accertamenti ispettivi debba essere assicurato il contraddittorio con gli interessati: a tale scopo rileva unicamente la consegna a questi della parte aperta del rapporto ispettivo[581].

3.2. La valutazione degli elementi acquisiti

Le informazioni apprese della Banca d'Italia nell'ambito dei controlli cartolari o ispettivi, sono oggetto di una successiva attività di valutazione da parte dell'organo di vigilanza, diretta a verificare la riconducibilità dei fatti accertati alle fattispecie sanzionatorie previste dalla legge. In tale momento l'organo di vigilanza elabora i dati e le notizie di cui è venuto in possesso e valuta se qualificarli come rilevanti ai fini dell'avvio della procedura sanzionatoria, in quanto antigiuridici. Tale attività di valutazione confluisce in un verbale di accertamento, nonostante ciò non sia necessariamente richiesto dall'art. 13 della L. 689/1981[582], poiché in materia trova applicazione il principio di verbalizzazione degli atti del procedimento sanzionatorio, sancito dall'art. 24 della legge sul risparmio. Il verbale di accertamento è perfezionato con l'apposizione del visto del Direttore Centrale della vigilanza bancaria e finanziaria[583] agli atti predisposti dalle strutture competenti per la vigilanza.

Poiché ai procedimenti sanzionatori della Banca d'Italia si applica la L. 689/1981, all'accertamento di un'infrazione deve necessariamente conseguire l'avvio del procedimento sanzionatorio, come previsto espressamente dall'art. 14 comma 1 della richiamata legge. Tuttavia, nella fase di accertamento delle irregolarità, l'operazione di

[580] Tar Lazio, sez. I, n. 7236/2001.
[581] Corte d'appello di Roma, decr. 20 maggio 2002.
[582] CERBO P., *Atti di accertamento della violazione*, in CAGNAZZO A. (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 417 conferma che la L. 689/1981 non prevede espressamente l'obbligo di redazione di un verbale, seppure esso sembrerebbe necessario almeno in vista della successiva contestazione degli addebiti. V. anche TRAVI A., *I verbali amministrativi come mezzo di prova nei giudizi civili di opposizione a sanzione pecuniaria*, in *Foro it.*, 1993, I, 2235.
[583] Par. 1.1 provvedimento della Banca d'Italia del 18 dicembre 2012, *Disposizioni di vigilanza in materia di sanzioni e procedura sanzionatoria amministrativa*.

accertamento dell'esistenza o meno di un'infrazione può anche essere estremamente complessa. In altre parole, la Banca d'Italia deve molto spesso compiere complesse valutazioni di natura tecnica, necessarie per l'inquadramento della fattispecie concreta nel modello astratto tratteggiato dalla norma sanzionatoria e tali apprezzamenti sono da ricondurre alla sfera della discrezionalità tecnica dell'organo di vigilanza, trattandosi di valutazioni dirette ad accertare la violazione di norme ad alto contenuto tecnico[584].

Pertanto, nei casi nei quali l'accertamento dell'infrazione è piuttosto semplice, perché fondato su semplici accertamenti tecnici, l'accertamento è un atto dovuto e ad esso non può che conseguire la contestazione formale degli addebiti agli interessati. Nei casi in cui invece l'attività di accertamento riguardi fattispecie giuridicamente complesse, forte è l'elasticità nella configurazione delle ipotesi sanzionabili, di modo che l'accertamento dell'irregolarità è rimesso in ultima analisi alla valutazione tecnica della Banca d'Italia[585].

Prendendo atto di ciò, il processo di valutazione delle irregolarità riscontrate nell'attività di vigilanza avviene con diverse modalità organizzative e procedimentali, in relazione al grado di complessità della fattispecie esaminata. Qualora l'esame della fattispecie non richieda valutazioni complesse, le unità organizzative responsabili delle attività di accertamento materiale possono, in via monocratica, disporre l'avvio del procedimento sanzionatorio previo visto del Direttore Centrale per la vigilanza bancaria e finanziaria, ovvero decidere di non assumere ulteriori iniziative. Qualora invece la valutazione della fattispecie richieda valutazioni complesse, il capo della struttura che ha svolto le attività di accertamento può sottoporre la fattispecie all'esame di una

---

[584] GIANNINI M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Giuffré Milano 1939; VIRGA P., *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, in *Jus*, 1957, 95; DE VALLES A., *Norme giuridiche e norme tecniche*, in *Scritti in onore di A. C. Jemolo*, Giuffré, Milano, 196, III, 177; DANIELE N., *Discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione e giudice amministrativo*, in *Scritti in memoria di Antonino Giuffré*, III, Giuffré, Milano, 1967, 295 ss.; LEDDA F., *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1968; CERULLI IRELLI V., *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984; OTTAVIANO V., *Giudice ordinario e giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet* , Milano, 1987, II, 40ss.; MARZUOLI C., *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Giuffré, Milano, 1985; SALVIA F., *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 685 ss.; PELEGATTI G., *Valutazioni tecniche dell'amministrazione pubblica e sindacato giudiziario, un'analisi critica dei recenti sviluppi della dottrina giuspubblicistica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 158; DE PRETIS D., *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Cedam, Padova, 1995; MASTRANGELO D., *La tecnica nell'amministrazione fra discrezionalità, pareri e merito*, Bari, 2003.

[585] GALANTI E., *Discrezionalità delle autorità indipendenti e controllo giudiziale*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica*
della Consulenza Legale della Banca d'Italia, Roma, 2009.

struttura collegiale, il Gruppo per l'esame delle irregolarità, chiamata ad esprimere un parere motivato circa la sussistenza dei presupposti per l'avvio della procedura sanzionatoria, indirizzato al capo della struttura che ha sottoposto la questione al GEI, in capo al quale rimane in ultima istanza il potere di decidere l'avvio del procedimento sanzionatorio, sempre previo visto del Direttore Centrale.

Nonostante il principio di distinzione tra funzioni istruttorie e decisorie affermato dall'art. 24 L. 262/2005 e attuato dal Provvedimento della Banca d'Italia del 27 giugno 2011[586] e sebbene nell'attuale assetto organizzativo della Banca d'Italia[587] il Direttorio ha "*competenza ad assumere provvedimenti aventi rilevanza esterna relativi all'esercizio delle funzioni pubbliche attribuite dalla legge alla banca*", l'art. 7 comma 2 del Tub indica il Governatore come destinatario esclusivo delle informazioni concernenti le irregolarità rilevate dai dipendenti della Banca d'Italia nel corso dell'azione di vigilanza, anche quando essi assumono la veste di reati.

Tale previsione potrebbe confliggere con il principio della separazione tra le funzioni istruttorie e decisorie qualora il Governatore, unico destinatario degli accertamenti effettuati dai dipendenti della Banca d'Italia, potesse esercitare poteri inerenti alla decisione dell'avvio dell'azione sanzionatoria, dal momento che il Direttorio sarebbe chiamato a prendere una decisione su una serie di elementi sui quali uno dei suoi componenti ha già svolto una valutazione, dalla quale non potrebbe non essere condizionato. Tuttavia, l'art. 7 Tub non indica una disciplina idonea ad incidere sullo svolgimento dei procedimenti sanzionatori amministrativi di competenza della Banca d'Italia. Questa disposizione, dalla formulazione non coerente con l'individuazione dell'organo titolare della funzione di vigilanza, si preoccupa solo di esonerare i dipendenti della Banca d'Italia dall'obbligo di presentare all'autorità giudiziaria un rapporto sui fatti ritenuti penalmente rilevanti dei quali gli stessi siamo venuti a conoscenza nell'esercizio delle loro funzioni, in deroga a quanto previsto per tutti i pubblici ufficiali ai sensi dell'articolo 331 del c. p. p.[588].

---

[586] Provvedimento della Banca d'Italia del 27 giugno 2011 recante *Disciplina della procedura sanzionatoria amministrativa ai sensi dell'art. 145 del d.lgs. 385/93 e dell'art. 195 del d.lgs. 58/98 e delle modalità organizzative per l'attuazione del principio della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie (art. 24, comma 1, della L. 28.12.2005, n. 262).*

[587] Cfr. Statuto della Banca d'Italia, approvato con D.P.R. 12 dicembre 2006.

[588] COSTI R., *L'ordinamento bancario*, Il mulino, Bologna, 2012, p. 575. La *ratio* di questa disposizione sarebbe quella di escludere il panico che si potrebbe produrre nel pubblico risparmio a causa della divulgazione di notizie in seguito ad un rapporto all'autorità giudiziaria, che potrebbe seriamente

4. L'avvio del procedimento sanzionatorio

4.1. Il principio di obbligatorietà dell'azione punitiva amministrativa

Accertata la sussistenza di un illecito amministrativo sulla base dell'attività preliminare finora descritta, la Banca d'Italia è tenuta ad avviare obbligatoriamente la procedura sanzionatoria nei confronti dell'incolpato, atteso che l'art. 14 L. 689/1981 non le attribuisce il potere di adottare nessun criterio selettivo.

Una simile conclusione è stata a lungo discussa, atteso che il carattere vincolato o meno della funzione sanzionatoria amministrativa è stato a lungo dibattuto.

Parte della dottrina[589] ha affermato che la funzione sanzionatoria avrebbe carattere discrezionale, sia quanto all'esercizio della funzione, sia quanto ai contenuti del provvedimento sanzionatorio. In tale prospettiva, la funzione sanzionatoria sarebbe una funzione strumentale alla realizzazione di interessi particolari devoluti all'amministrazione, nell'esercizio della quale essa avrebbe il potere di valutare in termini di discrezionalità se dar corso al procedimento sanzionatorio, se applicare la sanzione e quale sanzione applicare. In simile impostazione, gli interessi devoluti alla cura dell'amministrazione dovrebbero essere ponderati secondo le regole degli apprezzamenti discrezionali di modo che, se opportuno, l'amministrazione potrebbe legittimamente astenersi dall'esercizio della funzione sanzionatoria. Più specificamente, parte della dottrina ha affermato che la Banca d'Italia avrebbe facoltà di dosare il ricorso alle sanzioni amministrative pecuniarie in base alle esigenze di vigilanza, secondo apprezzamenti discrezionali, normalmente preclusi alla pubblica amministrazione in base ai principi della L. 689/1981[590].

Tuttavia, altra dottrina[591] ha affermato che l'esistenza di apprezzamenti discrezionali non troverebbe accoglimento nel sistema della legge 689, sia in virtù del

---

compromettere la solvibilità di una banca con possibili ripercussioni sull'intero sistema bancario. Peraltro, la dottrina più autorevole farebbe discendere da questa disposizione un obbligo di denuncia in capo al Governatore, il quale avrebbe la possibilità di non effettuare un rapporto all'autorità giudiziaria per il solo periodo necessario ad assumere i provvedimenti più opportuni per evitare che la notizia *criminis* pregiudichi gli interessi tutelati dalla Banca d'Italia

[589] V. BORSI U., *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, Torino, 1901

[590] TITOMANLIO R., *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria*, Giuffré, Milano, 2007, p. 475; BANI E., *Il potere sanzionatorio delle autorità indipendenti*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 160 e ss.

[591] MATTARELLA B. G., *Le sanzioni amministrative nel nuovo ordinamento bancario*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1996, p. 708; TRAVI A. - PALIERO C.E., voce *Sanzione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Giuffré, Milano, p. 396.

principio di legalità procedimentale[592] ex art. 1 L. 689/1981, sia in virtù di alcune disposizioni (cfr. artt. 13, 14, 18, 19) che esprimono una logica opposta, di doverosità dell'esercizio della funzione sanzionatoria[593]. Controprova del fatto che l'esercizio della potestà sanzionatoria amministrativa non presuppone mai valutazioni discrezionali, è inoltre il fatto che, alle condizioni stabilite dall'art. 24 della L. 689/1981, l'applicazione di sanzioni amministrative è rimessa al giudice penale, cui sicuramente non spetta alcuna discrezionalità amministrativa[594]. Gli unici profili di discrezionalità amministrativa che possono sussistere in materia, potrebbero aversi solo in caso di emanazione di un provvedimento di annullamento d'ufficio di un precedente provvedimento sanzionatorio viziato. Peraltro, a tali fini, tali margine di discrezionalità amministrativa sussisterebbero non per ragioni inerenti all'esercizio della funzione sanzionatoria, ma per ragioni di conformità con i principi su questi procedimenti di secondo grado ex art. 21 *nonies* della L. 241 del 1990[595]. L'insieme degli argomenti esposti porta a concludere che elementi di discrezionalità vadano esclusi sia con riferimento alla valutazione dei presupposti dell'esercizio del potere, sia con riguardo alla determinazione del contenuto del provvedimento sanzionatorio: con riferimento al primo profilo, si potrebbe tutt'al più far riferimento al concetto di discrezionalità tecnica, ricorrente nei casi in cui l'organo di vigilanza deve accertare la violazione di norme ad alto contenuto tecnico; con riferimento al secondo profilo, l'amministrazione non potrà che essere vincolata ai criteri espressi dall'art. 11 della legge 689, allo stesso modo in cui il giudice penale è vincolato dai criteri stabiliti dalla legge nell'applicazione delle pene criminali[596].

[592] Cfr. Parte II, cap. 2, par. , p. 107.
[593] TRAVI A., *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Giuffré, Milano, 1983, p. 114.
[594] TRAVI A. - PALIERO C.E., voce *Sanzione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Giuffré, Milano, p. 398.
[595] TRAVI A., *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Giuffré, Milano, 1983, p. 118.
[596] TRAVI A., *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Giuffré, Milano, 1983, p. 114. L'autore richiama la posizione di CAPACCIOLI E., *Principi in tema di sanzioni amministrative: considerazioni introduttive*, in *Le sanzioni in materia tributaria*, Giuffré, Milano, 1979, che colloca le valutazioni inerenti all'applicazione di sanzioni da parte dell'amministrazione nell'ambito della discrezionalità del giudice, in contrapposizione con l'ambito della discrezionalità amministrativa. Proprio l'esclusione di margini di discrezionalità renderebbe, ad avviso dell'autore, "*più evidente la necessità di una individuazione espressa dei criteri per la determinazione dell'entità della sanzione e di una rapporto qualità logica tendenzialmente contenuta tra i limiti minimo e massimo della sanzione edittale*". Per un'analisi del concetto di discrezionalità del giudice, V. DOLCINI E. – MARINUCCI G., *Commento all'art. 132 del Codice Penale*, in DOLCINI E. – MARINUCCI G. (a cura di), *Codice Penale commentato*, IPSOA, Milano, 2011, p. 1707.

Ciò non sta a significare che non vengono considerate le peculiarità della funzione di vigilanza e che non si ritiene che queste possano riflettersi sulle modalità di esercizio del potere sanzionatorio. Si ritiene infatti che la funzione sanzionatoria della Banca d'Italia sia caratterizzata in modo assolutamente peculiare dal fatto che la possibilità di erogare sanzioni discende da fattispecie di illecito la cui definizione è affidata alla stessa autorità di vigilanza. Ed è proprio in questa fase, nella fase della definizione delle regole e dei precetti, che si potrebbe rinvenire l'esercizio di un potere discrezionale, piuttosto che nella fase dell'irrogazione delle sanzioni. Il potere normativo della Banca d'Italia presenta profili di discrezionalità poiché essa, nel configurare le fattispecie sanzionatorie, ha un amplissimo margine di apprezzamento, nei limiti del perseguimento delle finalità stabilite dall'art. 5 del Tub[597].

L'interpretazione che attribuisce poteri discrezionali all'autorità di vigilanza sembra il rigurgito di una visione dirigistica del settore del credito, nella cui prospettiva le sanzioni amministrative irrogate dalla Banca d'Italia andavano inquadrate nell'ambito delle sanzioni disciplinari che infatti, non a caso, esulano dall'ambito di applicazione della L. 689/1981[598]. Tale tesi tuttavia non è sostenibile nella prospettiva di un mercato bancario caratterizzato da una struttura concorrenziale, imposta dalla legislazione comunitaria che, ai sensi dell'art. 117 Cost., ha ormai valore costituzionale, in cui l'unico margine di apprezzamento attribuito alla Banca d'Italia è quello relativo all'esercizio dei propri poteri normativi. Simile interpretazione è stata confermata dalla Corte di Cassazione, secondo la quale "*l'irrogazione delle sanzioni è espressione di un'attività vincolata che, in quanto tale, non può essere assimilata, pur essendo ad essa strettamente collegata, a quella di vigilanza, le cui modalità non sono invece rigidamente predeterminati, ma (come si ricava dallo stesso D. Lgs. n. 58 del 1998, art. 5 e ss.) sono lasciate all'apprezzamento delle autorità cui è affidato il compito di salvaguardare la trasparenza e la correttezza dei comportamenti e la sana e prudente gestione dei soggetti abilitati all'esercizio dell'attività di intermediazione finanziaria,*

[597] GRECO G., *commento all'art. 5*, in PORZIO M., BELLI F., LOSAPPIO G., RISPOLI FARINA M., SANTORO V., *Commentario al Testo Unico Bancario*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 49; al riguardo, v. le considerazioni critiche di GUARINO G., *L'armonizzazione della legislazione bancaria: la revisione dell'ordinamento bancario del 1936*, Paradigma, Milano, 1994; CAPRIGLIONE F., *Commento all'art. 5*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Commentario al D. Lgs. 385/1993*, Cedam, Padova, 2012, p. 56;

[598] CECI IAPICHINO S., *Le sanzioni amministrative*, in GALANTI E. (a cura di), *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, Cedam, Padova, 2008.

avendo riguardo alla tutela degli investitori e alla stabilità, alla competitività e al buon funzionamento del sistema finanziario"[599].

Con riferimento alle questioni da ultimo affrontate, sembra utile svolgere delle considerazioni su quanto disposto dalle nuove disposizioni di vigilanza, le quali stabiliscono che "*la Banca d'Italia valuta la fattispecie anche alla luce degli interventi correttivi eventualmente adottati nei confronti degli intermediari, inclusi i richiami, ordini, i divieti ed altri provvedimenti particolari*"[600]. Simile formulazione normativa, qualora fosse interpretata nel senso di attribuire valore scriminante agli interventi correttivi adottati dall'OdV nei confronti dei soggetti incolpati, sarebbe in contrasto con i principi di legalità sostanziale e procedimentale affermati dalla L. 689/1981 e descritti nei precedenti paragrafi. Ciò, in quanto la legge 689 attribuisce rilievo sanzionatorio a tutte quelle condotte che integrano gli elementi costitutivi di una fattispecie tipica, che non possono fare rinvio a valutazioni e scelte di intervento dell'OdV, idonee ad acquisire valore di elementi negativi del fatto tipico[601]. Simile interpretazione finirebbe per attribuire all'OdV il potere di condizionare l'avvio di una procedura sanzionatoria, attraverso l'adozione dei citati interventi correttivi prima della conclusione della fase di accertamento, in modo da impedire il perfezionamento della fattispecie sanzionatoria tipica. Ma ciò significherebbe di fatto consentire all'autorità di vigilanza di esercitare un potere discrezionale di valutare l'opportunità dell'avvio di un procedimento sanzionatorio, da ritenersi escluso fintantoché rimane in vigore la L. 689/1981 che, in base all'art. 1 e 4 delle disposizioni preliminari del C.C., non può essere derogata da una norma regolamentare. Sembrerebbe pertanto preferibile interpretare in maniera restrittiva la disposizione richiamata, ritenendola applicabile nei soli casi in cui sia la norma sanzionatoria a richiedere, ai fini del perfezionamento della fattispecie punita, una valutazione comprendente anche gli interventi di vigilanza adottati dalla Banca d'Italia nei confronti degli intermediari cui sono riconducibili gli incolpati.

[599] Cassaz., sez. un., n. 16557 del 15 luglio 2010.
[600] V. par.. 1.1 provvedimento della Banca d'Italia del 18 dicembre 2012, *Disposizioni di vigilanza in materia di sanzioni e procedura sanzionatoria amministrativa*.
[601] V. GALLO M., *Appunti di diritto penale*, vol. II, il reato, parte I, la fattispecie oggettiva, Giappichelli, Torino, 2000, p. 179.

4.2. La contestazione degli addebiti

Il procedimento sanzionatorio ha inizio con la contestazione formale delle violazioni riscontrate ai soggetti ritenuti responsabili ed al legale rappresentante dell'ente al quale essi appartengono, visto il vincolo di solidarietà *ex* art. 145, comma 10 Tub ed *ex* art. 195, comma 9 Tuf[602]. La comunicazione è un atto monocratico effettuato dal capo della struttura competente per la vigilanza sull'intermediario, su cui è apposto il visto da parte del Direttore Centrale per la vigilanza bancaria e finanziaria. Questo atto non è stato attribuito alla competenza del Direttorio, per rispettare il principio di separazione tra funzioni istruttorie e decisorie nello svolgimento della funzione sanzionatoria. Del resto, se è vero che lo statuto attribuisce al Direttorio la competenza ad adottare "*tutti i provvedimenti aventi rilevanza esterna relativi all'esercizio di funzioni pubbliche*"[603] della Banca d'Italia, va considerato che la comunicazione di avvio del procedimento, avendo carattere vincolato, può essere delegata dal Direttorio alle unità organizzative di base ai sensi dell'art. 21 comma 3 dello Statuto.

La comunicazione degli addebiti costituisce l'inizio dell'attività punitiva dell'amministrazione e rappresenta una manifestazione del principio del contraddittorio tra l'amministrazione e i soggetti interessati, principio immanente alla disciplina della legge 689 del 1981[604], ed enunciato più specificamente, in materia bancaria finanziaria, dall'art. 24 della legge 262 del 2005[605].

Essa infatti consente all'incolpato di essere a conoscenza dell'esistenza del procedimento sanzionatorio a suo carico, per consentirgli l'esercizio del diritto di difesa. In secondo luogo, essa permette la partecipazione al procedimento sanzionatorio da parte di tutti i soggetti interessati in modo da permettere all'autorità amministrativa di

---

[602] Per agevolare tale adempimento, le disposizioni di vigilanza stabiliscono che "*le banche, le società, gli enti o i soggetti interessati forniscono tempestivamente le informazioni richieste dalla Banca d'Italia, relative al luogo e alla data di nascita, alla residenza e al codice fiscale dei possibili destinatari delle contestazioni*". V. par. 1.2 del provvedimento della Banca d'Italia del 18 dicembre 2012, *Disposizioni di vigilanza in materia di sanzioni e procedura sanzionatoria amministrativa*.

[603] Art. 21, comma 2 dello Statuto della Banca d'Italia.

[604] TRAVI A., *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Giuffré, Milano, 1983, p. 104.

[605] BANI E., *Le sanzioni amministrative*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), La *nuova legge sul risparmio, profili societari, assetti istituzionali e tutela degli investitori*, Cedam, Padova, 2006, p. 408; CECI IAPICHINO S., *Le sanzioni amministrative*, in GALANTI E. (a cura di), *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, Cedam, Padova, 2008, p. 1472; SANDULLI M.A., voce *Sanzione amministrativa* in *Enc. Giur.*, Treccani, p. 9

acquisire il maggior numero possibile di elementi utili ai fini dell'adozione del provvedimento finale.

La disciplina della contestazione degli addebiti è contenuta negli artt. 145 Tub e 195 Tuf, specificati nelle nuove disposizioni di vigilanza del 18 dicembre 2012[606]. Tale disciplina si pone in rapporto di specialità rispetto alle norme generali sul procedimento amministrativo in tema di comunicazione di avvio del procedimento, contenuta nell'art. 7 della L. 241/1990[607].

Le nuove disposizioni di vigilanza stabiliscono che la lettera di contestazione degli addebiti deve contenere, "*oltre agli elementi formali idonei a qualificarla come atto di contestazione introduttivo della procedura sanzionatoria amministrativa*", "*il riferimento all'accertamento ispettivo, all'attività di vigilanza o la documentazione acquisita, dalla quale sia emersa la violazione*"; la data in cui si è concluso l'accertamento; la descrizione della violazione; l'indicazione delle disposizioni violate e delle relative norme sanzionatorie; l'indicazione dell'unità organizzativa presso la quale può essere presa visione dei documenti istruttori; l'invito a far pervenire eventuali controdeduzioni o richieste di audizioni nel termine di 30 giorni al servizio REA, unità organizzativa responsabile del procedimento[608]; il termine di conclusione del procedimento.

Atteso che l'attività di accertamento delle irregolarità si svolge attraverso valutazioni di carattere complesso, si è posto il problema del grado di dettaglio con cui tali valutazioni debbano essere descritte nella lettera di contestazione. Al riguardo, la giurisprudenza ha escluso che occorra una dettagliata descrizione delle irregolarità riscontrate, essendo sufficiente una descrizione di tipo sintetico delle stesse[609]. Del

---

[606] Par. 1.2 del provvedimento della Banca d'Italia del 18 dicembre 2012, *Disposizioni di vigilanza in materia di sanzioni e procedura sanzionatoria amministrativa*.

[607] V. Cassaz. n. 14104 del 11 giugno 2010.

[608] L'art. 8 comma 2 della L. 241/1990 dispone che, tra i contenuti necessari ai fini della validità della comunicazione di avvio del procedimento amministrativo, è necessaria l'indicazione dell'ufficio e della persona del responsabile del procedimento. Tuttavia, nell'ambito dei procedimenti sanzionatori della Banca d'Italia, la giurisprudenza aveva ripetutamente affermato che l'eventuale omissione di tali informazioni non determinasse la nullità della contestazione. Ciò in quanto in materia si sarebbe dovuta applicare la disciplina speciale contenuta nell'art. 14 L. 689/1981, disposizione peraltro caratterizzata da una diversa *ratio* rispetto agli art. 7 e ss. Della L. 241/1990. V. Cassaz., n. 389 dell'11 gennaio 2006. Tuttavia, tale interpretazione sembrerebbe superata dalle nuove previsioni contenute nel par. 1.2 delle nuove disposizioni di vigilanza concernenti i procedimenti sanzionatori amministrativi della Banca d'Italia.

[609] C. Cassaz., sez. I, n. 5107 del 25 maggio 1994, secondo cui il requisito della specificità degli addebiti, in relazione a condotte aventi carattere sistematico e continuativo "*non va confuso con l'indicazione*

resto, il carattere di specificità degli addebiti prescinde da un'indicazione analitica dei singoli episodi delle singole carenze ad essi riconducibili, qualora sia solo un indice che riflette non violazioni puntuali ed eccezionali, bensì l'inadeguatezza complessiva dell'attività della banca nel periodo preso in esame durante gli accertamenti di vigilanza[610]. Inoltre, nel caso di procedimenti sanzionatori avviati sulla base di accertamenti ispettivi, la lettera di contestazione non deve necessariamente contenere l'indicazione degli addebiti, potendosi limitare a richiamare le anomalie evidenziate nel rapporto ispettivo, purchè essa alleghi i rilievi della parte aperta del rapporto ispettivo che descrivono le irregolarità da contestare[611].

La notificazione dell'avvio del procedimento sanzionatorio circoscrive l'ambito di cognizione di questo alle sole irregolarità in essa descritte, precludendo che possano essere esaminate fattispecie sanzionatorie diverse da quelle descritte nella lettera. Un altro effetto della lettera di contestazione è quello di interrompere la decorrenza del termine quinquennale di prescrizione del diritto dell'amministrazione a riscuotere le somme dovute a titolo di sanzione pecuniaria atteso che, in base all'art. 28 comma 2 della legge 689, l'interruzione della prescrizione è regolata dalle norme del codice civile. La notifica della lettera di contestazione è considerata infatti dalla giurisprudenza come un atto idoneo ad interrompere il decorso del termine di prescrizione del diritto di ricevere le somme dovute, ai sensi dell'art. 2943 c.c.[612]. Infine, la lettera di contestazione è il *dies a quo* per il decorso del termine di 30 giorni che la legge accorda

---

analitica dei singoli episodi delle singole carenze, dal momento che una specificazione più puntuale può essere necessaria soltanto quando le carenze sono sporadiche e limitate casi eccezionali, e non quando sono sistematiche e riflettono tutta l'attività della banca"; in senso conforme v. anche Corte d'Appello di Roma, decr. 10 luglio – 18 dicembre 2000 e decr. 11.11.2002.

[610] Corte d'Appello di Roma, decr. 4 dicembre – 16 dicembre 2008.

[611] Corte d'Appello di Roma, decr. 22 aprile – 9 settembre 2004. V. anche decr. 12 marzo – 10 aprile 2011.

[612] Cfr. Cassaz. 16 settembre 2010, n. 19591, ad avviso della quale "*ogni atto del procedimento previsto dalla legge per l'accertamento della violazione e per l'irrogazione della sanzione ha la funzione di far valere il diritto dell'amministrazione alla riscossione della pena pecuniaria, in quanto, costituendo esso esercizio della pretesa sanzionatoria, è idoneo a costituire in mora il debitore ai sensi dell'art. 2943 c.c.*". V. contra CERBO P., *Contestazione e notificazione*, in CAGNAZZO A. (a cura di), *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Giappichelli, 2012, p. 434, ad avviso del quale "*la contestazione non è idonea ad integrare una costituzione in mora ai sensi dell'art. 1219 c.c., mancando in tale comunicazione una intimazione al pagamento vera e propria, limitandosi essa a "segnalare la facoltà (e non mai l'obbligo) di chiudere conciliativamente il procedimento sanzionatorio tramite il pagamento in misura ridotta*".

agli incolpati per presentare le proprie controdeduzioni o per richiedere un'audizione personale[613].

La lettera di contestazione è un atto recettizio, che dispiega i suoi effetti a partire dal momento in cui è portato a conoscenza degli interessati. Poiché la lettera di contestazione viene elaborata solo al termine della complessa attività di valutazione posta in essere dall'organo di vigilanza, difficilmente essa può essere consegnata agli incolpati nel momento della conclusione degli accertamenti[614]. Per tale motivo, le disposizioni di vigilanza stabiliscono che la lettera di contestazione sia portata a conoscenza degli interessati mediante notifica, effettuata da un ufficiale giudiziario ovvero da un funzionario della Banca d'Italia, nel rispetto delle modalità previste dal codice di procedura civile.

Tale atto dovrà effettuarsi, ai sensi dell'art. 145 Tub, entro il termine di 90 giorni dall'accertamento delle irregolarità per i soggetti residenti o aventi sede in Italia, ovvero di 360 giorni per i residenti o aventi sede all'estero, secondo la regola generale stabilita dall'art. 14 L. 689. Invece, in via eccezionale, l'art. 195 del Tuf stabilisce un termine di 180 giorni dall'accertamento per gli esponenti di Sim ed Sgr, fermo rimanendo il termine di 360 giorni per i soggetti aventi residenza o sede all'estero[615].

Sul punto, le disposizioni di vigilanza dispongono che la conclusione dell'attività di accertamento avviene nel momento dell'apposizione agli atti del visto da parte del Direttore Centrale della vigilanza bancaria e finanziaria[616]al riepilogo delle risultanze ispettive o all'appunto che accompagnano la contestazione e che da tale momento decorrono i termini per la notifica di questa. Tale previsione costituisce un'innovazione rispetto a quanto previsto dalle precedenti istruzioni di vigilanza, che specificavano che i termini per la contestazione decorrevano, per le violazioni rilevate nel corso di ispezioni, dalla conclusione degli accertamenti presso l'intermediario oppure, per le irregolarità riscontrate sul piano cartolare, dal momento in cui la Banca

[613] Par. 1.3 del provvedimento della Banca d'Italia del 18 dicembre 2012, *Disposizioni di vigilanza in materia di sanzioni e procedura sanzionatoria amministrativa*.
[614] CERBO P., *Contestazione e notificazione*, in CAGNAZZO A. (a cura di), *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Giappichelli, 2012, p. 427.
[615] BANI E., *Le sanzioni amministrative*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), La *nuova legge sul risparmio, profili societari, assetti istituzionali e tutela degli investitori*, Cedam, Padova, 2006, p. 408; CECI IAPICHINO S., *Le sanzioni amministrative*, in GALANTI E. (a cura di), *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, Cedam, Padova, 2008, p. 1473.
[616] par. 1.1 del provvedimento della Banca d'Italia del 18 dicembre 2012, *Disposizioni di vigilanza in materia di sanzioni e procedura sanzionatoria amministrativa*.

d'Italia era in possesso di tutti gli elementi utili a qualificare il fatto sotto il profilo sanzionatorio. Se tali criteri sembravano compatibili con il disposto dell'art. 14 comma 2 L. 689/1981 e con il principio giurisprudenziale secondo cui la durata degli accertamenti può variare in relazione al caso concreto e sulla base della complessità delle indagini[617], non altrettanto potrebbe dirsi delle nuove disposizioni, che condizionano il *dies a quo* per la contestazione degli addebiti ad un adempimento che rientra nella piena ed esclusiva disponibilità dell'autorità di vigilanza.

Le conseguenze della mancata notifica della lettera di contestazione nei termini stabiliti dalla legge sono indicate nell'art. 14 della legge 689 del 1981, il quale prevede che "*l'obbligazione di pagare la somma dovuta per la violazione si estingue per la persona nei cui confronti è stata omessa la notificazione nel termine prescritto*"[618]. Da tale disposizione si desume che, in caso di più soggetti coobbligati, la responsabilità potrà comunque essere fatta valere nei confronti dei soggetti nei cui confronti la notifica dell'atto di contestazione è avvenuta tempestivamente, in virtù del principio per cui l'effetto estintivo della pretesa sanzionatoria è limitato al soggetto nei cui confronti non è stata eseguita la notifica[619].

[617] Cassaz., n. 9454 del 21 aprile 2009; Cassaz., n. 3043 del 6 febbraio 2009; V. Cassaz., sez. II, n. 9311 del 18 aprile 2007; Cassaz., sez. I, n. 9456 del 19 maggio 2004; Cassaz., n. 6934 dell'8 aprile 2004; Corte d'Appello di Roma, decr. 7 marzo 2008 – 2 aprile 2008; Tar Lazio, sez. III, n. 399 del 16 gennaio 2012, la quale affermato, in conformità agli orientamenti della Cassazione, che " *in tema di sanzioni amministrative, il termine per la contestazione all'interessato, stabilito, a pena di decadenza, dall'art. 14 L. 24 novembre 1981, n. 689, decorre, non già dal momento in cui il fatto è stato acquisito nella sua materialità, ma, dovendosi tener conto anche del tempo necessario per la valutazione della idoneità di tale fatto ad integrare gli estremi (oggettivi e soggettivi) di comportamenti sanzionati come illeciti amministrativi, da quando l'accertamento è stato compiuto o avrebbe potuto ragionevolmente essere effettuato dall'organo addetto alla vigilanza delle disposizioni che si assumono violate. In tema di sanzioni amministrative, nel caso di mancata contestazione immediata della violazione, l'attività di accertamento dell'illecito non coincide con il momento in cui viene acquisito il fatto nella sua materialità, ma deve essere intesa come comprensiva del tempo necessario alla valutazione dei dati acquisiti e afferenti agli elementi (oggettivi e soggettivi) dell'infrazione e, quindi, della fase finale di deliberazione, correlata alla complessità delle indagini tese a riscontrare la sussistenza dell'infrazione medesima e ad acquisire piena conoscenza della condotta illecita sì da valutarne la consistenza agli effetti della corretta formulazione della contestazione*".

[618] Cfr. Cassaz., n. 5400 del 13 marzo 2006.

[619] V. DATO G.G.A., *Il concorso di persone*, in CAGNAZZO A. (a cura di), *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 183.

5. La fase istruttoria

5.1. Le controdeduzioni e l'audizione personale

Un'ulteriore espressione del principio del contraddittorio, strumentale a garantire il diritto di difesa degli interessati è la previsione contenuta nell'art. 145 Tub e 195 Tuf, ai sensi della quale i soggetti destinatari delle contestazioni, entro 30 giorni dalla notifica di queste, hanno facoltà di presentare delle controdeduzioni[620], dando luogo ad una forma di contraddittorio scritto.

Le nuove disposizioni di vigilanza prevedono che le controdeduzioni possono essere presentate dai destinatari del procedimento sanzionatorio e dai soggetti coobligati sia singolarmente, sia in forma collettiva. Inoltre, esse devono essere redatte "*in modo essenziale*", in maniera da rispettare il principio di leale collaborazione delle parti del procedimento amministrativo e di economicità dell'azione amministrativa[621].

Oltre al contraddittorio scritto, la Banca d'Italia assicura il contraddittorio orale, dando possibilità all'incolpato di richiedere un'audizione personale. Tale facoltà, pur non prevista dall'art. 18 della L. 689/1981, né dalla L. 241/1990 o dall'art. 145 Tub e 195 Tuf, è comunque accordata dalle disposizioni di vigilanza[622], le quali specificano che la richiesta ha carattere strettamente personale e non può quindi svolgersi per delega, e deve essere avanzata nel termine di 30 giorni dalla notificazione della lettera di contestazione[623]. La mancata convocazione degli incolpati che abbiano fatto richiesta di audizione personale costituisce un vizio procedimentale idoneo a legittimare l'impugnazione del provvedimento finale. Non porta a tale medesima conclusione il mancato avviso agli incolpati, nella notifica della contestazione degli addebiti, della facoltà loro spettante dell'audizione. La giurisprudenza ha chiarito che tale omissione

---

[620] Par. 1.3 del provvedimento della Banca d'Italia del 18 dicembre 2012, *Disposizioni di vigilanza in materia di sanzioni e procedura sanzionatoria amministrativa*.

[621] V. Par. 1.3 del provvedimento della Banca d'Italia del 18 dicembre 2012, *Disposizioni di vigilanza in materia di sanzioni e procedura sanzionatoria amministrativa*, in base al quale le controdeduzioni "*devono essere svolte in modo essenziale, rispecchiando l'ordine delle contestazioni; ove superiori alle 50 pagine, devono concludersi con una sintesi delle principali argomentazioni difensive presentate*".

[622] Cfr. Corte d'Appello di Roma, decr. 20 aprile – 7 maggio 2009, "*qualora la normazione secondaria non avesse previsto la possibilità per gli interessati di essere ascoltati nel corso del procedimento sanzionatorio, avrebbe un senso interrogarsi in merito alla liceità di una simile deroga all'art. 18 della legge 689. Sennonché il regolamento della Banca d'Italia (..) esplicitamente prevede la facoltà degli interessati di essere sentiti personalmente durante la fase istruttoria del procedimento amministrativo*".

[623] Par. 1.3 del provvedimento della Banca d'Italia del 18 dicembre 2012, *Disposizioni di vigilanza in materia di sanzioni e procedura sanzionatoria amministrativa*.

non determina alcuna violazione normativa, trattandosi di facoltà prevista dalla normazione primaria e secondaria, conosciuta e conoscibile indipendentemente da ogni avviso specifico concernente essa[624].

Le disposizioni di vigilanza consentono agli incolpati di chiedere una proroga del termine di presentazione delle controdeduzioni non superiore ai 30 giorni, da concedere, "*secondo criteri di proporzionalità, anche in relazione alle caratteristiche operativo-dimensionali dell'intermediario e alla complessità degli addebiti*"[625]. Al tempo stesso, le disposizioni non consentono che costituisca oggetto di proroga la richiesta di audizione personale. La *ratio* di tale differenziato trattamento andrebbe individuata nel fatto che, da un lato, appare ragionevole la concessione di una proroga in relazione alla necessità di redigere controdeduzioni scritte, mentre non altrettanto ragionevole apparirebbe la possibilità della concessione di una proroga per lo svolgimento di un'attività personale, che non richiederebbe particolari e onerosi adempimenti materiali.

5.2. L'accesso agli atti

Un ulteriore strumento per garantire il contraddittorio nell'ambito dei procedimenti sanzionatori della Banca d'Italia è rappresentato dal diritto dei partecipanti di accedere agli atti del procedimento[626]. La disciplina del diritto di accesso in materia stabilisce per l'interessato il diritto a riequilibrare la dialettica procedimentale attraverso l'acquisizione della documentazione su cui si basano le contestazioni a lui rivolte, fermo restando che "*il diritto di accesso non comporta l'obbligo per la Banca d'Italia di elaborare i dati in suo possesso al fine di soddisfare le richieste*"[627]. Secondo quanto stabilito dall'art. 23 della L. n. 241 del 1990, tale diritto "*nei confronti delle autorità di garanzia e di vigilanza si esercita nell'ambito dei rispettivi ordinamenti, secondo*

[624] Corte d'Appello di Roma, decr. 14 giugno – 6 luglio 2010, causa 61703/09.
[625] Par. 1.3 del provvedimento della Banca d'Italia del 18 dicembre 2012, *Disposizioni di vigilanza in materia di sanzioni e procedura sanzionatoria amministrativa*.
[626] Sul diritto di accesso in generale, v. ARENA F.G., *Trasparenza amministrativa*, in *Enc. Giur.*, XXXI, Roma 1995; CASETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffré, Milano, 2010; MORBIDELLI G., *Il procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Zanichelli, Bologna, 2005.
[627] V. art. 2 Provvedimento dell'11.12.2007, *Regolamento per la disciplina delle modalità del diritto di accesso ai documenti amministrativi concernenti l'attività di vigilanza della Banca d'Italia*

quanto previsto dall'art. 24"[628]. La dottrina ha osservato che la disposizione dell'art. 23 della L. n. 241/1990 individua una disciplina speciale, nel senso di garantire alla Banca d'Italia "*una maggiore impermeabilità al diritto di accesso*"[629].

A tale riguardo, si è posto il problema di coordinare il diritto di accesso agli atti da parte dei soggetti nei cui confronti è stato avviato un procedimento sanzionatorio con la disciplina del segreto d'ufficio stabilito dall'art. 7, comma 1 del Tub. Questa disposizione, infatti, stabilisce il divieto per la Banca d'Italia di comunicare, anche ad altre pubbliche amministrazioni, informazioni e notizie acquisite sui soggetti vigilati. Essa trova fondamento nell'obiettivo di proteggere le banche e i terzi dai danni che potrebbero derivare da una diffusione impropria delle informazioni in possesso dell'Autorità di vigilanza.

La giurisprudenza amministrativa ha a lungo affermato che le informazioni in possesso della Banca d'Italia nell'esercizio delle funzioni di vigilanza non rientrassero nell'ambito di applicazione della disciplina del diritto di accesso, prevista in via generale dall'art. 24 L. 241/1990[630]. Tuttavia, la Corte Costituzionale ha in diverse sentenze affermato la cedevolezza del segreto d'ufficio rispetto al diritto di acceso agli atti, per lo meno a fronte dell'esigenza di esercitare il diritto di difesa da parte degli interessati nei procedimenti sanzionatori collegati all'attività di vigilanza[631]. Tale

---

[628] V. art. 24 L. 262/2005 e Provvedimento del 18 dicembre 2012, che richiama le modalità e i limiti specificati nel *Provvedimento dell'11.12.2007, Regolamento per la disciplina delle modalità del diritto di accesso ai documenti amministrativi concernenti l'attività di vigilanza della Banca d'Italia* (pubblicato in G.U., Serie Generale, n. 4 del 5.1.2008)

[629] MORBIDELLI G., *Il procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, p. 665.

[630] v. Consiglio di Stato, sez. VI, sent. n. 990 del 17 giugno 1998. Il giudice amministrativo ha affermato in tale sentenza che "*dal momento che l'art. 7 della legge bancaria stabilisce che tutte le notizie, le informazioni e i dati in possesso della Banca d'Italia in ragione della sua attività di vigilanza sono coperti dal segreto d'ufficio anche nei confronti delle pubbliche amministrazioni, l'accesso a questi documenti è escluso in virtù del mero rinvio a questa fattispecie legale, operato dal 1° comma dell'art. 24, secondo il quale (..) "nei casi di segreto o di divieto di divulgazione altrimenti previsto dall'ordinamento" è precluso il diritto di accesso*"". V. anche Consiglio di Stato, sez. VI, sent. n. 936 del 5 giugno 1998, nel quale è condivisa la tesi secondo cui sia da escludere il diritto di accesso in relazione alle informazioni, notizie e dati in possesso della Banca d'Italia in ragione dell'attività di vigilanza ricorrendo, in tali fattispecie, "*quelle limitazioni tassative di carattere oggettivo poste a salvaguardia di interessi pubblici fondamentali e preminenti, rispetto alle quali il diniego di accesso si pone come atto assolutamente vincolato, di quei casi di segreto o di divieto di divulgazione altrimenti previsti dall'ordinamento per i quali il diritto di accesso è recessivo rispetto al segreto*".

[631] V. Corte cost., n. 460 del 3 novembre 2000, la quale richiama le precedenti sent. n. 71 e 505 del 1995. La Corte ha affermato, con riferimento ai procedimenti sanzionatori di competenza della Consob, che "*sarebbe difficile immaginare che, nel motivare un provvedimento sanzionatorio, sia possibile una valutazione non fittizia delle deduzioni del destinatario quando a questo sia stato negato l'accesso ai documenti posti a fondamento dell'addebito*".

conclusione troverebbe il suo fondamento già nell'art. 23, comma 2 della L. 689/1981, il quale prescrive che, nel giudizio di opposizione, all'autorità che ha emesso il provvedimento impugnato viene ordinato dal giudice di depositare in cancelleria, entro un termine prestabilito, "*copia del rapporto con gli atti relativi all'accertamento*". Ad avviso della Corte già da tale disposizione si desumerebbe che gli atti, le notizie e i dati in possesso dell'OdV, non sono affatto segreti e sono invece pienamente accessibili, non solo nel giudizio di opposizione alla sanzione, ma anche nel procedimento speciale di accesso regolato dall'art. 25 della L. n. 241 del 1990, strumento esperibile anche dall'incolpato nei procedimenti sanzionatori, per orientare preventivamente l'azione sanzionatoria amministrativa. Tale conclusione andrebbe definitivamente confermata alla luce dei principi del diritto di difesa, di imparzialità e di trasparenza dell'attività amministrativa affermati dagli art. 24 e 97 Cost.. Infatti, secondo la Corte, l'art. 24, "*se indubbiamente si dispiega nella pienezza del suo valore prescrittivo solo con riferimento ai* [procedimenti giurisdizionali], *non manca tuttavia di riflettersi, seppure in maniera più attenuata, sui* [procedimenti amministrativi], *in relazione ai quali, in compenso, si impongono al più alto grado di cogenza le garanzie di imparzialità e di trasparenza che circondano l'agire della pubblica amministrazione*"[632]. In altra sentenza, la Corte ha anche affermato che "*in nessun caso la protezione di un interesse costituzionale, quale certamente è la stabilità dei mercati finanziari, riconducibile nell'ambito tematico dell'art. 47 Cost., può giungere a legittimare la sostanziale segretezza nei confronti dello stesso interessato dei documenti che fondano un procedimento a suo carico*"[633].

Le coordinate fornite dalla Corte Costituzionale sono state recepite dall'ordinamento positivo, poiché infatti l'art. 24 della L. 262/2005 infatti ha affermato, con riferimento ai procedimenti sanzionatori della Banca d'Italia, l'applicabilità delle disposizioni in materia di diritto di accesso. A tale orientamento non ha potuto non aderire anche la giurisprudenza amministrativa,[634] che si è spinta fino ad affermare il

[632] V. Corte cost., n. 460 del 3 novembre 2000.

[633] Corte Cost., n. 32 del 25 gennaio 2005. Si osservi che nella citata sentenza la corte costituzionale ha comunque ritenuto recessiva la richiesta di accedere agli atti di un procedimento sanzionatorio che si sia poi concluso con un provvedimento di archiviazione, nel caso in cui il richiedente intendesse esercitare il diritto di difesa in un processo civile. In tale ipotesi il regime del segreto d'ufficio, posto a protezione del superiore interesse alla stabilità dei mercati finanziari *ex* art. 47 Cost. Sarebbe destinato a prevalere.

[634] Consiglio di Stato, n. 2068 del 13 aprile 2006, che ha affermato che "*una volta verificato che gli atti richiesti sono rifluiti in un procedimento decisionale incisivo di diritti o interessi del destinatario e che la*

diritto degli interessati ad accedere a tutto il rapporto ispettivo, nonostante i rilievi contestati agli interessati siano contenuti solo nella cosiddetta parte aperta del rapporto, ritenendo che questo non sia un atto scindibile dall'attività amministrativa istruttoria relativa ai procedimenti sanzionatori, caratterizzata da una sua unitarietà in relazione al diritto di difesa dell'interessato[635].

Il diritto di accesso agli atti di un procedimento amministrativo potrebbe tuttavia confliggere con esigenze di tutela della riservatezza dei terzi, poiché esso potrebbe contenere dati ed informazioni relativi a soggetti diversi da coloro che hanno presentato l'istanza di accesso. In tali ipotesi, la pubblica amministrazione è chiamata ad effettuare un contemperamento tra le due opposte esigenze, atteso che l'art. 24 comma 6 della L. 241/1990 esclude il diritto di accesso nell'ipotesi in cui i documenti riguardino "*la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono*".

In tali ipotesi, il comma 7 fa prevalere il diritto di accesso sull'interesse alla riservatezza dei terzi, qualora la conoscenza degli atti del procedimento "*sia necessaria*

---

loro conoscenza appare rilevante per la difesa di tali diritti o interessi, l'esigenza di segretezza diviene recessiva nei confronti del destinatario alla stregua di quanto stabilito dall'art. 24 della legge n. 241/1990"[634]. In senso analogo, v. anche Consiglio di Stato, n. 5356 dell'11 ottobre 2007.

[635] V. Consiglio di Stato, n. 6562 del 7 novembre 2006. La sentenza, facendo riferimento all'art. 23, co. 2, L. 689/1981, ha affermato che "*Se l'accertamento (..), discende da un'attività ispettiva nei confronti di un soggetto determinato (…) e assume il connotato di un'attività continuativa e complessivamente riferibile al soggetto medesimo, e quindi, trattandosi di una persona giuridica, all'eventuale responsabilità da illecito del soggetto preposto agli organi di tale organismo, è da ritenere che la relazione che, in un unico contesto documentale, dia conto delle indagini e delle attività di presa di conoscenza che abbiano poi dato luogo a delle contestazioni ai fini di un procedimento sanzionatorio, non possa non definirsi "atto relativo all'accertamento", ancorché solo parte dell'attività ispettiva sia posta a base delle contestazioni poi effettuate. La relazione ispettiva unitariamente redatta, e gli atti (es. nota tecnica) che ne conseguono, infatti, non sono, in linea di principio, scindibili alla stregua di un atto avente contenuto plurimo, perché tale attività istruttoria è comunque, ai fini delle esigenze difensive dell'interessato, caratterizzata da un'unitarietà dei soggetti incaricati, delle metodologie di indagine in concreto utilizzate, e, risulta quale manifestazione unitaria della potestà ispettiva, capace di indicare un "modus operandi" dell'Autorità procedente che, complessivamente, costituisce la premessa di un'attività selettiva dei dati acquisiti, globalmente rilevante nei confronti dell'interessato*". In senso analogo, v. Tar Lazio, n. 13895 del 28 maggio 2010. Contra, v. Tar Campania – Napoli, sez. V, sent. n. 2516 dell'11 maggio 2009, che ha affermato che "*ostano all'accessibilità integrale del rapporto relativo ad un'ispezione effettuata dalla Banca d'Italia, sia l'esigenza di tutelare la stabilità del sistema finanziario (sussistente non solo ove si tratti di grandi gruppi bancari quotati in borsa, ma anche di piccoli istituti di credito locali non quotati) sia la necessità di proteggere la riservatezza delle imprese affidate dalla banca ispezionata*".

per curare o per difendere i propri interessi giuridici"[636]. E proprio a tale disposizione va ricondotta la richiesta di accesso agli atti nell'ambito del procedimento sanzionatorio, dovendosi riconoscere ai soggetti incolpati il diritto di accedere anche agli atti e ai documenti contenenti informazioni relative a terzi, con l'unico limite rappresentato dai documenti contenenti dati sensibili e giudiziari in relazione ai quali l'accesso è consentito, nella misura in cui ciò sia strettamente indispensabile e, comunque, nel rispetto dell'art. 60 del D. Lgs. n. 196/2003[637].

L'art. 22, comma 1, lett. C) della L. 241/1990 dispone che i controinteressati sono "*tutti quei soggetti, individuati o facilmente individuabili, in base alla natura del documento richiesto, che dall'esercizio dell'accesso vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza*"[638]. Va dunque sottolineato che, ai fini dell'individuazione di un controinteressato, non basta che qualcuno sia chiamato in causa in qualche modo dal documento in richiesta, ma occorre in capo a tale soggetto un *quid pluris*, vale a dire la titolarità di un diritto alla riservatezza sui dati racchiusi nello stesso documento.

In base alla disciplina secondaria della Banca d'Italia, questa deve informare i terzi controinteressati della ricezione dell'istanza di accesso, affinché questi possano opporsi; decorso il termine entro cui essi possono far pervenire le proprie controdeduzioni, la Banca d'Italia provvede sulla richiesta[639].

E' stato discusso se la mancanza del consenso dei controinteressati impedisca l'accesso al documento da parte dell'istante, ovvero se le ragioni addotte da questi debbano essere controllate da parte della Banca d'Italia, che potrebbe dunque autorizzare l'accesso se reputasse il dissenso non fondato su interessi meritevoli di

---

[636] L'attuale formulazione del comma 7 dell'art. 24 L. n. 241/1990 è il risultato delle modifiche introdotte dall'art. 16, L. 11 febbraio 2005, n. 15.

[637] Tale disposizione stabilisce che, quando il trattamento concerne dati idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale, esso è consentito solo se la situazione giuridica da tutelare con la richiesta di accesso è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile. V. sul punto Consiglio di Stato, sez. VI, sent. n. 1882 del 2001.

[638] Per una specificazione della nozione di controinteressato in materia di accesso agli atti, v. Consiglio di Stato, sent. n. 3190 del 27 maggio 2011. Per il giudice amministrativo "*la formulazione dell'art. 22 impone di riconoscere la qualità di controinteressato non già a tutti coloro che, a qualsiasi titolo, siano nominati o comunque coinvolti nel documento oggetto dell'istanza ostensiva, ma, appunto, solo a coloro che per effetto dell'ostensione vedrebbero pregiudicato il loro diritto alla riservatezza*"; inoltre, per il Consiglio di Stato "*la veste di controinteressato in tema di accesso è una proiezione (..) del valore dela riservatezza, e non già della mera oggettiva riferibilità di un dato alla sfera di un certo soggetto*".

[639] Art. 6 del Provvedimento della Banca d'Italia dell'11.12.2007 - *Regolamento per la disciplina delle modalità del diritto di accesso ai documenti amministrativi concernenti l'attività di vigilanza della Banca d'Italia* (pubblicato in G.U., Serie Generale, n. 4 del 5.1.2008).

tutela. Sul punto la giurisprudenza ha dichiarato illegittimo il comportamento della pubblica amministrazione che neghi il diritto di accesso basandosi esclusivamente sulla mancanza del consenso da parte dei controinteressati e sulla necessità di uniformarsi alla volontà degli stessi a tutela della loro riservatezza, "*in quanto la normativa in materia di accesso agli atti, lungi dal rendere i controinteressati arbitri assoluti delle richieste che li riguardino, rimette sempre all'amministrazione destinataria della richiesta di accesso il potere di valutare la fondatezza della richiesta stessa, anche in contrasto con l'opposizione eventualmente manifestata dai controinteressati*"[640].

5.3. La valutazione del materiale istruttorio

Prima della L. 262/2005 la disciplina dei procedimenti sanzionatori in materia finanziaria stabiliva che le autorità di vigilanza, dopo aver contestato le violazioni e ricevuto dagli interessati le controdeduzioni, esaminassero queste ultime e formulassero una proposta di sanzione al Ministro dell'Economia e delle Finanze, che avrebbe assunto la decisione con provvedimento, impugnabile di fronte alla Corte d'Appello[641].

L'art. 26 della legge sul risparmio ha invece disposto di concentrare in capo alle autorità tecniche il potere sanzionatorio, escludendo le precedenti competenze ministeriali. Al tempo stesso, l'art. 24 L. 262/2005, nell'enunciare i principi che le autorità avrebbero dovuto rispettare nello svolgimento dei procedimenti sanzionatori, ha indicato il principio "*della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie rispetto all'irrogazione della sanzione*", rimettendo alle Autorità il compito di disciplinarne le modalità organizzative. Il principio di separazione tra funzioni istruttorie e decisorie si trovava già enunciato nell'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo[642], che ne fa menzione come una delle manifestazioni del diritto ad un

[640] Tar Sicilia – Catania, n. 1277 del 20 luglio 2007.
[641] BANI E., *Le sanzioni amministrative*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), La *nuova legge sul risparmio, profili societari, assetti istituzionali e tutela degli investitori*, Cedam, Padova, 2006, p. 408; CECI IAPICHINO S., *Le sanzioni amministrative*, in GALANTI E. (a cura di), *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, Cedam, Padova, 2008, p. 1473; MATTARELLA B. G., *Le sanzioni amministrative nel nuovo ordinamento bancario*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1996, p. 708.
[642] La CEDU peraltro, come affermato dalla Corte Costituzionale, ha carattere di norma interposta che integra parametro costituzionale di cui all'art. 117 comma 1. V. Corte Cost., sent. n. 348 e 349 del 24 ottobre 2007; da ultimo, v. Corte Cost., sent. n. 80 del 11 marzo 2011.

equo processo[643]. Il citato principio riveste una tale importanza in materia che addirittura, nel caso *Dubus c. Francia*, ha costituito il presupposto in base al quale i giudici di Strasburgo hanno censurato l'organizzazione interna dell'autorità preposta alla tutela del risparmio in Francia, la *Commission Bancaire*, a causa dell'insufficiente separazione organica, al suo interno, tra l'organo d'accusa dei procedimenti sanzionatori, il *Secretariat General* e l'organo decisorio, la *Commission*[644].

Per evitare simili censure, la Banca d'Italia, prima con provvedimento del 27 aprile 2006, poi con il provvedimento del 27 giugno 2011 e con il provvedimento del 18 dicembre 2012, ha dato attuazione al principio della separazione tra funzioni istruttorie e decisorie, attribuendo le prime agli uffici amministrativi del Servizio Rapporti Esterni e Affari Generali, e le seconde all'organo di vertice della Banca, ossia al Direttorio, che, in base all'art. 19 comma 6 della legge sul risparmio, è competente per l'adozione dei provvedimenti della Banca d'Italia aventi rilevanza esterna. La giurisprudenza amministrativa ha recentemente affermato la conformità di tale regolamentazione ai principi affermati dall'art. 6 Cedu[645].

---

[643] L'art. 6 CEDU menziona il diritto ad un equo processo solo in materia civile o penale. I giudici di Strasburgo tuttavia hanno dichiarato più volte di assumere i termini di tale disposizione in un significato autonomo, al fine di arginare atteggiamenti elusivi nella sua applicazione. In tale modo tale articolo è diventato rilevante per il diritto amministrativo, in particolare per quanto riguarda la disciplina del procedimento. A questa considerazione si aggiunga che, con particolare riferimento alle sanzioni amministrative, i giudici di Strasburgo hanno considerato di natura penale anche controversie concernenti sanzioni erogate dalla pubblica amministrazione, in ragione dell'idoneità delle stesse ad incidere significativamente nella sfera soggettiva degli individui coinvolti. Secondo questa ricostruzione, anche un'autorità amministrativa, se dotata di potestà sanzionatorio, è qualificabile come un tribunale che decide un'accusa penale. Al riguardo, V. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 8 giugno 1976, caso 5100/71, *Engel and Others v. the Netherlands.*

[644] Corte europea dei diritti dell'uomo, 11 giugno 2009, *Dubus S.A. v. France*. La Corte osserva che la Commissione bancaria esercita due tipi di funzioni: una funzione di controllo (comprendente un controllo amministrativo e un potere di ingiunzione) e una funzione disciplinare, nell'esercizio della quale agisce come "giurisdizione amministrativa". La Corte evidenzia l'imprecisione dei testi che regolamentano la procedura davanti alla Commissione bancaria, relativamente alla composizione a alle prerogative degli organi tenuti ad esercitare le varie funzioni alla stessa devolute ed, in particolare, rileva che né dal CMF né da un regolamento interno risulta una chiara distinzione tra funzioni di incriminazione, di istruzione e di sanzione nell'esercizio del potere giurisdizionale della Commissione bancaria. In particolare, gli organi istruttori apparivano serventi rispetto a quelli decisori, da cui, tra l'altro, potevano ricevere istruzioni ed essere sottoposti ad una serie di controlli. La Corte afferma che il cumulo di funzioni d'istruzione e di giudizio può essere compatibile con il rispetto dell'imparzialità garantita dall'art. 6 della Convenzione, ma afferma che il cumulo è subordinato alla natura e alla portata dei compiti di chi agisce durante la fase di istruzione e all'assenza di compimento di atti d'accusa da parte dello stesso. La Corte ricorda che "*il semplice fatto, per un giudice di aver già preso delle decisioni prima del processo non giustifica di per sé dei timori circa la sua imparzialità. Ciò che conta è la portata delle misure adottate dal giudice prima del processo*".

[645] Tar Lazio, sent. n. 4455 del 16 maggio 2012. Con una motivazione a dire il vero un po' lacunosa il tribunale ha affermato che la subordinazione gerarchica delle strutture interne della Banca d'Italia rispetto all'organo decisorio, il direttorio, non inciderebbe sulla distinzione tra le funzioni. In particolare, il

Nella fase istruttoria il servizio REA analizza gli elementi acquisiti agli atti, quali possono essere memorie scritte e documenti, al fine di effettuare "*una ponderata valutazione degli addebiti contestati, della rilevanza delle violazioni e della responsabilità personale*"[646].

Tuttavia, "*nei casi di particolare complessità, di novità delle questioni emerse o di rilevanza sistemica*", il Servizio Rapporti Esterni e Affari Generali può decidere di sottoporre gli atti del procedimento alla valutazione della Commissione per l'Esame delle Irregolarità[647], anche su indicazione del Direttore Centrale della vigilanza bancaria finanziaria. In tale evenienza la Commissione valuta le risultanze istruttorie, "*esaminando gli atti del procedimento, con particolare riguardo alle deduzioni difensive presentate dagli interessati*", formulando un parere vincolante per la conclusione dell'istruttoria.

In ogni caso, questa è poi portata a conclusione dal servizio REA, che formula la proposta in ordine all'applicazione di sanzioni amministrative o all'archiviazione del procedimento. La proposta del Servizio REA, contenente la descrizione analitica della valutazione degli elementi istruttori, è trasmessa al Direttorio, previo visto del Direttore

---

tribunale ha affermato che "*la subordinazione gerarchica, propria dell'assetto del personale di ogni amministrazione, non rifluisce di per sé in una commistione di funzioni, altrimenti potendo ritenersi realizzata tale separazione solo ricorrendo a personale esterno all'amministrazione stessa e sulla base di moduli organizzativi che ne garantiscano la totale estraneità. Né sono automaticamente trasponibili (...) le conclusioni rassegnate dalla corte di Strasburgo (Corte europea dei diritti dell'uomo, 11 giugno 2009, Dubus S.A. v. France), in quanto specificamente riferite al caso concreto nello specifico l'assetto dell'autorità indipendente francese, con riferimento alla quale la corte ha ritenuto l'assenza di una sufficiente separazione tra organo d'accusa e organo decisorio per essere il primo in posizione sostanzialmente servente rispetto al secondo, che poteva dare istruzione ed esercitare poteri di controllo di vario tipo, elementi questi non riscontrabili con riferimento al procedimento che si svolge innanzi all'autorità italiana. Non va, tuttavia, sottaciuto che principi convenzionali sulla separazione tra accusa e difesa l'ordinamento italiano ha dato più puntuale di incisiva attuazione con riferimento ai procedimenti della Banca d'Italia (…), realizzando in modo più compiuto la separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie nell'irrogazione delle sanzioni. Se in chiave evolutiva sono aperti ampi spazi per rafforzare l'adeguamento del procedimento innanzi all'autorità ai principi di cui all'articolo sei della ceduto, alla luce dell'attuale assetto normativa regolamentare, per le ragioni dianzi illustrate, non risulta ravvisabile la violazione del principio di distinzione tra funzioni ed organi istruttori e decisori*".

[646] Par. 1.5 del provvedimento della Banca d'Italia del 18 dicembre 2012, *Disposizioni di vigilanza in materia di sanzioni e procedura sanzionatoria amministrativa*.

[647] La CEI è un organo collegiale, cui, fino al 27 giugno 2011, era demandata la fase conclusiva dell'istruttoria e la proposta al direttorio dei procedimenti sanzionatori. La CEI era affiancata da un ufficio appositamente istituito in cui erano demandate funzioni di segreteria tecnica, di cura dell'istruttoria delle pratiche e degli adempimenti successivi alle determinazioni. Attualmente, alle sedute della CEI, presieduta dal direttore centrale della vigilanza, partecipano i capi dei servizi dell'area, il titolare dell'unità di coordinamento dell'area e collegamento filiali, i direttori delle filiali della Banca d'Italia competenti sull'intermediario e un rappresentante della consulenza legale.

Centrale per la vigilanza bancaria e finanziaria, ed è seguita da un parere dell'Avvocato Generale, concernente i profili di legittimità.

È utile osservare che, pur in mancanza di un'esplicita disposizione di legge, la proposta del Servizio Rapporti Esterni e Affari Generali è l'atto che contiene la motivazione sostanziale del provvedimento sanzionatorio, atteso che il provvedimento finale del Direttorio fa ampio riferimento ad essa. Ricorrerebbe in tal caso un'ipotesi di provvedimento amministrativo motivato *per relationem*, giacché la proposta del Servizio REA è l'atto che contiene le ragioni di fatto e di diritto, in relazione alle risultanze dell'istruttoria, che hanno determinato la decisione dell'amministrazione[648], tanto di applicazione di sanzioni pecuniarie, quanto di archiviazione.

Le disposizioni affermano che la Banca d'Italia esamina le argomentazioni difensive presentate e il complesso degli elementi informativi in suo possesso, "*valutando in particolare se vi sia stata una tempestiva e completa rimozione degli effetti della violazione da parte dell'interessato*" e che, "*qualora riscontri che (…) gli interventi posti in essere abbiano portato all'eliminazione delle carenze rilevate, la Banca d'Italia ne tiene conto ai fini della conclusione del procedimento con provvedimento di archiviazione*".

Simile disposizione, che attribuisce efficacia scriminante al cosiddetto "*ravvedimento operoso*" dei soggetti incolpati, sembrerebbe illegittima, perché in contrasto con la formulazione dell'art. 11 della L. 689/1981, che attribuisce ad un simile elemento la sola efficacia di circostanza attenuante di cui tener conto nella determinazione dell'importo di una sanzione pecuniaria. Sembrerebbe pertanto non esserci spazio che per un'interpretazione abrogante della disposizione richiamata, ritenendola applicabile nei soli casi in cui sia la norma sanzionatoria a richiedere, ai fini del perfezionamento della fattispecie punita, una valutazione comprendente anche gli interventi correttivi da parte degli intermediari cui sono riconducibili gli incolpati.

La previsione analizzata sembra un'eco di quella impostazione, già analizzata[649], secondo cui la funzione sanzionatoria delle autorità di vigilanza avrebbe carattere discrezionale, anche in riferimento ai contenuti del provvedimento finale. Affermando

[648] Cfr. art. 3 L. 241/1990

[649] BANI E., *Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 39 e ss.; BORSI G., *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, in *Studi di Diritto Pubblico*, vol. I, Cedam, Padova, 1976, p. 3 e ss.; TITOMANLIO R., *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria*, Giuffré, Milano, 2007, p. 437 e ss.

che la Banca d'Italia "*tiene conto ai fini della conclusione del procedimento*" del ravvedimento operoso degli intermediari, si finisce infatti per attribuire alla Banca d'Italia la facoltà di dosare il ricorso alle sanzioni amministrative pecuniarie in base alle esigenze di vigilanza, secondo apprezzamenti discrezionali, tuttavia preclusi alla pubblica amministrazione in base ai principi della legge 689/1981[650]. Peraltro, tale potere verrebbe esercitato sulla base di presupposti già intrinsecamente incerti, essendo il frutto di valutazioni che costituiscono espressione di discrezionalità tecnica. Non si direbbe infatti apprezzabile con certezza *ex ante* quando un intervento correttivo abbia portato all'eliminazione delle carenze rilevate, ad esempio nel caso di irregolarità concernenti l'assetto organizzativo e dei controlli interni di un intermediario.

Al contrario, l'esistenza di apprezzamenti discrezionali in capo alle autorità di vigilanza deve ritenersi esclusa, poiché configgente con il sistema della legge 689, nonché dei principi di imparzialità ex art. 97 cost. e di ragionevolezza ex art. 3 Cost. [651]. Oltre alle considerazioni già svolte con riferimento ai poteri delle autorità di vigilanza in fase di avvio del procedimento sanzionatorio, va osservato infatti che la disposizione analizzata finirebbe per riservare, in maniera irragionevole, un medesimo trattamento sanzionatorio a quelle imprese bancarie che hanno sempre agito nel rispetto delle disposizioni primarie e secondarie che disciplinano la loro attività e a quei soggetti che invece hanno violato la disciplina di settore, pur avendo proposto delle azioni correttive *ex post*, a seguito dell'avvio della procedura sanzionatoria. Peraltro, da un punto di vista di politica criminale, è presumibile che possa essere inficiata l'efficacia deterrente di un apparato sanzionatorio se i suoi destinatari sanno di avere la possibilità sfuggire alla sua applicazione nonostante abbiano violato la disciplina di riferimento, qualora abbiano portato a compimento delle iniziative correttive successive alla commissione delle condotte illecite.

In conclusione, le nuove disposizioni di vigilanza, attribuendo valore scriminante al ravvedimento operoso dei soggetti incolpati, sono in contrasto con i principi di legalità sostanziale e procedimentale affermati dalla L. 689/1981. Ciò, in quanto la legge 689 attribuisce rilievo sanzionatorio a tutte quelle condotte che

[650] BANI E., *Il potere sanzionatorio delle autorità indipendenti*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 160; TITOMANLIO R.. *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria*, Giuffré, Milano, 2007, p. 475.
[651] TRAVI A. - PALIERO C.E., voce *Sanzione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Giuffré, Milano, p. 397 e ss. In giurisprudenza, v. Cassaz., sez. un., n. 16557 del 15 luglio 2010.

integrano gli elementi costitutivi di una fattispecie tipica, che non possono variare in ciascun singolo caso in relazione alla circostanza che la Banca d'Italia abbia o meno avviato un procedimento sanzionatorio a cui siano seguite iniziative correttive degli intermediari. Ciò, oltre a costituire una palese violazione del disposto contenuto nell'art. 11 L. 689/1981, significherebbe di fatto attribuire all'autorità di vigilanza un potere discrezionale di valutare l'opportunità dell'irrogazione di un provvedimento sanzionatorio, potere dai confini estremamente incerti data l'elasticità dei parametri cui esso sarebbe ancorato.

6. La fase decisoria

6.1. L'adozione del provvedimento finale

Le disposizioni di vigilanza prevedono che la proposta del servizio REA, dopo il visto del Direttore Centrale per la vigilanza bancaria e finanziaria, sia trasmessa al Direttorio, insieme a tutti gli atti del procedimento. Tali atti non devono essere portati a conoscenza anche degli interessati, affinchè possano esporre le proprie difese di fronte all'organo competente ad emanare il provvedimento. Tale previsione risponde all'idea che la partecipazione al procedimento amministrativo prevista dalla L. 241/1990 è funzionale alla sola fase istruttoria del procedimento, di modo che il contraddittorio in fase decisoria avrebbe carattere eccezionale, e sarebbe ammesso nei soli casi espressamente previsti dalla legge. Peraltro, ciò sarebbe conforme ai principi di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, che richiederebbero che il procedimento si concludesse nel più breve tempo possibile con il minor dispendio di attività amministrativa[652].

La scelta di escludere la possibilità per gli interessati di esercitare il diritto di difesa di fronte al Direttorio è stata criticata, poiché è sembrata ledere il principio costituzionale del giusto processo, che non verrebbe garantito agli interessati dinanzi all'organo competente ad esercitare la funzione decisoria, bensì solo di fronte all'organo competente nella fase istruttoria. Tale prospettiva valorizza la distinzione tra il concetto giuridico di partecipazione e quello di contraddittorio. Se il primo trova applicazione in quei procedimenti in cui non sussiste un contrasto di interessi tra le parti, essendo

[652] CECI IAPICHINO S., *Le sanzioni amministrative*, in GALANTI E. (a cura di), *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, Cedam, Padova, 2008, p. 1476.

strumentale al miglior svolgimento possibile della funzione amministrativa, il secondo trova applicazione in tutti quei procedimenti in cui figurano posizioni antagoniste di fronte ad un'autorità giudicante, indipendentemente dal fatto che questa sia inquadrabile o meno nel sistema giurisdizionale[653].

Tuttavia, già la giurisprudenza aveva da tempo affermato che gli interessati non avevano diritto a presentare memorie scritte o documenti dinanzi al Ministro, prima dell'adozione del provvedimento sanzionatorio, poiché i precetti costituzionali affermati dagli articoli 24 e 111 della costituzione sarebbero applicabili unicamente procedimenti giurisdizionali, e non anche ai procedimenti amministrativi, anche se incidenti sui diritti soggettivi dei destinatari[654].

Dopo l'emanazione della legge sul risparmio, che ha introdotto espressamente il principio del contraddittorio e di separazione tra funzioni istruttorie e decisorie nell'ambito dei procedimenti sanzionatori delle autorità indipendenti, parte della giurisprudenza e della dottrina ha riaffermato che il diritto di difesa degli incolpati non andrebbe limitato alla fase istruttoria, ma dovrebbe espandersi anche alla fase decisoria, dovendo essere garantito ai destinatari delle contestazioni, le cui condotte sono state valutate dall'organo competente per le funzioni istruttorie, di replicare alle conclusioni raggiunte di fronte al Direttorio[655]. Simili conclusioni potrebbero essere rafforzate anche

---

[653] SATTA F., *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2010, 299; RORDORF R., *Sanzioni amministrative e tutela dei diritti nei mercati finanziari*, in *Le società*, 2010, secondo il quale il principio del contraddittorio "*sembra significare qualcosa di più: sembra voler implicare solo che deve essere assicurato il diritto di difendersi, ma che la difesa deve poter interagire con l'accusa secondo una particolare modalità, destinata connotare in termini dialettici l'accertamento ed a conformarsi ad un principio generale dei procedimenti accusatori per cui spetta all'accusato l'ultima parola prima del procedimento medesimo si concluda*".

[654] Cass. Civ., n. 23782 del 22 dicembre 2004; Cass. Civ, n. 6307 del 18 aprile 2003, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2204, II, 283, con nota di CABIDDU M.A., *Sanzioni amministrative e principi costituzionali di fronte alle autorità indipendenti* in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2004, 3. Sul punto, è apparsa incerta la posizione della corte costituzionale espressa nella sentenza n. 460 del 2000, nella quale si afferma che "*di fronte alla distinzione tra procedimenti disciplinari giurisdizionali e procedimenti disciplinari amministrativi, questa corte ha già ricordato che la proclamazione contenuta nell'art. 24 Cost., Se indubbiamente si dispiega nella pienezza del suo valore prescrittivo solo con riferimento ai primi, non manca tuttavia di riflettersi, sia pure in maniera più attenuata, sui secondi*". Contra v. Consiglio di Stato, sez. III, sent. n. 485 del 13 aprile 1999.

[655] In giurisprudenza, v. Corte d'Appello di Genova, decr. 21 febbraio 2008; Corte d'Appello di Genova, decr. 8 aprile 2009; d'Appello di Genova, decr. 20 ottobre 2009; Corte d'Appello di Venezia, decr. 12 agosto 2010, secondo cui "*è necessario che il contraddittorio sia esteso anche alla fase finale, in ordine all'adozione della sanzione*".

In dottrina, v. VILLATA R. – GOISIS F., *Procedimenti per l'adozione di provvedimenti individuali*, in DE ANGELIS L. – RONDINONE N. (a cura di), *La tutela del risparmio nella riforma del mercato finanziario*, Torino, 2008,548, secondo i quali "*in ottemperanza al principio della piena partecipazione, in condizioni di parità, dell'accusato al procedimento, quest'ultimo dovrebbe essere in grado di esporre le proprie tesi*

dal riconoscimento del diritto del contraddittorio effettuato dal diritto europeo e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Nell'ambito del diritto comunitario, la Corte di Giustizia ha infatti affermato che il diritto di difesa, da garantire in tutti quei procedimenti idonei a sfociare in un atto lesivo della sfera giuridica di un soggetto, comporta il diritto in capo all'interessato di interloquire con tutti gli organi inquirenti e decisori del procedimento[656]. Poiché l'art. 1, comma 1 della L. 241 del 1990 prevede che l'attività amministrativa debba rispettare, tra gli altri, i principi del diritto comunitario, tali pronunce troverebbero efficacia diretta anche nel sistema amministrativo italiano[657]. Per quanto riguarda invece la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il diritto di difesa e del giusto processo sono sanciti dall'art. 6, la cui applicabilità ai procedimenti sanzionatori amministrativi è stata già dimostrata[658].

Tuttavia, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno affermato nuovamente che i principi del diritto di difesa e del giusto processo sono applicabili unicamente ai procedimenti giurisdizionali, e che la contestazione degli addebiti agli interessati e la possibilità a questi riconosciuta di presentare deduzioni e svolgere

---

difensive, anche oralmente, direttamente davanti all'organo decidente". Vedi anche RORDORF R., *Sanzioni amministrative e tutela dei diritti nei mercati finanziari*, in *Le società*, 2010, secondo il quale l'esclusione del diritto di difesa di fronte all'organo decidente "*appare innegabilmente un punto debole nel procedimento, come disegnato nel regolamento, ed ha fatto dubitare della sua effettiva conformità al rispetto sostanziale del principio del contraddittorio voluto dal legislatore, dal momento che in un procedimento improntato a tale principio il contraddittorio dovrebbe invece esplicarsi prima, durante e dopo il compimento dell'attività processuale preordinata alla decisione*".

[656] Corte di Giustizia, Sez. III, 19 gennaio 2006, causa C-240/03, nella quale si afferma che "*il rispetto dei diritti della difesa in qualsiasi procedimento promosso nei confronti di una persona idonea a sfociare in un atto per essa lesivo costituisce un principio fondamentale del diritto comunitario, che deve essere garantito anche mancanza di qualsiasi norma disciplinante la procedura. Tale principio impone che destinatari di decisioni che pregiudichino in maniera sensibile loro interessi siano messi in condizione di far conoscere utilmente il proprio punto di vista*". Vedi anche Tribunale, 23 febbraio 1994, cause riunite T-32/92 e T-40/92, secondo il quale "*il rispetto dei diritti della difesa, che costituisce un principio fondamentale del diritto comunitario e va osservato in qualunque circostanza, specie in qualsiasi procedimento con cui possono essere inflitte sanzioni, anche se si tratti di un procedimento di natura amministrativa, esige parimenti che le imprese le associazioni di imprese interessate siano messe in grado, sin dalla fase del procedimento amministrativo, di far conoscere in modo efficace il loro punto di vista sulla realtà e sulla pertinenza dei fatti, addebiti e circostanze allegate dalla commissione*".

[657] DELLA CANANEA G. – FRANCHINI C., *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010; MASSERA A., *I principi generali dell'azione amministrativa fra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Dir. amm.*, 2005, 707, secondo il quale "*non è azzardato rilevare che tutta la materia amministrativa è oggi, nel nostro ordinamento, materia europeizzata, anche al di là dei settori materiali di attività che sono oggetto delle competenze comunitarie, con una decisione che non costituisce certamente un atto dovuto di adeguamento, ma una scelta ordinamentale ben caratterizzata, che va nella direzione del monismo, proprio in uno di quei campi ove sono finora stati maggiori le specificità e, per così dire, le gelosie nazionali*".

[658] Cfr. Parte II, cap. 3, par. 5. In materia, v. GOISIS F., *Sanzioni amministrative, tutele procedimentali e giurisdizionali secondo la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo*, in CAGNAZZO A. (a cura di), *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 32 e ss..

audizione personale, sia di per sé idonea a garantire quel contraddittorio che la legge richiede all'interno del procedimento amministrativo[659]. Tale orientamento è dunque ora dominante anche nella giurisprudenza di merito[660].

Il Direttorio, dopo aver acquisito la proposta elaborata dal servizio REA, deve ricevere il parere dell'Avvocato Generale o, in caso di sua assenza o impedimento, dell'Avvocato Capo[661]. Tale atto ha la funzione di accertare eventuali vizi di legittimità della procedura sanzionatoria, prima dell'adozione del provvedimento finale. Non avendo contenuto decisorio, non necessita di una particolare motivazione, essendo sufficiente che esso esponga un'approvazione della proposta di provvedimento. Al tempo stesso, poiché tale atto è reso necessario dalle disposizioni di vigilanza, una sua eventuale mancanza costituirebbe vizio di legittimità del provvedimento finale. Qualora lo ritenga necessario, il Direttorio può chiedere un supplemento di istruttoria, nel caso in cui l'esame della proposta e della documentazione faccia emergere questioni meritevoli di ulteriore approfondimento. In caso contrario, "*entro 240 giorni dalla scadenza del termine per la presentazione delle controdeduzioni da parte del soggetto che ha ricevuto per ultimo la notifica della contestazione*", il Direttorio adotta il provvedimento conclusivo del procedimento, di applicazione di sanzioni ovvero di archiviazione.

---

[659] V. Cassaz., sez. Un., n. 20395 del 30 settembre 2009, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2010, II, 312 con nota di VIGO R., *Gruppo di società e manipolazione del mercato. Una pronuncia delle sezioni unite*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2010, 3, 318 e ss.. La suprema corte ha negato, ai procedimenti in discussione, la "*diretta applicazione dei precetti costituzionali riguardanti il diritto di difesa (art. 24 Cost.) ed il giusto processo (art. 111 Cost.), atteso che tali norme riguardano espressamente e solo il giudizio, ossia il procedimento giurisdizionale che si svolge davanti al giudice e non il procedimento amministrativo, ancorché finalizzato all'emanazione di provvedimenti incidenti su diritti soggettivi, sicché tale, mancata completa equiparazione del procedimento amministrativo a quello giurisdizionale non viola in alcun modo la costituzione*".

[660] *Ex multis*, v. Corte d'Appello di Roma, sez. I, 21 marzo 2011: "*il diritto di difesa e al contraddittorio deve essere fatto valere per l'incolpato in relazione ai fatti emersi nel corso dell'istruttoria e deve escludersi che le valutazioni conclusive sulla sussistenza dell'illecito, nonché sulla determinazione della sanzione debbano essere oggetto di preventiva contestazione all'incolpato, essendo questa materia del successivo giudizio di opposizione*".

[661] Par. 1.5 del provvedimento della Banca d'Italia del 18 dicembre 2012, *Disposizioni di vigilanza in materia di sanzioni e procedura sanzionatorie amministrativa*.

6.2. La determinazione dell'importo della sanzione

Qualora il Direttorio della Banca d'Italia decida di applicare una sanzione amministrativa pecuniaria, deve graduare l'importo di questa entro i limiti edittali previsti dalle fattispecie sanzionatorie.

La scelta dell'importo deve avvenire innanzitutto in base ai criteri stabiliti dall'art. 11 della legge 689 del 1981, già precedentemente descritti[662]. È stato già indicato infatti che l'art. 145 del Tub richiama *in toto* le disposizioni della legge 689, ad eccezione della sola previsione concernente la possibilità del pagamento in misura ridotta ai sensi dell'art. 16[663] della L. 689/1981.

Inoltre, la Banca d'Italia dovrà fare applicazione dei criteri specificamente previsti dalle disposizioni di vigilanza in materia sanzionatoria[664]. Tali criteri si aggiungono a quelli generali stabiliti dalla legge 689 del 1981 e ne costituiscono una specificazione piuttosto che una deroga. Le disposizioni di vigilanza affermano infatti che "*l'importo della sanzione, stabilito entro i limiti previsti dalla legge, viene fissato avendo riguardo ai criteri definiti dalla L. 689/1981*".

La Banca d'Italia, per valutare il requisito della gravità della violazione, deve tener conto, tra l'altro, della durata di questa, delle dimensioni dell'intermediario e del gruppo di appartenenza, nonché dei "*riflessi, anche potenziali, della violazione sulla situazione tecnica, organizzativo e gestionale dell'azienda e del gruppo di appartenenza nonché l'eventuale assunzione nei confronti degli intermediari, ai quali responsabili appartengono, di misure inibitorie ovvero di provvedimenti specifici, straordinari, ingiuntivi o di crisi*"[665]. Ancora, la Banca d'Italia deve tener conto della misura in cui le irregolarità accertate abbiano inficiato dell'attendibilità della rappresentazione della

[662] Cfr. parte II, cap. 2, par. 6.2.

[663] V. Cassaz. Civ., n. 5304 del 16 marzo 2004, che ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art, 144 del Tub per violazione dell'art. 23 Cost., con riferimento alla violazione dei principi di legalità e tassatività del precetto sanzionatorio, poiché detta disposizione non prevederebbe criteri di graduazione delle sanzioni amministrative pecuniarie applicabili per le violazioni previste dal Tub. Cfr. anche Cassaz. Civ., n. 8196 del 19 aprile 2005, che ha affermato che "*l'art. 11 della L. n. 689/1981 detta sufficienti criteri per la determinazione della sanzione amministrativa entro un limite minimo e un limite massimo, sulla cui concreta applicazione ben può essere invocato il sindacato del giudice di merito*".

[664] par. 1.6 del provvedimento della Banca d'Italia del 18 dicembre 2012, *Disposizioni di vigilanza in materia di sanzioni e procedura sanzionatorie amministrativa*.

[665] Par. 1.6 del provvedimento della Banca d'Italia del 18 dicembre 2012, *Disposizioni di vigilanza in materia di sanzioni e procedura sanzionatorie amministrativa*.

situazione aziendale fornita dalla banca, delle ipotesi di più violazioni della medesima disposizione ovvero della violazione di diverse disposizioni compiuta con un'unica azione od omissione[666], dei casi di reiterazione di condotte irregolari, dei "*riflessi, anche potenziali, sulla clientela, su altri portatori di interessi qualificati sui mercati*"[667].

Inoltre, le disposizioni stabiliscono che, nella determinazione della sanzione, la Banca d'Italia deve tenere anche conto dell'"*attività svolta dai soggetti sottoposti alla procedura sanzionatoria per eliminare o attenuare le conseguenze dell'infrazione*", nonché del "*grado di responsabilità personale dei soggetti sottoposti alla procedura sanzionatoria, in relazione agli elementi informativi disponibili*"[668]. In relazione al primo parametro, va precisato che il cosiddetto ravvedimento operoso dei soggetti sottoposti alla procedura sanzionatoria non potrà avere valore scriminante rispetto alle violazioni commesse, ma tutt'al più il valore di circostanza attenuante. Ciò in quanto, in ragione degli argomenti già esposti, la L. 689/1981 è stata chiaramente elaborata dando per presupposto il carattere vincolato della potestà sanzionatoria conseguente all'accertamento di irregolarità amministrative. L'ultimo criterio richiamato, invece, sembrerebbe mirare a prevedere un trattamento sanzionatorio differenziato in relazione alla funzione ricoperta e alla durata in carica in seno all'organizzazione aziendale da parte dei singoli esponenti, ad esempio distinguendo tra componenti di un consiglio di amministrazione esecutivi e non esecutivi. Al riguardo, si potrebbe considerare che non sarebbe irragionevole un trattamento sanzionatorio uguale per esponenti aziendali muniti di funzioni diverse all'interno dell'organizzazione societaria, quando le irregolarità riscontrate siano imputabili alla stessa maniera a tutti, nell'esercizio delle rispettive diverse funzioni[669].

---

[666] Cfr. parte II, cap. 2, p. 119.

[667] Par. 1.6 del provvedimento della Banca d'Italia del 18 dicembre 2012, *Disposizioni di vigilanza in materia di sanzioni e procedura sanzionatorie amministrativa*.

[668] Par. 1.6 del provvedimento della Banca d'Italia del 18 dicembre 2012, *Disposizioni di vigilanza in materia di sanzioni e procedura sanzionatorie amministrativa*.

[669] V. Cassaz., sez. II, sent. n. 2738 del 21 marzo 2013, secondo cui "*in materia di società bancarie (…) il dovere di agire informati dei consiglieri non esecutivi non è rimesso, nella sua concreta operatività, alle segnalazioni provenienti dagli amministratori delegati attraverso i rapporti dei quali la legge onera questi ultimi, giacché i primi devono possedere ed esprimere costante ed adeguata conoscenza del business bancario e, essendo compartecipi delle decisioni assunte dall'intero consiglio (...), hanno l'obbligo di contribuire ad assicurare un governo efficace dei rischi in tutte le aree della banca e di attivarsi in modo da poter utilmente ed efficacemente esercitare una funzione dialettica e di monitoraggio sulle scelte compiute dagli organi esecutivi attraverso un costante flusso informativo*". V. Corte D'Appello di Roma, decr. 13 giugno 2006 – 12 luglio 2006, secondo cui "*l'adozione di un trattamento sanzionatorio uguale per tutti gli esponenti aziendali responsabili delle violazioni non è irragionevole*

Nelle società bancarie infatti, anche in presenza di consiglieri dotati di poteri esecutivi, non viene meno per i consiglieri non esecutivi il dovere di agire informati, che non è affidato semplicemente alle segnalazioni degli organi delegati. La rilevanza costituzionale del bene del risparmio plasma infatti l'interpretazione delle normativa societaria del codice civile: ciò vale sia per l'art. 2392 c.c., che richiede che gli amministratori adempiano ai propri doveri con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze; sia per l'art. 2381 c.c. che, oltre ad attribuire ai membri non esecutivi di un cda il potere di impartire direttive e di avocare decisioni attribuite agli organi delegati, impone ad essi l'obbligo di valutare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo e dei controlli interni della società ed il generale andamento della gestione. Peraltro, la disciplina speciale dettata dal Tub specifica tali obblighi richiedendo che i membri dei consigli di amministrazione delle banche siano in possesso di determinati requisiti di professionalità (art. 26 Tub), e la stessa disciplina secondaria della Banca d'Italia richiede ai membri non delegati di un consiglio di amministrazione di una banca di avere piena conoscenza della gestione della banca amministrata, di essere compartecipi delle decisioni dell'intero consiglio, avendo inoltre l'obbligo di contribuire al presidio dei rischi e al monitoraggio delle scelte compiute dagli organi esecutivi[670].

6.3. La motivazione

L'art. 18 comma 2 della L. 689/1981 stabilisce che il provvedimento di applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria deve essere motivato e l'art. 3, comma 1 della L. 241 del 1990 stabilisce che "*ogni provvedimento amministrativo (…)*

---

quando le irregolarità riscontrate siano imputabili alla stessa maniera a tutti, nell'esercizio delle rispettive competenze"; Corte d'Appello di Roma, decr. 4 maggio 2006 – 7 giugno 2006. Corte d'Appello di Roma, decr. 14 maggio 2001 – 26 maggio 2001. Contra, v. Tar Lazio, sez. III, n. 399 del 16 gennaio 2012, ad avviso del quale "*non può essere negato il diverso ruolo, sotto il profilo della gravità della colpa ai fini della quantificazione della sanzione, che hanno i componenti del consiglio di amministrazione, pur per tutti soggetti agli obblighi di controllo e vigilanza rispetto all'amministratore delegato. Ai sensi dell'art. 11 della L. n. 689 del 1981, infatti, nella determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria fissata dalla legge tra un limite minimo ed un limite massimo si deve considerare anche la gravità della violazione. Non appare, pertanto, proporzionata la medesima quantificazione delle sanzioni pecuniarie (…) per diverse contestazioni, per tutti i componenti del consiglio di amministrazione, compreso l'amministratore delegato*".

[670] V. Titolo IV, cap. 11, sez. II della circ. della Banca d'Italia n. 229 del 21 aprile 1999, *Istruzioni di vigilanza per le banche.*

deve essere motivato", e che "*la motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria*". Con particolare riferimento all'attività amministrativa di vigilanza della Banca d'Italia, l'obbligo di motivazione del provvedimento è stato ribadito dall'art. 24 della L. 262 del 2005, il cui contenuto è sostanzialmente analogo alla disposizione della L. 241/1990.

La legge stabilisce che ogni provvedimento amministrativo deve contenere l'indicazione dei motivi che hanno indotto l'autorità amministrativa all'adozione di un determinato provvedimento, della valutazione comparativa di questi rispetto agli altri interessi emersi nell'ambito del procedimento, nonché dei presupposti conoscitivi e valutativi alla base dell'*iter* logico seguito dall'amministrazione[671]. In sostanza, l'art. 3 L. 241/1990 richiede che vengano indicati nel provvedimento sia lo scopo di interesse pubblico concretamente perseguito che i presupposti dell'agire dell'amministrazione, non consentendo a questa di limitarsi ad indicare semplicemente norme e fatti. Tale disposizione ha sancito un principio già affermato dalla giurisprudenza prima dell'entrata in vigore della legge 241 del 1990. In particolare, questa aveva affermato che l'amministrazione avesse l'obbligo di indicare i motivi che avessero indotto all'adozione di provvedimenti a contenuto discrezionale oppure all'adozione di provvedimenti lesivi della sfera giuridica dei privati, individuando una figura sintomatica di eccesso di potere nella mancanza di tale elemento.

La dottrina ha da tempo spiegato che l'obbligo di motivazione costituisce attuazione dei principi di pubblicità e di trasparenza dell'azione amministrativa, pure affermati dall'art. 1, comma 1 della L. n. 241 del 1990 e, peraltro, la Corte Costituzionale è giunta ad affermare la rilevanza costituzionale di tale elemento, giacché esso costituirebbe attuazione dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione ex art. 97 Cost., rendendo conoscibile le ragioni ed il procedimento logico seguiti dall'amministrazione, e consentirebbe la tutela di altri

[671] GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Giuffré, Milano, 1993, p. 260; CASETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffré, 2010, p. 564; CERULLI IRELLI V., *Lineamenti di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, p. 385.

interessi costituzionalmente protetti ex art. 24 e 113 Cost., come il diritto di difesa nei confronti dell'amministrazione da parte dei destinatari del provvedimento[672].

In forza dell'art. 3 L. 241/1990 e dell'art. 24 L. 262/2005, la motivazione del provvedimento sanzionatorio deve come minimo evidenziare la condotta sanzionata e la violazione addebitata. Al riguardo, è stato discusso se l'amministrazione abbia o meno l'obbligo di indicare le ragioni per le quali ha disatteso tutti gli elementi di difesa addotti dagli interessati, pena l'illegittimità del provvedimento. Parte della giurisprudenza aveva affermato tale tesi[673], mentre un indirizzo poi fatto proprio dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione ha affermato che, essendo oggetto del giudizio di opposizione il rapporto sanzionatorio e non la legittimità del provvedimento, non è annullabile per violazione dell'obbligo di motivazione quel provvedimento che non descriva analiticamente la sussistenza dell'infrazione[674] e l'infondatezza dei motivi di difesa addotti dagli interessati[675]. Del resto, l'art, 145 del Tub e l'art. 195 Tuf prescrive solo

---

[672] V. Corte Cost., n. 310/2010, ai sensi della quale "*l'obbligo di motivare provvedimenti amministrativi è diretto a realizzare la conoscibilità, e quindi la trasparenza, dell'azione amministrativa. Esso è radicato negli articoli 97 e 113 della costituzione in quanto, da un lato, costituisce corollario dei principi di buon andamento ed imparzialità dell'amministrazione e, dall'altro, consente al destinatario del provvedimento, che ritenga lesa una propria situazione giuridica, di far valere la relativa tutela giurisdizionale*".

[673]Corte di Cassaz., n. 519 del 14 gennaio 2005; Corte di Cassaz., n. 391 del 15 gennaio 1999.

[674] Corte di Cassaz., Sez. Un., n. 27180 del 28 dicembre 2007, che ha affermato che "*si dovrebbe, comunque, considerare che, sebbene sia ormai acquisito nel nostro ordinamento il principio dell'obbligatorietà della motivazione del provvedimento amministrativo (…), nondimeno la motivazione ha pur sempre la sua funzione di giustificare la parte dispositiva del provvedimento e di fornire gli elementi necessari ad un completo esercizio del diritto di difesa in sede di impugnazione giurisdizionale, non anche quella di replicare alle deduzioni difensive dell'interessato. L'obbligo di motivazione dell'ordinanza-ingiunzione in riferimento alle argomentazioni svolte dall'interessato con il ricorso in sede amministrativa ha diversa estensione e consistenza a seconda che vengano allegati fatti nuovi e diversi, tali da inficiare l'accertamento dei presupposti costitutivi della violazione contestata o da eliminare dal fatto commesso ogni elemento di antigiuridicità, oppure vengano contestati fatti già presi in considerazione nel verbale d'accertamento: nel primo caso, infatti, l'obbligo di motivazione impone di prendere in esame tali allegazioni e di esporre le ragioni del loro mancato accoglimento; per contro, nei casi di contestazione dei fatti già esposti nel verbale, può ritenersi sufficiente, al fine della loro confutazione, il richiamo al contenuto del corrispondente verbale, costituendo la motivazione per relationem una legittima modalità di esposizione delle ragioni del provvedimento amministrativo, conforme al principio di speditezza dell'azione amministrativa, ove l'autorità che adotta un provvedimento ritenga di far propri, ribadendoli, l'accertamento e le valutazioni operati nel corso del procedimento e risultanti da atti conosciuti, per l'avvenuto obbligatoria previa contestazione immediata o successiva notificazione del verbale, o conoscibili, mediante l'esercizio del diritto d'accesso, da parte dell'interessato*".

[675] Corte di Cassaz., Sez. Un., n. 1786 del 28 gennaio 2010; Corte di Cassaz., n. 11280 del 10 maggio 2010 la quale ha affermato che "*va considerato che il provvedimento con cui l'autorità amministrativa, disattendendo le deduzioni del trasgressore, irroghi a quest'ultimo una sanzione è censurabile, da parte del giudice dell'opposizione, sotto il profilo del vizio motivazionale, nel solo caso in cui l'ordinanza risulti del tutto priva di motivazione (ovvero corredata di motivazione soltanto apparente), e non anche nell'ipotesi in cui la stessa risulti insufficiente, atteso che l'eventuale giudizio di inadeguatezza*

che l'organo di vigilanza valuti le difese degli interessati, senza indicare la necessità che esso replichi in modo analitico alle deduzioni difensive presentate[676]. Inoltre, a fronte delle dimensioni dell'operatività materiale delle società bancarie, la giurisprudenza ha confermato che la Banca d'Italia ha comunque la possibilità di riportare a fondamento delle proprie decisioni solo alcune delle condotte concrete indicative del perfezionamento di una fattispecie sanzionatoria, purché il novero di queste sia ragionevolmente indicativo di una tipicità del modo di operare dell'istituto sanzionato[677].

E' prassi pacifica che il provvedimento sanzionatorio della Banca d'Italia sia motivato *per relationem* attraverso un rinvio al contenuto della proposta istruttoria elaborata dal Servizio REA. Tale tecnica di formulazione della motivazione non costituirebbe una violazione del principio di separazione delle funzioni istruttorie e decisorie sancito dall'art. 24 L. 262/2005, poiché il Direttorio rimane l'unico organo responsabile della decisione finale, nonostante il richiamo alla motivazione di un atto predisposto da una diversa struttura. Inoltre, è pacifico che l'art. 3 comma 3 della L. 241 del 1990 ammette che il provvedimento finale richiami un altro atto endoprocedimentale che contenga esplicita motivazione, purché sia reso disponibile al destinatario[678]. Tuttavia, sembra opportuno chiedersi se la Banca d'Italia, utilizzando tale tecnica di motivazione, debba notificare o meno agli interessati gli atti richiamati nel provvedimento sanzionatorio. La giurisprudenza, forse frustrando le finalità della norma, ha affermato che è sufficiente che il documento richiamato sia suscettibile di essere acquisito utilizzando l'istituto dell'accesso, escludendo così la necessità che venga allegato. Dunque, la semplice menzione dell'atto presupposto e dei dati identificativi che ne consentono la richiesta presso gli uffici amministrativi del responsabile del procedimento sarebbe sufficiente a garantire il rispetto della norma[679].

---

motivazionale si collega ad una valutazione di merito che non compete al giudice ordinario, oggetto dell'opposizione essendo non il provvedimento (…), ma il rapporto sanzionatorio".

[676] Corte d'Appello di Roma, decr. 13 giugno 2006 – 12 luglio 2006; Corte d'Appello di Roma, decr. 4 maggio 2006 – 7 giugno 2006.

[677] Corte d'Appello di Roma, decr. 25 novembre 2008 – 5 gennaio 2009.

[678] V. art. 3 comma 3 L. 241/1990, ai sensi del quale "*se le ragioni della decisione risultano da un altro atto dell'amministrazione richiamato dalla decisione stessa, insieme alla comunicazione di quest'ultima deve essere indicato e reso disponibile, a norma della presente legge, anche l'atto cui essa si richiama*".

[679] V. Tar Lombardia, sez. III, n. 86/2004; Corte d'Appello di Roma, decr. 3 – 18 maggio 2010, Cassaz., n. 389 dell'11 gennaio 2006, Cassaz., n. 12320 del 6 luglio 2004.

7. La pubblicazione del provvedimento

In base all'art. 18 della legge 689 e alle disposizioni di vigilanza[680] il provvedimento sanzionatorio deve essere notificato agli incolpati, in base alle modalità previste dall'articolo 14, cioè in base alle disposizioni del codice di procedura civile, anche da parte di un funzionario dell'amministrazione. La notifica non è un requisito di validità dell'atto, ma ha il solo scopo di individuare il momento a partire dal quale decorre il termine per l'impugnazione della sanzione[681]. Successivamente i provvedimenti sanzionatori devono essere pubblicati, con le diverse modalità previste dall'articolo 145 comma tre del Tub e dall'articolo 195 comma tre dell'Tuf.

La prima disposizione stabilisce che provvedimenti sanzionatori della Banca d'Italia siano pubblicati, per estratto, sul bollettino di vigilanza, con indicazione delle violazioni accertate, e le disposizioni violate, dei soggetti sanzionati e delle sanzioni rispettivamente applicate. Per quanto riguarda le sanzioni previste in materia di trasparenza, le disposizioni di vigilanza stabiliscono che i relativi provvedimenti siano pubblicati per estratto, entro 30 giorni dalla data della notificazione, a cura e spese dell'interessato, della società o dell'ente ai quali appartengono i responsabili delle violazioni, su almeno due quotidiani a diffusione nazionale, di cui un economico. Dell'avvenuta pubblicazione è data immediata comunicazione alla Banca d'Italia questa forma di pubblicità dovrebbe avere una particolare valenza deterrente nei confronti dei sanzionati, poiché essa dovrebbe implicare una maggiore diffusione delle notizie.

Nel caso invece di procedure sanzionatorie disciplinata dall'art. 195 Tuf, è previsto che provvedimenti sanzionatori della Banca d'Italia siano pubblicati sul bollettino di vigilanza, tuttavia, l'organo di vigilanza può stabilire modalità ulteriori per dare pubblicità al provvedimento, ponendo le relative spese a carico dell'autore della violazione, tenendo conto della natura della violazione e degli interessi coinvolti, ad esempio per impedire un pregiudizio sistemico ai mercati finanziari o un danno alle parti in violazione del principio di proporzionalità.

---

[680] Par. 1.7 del provvedimento della Banca d'Italia del 18 dicembre 2012, *Disposizioni di vigilanza in materia di sanzioni e procedura sanzionatoria amministrativa*.

[681] V. art. 22 L. 689/1981.

8. Il termine per la conclusione del procedimento sanzionatorio

Le disposizioni di vigilanza della Banca d'Italia relative alla procedura sanzionatoria amministrativa stabiliscono che i procedimenti sanzionatori in materia bancaria e finanziaria di competenza della Banca d'Italia devono essere conclusi con l'adozione di un provvedimento "*entro 240 giorni dalla scadenza del termine per la presentazione delle controdeduzioni da parte del soggetto che ha ricevuto per ultimo la notifica della contestazione*"[682]. Anche qualora la contestazione sia stata notificata ad una pluralità di soggetti, il termine per la conclusione del procedimento è unico, ed è calcolato in modo tale da consentire all'amministrazione di esaminare contemporaneamente tutte le diverse controdeduzioni ad essa pervenute, indipendentemente dal concorso nella medesima violazione contestata da parte dei soggetti incolpati. Il termine di conclusione del procedimento può comunque essere spostato in avanti nel caso in cui i destinatari della contestazione chiedano una proroga del termine per la presentazione delle proprie controdeduzioni.

Il potere dell'autorità di vigilanza di stabilire il termine per la conclusione dei propri procedimenti sanzionatori trova oggi fondamento nell'art. 2 comma 5 della L. 241 del 1990, ai sensi del quale "*fatto salvo quanto previsto da specifiche disposizioni normative, le autorità di garanzia e di vigilanza disciplinano, in conformità ai propri ordinamenti, i termini di conclusione dei procedimenti di rispettiva competenza*"[683]. La ragione per cui il legislatore ha delegato l'autorità di vigilanza per l'individuazione del termine di conclusione dei propri procedimenti va rinvenuta nella specificità, nella complessità e nella tecnicità delle attività da questa svolte, tali da giustificare

[682] Par. 1.6 del provvedimento della Banca d'Italia del 18 dicembre 2012, *Disposizioni di vigilanza in materia di sanzioni e procedura sanzionatori amministrativa*; cfr. provvedimento della Banca d'Italia 25 giugno 2008, "*Regolamento recante l'individuazione dei termini e delle unità organizzative responsabili dei procedimenti amministrativi di competenza della Banca d'Italia relativi all'esercizio delle funzioni di vigilanza in materia bancaria e finanziaria, ai sensi degli articoli 2:04 della legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni*", pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, S.O., 9 luglio 2008, n. 159.

[683] V. art. 2 L. 241/1990, come modificato dall'art. 7, comma 1, lett. b) della L. 69/2009. L'art. 2 comma 5 della L. n. 241/1990 si pone in rapporto di specialità rispetto a quanto previsto dal comma 2 del medesimo art. 2, il quale dispone in via generale che "*i procedimenti amministrativi di competenza delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali devono concludersi entro il termine di 30 giorni*" dall'avvio.

l'indipendenza organizzativa rispetto al circuito di indirizzo politico-amministrativo governativo e una particolare disciplina dello svolgimento delle proprie attività[684].

Con riferimento al termine di conclusione del procedimento sono state affrontate dalla dottrina e dalla giurisprudenza una serie di questioni di rilievo.

In primo luogo, si è dovuto stabilire se, al fine di verificare il rispetto del termine di conclusione del procedimento, si debba far riferimento alla data di emissione del provvedimento oppure a quella di notificazione agli interessati. La giurisprudenza si è orientata per la prima soluzione, ritenendo che il provvedimento sanzionatorio non sia assimilabile ad un atto limitativo della sfera giuridica dei privati in senso stretto[685]. Tuttavia tale conclusione appare criticabile, considerando che, attribuendo il nostro ordinamento alle sanzioni amministrative una funzione punitiva, il provvedimento sanzionatorio non può che produrre effetti dal momento in cui giunge a conoscenza del destinatario, facendo applicazione dei principi desumibili dall'art. 21 *bis* della L. 241/1990.

In secondo luogo, ci si è chiesti se la richiesta di audizione personale sia idonea a comportarono spostamento del termine di conclusione del procedimento, visto il silenzio delle disposizioni di vigilanza in materia. Sembrerebbe preferibile non attribuire un simile efficacia alle richieste di audizione, per non rimettere l'individuazione del termine di conclusione del procedimento alla scelta del calendario delle audizioni da parte dell'autorità precedente, rischiando di compromettere la certezza dell'individuazione del termine di conclusione del procedimento.

Infine, dottrina e giurisprudenza hanno analizzato le conseguenze sulla validità del provvedimento sanzionatorio derivanti dal mancato rispetto del termine di conclusione del procedimento da parte dell'autorità di vigilanza.

La giurisprudenza prevalente di legittimità ha affermato che la violazione del termine per la conclusione del procedimento costituisce una mera irregolarità, priva di

[684] Il nuovo art. 2 comma 5 della L. n. 241/1990 ha contraddetto un precedente orientamento della Corte di Cassazione, che affermava inapplicabilità della legge generale sul procedimento amministrativo in materia di procedimenti sanzionatori, cui si sarebbe dovuta applicare la disciplina stabilita dalla L. 689/1981, in virtù di un criterio ermeneutico di specialità *ratione materiae*. L'adesione a tale orientamento avrebbe portato alla conclusione che l'espressa previsione dei termini dei procedimenti sanzionatori contenuta nei regolamenti della Banca d'Italia sarebbe stata irrilevante: tali regolamenti, emanati sulla base delle disposizioni contenute nella legge generale del procedimento, non avrebbero potuto derogare alle disposizioni speciali contenute nella legge 689/1981. In questo senso, v. Cass., sez. un., n. 9591 del 27 aprile 2006. V. Cassaz., sez. II, n. 17386 del 26 agosto 2005; Cassaz., sez. II, n. 4873 del 1 marzo 2007.

[685] V. Cassaz., sez. I, sent. n. 3140 del 18 febbraio 2004.

conseguenze sulla legittimità del provvedimento irrogato[686], poiché l'unico termine idoneo ad estinguere la potestà sanzionatoria dell'amministrazione è quello di cinque anni fissato dall'art. 28 della L. n. 689/1981. La Corte di Cassazione è giunta a tale conclusione basandosi sulla giurisprudenza più che consolidata del Consiglio di Stato, secondo la quale la violazione dei termini procedimentali non è causa di illegittimità del provvedimento emanato tardivamente[687] e interpretando in maniera estensiva l'art. 152, comma 2 c.p.c.[688]. In particolare, la Cassazione ha ritenuto che, in mancanza di una previsione di legge che stabilisse il carattere perentorio dei termini previsti per la conclusione del procedimento sanzionatorio, questi non potessero che avere carattere acceleratorio, con la conseguenza che una loro violazione non avrebbe ripercussioni sulla validità del provvedimento. In una successiva pronuncia, la Corte di Cassazione ha anche affermato l'irrilevanza della violazione dei termini procedimentali facendo riferimento alla categoria dei vizi non invalidanti dell'atto amministrativo, disciplinata dall'art. 21-*octies*, comma 2 della legge sul procedimento amministrativo[689]. Attesa la natura vincolata del provvedimento sanzionatorio e considerato che la violazione dei termini procedimentali rientrerebbe tra quei vizi che non influiscono sulle garanzie partecipative dell'interessato, da ciò discenderebbe la mancanza di rilevanza del loro rispetto.

L'orientamento assunto dalla Cassazione, non condiviso da tutta la dottrina[690], ha superato un precedente orientamento giurisprudenziale minoritario, che ha ritenuto

---

[686] Cassaz., Sez. Un., n. 9591 del 27 aprile 2006; Cassaz., sez. II, n. 4873 del 1 marzo 2007; Cassaz., sez. II, n. 17386 del 26 agosto 2005; Cassaz., sez. I, n. 24053 del 28 dicembre 2004.

[687] V. Consiglio di Stato, sezione VI, n. 8371 del 1 dicembre 2010, secondo cui "*in giurisprudenza è stato chiarito che il mancato rispetto del termine di 30 giorni previsto dal comma tre dell'articolo due della L. n. 241/1990 per la conclusione dei procedimenti amministrativi non è idoneo ad determinare l'illegittimità del provvedimento trattandosi di termine acceleratorio per la definizione del procedimento è atteso che la legge non contiene alcuna prescrizione circa la sua eventuale perentorietà, né circa la decadenza della potestà amministrativa, né circa l'illegittimità del provvedimento adottato*"; Consiglio di Stato, sezione IV, n. 2110 del 3 aprile 2009; Consiglio di Stato, sezione VI, n. 3215 del 25 giugno 2008; Consiglio di Stato, sezione IV, n. 3741 del 10 giugno 2004; Consiglio di Stato, sezione VI, n. 2533 del 13 maggio 2003.

[688] ai sensi del quale "*i termini stabiliti dalla legge sono ordinatori, tranne che la legge stessa li dichiari espressamente perentori*".

[689] Cassaz., Sez. Un., n. 20929 del 30 settembre 2009, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2010, II, p. 437, con nota di SALANITRO N., *La legittimazione all'opposizione avverso i provvedimenti applicativi di sanzioni amministrative pecuniarie nel settore bancario e nel settore finanziario*.

[690] STIPO M. – GALATERIA L., *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, secondo cui "*nel silenzio della legge, si considerano ordinatori i termini per l'emanazione di atti favorevoli, mentre si considerano perentori quelli previsti per gli atti a carattere sanzionatorio*"; FRATINI M., *Le sanzioni amministrative delle autorità indipendenti*, Cedam, Padova, 2011, secondo cui "*la violazione del codice temporale di autoregolamentazione (..) non può che determinare l'invalidità dell'atto adottato*

illegittimo il provvedimento sanzionatorio adottato dopo la scadenza del termine di conclusione del procedimento, perché adottato in violazione dei presupposti di legittimità stabiliti dalla legge e dalla normativa secondaria per la sua adozione[691]. Questo orientamento si basava sull'assunto che ai procedimenti amministrativi non sia applicabile in via estensiva l'art. 152 comma 2 c. p. c.[692] e che la disciplina dei termini di conclusione del procedimento debba atteggiarsi in maniera particolarmente rigorosa con riferimento ai procedimenti amministrativi sanzionatori, diversi rispetto a tutti gli altri procedimenti amministrativi, poiché in essi acquistano particolare rilevanza le esigenze di certezza dei termini di conclusione in connessione con esigenze imprescindibili di tutela della dignità della persona incolpata[693]. A tali argomenti potrebbe aggiungersi la considerazione che l'applicabilità dell'art. 21 *octies* L. 241/1990 ai provvedimenti sanzionatori delle autorità indipendenti lascia molte perplessità, trattandosi di provvedimenti che, sia pur formalmente vincolati, costituiscono applicazioni di complesse valutazioni impregnate di discrezionalità tecnica[694].

Seppure il termine di 240 giorni per la conclusione del procedimento sanzionatorio di vigilanza fosse da ritenersi meramente ordinatorio, come affermato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, il mancato rispetto dei termini di conclusione del procedimento può produrre una serie di conseguenze giuridiche[695]. In primo luogo, il ritardo dell'amministrazione potrebbe essere fonte di responsabilità

---

tardivamente: se l'amministrazione ritiene congruo termine fissato, vincolandosi a rispettarlo, il protrarsi della procedura oltre detto termine non può ritenersi giustificato e non poche inficiare il provvedimento adottato in violazione delle stesse prescrizioni regolamentari".

[691] Cassaz., sez. Trib., sent. n. 5099 del 9 marzo 2005.

[692] In senso conforme, v. CLARICH M., *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Giappichelli, Torino, 1995.

[693] V. Cassaz., sez. Trib., sent. n. 5099 del 9 marzo 2005, ad avviso della quale "*esigenze di certezza del diritto e di tutela della dignità della persona, impongono un dovere di diligente celerità nell'espletamento delle procedure, specialmente di quelle nelle quali la pubblica amministrazione eserciti un potere punitivo*".

[694] L'orientamento minoritario sembra riaffiorare in alcune recenti pronunce del Tar Lazio che, nell'affrontare la censura di tardività in riferimento emanazione di provvedimenti sanzionatori in materia di pratiche commerciali scorrette, non ha qualificato come ordinatori i termini previsti in via regolamentare dall'AGCM. V. Tar Lazio, Roma, sez. I, n. 7129 del 7 settembre 2011; v. Tar Lazio, Roma, sez. I, n. 2274 del 14 marzo 2011.

[695] V. Tar Lazio, sez. III, sent. n. 399 del 16 gennaio 2012, la quale afferma che "*Come è noto, il mancato rispetto dei termini stabiliti dalle amministrazioni ai sensi dell'art. 2 commi 3 e ss. della L. n. 241 del 1990 non produce effetti sulla validità e legittimità del provvedimento amministrativo, né un vizio di legittimità produce il mancato rispetto del termine di 30 giorni previsto, in via residuale, dal comma 2 dell'art. 2 della L. 241 del 1990. Le uniche conseguenze del mancato rispetto del termine sono rappresentate dalla possibilità di agire con il procedimento del silenzio e dalla valutazione sotto il profilo della responsabilità dell'amministrazione e del funzionario*".

extracontrattuale ai sensi dell'art. 2 bis della L. n. 241 del 1990, il quale dispone il "*risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza doloso colposa del termine di conclusione del procedimento*"[696], nonché fonte di responsabilità per il dirigente dell'amministrazione, ai sensi dell'art. 2 comma 9 della L. n. 241 del 1990[697]. Tuttavia, va sempre tenuto presente che il ritardo, per essere risarcibile, deve produrre un danno *contra ius*, cioè lesivo di un interesse giuridicamente protetto, e *non iure*, cioè conseguente all'inosservanza dolosa o colposa del termine per provvedere. Pertanto, per aversi risarcibilità del ritardo amministrativo, dovranno verificarsi una lesione illegittima della sfera giuridica dell'incolpato e le conseguenze pregiudizievoli che dalla lesione possono derivare[698].

9. L'impugnazione dei provvedimenti sanzionatori in materia bancaria e finanziaria

La disciplina dell'impugnazione dei provvedimenti sanzionatori emanati dalla Banca d'Italia deroga alle previsioni generali contenute nella L. 689/1981, che individuano come giudice competente a decidere dell'opposizione alle sanzioni amministrative pecuniarie il giudice di pace e, nei casi indicati nell'art. 23 bis comma 2, il tribunale[699].

---

[696] Con riguardo alla responsabilità della pubblica amministrazione da ritardo nell'adozione del provvedimento, infatti la giurisprudenza amministrativa ha recentemente affermato che, essendo presupposto dell'art. 2 bis "*che anche il tempo è un bene della vita per il cittadino (..), in base a tale disposizione si deve ritenere che il ritardo nella conclusione di un qualunque procedimento è sempre un costo, dal momento che il fattore tempo costituisce un'essenziale variabile nella predisposizione e nell'attuazione di piani finanziari relativi a qualsiasi intervento, condizionandone la relativa convenienza economica*", v. Consiglio di Stato, sez. V, sent. n. 1271 del 28 febbraio 2011; Consiglio di Stato, sez. VI, sent. n. n. 1913 del 6 aprile 2010.

[697] V. art. 2 comma 9 L. 241/1990, ai sensi del quale "*la mancata emanazione del provvedimento nei termini costituisce elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale*".

[698] Tar Calabria, sez. I, sent. n. 29 del 14 maggio 2012, ha affermato che "*ai sensi dell'art. 2bis L. 7 agosto 1990 n. 241, il ritardo risarcibile deve innanzitutto produrre un danno considerato ingiusto, e cioè sostanziare la lesione di un interesse giuridicamente protetto nella vita di relazione, nonché il danno non migliore, deve conseguire all'inosservanza dolosa o colposa del termine provvedere; pertanto, per aversi risarcibilità del ritardo amministrativo, è necessario, secondo quanto disposto dal legislatore, che si verifichino i due aspetti del danno ingiusto e cioè il danno evento e il danno conseguenza: la lesione illegittima della sfera giuridica e le conseguenze pregiudizievoli che dalla lesione possono derivare*".

[699] per una ricostruzione generale delle problematiche attinenti alla giurisdizione in materia di sanzioni amministrative, v. TERRACCIANO G. – ALBANO L., *Il riparto di giurisdizione nelle sanzioni amministrative*, in CAGNAZZO A. (a cura di), *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Giappichelli, Torino, p. 829 e ss.. Per quanto riguarda l'ambito del sindacato del giudice competente a conoscere dell'impugnazione delle sanzioni amministrative, sembra opportuno ricordare che, ad avviso della

Gli artt. 145 Tub e 195 Tuf, nella loro originaria formulazione, avevano devoluto l'impugnazione dei provvedimenti dell'autorità di vigilanza alla giurisdizione della Corte d'Appello in unico grado che, con rito camerale, avrebbe deciso con decreto motivato[700].

Successivamente, queste previsioni dovevano essere coordinate con l'art. 33 del D. Lgs. n. 80/1998, che attribuiva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "*tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ivi compresi quelli afferenti alla vigilanza sul credito*". La dottrina e la giurisprudenza, allo scopo di coordinare l'apparente contraddizione tra le due disposizioni, si erano divise in due orientamenti[701]. Secondo un primo orientamento[702], poiché le attività di accertamento delle violazioni in materia bancaria e finanziaria sarebbero caratterizzate da valutazioni tecnico-discrezionali e tali valutazioni sarebbero spesso incentrate sull'apprezzamento della concreta offensività delle condotte esaminate, da ciò deriverebbe l'impossibilità di scindere i poteri di vigilanza dai poteri sanzionatori della Banca d'Italia. Di qui la necessità della devoluzione delle controversie in materia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, atteso il nodo gordiano tra diritti soggettivi e interessi legittimi che si andrebbe a creare in simili fattispecie, a fronte dell'esercizio dei poteri autoritativi da parte dell'Autorità di vigilanza. Secondo un diverso orientamento[703], invece, la

---

giurisprudenza prevalente, "*nel procedimento di opposizione a sanzione amministrativa pecuniaria (…) il sindacato del giudice di merito si estende alla validità sostanziale del provvedimento impugnato, attraverso un autonomo esame circa i presupposti di fatto e di diritto dell'infrazione contestata, poiché oggetto dell'opposizione è il rapporto sanzionatorio*". *Ex multis*, v. Corte di Cassazione, n. 22220 del 20 ottobre 2009; Corte di Cassazione, sez. un., n. 27180 del 28 dicembre 2007; Corte di Cassazione, n. 21954 del 22 novembre 2004; Corte di Cassazione, n. 5891 del 27 marzo 2004.

[700] più precisamente, l'art. 145 Tub prevedeva la competenza della Corte d'Appello di Roma in via esclusiva a conoscere le impugnazioni avverso i provvedimenti sanzionatori della Banca d'Italia in materia bancaria. La concentrazione della tutela presso tale giudice ha dato luogo a questioni di legittimità costituzionale, per asserita lesione del diritto di difesa nei confronti degli atti della pubblica amministrazione ex art. 24 e 113 Cost. e del principio di ragionevolezza e parità di trattamento ex art. 3 Cost.. Il giudice ordinario (*ex multis*, v. Corte di Cassazione , sentenza n. 5936 del 15 maggio 1999) ha tuttavia ritenuto manifestamente infondate tale questioni, ritenendo che la concentrazione della tutela giurisdizionale in un unico ufficio giudiziario non avrebbe leso nessuno di tali principi, bensì avrebbe risposto alla centralità dell'esercizio del controllo sul credito affidato alla Banca d'Italia. Diversamente, per le sanzioni irrogate in base all'art. 195 Tuf, la competenza a conoscere le relative impugnazioni era devoluta alla Corte d'Appello del luogo in cui aveva sede ovvero domicilio il soggetto autore della violazione oppure, in via residuale, del luogo in cui era stata commessa la violazione.

[701] CECI IAPICHINO S., *Le sanzioni amministrative*, in GALANTI E. (a cura di), *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, Cedam, Padova, 2008, p. 1477

[702] V. Tar Lazio, sez. I, del 7 settembre 2001 e Consiglio di Stato, n. 2533 del 13 maggio 2003. FRATINI M., GIOVAGNOLI R., *Le sanzioni amministrative*, Giuffré, Milano, 2009, p. 3035.

[703] TRAVI A. - PALIERO C.E., voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. Dir., Milano, giostre, 1989, p. 350; Casetta E., voce Sanzione amministrativa, in Dig. D.* XIII, Torino, 1997; SANDULLI M. A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Profili sostanziali e procedimentali*, Jovene, Napoli, 1983.

natura delle situazioni giuridiche soggettive incise dai poteri della Banca d'Italia sarebbe in ogni caso di diritto soggettivo, atteso che i poteri di questa inciderebbero sulla libertà costituzionalmente tutelata di iniziativa economica (art. 41 Cost.), attraverso l'esercizio di poteri privi di profili di discrezionalità, che dovrebbero essere esercitati secondo modalità puntualmente predeterminate dalla legge.

Intervenendo sulla questione, la Corte di Cassazione aveva sposato questa seconda tesi, affermando che l'attività sanzionatoria della Banca d'Italia e della Consob, dovendo svolgersi nel rispetto dei principi stabiliti dalla L. n. 689/1981, ha carattere vincolato ed è priva di profili discrezionalità, con la conseguenza che essa dovrebbe essere rimessa alla cognizione del giudice ordinario[704]. Peraltro, ogni dubbio sulla questione sembrava definitivamente eliminato dall'art. 24 della L. n. 262/2005 che, devolvendo alla giurisdizione del giudice amministrativo la cognizione sui provvedimenti delle autorità indipendenti, lasciava "*ferme le disposizioni previste per l'impugnazione dei provvedimenti sanzionatori dall'art. 145* [Tub] e *195* [Tuf]".

Tale quadro è stato profondamente modificato dal D. Lgs. L. 104/2010 che avrebbe definitivamente risolto la questione dell'individuazione del giudice competente in materia di sanzioni amministrative pecuniarie emanate in materia bancaria e finanziaria, attribuendo le controversie in questione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, estesa al merito, e individuando una competenza funzionale inderogabile del Tar Lazio. Infatti, l'art. 133 comma 1 lett. l) ha attribuito alla giurisdizione del giudice amministrativo "*le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori ed esclusi quelli inerenti ai rapporti di*

[704] V. Corte di Cassazione, sez. un., n. 5535 del 18 marzo 2004; n. 9730 del 21 maggio 2004; numero 13.709 del 22 luglio 2004; 1362 del 24 gennaio 2005, numero 9600 del 27 aprile 2006; da ultimo, v. Cassazione Sez. Un. , n. 16577 del 15 luglio 2010, secondo la quale "*In tema di giurisdizione sulle controversie relative all'applicazione delle sanzioni amministrative irrogate, ai sensi dell'art. 145 del d. lgs. 1 settembre 1993, n. 385, per la violazione delle norme che disciplinano l'esercizio dell'attività bancaria, l'art. 1, secondo comma, del d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, ha una portata meramente ricognitiva della giurisdizione del giudice ordinario e della competenza della Corte d'appello posto che, l'art. 33 del d. lgs. 31 marzo 1998, n. 80, come sostituito dall'art. 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205, non aveva determinato l'attribuzione al giudice amministrativo delle controversie in tema di sanzioni amministrative bancarie, emergendo dalla sua formulazione come essa non fosse ricompresa nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in quanto espressamente riferita alle "controversie in materia di pubblici servizi, ivi compresi quelli afferenti alla vigilanza sul credito". Ne deriva che la giurisdizione e la competenza permangono in capo alla Corte d'appello di Roma, senza alcuna soluzione di continuità con il regime anteriore alla riforma del c.d. rito societario*".

impiego privatizzati, adottati dalla Banca d'Italia, dalla Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (...)"; l'art. 134 comma 1 lett. c) ha stabilito che la cognizione del giudice amministrativo in materia è estesa al merito; l'art. 135, comma 1, lett. l) ha previsto la competenza inderogabile del Tar Lazio con riguardo alle controversie elencate al precedente art. 133, comma uno, lett. l).

Tuttavia, la questione oggetto di analisi sembra lontana dall'essere risolta. La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 162/2012, ha infatti dichiarato l'incostituzionalità degli artt. 133, comma 1, lett. l), 135, comma 1, lett. c) e 134, comma 1, lett. c), del D. Lgs. n. 104/2010, nella parte in cui attribuiscono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie sulle sanzioni irrogate dalla Consob, nonché dell'art. 4, comma 1, n. 19, dell'all. 4 del medesimo decreto legislativo, che ha espressamente abrogato i commi da 4 a 8 dell'art. 195 Tuf.

Le disposizioni del c. p. a. erano state impugnate per violazione dell'art. 76 Cost., poiché avrebbero violato i limiti diretti a circoscrivere la discrezionalità del legislatore delegato stabiliti dall'art. 44 della legge delega n. 69 del 18 giugno 2009. Tale legge delega infatti stabiliva che oggetto del decreto legislativo sarebbe dovuto essere il riordino e il riassetto normativo del processo dinanzi al Tar e al Consiglio di Stato, al fine di adeguare le norme vigenti, tra l'altro, alla giurisprudenza della Corte Costituzionale e delle corti superiori. Al riguardo, se la costante giurisprudenza della Corte di Cassazione, già richiamata, aveva più volte affermato la competenza giurisdizionale a conoscere le sanzioni inflitte dalla Consob in capo al giudice ordinario, attesa la natura vincolata dell'attività sanzionatoria amministrativa, e tale affermazione era stata confermata anche dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato[705], le disposizioni del c.p.a. impugnate avevano invece introdotto delle disposizioni contrastanti rispetto a tale orientamento. Pertanto, interpretando restrittivamente i limiti per l'esercizio di poteri innovativi da parte del legislatore delegato, con ciò uniformandosi ai propri precedenti in materia[706], la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità delle disposizioni impugnate per violazione dell'art. 76 Cost. e ha previsto che le norme

[705] V. Consiglio di Stato, sez. VI, sent. n. 6474 del 6 novembre 2007; Consiglio di Stato, sez. VI, sent. n. 4148 del 19 marzo 2002.

[706] V. *ex multis*, Corte Cost., sent. n. 230/2010, n. 293/2010, n. 80/2012, in base alle quali "*l'introduzione di soluzioni sostanzialmente innovative rispetto al sistema legislativo previgente è (..) ammissibile soltanto nel caso in cui siano stabiliti principi e criteri direttivi idonei a circoscrivere la discrezionalità del legislatore delegato*".

illegittimamente abrogate tornassero ad avere applicazione, poichè l'attribuzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo della cognizione sulle controversie ina materia di sanzioni della Consob rappresentava un eccesso dei limiti stabiliti dall'art. 44 della legge delega.

La dichiarazione di incostituzionalità contenuta nella sent. 162/2012, se non coinvolge espressamente le controversie sulle sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia ai sensi dell'art. 195 Tuf, né quelle sulle sanzioni irrogate ai sensi dell'art. 145 Tub, lascia tuttavia immaginare che una simile pronuncia potrà in futuro intervenire anche con riguardo a simili controversie. Ciò in quanto il giudice delle leggi ha dichiarato l'incostituzionalità delle norme sopra citate per una ragione, la violazione dei criteri di delega per non aver tenuto conto della giurisprudenza della Cassazione, che potrebbe essere fatta valere anche con riguardo alla giurisdizione sulle controversie in materia di sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia. A tale proposito, va osservato che, nel corso di giudizi pendenti dinanzi al Tar Lazio contro provvedimenti sanzionatori della Banca d'Italia, sono state proposte questioni di costituzionalità delle norme già oggetto della sentenza della corte costituzionale riportata, per la parte in cui attribuiscono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie sulle sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia sia ai sensi dell'art. 195 Tuf, sia ai sensi dell'art. 145 Tub. Peraltro, il Tar ha ritenuto rilevanti e non manifestamente infondate le questioni, rimettendole alla Corte Costituzionale con varie ordinanze di rimessione[707].

[707] Cfr. ordinanza collegiale del Tar Lazio, n. 6469 del 16 luglio 2012, che ha sospeso il procedimento di impugnazione di un provvedimento sanzionatorio della Banca d'Italia per sottoporre alla Corte Costituzionale la questione di legittimità concernente le disposizioni del c.p.a. che devolvono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, con competenza inderogabile del Tar Lazio Roma, la competenza a conoscere la legittimità dei provvedimenti sanzionatori della Banca d'Italia, "*Considerato che le medesime statuizione della Corte Costituzionale possono trovare ingresso anche in relazione ai provvedimenti sanzionatori pecuniari adottati dalla Banca d'Italia, per i quali la giurisdizione del g.a è fondata sulle medesime norme dichiarate incostituzionali in relazione a provvedimenti di altra Autorità, sì che la questione, come detto, si presenta non manifestamente infondata nella presente sede, anche perché il radicamento della giurisdizione presso questo giudice non risulta in realtà consolidato da tempo, come sostenuto dal difensore dei ricorrenti nel corso della pubblica udienza, ma si fonda sulle "novità" legislative di cui al d.lgs. n. 104/10 sopra richiamate; Considerato, infatti, che anche in relazione alle sanzioni amministrative inflitte dalla Banca d'Italia la Corte di Cassazione (a Sezioni Unite) aveva statuito, prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 104/10, che rientravano nella giurisdizione del giudice ordinario le controversie relative all'opposizione contro i provvedimenti con i quali il Ministero dell'economia e delle finanze, su richiesta della Consob o della Banca d'Italia, applica sanzioni amministrative di carattere pecuniario per la violazione delle norme in tema di intermediazione finanziaria (Cass. SSUU, 15.2.05, n. 2980); Considerato che può comunque richiamarsi nel caso di specie quanto previsto dall'art. 44, comma 2, lett. b), nn. 1 e 2), l.n. 60/2009, secondo cui la delega legislativa era orientata, tra altro, a riordinare le norme vigenti sulla giurisdizione del giudice*

capitolo 4. Le prospettive del diritto dell'Unione Europea

1. La crisi finanziaria

La crisi finanziaria cominciata nel biennio 2007-2008 ha avuto un'origine complessa. Essa è stata favorita da politiche monetarie espansive che hanno creato un eccesso di liquidità, che ha indotto un aumento del livello di indebitamento di imprese e individui, che hanno potuto beneficiare di un costo dei finanziamenti particolarmente basso.

In tale contesto le banche, orientate alla massimizzazione dei propri obiettivi di bilancio, hanno sacrificato una rigorosa valutazione del merito di credito nella concessione dei prestiti, confidando in una favorevole congiuntura economica e potendo tra l'altro contare sulla possibilità di utilizzare strumenti innovativi come la *securitization*[708] o i contratti derivati, idonei a permettere di trasferire il rischio di credito assunto su altri soggetti del mercato. Questi strumenti potrebbero avere una funzione virtuosa perché, ad esempio, consentirebbero a banche operanti solo in pochi settori o in ristrette aree geografiche di diversificare il proprio portafoglio, accedendo ad esposizioni creditizie in settori od aree geografiche differenti. Tuttavia, nel contesto economico del periodo precrisi, essi hanno favorito il *moral hazard* di chi ha valutato con minor rigore il merito di credito dei prenditori dei propri prestiti, confidando su di uno strumento di facile trasmissione del rischio di insolvenza.

---

amministrativo, anche rispetto alle altre giurisdizioni nonchè i casi di giurisdizione estesa al merito, anche mediante soppressione delle fattispecie non più coerenti con l'ordinamento vigente; Considerato, quindi, che la coerenza con l'ordinamento vigente può anche essere valutata sotto il profilo della convenienza a ritenere unicità di giurisdizione in merito a provvedimenti adottati dalla medesima Autorità;
Considerato, quindi, che la questione di costituzionalità prospettata è rilevante, trattandosi nella fattispecie di sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dalla Banca d'Italia, delibate avanti a questo Giudice in virtù delle su richiamate norme del c.p.a.; Considerato che non appare manifestamente infondata la questione di costituzionalità sollevata in relazione al rispetto dell'art. 76 Cost. da parte degli artt. 133, comma 1, lett. l), 134, comma 1, lett. c), e 135, comma 1, lett. c), d.lgs. 2.7.2010, n. 104 nonché dell'art. 4, comma 1, n. 19) dell'Allegato 4 al medesimo decreto legislativo, nella parte in cui, in relazione ai provvedimenti sanzionatori relativi a sanzioni pecuniarie adottati dalla Banca d'Italia, hanno trasferito alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative". In senso analogo, v. ordinanze del Tar Lazio n. 6991/2012 e n. 6989/2012.

[708] SEVERI C., *La tutela degli investitori nella cartolarizzazione dei crediti, Giuffré*, Milano, 2007; VIRGA W., *Le operazioni di cartolarizzazione tra tutela degli investitori ed esigenza del capitale finanziario*, in *Contratto e impr.*, 2007, 1011

A loro volta, i titoli trasferiti nell’ambito delle operazioni di cartolarizzazione descritte non sono stati oggetto di un'adeguata valutazione del rischio di credito con riferimento ai prestiti in essi incorporati ma, inseriti nel portafoglio di negoziazione delle banche acquirenti, sono stati oggetto solo di valutazione dei rischi di mercato. Dunque con riferimento alle operazioni di *securitization*, di *collateralized debt obligation* oppure di *asset backed Securities*, le banche avevano abdicato ad uno dei loro principali compiti, ovvero la valutazione del merito di credito, affidando tale funzione all’attività delle agenzie di *rating*.

Il fenomeno descritto è stato reso ancora più grave dall'elevato livello di leva che ha caratterizzato i processi descritti. In altre parole, i prestiti sottostanti a tali operazioni sono stati oggetto di molteplici operazioni di cartolarizzazione che, aumentando la distanza tra gli *originators* e gli investitori finali, sarebbero state caratterizzate da grande opacità e sarebbero state un pericoloso veicolo per la trasmissione di perdite.

Su questi presupposti si sono innestati anche cambiamenti nel contesto macroeconomico. Anche a causa dell'aumento dei prezzi delle materie prime, che hanno rafforzato le prospettive di aumento dell'inflazione, le banche centrali hanno aumentato i tassi di interesse sul mercato interbancario. Ciò ha prodotto un aumento dei costi dei finanziamenti che ha, tra l'altro, contribuito alla diminuzione dei prezzi degli immobili al punto che negli Stati Uniti spesso i mutuatari hanno deciso di non pagare i loro debiti, trovando l'inadempimento più conveniente dell’esecuzione dei propri contratti. Ciò ha avuto conseguenze sul mercato delle *Asset Backed Securities*, giungendo a penalizzare anche i titolari delle *tranches senior* delle obbligazioni risultanti dalle operazioni di *scuritization*. Tale processo ha indotto numerosi investitori ad abbandonare il mercato obbligazionario, determinato un crollo dei prezzi dei titoli. Tutto ciò ha avuto forti ripercussioni sul mercato bancario, sia per quanto riguarda le perdite riconducibili ai mutui immobiliari, sia per quanto riguarda le perdite derivanti dai titoli da queste detenuti nei portafogli di negoziazione.

Di fronte a questa situazione, le autorità americane e inglesi hanno reagito concedendo finanziamenti alle banche maggiormente colpite dal rischio di insolvenza. Tale strategia ha subito un brusco arresto di fronte alla fallimento della banca *Lehman Brothers*, e questa scelta ha generato panico e paura di insolvenze nell'intero mercato

finanziario, che avrebbe cominciato a concedere solo finanziamenti a breve a costi elevatissimi, anche a istituti molto solidi.

In tale situazione le banche centrali e i governi nazionali sono intervenuti il più possibile a sostegno di tutte le istituzioni finanziarie, al fine di garantire la stabilità e la liquidità del mercato bancario. Tuttavia, questi interventi hanno comportato costi elevati a carico dei contribuenti e, pur trattandosi di decisioni orientate a a preservare la fiducia nella solvibilità del settore bancario, hanno finito per costituire un ulteriore disincentivo per le banche ad operare una rigorosa valutazione del merito di credito dei propri prenditori.

2. L'intervento regolamentare di Basilea III

Al fine di impedire che le banche attenuassero il rigore nella selezione dei soggetti da finanziare e di fronteggiare un quadro economico che stava rapidamente deteriorandosi, le istituzioni di regolazione internazionali e nazionali hanno avviato un processo di revisione della disciplina prudenziale delle banche e delle imprese di investimento. Questa attività di cooperazione internazionale è culminata nelle proposte note come "Basilea 3", finalizzate ad accrescere i presidi previsti nell'accordo di Basilea 2[709]. Questo processo di revisione ha riguardato principalmente la disciplina dei requisiti patrimoniali delle banche, anche tenendo conto specificamente dei rischi connessi con l'operatività delle entità sistemiche, cui verrebbero imposti specifici requisiti e l'emissione di *contingent capital*[710], delle misure di vigilanza prudenziale anticicliche, dei meccanismi diretti a controllare il livello di leva finanziaria, la liquidità e i rischi di mercato sul *trading book*.[711]

---

[709] Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria, Basilea 3 – *Schema di regolamentazione internazionale per il rafforzamento delle banche e dei sistemi bancari*, Banca dei Regolamenti Internazionali, 2010.

[710] capitale di debito che si trasforma automaticamente in capitale azionario qualora il patrimonio di vigilanza della banca dovesse scendere di sotto rispetto dei requisiti stabiliti dalla normativa

[711] V. RESTI A. – SIRONI A., *La crisi finanziaria e Basilea III: origini, finalità e struttura del nuovo quadro regolamentare*, Carefin, Università Bocconi, Milano, 2011. V. anche Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria, Basilea 3 – *Schema di regolamentazione internazionale per il rafforzamento delle banche e dei sistemi bancari*, Banca dei Regolamenti Internazionali, 2010, Introduzione, p. 1: "*Uno dei principali fattori che ha reso così grave la crisi economica e finanziaria iniziata nel 2007 è stato che i sistemi bancari di numerosi paesi presentavano un'eccessiva leva finanziaria in bilancio e fuori bilancio che si era accumulata nel corso degli anni precedenti. Ciò si era accompagnato a una graduale erosione del livello e della qualità della base patrimoniale. Inoltre, numerose banche detenevano riserve di liquidità insufficienti. Il sistema bancario non era quindi in grado di assorbire le conseguenti perdite*

Con riferimento ai requisiti patrimoniali delle banche, Basilea III ha proposto che venga aumentato, nel patrimonio di vigilanza, il peso del cd. *common equity*[712]. Questa proposta è nata considerando che la crisi si fosse generata nonostante le banche avessero raggiunto livelli di capitale ampiamente superiori a quelli richiesti dalla regolamentazione vigente nel periodo precrisi[713]. Ciò perché la patrimonializzazione delle banche era avvenuta per lo più attraverso l'emissione di strumenti finanziari ibridi, che si sono rivelati meccanismi di reperimento di risorse non idonei ad assorbire le perdite delle banche perché, se presentavano diversi vantaggi[714], presentavano il grande svantaggio di attribuire ai rispettivi prenditori il diritto di essere rimborsati in via antergata rispetto agli *share-holders* delle società.

Basilea III ha anche proposto due requisiti addizionali di capitale diretti a fare in modo che le banche accantonino maggiori risorse possibili in presenza di fasi economiche espansive, durante le quali si osserva una crescita eccessiva dell'offerta di credito. Tale scelta è stata fatta per impedire gli effetti prociclici che derivano dall'improvvisa contrazione di credito nelle fasi di crisi, in cui le autorità di vigilanza potrebbero inasprire i requisiti patrimoniali regolamentari o comunque le banche potrebbero aumentare il costo dei propri prestiti a fronte dell'aumento del rischio di insolvenza dei debitori: in ottica macroprudenziale tale meccanismo finirebbe per accentuare gli effetti della recessione[715].

---

sistemiche sull'attività di negoziazione e su crediti, né di far fronte alla "re-intermediazione" di ampie esposizioni fuori bilancio accumulatesi nel "sistema bancario ombra". La crisi è stata ulteriormente ulteriormente accentuata dal processo prociclico di riduzione dell'indebitamento e dalle interconnessioni tra istituzioni sistemiche tramite una molteplicità di complesse operazioni finanziarie. Durante la fase più acuta della crisi il mercato ha perso fiducia nella solvibilità e nella liquidità di molti istituti bancari. Le debolezze del settore si sono rapidamente trasmesse al resto del sistema finanziario e all'economia reale, dando luogo a una massiccia contrazione della liquidità e della disponibilità di credito. Il settore pubblico è dovuto intervenire in ultima istanza con iniezioni di liquidità, ricapitalizzazioni e garanzie senza precedenti, esponendo i contribuenti a ingenti perdite".

[712] cioè dei conferimenti, delle riserve e degli utili non distribuiti. V. Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria, Basilea 3 – Schema di regolamentazione internazionale per il rafforzamento delle banche e dei sistemi bancari, Banca dei Regolamenti Internazionali, 2010, Parte 1, I, A, p. 13.

[713] 4% rispetto ai fondi propri della banca.

[714] essi erano privi di diritto di voto, e dunque consentivano ai soci di controllo di non vedere indebolita la propria posizione all'interno della società; avevano vantaggi di natura fiscale; potevano essere collocati più facilmente presso investitori che non erano disposti ad investire in capitale di rischio.

[715] Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria, Basilea 3 – *Schema di regolamentazione internazionale per il rafforzamento delle banche e dei sistemi bancari*, Banca dei Regolamenti Internazionali, 2010, Introduzione, A, 5, p. 8. Nella dottrina economica, v. CAPRIO G., *Safe and sound banking: a role for countercyclical regulatory requirements*?, in EIJFFINGER S. – MASCIANDARO D., *Handbook of central banking, financial regulation and supervision*, Edward Elgar Publishing, 2011, p. 383 e ss..

Per quanto riguarda la leva finanziaria, il comitato di Basilea ha proposto di introdurre un limite del 3% al rapporto tra il patrimonio di vigilanza e il totale degli attivi, nella convinzione che i fenomeni di repentino *deleveraging* accentuino l'instabilità dei mercati finanziari[716].

Quanto alla liquidità, essa era finora stata disciplinata tra le misure rientranti all'interno del secondo pilastro della normativa di vigilanza prudenziale. Per essa non erano stati previsti requisiti puntuali da applicare a tutte le banche, ma era semplicemente stato stabilito che le banche si sarebbero dovute dotare di tutti gli strumenti gestionali idonei a misurare e controllare tale rischio. Basilea III ha invece scelto di intervenire anche su questo punto, introducendo due nuovi coefficienti minimi[717].

Infine, prendendo atto dei rischi connessi con l'incorporazione di operazioni bancarie in strumenti finanziari, Basilea III è intervenuta per disciplinare la valutazione delle perdite sulle attività finanziarie inserite nel portafoglio di negoziazione. In particolare, essa ha considerato che strumenti finanziari il cui principale rischio è quello di credito dovrebbero essere valutati come operazioni bancarie, e non come operazioni finanziarie, in relazione alle quali in genere si valuta il solo rischio di mercato[718].

3. Il recepimento di Basilea III da parte del legislatore comunitario

L'Unione Europea ha avviato una serie di iniziative legislative dirette a riformare il quadro giuridico di disciplina dell'accesso dell'attività, il quadro di vigilanza e le norme prudenziali degli enti creditizi e delle imprese di investimento. Ciò al fine di

[716] Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria, Basilea 3 – *Schema di regolamentazione internazionale per il rafforzamento delle banche e dei sistemi bancari, Banca dei Regolamenti Internazionali*, 2010, Introduzione, A, 3, p. 5.

[717] Uno riguardante il rapporto tra gli attivi di elevata qualità ed i prevedibili dei flussi di cassa netti nei successivi 30 giorni, in uno scenario di stress; un secondo riguardante il rapporto tra le fonti di finanziamento a medio e lungo termine ed il corrispondente fabbisogno ottimale. V. Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria, Basilea 3 – Schema di regolamentazione internazionale per il rafforzamento delle banche e dei sistemi bancari, Banca dei Regolamenti Internazionali, 2010, Introduzione, B, p. 9.

[718] Basilea III ha introdotto lo *stressed Var*, che impone di misurare i rischi sulla base delle caratteristiche di un periodo contraddistinto da forti perdite e volatilità e l'*Incremental Risk Charge*, che applica correttivi ai requisiti patrimoniali stabiliti per fronteggiare il rischio di mercato. V. Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria, Basilea 3 – Schema di regolamentazione internazionale per il rafforzamento delle banche e dei sistemi bancari, Banca dei Regolamenti Internazionali, 2010, Parte I, cap. II, par. A, p. 32.

recepire gli accordi elaborati in materia di vigilanza prudenziale dal comitato di Basilea per la vigilanza bancaria, allo scopo ultimo di migliorare la stabilità del proprio sistema finanziario, preservando la competitività del settore[719].

Tali iniziative legislative si sono concretizzate in un pacchetto, noto con l'acronimo CRD IV, costituito da una proposta di regolamento[720] e da una proposta di direttiva[721], che si integrano a vicenda. Entrambi i testi, tra l'altro, contengono ampie deleghe alla Commissione per l'adozione di atti delegati ex art. 290 e 291 TFUE, per l'elaborazione dei quali il contributo dell'EBA sarà di primaria importanza[722].

Il regolamento introduce la normativa prudenziale direttamente applicabile alle banche e alle imprese di investimento. La sua base giuridica è individuata nell'art. 114, par. 1, del TFUE, ai sensi del quale "*il Parlamento europeo ed il Consiglio, (…) adottano le misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno*".

Su tale base, esso recepisce le indicazioni di Basilea III in materia di capitale che le banche devono detenere, al fine di fronteggiare i rischi connessi con la propria attività[723]. In particolare, esso ridefinisce la quantità e la qualità dei fondi propri delle banche, distinguendo tra capitale di classe 1 e capitale di classe 2, anche cercando di armonizzare la disciplina delle detrazioni. In materia di liquidità, il regolamento introduce uno specifico requisito patrimoniale minimo di copertura[724] (cd. LCR –

---

[719] V. PETRUCCELLI C. – D'AURIA C., *Basilea 3 e la disciplina di attuazione europea*, Moderari, Roma, 2012; CICERO CONSULTING, *Capital Requirements Directive IV. Special Report*, Cicero Consulting press release, 2012.

[720] COM (2011) 452 def., *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del consiglio relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento*.

[721] COM (2011) 453 def., *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del consiglio sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica la direttiva 2002/87/CE del Parlamento europeo e del consiglio relativo alla vigilanza supplementare d'sugli enti creditizi, sulle imprese di assicurazione sulle imprese di investimento appartenenti ad un conglomerato finanziario*.

[722] V. supra, parte I, cap. 3, par. 1.4.

[723] Art. 69 COM (2011) 452 def., *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del consiglio relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento*.

[724] Art. 401 COM (2011) 452 def., *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del consiglio relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento*, ai sensi del quale "*In ogni momento gli enti detengono attività liquide, la somma del cui valore è pari o superiore ai deflussi di liquidità meno gli afflussi di liquidità in condizioni distress, al fine di assicurare che gli enti mantengano livelli adeguati di riserve di liquidità per far fronte a eventuali squilibri tra gli afflussi e i deflussi in condizioni di stress nel corso di un breve periodo di tempo. Gli enti non conteggiano due volte gli afflussi di liquidità e leattività liquide. Gli enti possono utilizzare le attività liquide di cui al paragrafo 1 per far*

Liquidity Coverage Ratio), che stabilisce l'ammontare delle attività liquide che i clienti devono detenere per fronteggiare improvvise richieste di rimborso. Essa introduce un coefficiente di leva finanziaria, che dovrebbe contenere il livello di indebitamento delle banche non derivante da raccolta bancaria[725]. Il regolamento, infine, prevede l'obbligo per le banche di detenere fondi propri supplementari per fronteggiare il rischio di controparte legato a operazioni con derivati, a operazioni di vendita con patto di riacquisto e a operazioni di finanziamento tramite titoli[726].

La direttiva, invece, contiene disposizioni relative all'autorizzazione all'attività degli enti creditizi, all'esercizio della libertà di stabilimento e della libera circolazione dei servizi. La sua base giuridica è l'art. 53, par. 1 del TFUE, ai sensi del quale "*al fine di agevolare l'accesso alle attività autonome e l'esercizio di queste il Parlamento ed il Consiglio (…) stabiliscono direttive intese al (..) Coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri relativi all'accesso alle attività autonome e all'esercizio di queste*".

Su tale base, la direttiva disciplina i requisiti personali dei componenti degli organi di gestione, l'uso da parte dei soggetti vigilati dei modelli interni per la valutazione del rischio di credito, l'introduzione di riserve di capitale da utilizzare unzione anticiclica[727].

Soprattutto, ai fini della presente analisi, la direttiva introduce disposizioni in materia di sanzioni dirette a garantire l'*enforcement* della disciplina prevista dal pacchetto CRD. Tale scelta sembra valorizzare uno dei principi sottesi alle iniziative del comitato di Basilea, in base al quale la disciplina dei requisiti patrimoniali stabiliti nell'ambito del primo pilastro si deve integrare con quella riguardante gli obblighi di trasparenza nei confronti del mercato (III pilastro) e con quella riguardante il processo di supervisione (II pilastro). Poiché i tre pilastri non devono essere visti come iniziative distinte, ma piuttosto come parti complementari del tentativo di garantire la sana e

---

fronte alle loro obbligazioni in condizioni di stress, come specificato all'articolo 402. Le disposizioni del titolo II si applicano esclusivamente al fine di specificare gli obblighi di segnalazione stabiliti all'articolo 403".

[725] Art. 416 comma 2 COM (2011) 452 def., *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del consiglio relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento*.

[726] V. PETRUCCELLI C. – D'AURIA C., *Basilea 3 e la disciplina di attuazione europea*, Moderari, Roma, 2012, p. 8.

[727] V. PETRUCCELLI C. – D'AURIA C., *Basilea 3 e la disciplina di attuazione europea*, Moderari, Roma, 2012, p. 9.

prudente gestione degli intermediari, l'attività di *enforcement*, collegata a quella di supervisione, deve essere valorizzata tanto quanto la disciplina dei requisiti prudenziali.

4. L'impostazione della direttiva CRD IV in materia di sanzioni

L'intervento del legislatore comunitario in materia sanzionatoria è diretto a superare le differenze che sussistono in materia tra gli ordinamenti giuridici dei singoli Stati membri, allo scopo di garantire sanzioni efficaci, proporzionali e dissuasive per le principali violazioni della disciplina del pacchetto CRD. In questa prospettiva, la Commissione ha fatto proprie le considerazioni espresse nel rapporto *de Larosiere*, secondo cui "*l'attività di vigilanza non può risultare efficace se esistono sistemi sanzionatori deboli e notevolmente variabili. È fondamentale che, all'interno dell'Unione Europea e non solo, tutte le autorità di vigilanza siano in grado di applicare sistemi sanzionatori sufficientemente convergenti, rigorosi e con effetti deterrenti*"[728].

Simili conclusioni sembrano aver recepito le riflessioni della dottrina economica che, valutando le interrelazioni tra l'attività di regolazione e l'attività di *enforcement* delle autorità di vigilanza, con riguardo alle conseguenze sulla propensione delle banche ad assumere comportamenti rischiosi per la stabilità, ha concluso che "*enforcement actions do have a statistically significant disciplinary effect upon banks. Therefore, it is corroborated that by imposing direct or reputation costs upon banks,supervisory sanctions contribute considerably to constraining banks' risk-taking appetite*"[729]. Simili considerazioni, collegando le misure di vigilanza riconducibili nell'ambito del primo, del secondo e del terzo pilastro di Basilea, hanno portato a concludere che le azioni di *enforcement* e di informativa nei confronti del mercato hanno un'incisiva capacità di

[728] V. *Relazione del gruppo di esperti di alto livello sulla vigilanza finanziaria nell'unione europea*, presieduto da Jacques de Larosiere, del 25 febbraio 2009, punto 201. Sul punto, si consideri che il potenziamento dei meccanismi diretti a garantire il rispetto della normativa di settore è stato discusso in vari vertici internazionali ed è stato anche uno degli obiettivi della riforma della regolamentazione finanziaria attuata recentemente negli Stati Uniti, portando all'introduzione del *Dodd Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, che prevede una riforma globale del sistema finanziario americano.
[729] DELIS - MANTHOS D – STAIKOURAS - PANAGIOTIS, *On-site audits, sanctions, and bank risk-taking: An empirical overture towards a novel regulatory and supervisory philosophy*, University Library of Munich, Germany, 2009, p. 17.

limitare comportamenti rischiosi delle banche, maggiore rispetto al solo inasprimento dei requisiti patrimoniali[730].

Ad avviso della Commissione l'efficacia, la proporzionalità e la dissuasività dei meccanismi di *enforcement* presenti negli ordinamenti dei singoli Stati membri sono minate alla base dal fatto che non tutte le autorità dispongono di uno apparato sanzionatorio sufficientemente diversificato a fronte di un ampio spettro di condotte vietate; i livelli delle sanzioni amministrative pecuniarie differiscono considerevolmente tra i vari Stati membri, essendo troppo bassi in alcuni di essi;non tutte le autorità competenti possono irrogare sanzioni amministrative sia alle persone fisiche che alle persone giuridiche e non vi è omogeneità neanche con riguardo ai criteri di applicazione di esse. L'insieme di tali circostanze comporta un rischio elevato di diminuzione dell'efficacia deterrente dei sistemi sanzionatori, poiché i benefici determinati dai comportamenti illeciti delle imprese potrebbero essere nettamente superiori rispetto ai rischi reali da queste incontrati. Ciò favorirebbe l'inosservanza della normativa comunitaria di settore, con ripercussioni gravi sulla tutela dei consumatori e sull'integrità del mercato e potrebbe creare distorsioni di concorrenza nel mercato interno[731].

Al fine di scongiurare questa eventualità, la proposta di direttiva della Commissione intende imporre agli Stati membri di prevedere un insieme minimo di sanzioni per la violazione della disciplina prudenziale contenuta nel pacchetto CRD, da rendere pubbliche e da applicare tanto nei confronti delle persone fisiche quanto nei confronti delle persone giuridiche responsabili di una violazione. Inoltre, la proposta detta i criteri che le autorità competenti dovrebbero seguire nella determinazione delle

---

[730] DELIS - MANTHOS D – STAIKOURAS - PANAGIOTIS, *On-site audits, sanctions, and bank risk-taking: An empirical overture towards a novel regulatory and supervisory philosophy*, University Library of Munich, Germany, 2009, p. 22, i quali affermano che "*First, it appears that enforcement actions do exert a disciplinary power upon banks, while our*
finding on the inverted U-shaped relationship between on-site audits and banking fragility indicate that intensifying the frequency of examinations beyond a certain threshold may also constrain risk-taking. Second, from a regulatory point of view, we obtain evidence of a statistically significant, negative relationship between disclosure requirements and bank risk-taking, whereas no such correlation is substantiated as far as capital regulation is concerned".

[731] COMMISSIONE UE, *Relazione* alla COM (2011) 453 def., *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del consiglio sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica la direttiva 2002/87/CE del Parlamento europeo e del consiglio relativo alla vigilanza supplementare d'sugli enti creditizi, sulle imprese di assicurazione sulle imprese di investimento appartenenti ad un conglomerato finanziario*, p. 2 e ss.

decisioni, e richiede agli stati membri di prevedere meccanismi idonei ad incoraggiare la segnalazione delle violazioni all'interno delle imprese vigilate[732].

Tali innovazioni sono contenute nel Titolo VII, sez. 4, della proposta di direttiva COM (2011) 453 def., e, come già appare dall'esposizione dei punti sinteticamente descritti, il loro recepimento introdurrebbe significative modificazioni al tradizionale apparato sanzionatorio disciplinato per gli illeciti amministrativi previsti dal Tub e dal Tuf.

Una prima disposizione generale, l'art. 65, prevede la necessità di applicare sanzioni a tutte le violazioni di norme comprese nel pacchetto CRD IV, fissando dei principi generali, come la necessità che le sanzioni e le misure applicate siano effettive, proporzionate e dissuasive, senza specificarne il contenuto; che esse siano adottate tanto nei confronti delle persone giuridiche, quanto nei confronti delle persone fisiche responsabili della violazione; che le autorità di settore abbiano tutti i poteri di indagine necessari per l'esercizio di tale azione.

Due norme speciali, gli artt. 66 e 67, introducono la possibilità di scegliere tra sanzioni amministrative pecuniarie e un ampio novero di misure alternative e stabiliscono l'importo dei massimali delle sanzioni pecuniarie. Tali disposizioni sono state introdotte per assicurare l'*enforcement* almeno a specifiche disposizioni riconducibili a tre categorie di previsioni del pacchetto CRD: quelle relative all'autorizzazione all'esercizio dell'attività, ai requisiti patrimoniali degli intermediari, agli obblighi informativi specificamente previsti nei confronti degli organi di vigilanza. Ad avviso della Commissione, gli strumenti a disposizione delle autorità settore dovrebbero essere in grado di garantire a queste di esercitare una seria minaccia alla reputazione degli autori delle violazioni, di impedire ad essi la continuazione delle proprie attività, di eliminare i possibili incentivi economici alla commissione delle violazioni[733].

---

[732] COMMISSIONE UE, *Relazione* alla COM (2011) 453 def., *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del consiglio sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica la direttiva 2002/87/CE del Parlamento europeo e del consiglio relativo alla vigilanza supplementare d'sugli enti creditizi, sulle imprese di assicurazione sulle imprese di investimento appartenenti ad un conglomerato finanziario*, p. 11.

[733] COMMISSION STAFF, *Impact assessment accompanying the document* COM (2011) 453 def., *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del consiglio sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica la direttiva 2002/87/CE del Parlamento europeo e del consiglio relativo alla vigilanza supplementare d'sugli enti*

Infine, la direttiva con l'art. 68 impone agli Stati membri di prevedere che le autorità competenti pubblichino senza indebito ritardo le sanzioni applicate per le violazioni accertate, con l'art. 69 disciplina i criteri per l'applicazione effettiva delle sanzioni e con l'art. 70 richiede agli Stati membri di prevedere "*meccanismi efficaci per incoraggiare la segnalazione alle autorità competenti di violazioni delle disposizioni*" del pacchetto CRD.

Sin da ora può essere sottolineato che il citato intervento implicherebbe una transizione da un sistema incentrato sulla riferibilità della responsabilità amministrativa a determinate persone fisiche individuate sulla base di un criterio funzionale, ad un regime di diretta responsabilizzazione delle persone giuridiche, perlomeno rispetto alla maggior parte delle violazioni. Inoltre, la proposta di direttiva introduce nuove misure sanzionatorie finora sconosciute all'apparato di *enforcement* della disciplina del settore bancario e finanziario, che si andranno ad affiancare alla sola sanzione pecuniaria. Peraltro anche questa misura verrebbe riformata con riferimento alla previsione dei limiti edittali e dei criteri generali per la sua applicazione. Inoltre, l'ampio intervento legislativo prevede meccanismi finora sconosciuti dal Tub e dal Tuf come quelli finalizzati alla segnalazione delle violazioni.

L'ordinamento italiano potrebbe recepire tali novità adottando una soluzione minimale, mantenendo per tutte le violazioni che non ricadono nell'ambito di applicazione del pacchetto CRD l'attuale impostazione del Tub e del Tuf e applicando le nuove regole alle sole sanzioni previste per le violazioni degli obblighi dei nuovi provvedimenti comunitari. Questa soluzione, più semplice da realizzare per il legislatore, non sembrerebbe preferibile, poiché darebbe luogo a una frammentazione del sistema sanzionatorio, in cui fattispecie diverse e soggetti diversi verrebbero assoggettati ad un diverso regime sanzionatorio. Come conseguenza di tale scelta, si avrebbero diverse discipline per le sanzioni previste per la violazione delle disposizioni

---

creditizi, sulle imprese di assicurazione sulle imprese di investimento appartenenti ad un conglomerato finanziario, p. 8.

del pacchetto CRD[734], per le sanzioni previste per la violazione di norme prudenziali non disciplinate nella CRD[735] e per le sanzioni previste nelle materie non prudenziali[736].

Sembrerebbe dunque preferibile, al fine di preservare la razionalità e la coerenza sistematica e forse anche l'efficienza operativa, l'adozione di una soluzione più organica, capace di estendere il nuovo regime della CRD a tutte le sanzioni previste dal Tub, anche a quelle che riguardano materie o soggetti che non rientrano nel campo di applicazione della direttiva. Certamente una simile soluzione richiederebbe uno sforzo maggiore da parte del legislatore, affinché questo inserisca e ampli il novero di destinatari e delle misure applicabili rispetto a quello attualmente previsto nel sistema vigente. Al tempo stesso, questa soluzione non impedirebbe di operare eventuali adattamenti con riguardo al trattamento da riservare a soggetti fattispecie non oggetto di armonizzazione, per assicurare la ragionevolezza proporzionalità del sistema sanzionatorio[737].

L'impatto dirompente che il pacchetto CRD potrebbe avere sul sistema di *public enforcement* della disciplina del settore bancario e finanziario suggerisce di esaminare i punti che si sono sinora sinteticamente accennati.

4.1. I destinatari delle sanzioni

L'art. 65 della direttiva CRD IV impone agli stati membri di prevedere l'applicazione di sanzioni sia per le persone fisiche che per le persone giuridiche, senza tuttavia indicare se le sanzioni agli individui si applichino in via concorrente o in via

[734] si tratterebbe delle sanzioni previste per la violazione della normativa prudenziale di recepimento del pacchetto CRD da parte di banche e imprese di investimento, che sarebbero applicabili tanto alle persone fisiche quanto le persone giuridiche e il cui contenuto potrebbe consistere anche in sanzioni diverse da quelle pecuniarie.

[735] si tratterebbe delle sanzioni previste per la violazione di norme prudenziali di natura omogenea a quelle contenute nei provvedimenti di recepimento della CRD, ma relative a soggetti diversi da quelli presi in considerazione dagli interventi di armonizzazione, come ad esempio gli intermediari finanziari, gli Imel, gli istituti di pagamento; oppure si tratterebbe delle sanzioni previste per la violazione di norme prudenziali non oggetto di armonizzazione da parte della CRD, come ad esempio la disciplina delle operazioni con le parti correlate.

[736] si tratterebbe delle sanzioni previste dal titolo VI del D. Lgs. 385/1993 in materia di trasparenza e correttezza nei rapporti tra intermediari e clienti, nonché delle sanzioni previste dal D. Lgs. 231/2007 in materia di antiriciclaggio.

[737] ad esempio, potrebbe essere ragionevole stabilire massimi e di piani inferiori per le violazioni concernenti la normativa in materia di trasparenza, nonché le sanzioni imputabili a soggetti come agenti e mediatori.

alternativa rispetto a quelle irrogate agli enti e senza indicare alcun criterio per guidare la scelta del legislatore, cui spetterà di precisare questo aspetto cruciale della disciplina.

Simile previsione muta radicalmente l'attuale assetto del sistema sanzionatorio di settore, il cui criterio generale è quello della responsabilità personale delle persone fisiche, cui si accompagna la responsabilità solidale dell'ente che è anche obbligato ad esercitare il diritto di regresso nei confronti dei soggetti responsabili.

Infatti, si direbbe esclusa a priori la possibilità di mantenere come criterio generale e prevalente quello di sanzionare esclusivamente le persone fisiche, poiché tale opzione, oltre ad essere in controtendenza con il sistema prevalentemente diffuso negli Stati membri, contrasta espressamente con il dettato dell'art. 65 della direttiva. Questa disposizione ha recepito le indicazioni della prevalente letteratura economica, ad avviso della quale gli elevati costi di accertamento degli illeciti amministrativi nel settore bancario non sarebbero adeguatamente compensati qualora portassero all'applicazione di sanzioni di modesto importo. Inoltre, limitare l'applicazione di sanzioni alle sole persone fisiche non costituirebbe un adeguato disincentivo alla verificazione delle condotte sanzionate poiché, a fronte di un ingente profitto derivante dalla violazione, una sanzione applicata alla persona fisica avrebbe un importo eccessivamente contenuto e anzi, se un ente gode di un ingente guadagno per effetto degli illeciti, sarebbe addirittura incentivato ad indennizzare il singolo costo della sanzione subita, di importo contenuto[738].

Al tempo stesso, anche un sistema che prevedesse unicamente sanzioni per le persone giuridiche potrebbe presentare degli inconvenienti, poiché si allontanerebbe dall'impostazione della normativa di vigilanza che tende a distinguere attentamente i

[738] MITCHELL POLINSKY A. – SHAVELL S., *The fairness of sanctions: some implications for optimal enforcement policy*, American Law and economics association, 2000. Sul punto v. anche COMMISSION STAFF, *Impact assessment accompanying the document* COM (2011) 453 def., *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del consiglio sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica la direttiva 2002/87/CE del Parlamento europeo e del consiglio relativo alla vigilanza supplementare d'sugli enti creditizi, sulle imprese di assicurazione sulle imprese di investimento appartenenti ad un conglomerato finanziario*, p. 12, ad avviso del quale "*As the CRD imposes obligations on credit institutions, sanctions should always be applicable to those institutions. However, in areas where certain individuals within a credit institution are responsible for a violation by that institution, there should be the possibility of applying sanctions also on them. For example in case of violation of prudential requirements, the exclusion of individuals from sanctions does not allow competent authorities to choose a sanction that is optimal in terms deterrence: a manager of a credit institution who is essentially responsible for such a violation is less likely to be discouraged from infringing the rules if he doesn't risk to be sanctioned for his illicit conduct because sanctions are applied to the credit institution only*".

compiti e le responsabilità degli organi della società e delle funzioni aziendali, proprio con l'obiettivo di responsabilizzare il più possibile gli individui nella ricerca degli assetti organizzativi più efficaci ed efficienti[739]. Inoltre, concentrandosi su sanzione pecuniarie di importo elevato nei confronti delle sole persone giuridiche, potrebbe accentuare eccessivamente il potenziale *trade-off* tra entità della sanzione inflitta e stabilità dell'intermediario, senza dare la possibilità all'autorità di settore di calibrare i propri interventi in relazione ai casi concreti.

Per tali ragioni, sembrerebbe preferibile adottare un criterio misto in base al quale, in via generale e prevalente, si prevedano sanzioni nei confronti dell'intermediario responsabile della violazione ed in via speciale il legislatore individui specificamente i casi in cui alla responsabilità dell'ente si affianchi quella della persona fisica, nei casi di inadempimento di specifici doveri funzionali ascrivibili alla persona o all'organo di cui questa è membro. Ad esempio, potrebbero rientrare in tale ipotesi i casi in un consiglio di amministrazione non abbia ottemperato alle misure correttive imposte dalla Banca d'Italia ai sensi dell'art. 53, comma 3 Tub; i casi in cui una banca è già stata sanzionata per violazioni della stessa specie; i casi in cui la condotta di un esponente o di un dipendente ha inciso in modo particolare sulle criticità della complessiva organizzazione e dei profili di rischio aziendali; i casi di operazioni con parti correlate, in cui un esponente o un dipendente è la parte interessata dell'operazione; le violazioni che riguardano la disciplina dei requisiti degli esponenti aziendali. In tutte queste ipotesi, la responsabilità degli enti e quella delle persone fisiche dovrebbe configurarsi come distinta e concorrente, poiché avrebbe una struttura diversa e si fonderebbe su presupposti diversi. Mentre la seconda sarebbe una responsabilità personale, che non si discosterebbe dal modello delineato dalla L. 689/1981, la seconda sarebbe una responsabilità di tipo oggettivo, che si discosterebbe dai principi generali finora applicati, ma che comunque non dovrebbe porre problemi di legittimità costituzionale. Ciò in quanto, per le considerazioni già svolte, il principio di personalità della responsabilità ex art. 25 Cost. riguarda solo l'illecito penale[740]. In ogni caso, resterebbero applicabili alle sole persone fisiche le sanzioni relative alla violazione di

[739] per effetto di tale soluzione, la prevenzione e la correzione di comportamenti illeciti degli esponenti aziendali rimarrebbe affidata unicamente ai sistemi di incentivazione e disincentivazione interni alle società

[740] V. Parte II, cap. 2, par. 4.1

obblighi che non fanno capo alla persona giuridica, ma sono imputabili direttamente ed esclusivamente agli individui, come ad esempio la mancata comunicazione all'autorità di vigilanza dell'acquisto di partecipazioni, quando l'acquirente sia una persona fisica.

La soluzione prospettata avrebbe il pregio di garantire efficacia, efficienza e semplicità al sistema sanzionatorio. La previsione di sanzioni nei confronti delle persone giuridiche darebbe un'adeguata capacità deterrente al sistema e, poiché la loro applicazione conseguirebbe ad una responsabilità di tipo oggettivo[741] che prescinderebbe dalla necessità di identificare le responsabilità individuali all'interno delle aziende, l'attività istruttoria volta all'accertamento delle infrazioni risulterebbe semplificata. Inoltre, la previsione di un cumulo tra sanzioni alle persone giuridiche e sanzioni alle persone fisiche manterrebbe un effetto responsabilizzante nei confronti di queste ultime, utile quando i sistemi incentivanti delle aziende non funzionino efficacemente e coerente con l'impostazione della normativa di vigilanza che tende a valorizzare i compiti di ciascun organo e funzione aziendale. Inoltre, le sanzioni alle persone fisiche possono costituire un'informazione utile in sede di accertamento dei requisiti degli esponenti da parte delle autorità di vigilanza e degli organi collegiali delle banche. Peraltro, una simile previsione attenuerebbe il rischio, per il legislatore, di apparire indulgente nei confronti dei *managers*, in un momento storico in cui il sistema bancario beneficia di risorse pubbliche.

Adottata una simile soluzione, andrebbe valutata l'opportunità di mantenere in vigore la regola della responsabilità solidale degli intermediari per il pagamento delle sanzioni, con obbligo di regresso nei confronti degli individui responsabili. Simile meccanismo farebbe ricadere sul solo ente il costo dell'illecito, attribuendogli, a titolo di responsabilità oggettiva e a titolo di responsabilità solidale per il fatto proprio della persona fisica, la responsabilità di entrambi gli illeciti. Anche mantenendo la previsione dell'obbligo per gli enti di esercitare il regresso nei confronti degli autori delle violazioni, essi avrebbero comunque l'onere di eseguire gli adempimenti necessari per

[741] Come noto, la responsabilità oggettiva è fondata unicamente sulla violazione di obblighi imposti dalla legge. Per riferimenti dottrinari, v. TRIMARCHI P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffré, Milano, 1961; CALABRESI G., *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico – giudiziaria*, Giuffré, Milano, 1975; CASTRONOVO C., voce *Responsabilità oggettiva – Disc. Privatistica*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXVII, secondo il quale il fondamento della responsabilità oggettiva risiede nel fatto che "*colui che viene fatto rispondere di un certo danno deve sopportare tale responsabilità perché si è trovato, prima del suo verificarsi, nella situazione più adeguata per valutare l'opportunità di evitarlo e le modalità per evitarlo nel modo più conveniente*".

la soddisfazione delle proprie pretese creditorie, nell'ambito dei rapporti interni tra condebitori. Eliminata l'attuale previsione contenuta nell'art. 145 comma 10 Tub, una soluzione che potrebbe garantire l'effettività delle misure sanzionatorie potrebbe essere comunque rappresentata dall'affidamento dell'attività di riscossione coattiva ad un soggetto come Equitalia S.p.A., che potrebbe essere incaricata di dare seguito alle azioni esecutive nei confronti dei soggetti sanzionati.

4.2. La tipologia delle sanzioni irrogabili

Gli artt. 66 e 67 della direttiva CRD IV impongono agli stati membri di mettere a disposizione delle autorità di settore un'ampia gamma di strumenti di intervento, che vanno dalle sanzioni amministrative pecuniarie e un ampio spettro di misure alternative. In tale ambito, essi sono intervenuti anche sulla cornice edittale prevista per le sanzioni pecuniarie.

L'art. 66 della direttiva impone agli stati membri di prevedere, per la violazione degli obblighi in materia di autorizzazione all'esercizio dell'attività di acquisto di partecipazioni qualificate, di applicare almeno: "*a) una dichiarazione pubblica indicante la persona fisica o giuridica responsabile e la natura della violazione; b) un ordine che impone alla persona fisica o giuridica responsabile di porre termine al comportamento e di astenersi dal ripeterlo; c) nel caso di una persona giuridica, sanzioni amministrative pecuniarie fino al 10% del fatturato complessivo annuo dell'impresa nell'esercizio finanziario precedente; se l'impresa è una filiazione di un'impresa madre, il fatturato complessivo annuo è il fatturato complessivo annuo risultante nel conto consolidato dell'impresa madre capogruppo nell'esercizio finanziario precedente; d) nel caso di una persona fisica, sanzioni amministrative pecuniarie fino a 5 000 000 di EUR o, negli Stati membri non aventi l'euro come moneta ufficiale, il corrispondente valore in valuta nazionale alla data di adozione della presente direttiva; e) sanzioni amministrative pecuniarie fino al doppio dell'ammontare del beneficio derivante dalla violazione, se tale beneficio può essere determinato*".

A sua volta l'art. 67, per le violazioni di una serie di norme del regolamento o della direttiva considerate di maggior rilievo[742], prevede che le sanzioni e misure amministrative applicabili includano almeno, oltre a quelle indicate nel precedente art. 66: "*c) nel caso di un ente, la revoca dell'autorizzazione concessa conformemente all'art. 18; d) l'interdizione temporanea dall'esercizio di funzioni in seno a enti a carico dei membri dell'organo di gestione dell'ente o di altre persone fisiche considerati responsabili*".

Anche l'insieme di tali previsioni costituisce una grande innovazione rispetto all'attuale assetto del sistema sanzionatorio in materia bancaria e finanziaria. Esse infatti implicheranno il passaggio da un sistema finora essenzialmente incentrato sul modello della sanzione pecuniaria, ad un sistema in cui le autorità di settore potranno scegliere tra un ampio novero di strumenti, anche non disciplinati espressamente dalla L. 689/1981. Sembra dunque di particolare interesse tentare di fornirne una panoramica.

4.3. Le sanzioni pecuniarie

Gli art. 66 e 67 della Direttiva CRD IV, in primo luogo, intervengono sulle sanzioni pecuniarie, innalzandone consistentemente i massimali. Tale intervento è stato motivato sulla base della considerazione che le sanzioni pecuniarie non sarebbero efficaci se non fossero in grado di bilanciare i benefici che potrebbero derivare dalla commissione delle violazioni[743].

---

[742] V. art. 67 comma 1 della COM (2011) 453 def., *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del consiglio sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica la direttiva 2002/87/CE del Parlamento europeo e del consiglio relativo alla vigilanza supplementare d'sugli enti creditizi, sulle imprese di assicurazione sulle imprese di investimento appartenenti ad un conglomerato finanziario*, in cui sono indicate, ad esempio, l'inosservanza degli obblighi informativi relativi agli assetti proprietari, i requisiti patrimoniali, alla liquidità o alla leva.

[743] V. COMMISSION STAFF, *Impact assessment accompanying the document* COM (2011) 453 def., *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del consiglio sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica la direttiva 2002/87/CE del Parlamento europeo e del consiglio relativo alla vigilanza supplementare d'sugli enti creditizi, sulle imprese di assicurazione sulle imprese di investimento appartenenti ad un conglomerato finanziario*, p. 10, ad avviso del quale "*Administrative pecuniary sanctions can play a significant role to deter violations of the CRD, in particular by offsetting the benefits that can be derived from it. Complementing the supervision of banks by competent authorities, sufficiently high fines can deter credit institutions from infringing disclosure obligations, which would better ensure that supervisory authorities receive all the information necessary for them to perform efficiently their activity*".

Esse dispongono che il massimale sia pari almeno al 10% del fatturato annuale per le persone giuridiche e a 5 milioni di euro per le persone fisiche, o comunque fino al doppio del beneficio derivante dalla violazione, "*se tale beneficio può essere determinato*". La direttiva dunque lascia gli Stati membri liberi di prevedere massimali superiori e non interviene sui minimi delle sanzioni. Anche su tali profili, la scelta sarà lasciata ai legislatori nazionali.

Con riferimento ai minimi edittali, la mancanza di previsioni espresse all'interno della CRD IV potrebbe aprire i seguenti scenari. Una prima soluzione potrebbe essere l'intervento sul testo del Tub e del Tuf, distinguendo i minimi edittali applicabili alle persone giuridiche da quelli applicabili alle persone fisiche. Il minimo previsto per queste seconde potrebbe essere lasciato invariato, o al massimo aggiornato, e potrebbe essere introdotto un minimo per le persone giuridiche corrispondente ad una percentuale del loro fatturato, così garantendo un trattamento sanzionatorio differenziato tra le due categorie di destinatari, affinché esso sia efficace. Una seconda soluzione potrebbe essere quella di stabilire un minimo edittale unificato tanto per le persone fisiche quanto per le persone giuridiche, mantenendo come punto di riferimento per entrambe le categorie i minimi attualmente vigenti. Tale opzione, da un lato, consentirebbe di sanzionare le persone giuridiche anche qualora il loro livello di fatturato fosse così basso da comportare l'applicazione di una sanzione di importo inferiore al minimo edittale previsto per le persone fisiche. Da un altro lato, questa scelta sarebbe compatibile col fatto che le sanzioni nei confronti delle persone fisiche andrebbero a colpire una platea eterogenea di destinatari, comprendente anche gli agenti in attività finanziaria o i rappresentati di società di mediatori creditizi, nei cui confronti non sarebbe ragionevole inasprire gli attuali minimi edittali stabiliti dal Tub.

Con riferimento ai massimi edittali, la direttiva prevede l'introduzione, nei confronti delle persone fisiche, di un massimo edittale pari a 5 milioni di euro. In considerazione della rilevanza di questo importo e della circostanza che esso è molto superiore al massimo edittale applicabile nel sistema attuale, forse non sarebbe necessario prevedere un importo maggiore per le violazioni riguardanti fattispecie coperte dalla direttiva CRD IV. Per quelle invece che non rientrano nell'ambito di applicazione di questa, va valutata la possibilità di applicare un massimo edittale più basso per determinate categorie di persone fisiche. La notevole afflittività di tale

importo, potrebbe infatti avere effetti eccessivamente disincentivanti nei confronti di soggetti come gli agenti in attività finanziaria, oppure i dipendenti degli intermediari bancari.

I massimi edittali previsti per le persone giuridiche sono invece stabiliti nella misura del 10% del fatturato di queste. La rilevanza dei parametri così introdotti forse potrebbe suggerire di non prevederne di maggiori in sede di recepimento, tenuto conto della notevole afflittività che li caratterizza. Peraltro, al fine di definire le sanzioni pecuniarie applicabili alle persone giuridiche, la normativa primaria potrebbe recepire la nozione atecnica di "*fatturato*", attribuendo alla Banca d'Italia il potere di disciplinarne la definizione, che potrebbe essere individuata facendo riferimento alle opportune componenti del margine di intermediazione[744].

In luogo della cornice di tale appena descritta, troverebbe applicazione un massimo edittale pari al doppio dell'eventuale profitto ottenuto dall'illecito dalla persona fisica o giuridica, in tutti i casi in cui il beneficio derivante dalla commissione di un illecito amministrativo superi l'importo di 5 milioni di euro o del 10% del fatturato. Tale previsione vale come clausola di salvaguardia a garanzia dell'efficacia deterrente e dell'afflittività del sistema sanzionatorio, in tutti i casi in cui i benefici derivanti dagli illeciti superassero i costi derivanti dall'applicazione di sanzioni pecuniarie contenute entro gli importi descritti.

---

[744] V. art. 305 COM (2011) 452 def., *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del consiglio relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento, "Gli enti includono ciascun elemento nella somma con il suo segno positivo o negativo: 1 Interessi e proventi assimilati 2 Interessi e oneri assimilati 3 Proventi su azioni, quote ed altri titoli a reddito variabile/fisso 4 Proventi per commissioni/provvigioni 5 Oneri per commissioni/provvigioni 6 Profitto (perdita) da operazioni finanziarie 7 Altri proventi di gestione. Gli enti correggono i predetti elementi tenendo conto dei seguenti requisiti: (a) gli enti calcolano l'indicatore rilevante al lordo di accantonamenti e di spese operative. Gli enti includono nelle spese operative le provvigioni versate per i servizi forniti in outsourcing da terzi che non sono l'impresa madre o filiazioni dell'ente né filiazioni di un'impresa madre che è anche l'impresa madre dell'ente. Gli enti possono utilizzare le spese per i servizi forniti in outsourcing da terzi per ridurre l'indicatore rilevante soltanto se sostenute da un'impresa sottoposta a vigilanza ai sensi del presente regolamento o di disposizioni equivalenti; (b) gli enti non utilizzano i seguenti elementi nel calcolo dell'indicatore rilevante: i) profitti e perdite realizzati sulla vendita di titoli non inclusi nel portafoglio di negoziazione, ii) i proventi derivanti da partite straordinarie o irregolari, iii) i proventi derivanti da assicurazioni;(c) quando la rivalutazione di titoli del portafoglio di negoziazione rientra nel conto profitti e perdite, gli ti possono includere tale rivalutazione. Quando gli enti applicano l'articolo 36, paragrafo 2, della direttiva 86/635/CEE, essi includono la rivalutazione contabilizzata nel conto profitti e perdite*".

4.4. Le misure alternative alla sanzione pecuniaria

La proposta di direttiva CRD IV introduce un insieme minimo di strumenti amministrativi, diversi dalle sanzioni pecuniarie, di cui gli Stati membri devono poter disporre in caso di violazione della normativa comunitaria, allo scopo di assicurarne l'*enforcement*. Nei casi indicati dagli art. 66 e 67, la direttiva richiede agli stati membri di mettere a disposizione delle autorità competenti questo elenco di "*sanctions and other measures*": "*una dichiarazione pubblica indicante la persona fisica o giuridica responsabile e la natura della violazione*"; "*un ordine che impone alla persona fisica o giuridica responsabile di porre termine al comportamento e di astenersi dal ripeterlo*"; "*nel caso di un ente, la revoca dell'autorizzazione concessa conformemente all'art. 18*"; "*l'interdizione temporanea dall'esercizio di funzioni in seno a enti a carico dei membri dell'organo di gestione dell'ente o di altre persone fisiche considerati responsabili*".

La Commissione ha proposto di attribuire alle autorità di settore un ampio spettro di strumenti di intervento, ritenendo che ciò sia una condizione necessaria per reagire adeguatamente a violazioni che possono essere tra loro molto diverse, quali quelle previste in materia bancaria e finanziaria. In altri termini, non sarebbe efficiente quel sistema sanzionatorio che facesse fronte a fattispecie così differenziate con strumenti non differenziati a seconda dei casi concreti[745].

Come evidenziato dalla Commissione Europea, la distinzione tra le sanzioni in senso stretto e le "*other measures*" è poco chiara, poiché i singoli istituti vengono disciplinati in maniera diversa negli ordinamenti dei singoli Stati membri. Il gruppo di lavoro istituito presso la commissione europea fa presente che "le misure amministrative hanno carattere preventivo e sono generalmente disposte in presenza del rischio di violazioni, allo scopo di impedirne il verificarsi e contenere gli effetti negativi sistemici di condotte illecite e omissioni. Le sanzioni, invece, hanno carattere dissuasivo

[745] V. COMMISSION STAFF, *Impact assessment accompanying the document* COM (2011) 453 def., *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del consiglio sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica la direttiva 2002/87/CE del Parlamento europeo e del consiglio relativo alla vigilanza supplementare d'sugli enti creditizi, sulle imprese di assicurazione sulle imprese di investimento appartenenti ad un conglomerato finanziario*, p. 9, ad avviso del quale "*Supervision of compliance with prudential legislation by credit institutions requires a wide range of sanctions in order to respond adequately to infringements ranging from unauthorised banking operations to failure to meet obligations relating to reporting of information, notification, organisation and capital requirements. A number of sanctioning powers are important to ensure that sanctions are sufficiently effective and deterrent*".

e sono irrogate in conseguenza del verificarsi dell'infrazione per scoraggiare il trasgressore ed i consociati dal ripetere la violazione. Simile impostazione riflette una nozione ampia di sanzione amministrativa, idonea a coprire "*tutte le azioni intraprese dopo che è stata commessa una violazione per impedire al trasgressore e al pubblico in generale di commettere ulteriori violazioni*", che si è in precedenza criticata.[746]

Sembra di particolare interesse analizzare i caratteri distintivi delle misure amministrative diverse dalla sanzione pecuniaria introdotti dalla direttiva CRD IV. Tali strumenti rappresentano una novità assoluta all'interno del sistema del Tub e del Tuf e occorre analizzarne i tratti caratterizzanti ed i problemi che essi potrebbero porre in sede di recepimento.

4.4.1. Il *public statement*

L'istituto previsto dagli artt. 66, par. 2, lett. a) e 67, par. 2, lett. a) della proposta di direttiva è il cosiddetto *public statement*, ovvero la possibilità per le autorità competenti degli Stati membri di emanare, in presenza di violazioni tassativamente indicate, una dichiarazione pubblica indicante la persona fisica e l'ente responsabili della violazione ed il tipo di infrazione commessa. Si tratterebbe di un ammonimento pubblico, di cui potrebbe essere sostenuta la natura sanzionatoria. Fondandosi sull'avvenuto accertamento di una violazione, l'applicazione di questo istituto avrebbe una funzione principalmente afflittiva, tenuto conto degli effetti di natura reputazionale che avrebbe sui soggetti responsabili delle violazioni. Un simile effetto assume particolare rilevanza nell'ambito di un mercato che ha le caratteristiche di quello bancario e finanziario.

In sede di recepimento della direttiva questa misura, che sia ritenuta alternativa o concorrente rispetto alla sanzione pecuniaria, correrebbe inevitabilmente il rischio di sovrapporsi rispetto alla pubblicazione della sanzione attualmente vigente. Per diversificare i due istituti si potrebbe fare leva su uno dei seguenti profili: il grado di dettaglio dell'informazione, le modalità di pubblicazione, la sopportazione dei relativi costi. Per quanto concerne il grado di dettaglio dell'informazione, il *public statement* si potrebbe differenziare tramite la previsione di una pubblicazione esclusivamente in via

[746] V. parte II, cap. 2, par. 7.

integrale del provvedimento sanzionatorio, escludendone la forma anonima. Con riguardo alla modalità di pubblicazione, si potrebbe pensare di prevedere l'uso della Gazzetta Ufficiale, di giornali, di *Internet* oppure di avvisi affissi nei locali dell'intermediario.

4.4.2. Il *cease and desist order*

La misura prevista dagli artt. 66, par. 2, lett. a) e 67, par. 2, lett. a), è invece il cosiddetto *cease and desist order*. Esso consisterebbe nel potere delle competenti autorità degli Stati membri di indirizzare, alle persone e agli enti che si siano resi autori di violazioni delle disposizioni indicate, un ordine di cessazione dell'attività illecita e di astensione dalla ripetizione della condotta.

Simile istituto presenta analogie con le previsioni degli artt. 14 *bis* e 15 della L. 287/1990, che disciplinano rispettivamente le misure cautelari[747] e le diffide[748] in materia *antitrust*. La prima disposizione contempla il potere dell'AGCM di emanare, sulla base di un esame sommario del *fumus* di un'infrazione e del *periculum* di danno grave e irreparabile per la concorrenza, misure cautelari non rinnovabili né prorogabili. L'inadempimento della decisione con cui si applicano misure cautelari importa l'automatica irrogazione di una sanzione pecuniaria. La seconda disposizione contempla invece la diffida, utilizzata come strumento di contestazione e normalizzazione della condotta illecita senza l'irrogazione della sanzione. La disposizione prevede che, qualora l'istruttoria conduca all'accertamento di violazione della normativa *antitrust*, si instauri una fase di messa in mora delle imprese interessate alle quali è intimata l'eliminazione dell'infrazione entro un certo termine. Solo qualora fosse decorso inutilmente il termine fissato è prevista l'automatica irrogazione della sanzione

[747] V. art. 14 *bis* L. 287/1990 : "*Nei casi di urgenza dovuta al rischio dì un danno grave e irreparabile per la concorrenza, l'autorità può, d'ufficio, ove costati ad un sommario esame la sussistenza di un'infrazione, deliberare l'adozione di misure cautelari. Le decisioni adottate ai sensi del comma uno non possono essere in ogni caso rinnovate o prorogate. L'autorità, quando le imprese non adempiano ad una decisione che dispone misure cautelari, può infliggere sanzioni amministrative pecuniarie fino al 3% del fatturato*".

[748] V. art. 15 comma 1 L. 287/1990: "*Se a seguito dell'istruttoria di cui all'articolo 14 l'autorità ravvisa infrazioni agli articoli 2 o 3, fissa alle imprese e agli enti interessati il termine per l'eliminazione delle infrazioni stesse. Nei casi in infrazioni gravi, tenuto conto della gravità della durata dell'infrazione, dispone inoltre l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al 10% del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida, determinando il termine i quali l'impresa deve procedere al pagamento della sanzione*".

pecuniaria. Tale discorso non varrebbe nel caso di gravi infrazioni, nel qual caso l'autorità disporrebbe immediatamente una sanzione pecuniaria.

L'applicazione di tale istituto in materia bancaria e finanziaria richiede una riflessione preliminare innanzi tutto sul suo ambito di applicazione, cercando di individuare la tipologia di violazioni che potrebbero essere oggetto di simile provvedimento. In via approssimativa, si potrebbe ritenere opportuno che l'istituto operi prevalentemente rispetto a violazioni di tipo commissivo.

In secondo luogo occorrerebbe riflettere sulla natura sanzionatoria o ripristinatoria dell'istituto, poiché a tale qualificazione sarebbe collegato un importante conseguenza, cioè la sua indicazione all'interno dell'art. 53 Tub piuttosto che all'interno dell'art. 144. Si potrebbe pensare di introdurre questo istituto attraverso l'espressa previsione all'interno dell'art. 53, oppure di ritenerlo comunque già compreso nell'ampio catalogo delle misure adottabili ai sensi di questa disposizione. Esso potrebbe trovare applicazione in presenza del *fumus* di una violazione della normativa bancaria e finanziaria e del pericolo di un danno grave e irreparabile per la stabilità e la tutela dei clienti, prescindendo da vincoli di contestazione e instaurazione del contraddittorio tipici di un procedimento sanzionatorio. In tal modo questo provvedimento acquisirebbe natura cautelare e dunque rimarrebbe svincolato dall'ambito di applicazione della disciplina specifica prevista per l'irrogazione di sanzioni amministrative.

Diversamente opinando, questo tipo di provvedimento potrebbe essere previsto all'interno dell'art. 144 Tub. A fronte della presunta violazione della normativa prudenziale, emersa nel corso dell'attività di vigilanza, potrebbe darsi avvio ad un procedimento sanzionatorio che potrebbe concludersi, oltre che con l'adozione di sanzioni pecuniarie, anche con l'adozione di un *cease and desist order*. Tale decisione dovrebbe definire un piano di iniziative correttive da realizzare in un medio o lungo periodo, con l'obbligo per gli interessati di un'interlocuzione continuata con l'autorità sugli interventi da realizzare. Tale provvedimento potrebbe essere emanato in via alternativa oppure in via concorrente rispetto all'adozione della sanzione pecuniaria

Infine, non secondario apparirebbe riflettere sul tipo di regime pubblicitario cui sottoporre questo provvedimento, valutando se sia opportuno estendere ad esso la pubblicazione attualmente prevista per le sanzioni pecuniarie.

4.4.3. La sospensione dei diritti di voto e la revoca delle autorizzazioni

L'art. 66, par. 2, lett. f) prevede, in caso di violazione degli obblighi dettati in materia di autorizzazione all'esercizio dell'attività di acquisto di partecipazioni qualificate, che le autorità competenti degli Stati membri possano disporre la sospensione del diritto di voto degli azionisti o dell'azionista di maggioranza che si siano resi responsabili delle violazioni. Tuttavia appare ragionevole ritenere che tale sanzione possa essere applicata unicamente per la violazione delle disposizioni in materia di acquisizione di partecipazioni rilevanti, in quanto tale sanzione non potrebbe punire chi svolge l'attività bancaria in assenza di autorizzazione.

L'art. 67, par. 2, lett. c) prevede che le autorità competenti possano disporre la revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria o finanziaria, in linea con l'art. 18 che descrive tassativamente i casi in cui tale misura può essere disposta[749]. In base alle considerazioni precedentemente esposte, si sarebbe inclini a concludere che non si tratti di una misura sanzionatoria, ma di una misura essenzialmente diretta a produrre effetti ripristinatori[750].

Infine, l'art. 67, par. 2, lett. d) prevede che nei casi previsti dalla direttiva, le autorità di supervisione possano disporre, nei confronti "*dei membri dell'organo di gestione dell'ente o di altre persone fisiche considerati responsabili*" delle violazioni, un'interdizione temporanea dall'esercizio di funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso istituzioni finanziarie. Si tratta di uno strumento sanzionatorio di particolare afflittività poiché esso opererebbe *erga omnes*, avendo l'effetto di precludere

[749] V. art. 18 della COM (2011) 453 def., *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del consiglio sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica la direttiva 2002/87/CE del Parlamento europeo e del consiglio relativo alla vigilanza supplementare sugli enti creditizi, sulle imprese di assicurazione sulle imprese di investimento appartenenti ad un conglomerato finanziario*, ai sensi del quale "*Le autorità competenti possono revocare l'autorizzazione concessa ad un ente creditizio soltanto in uno dei seguenti casi in cui l'ente: a) non si serve dell'autorizzazione entro 12 mesi, vi rinuncia espressamente o ha cessato di esercitare la sua attività per un periodo superiore a sei mesi, a meno che lo Stato membro interessato non preveda in tali casi che l'autorizzazione sia scaduta; b) ha ottenuto l'autorizzazione presentando false dichiarazioni o con qualsiasi altro mezzo irregolare; c) non soddisfa più le condizioni cui era subordinata l'autorizzazione; d) non possiede più fondi propri sufficienti o non offre più la garanzia di poter soddisfare agli obblighi nei confronti dei suoi creditori e, in particolare, non garantisce più la sicurezza dei fondi ad esso affidati; e) versa negli altri casi in cui la revoca è prevista dalla regolamentazione nazionale; f) commette una delle violazioni di cui all'articolo 67, paragrafo 1*".

[750] V. parte II, cap. 2, par. 7.

in via assoluta e temporanea l'assunzione di determinate cariche sociali presso enti e istituzioni operanti nel settore finanziario. Si ritiene che tale misura abbia natura chiaramente sanzionatoria e che, per tale motivo, la sua applicazione debba avvenire nell'ambito del pieno rispetto del principio del contraddittorio e del diritto di difesa.

4.5. I criteri per la determinazione delle sanzioni

La proposta di direttiva elenca anche i criteri in base ai quali l'autorità competente deve orientare la scelta della sanzione da irrogare: l'art. 69 dispone che tali criteri sono la gravità e la durata della violazione, il grado di responsabilità e la capacità patrimoniale dell'autore dell'illecito, la rilevanza dei profitti ottenuti o delle perdite evitate, le perdite cagionate a terzi, il livello di cooperazione con l'autorità, le conseguenze sistemiche della violazione, la recidiva. Ad avviso della Commissione, l'armonizzazione dei criteri per la determinazione delle sanzioni è particolarmente rilevante al fine di garantire la ragionevolezza, la proporzionalità e la deterrenza dell'apparato di *enforcement* configurato dalla direttiva.

Al riguardo, si osserva che queste regole, essendo speciali *ratione materiae*, una volta recepite dal legislatore italiano, derogherebbero ai criteri stabiliti in via generale dall'art. 11 L. 689/1981. Pertanto, in sede di recepimento della direttiva, per ragioni di chiarezza e coerenza sistematica potrebbe essere integrato l'art. 145 del Tub, indicando che nei procedimenti sanzionatori di competenza della Banca d'Italia saranno applicati i nuovi criteri speciali adottati in recepimento della direttiva, rimanendo disapplicati quelli stabiliti in via generale dalla legge 689/1981. In particolare innoverebbe la disciplina stabilita dall'art. 11 L. 689/1981 la previsione che le Autorità determinanti le sanzioni debbano tenere conto anche dei benefici economici derivati dalle violazioni, nonché delle perdite cagionate alle terze parti[751]. Al tempo stesso, si osserva cha il legislatore comunitario ha scelto di inserire il cosiddetto ravvedimento operoso degli

[751] V. COMMISSION STAFF, *Impact assessment accompanying the document* COM (2011) 453 def., *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del consiglio sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica la direttiva 2002/87/CE del Parlamento europeo e del consiglio relativo alla vigilanza supplementare d'sugli enti creditizi, sulle imprese di assicurazione sulle imprese di investimento appartenenti ad un conglomerato finanziario*, p. 12, ad avviso del quale "*Taking into account the benefits derived from a violation or the losses caused to third parties by a violation may significantly contribute to proportionality and deterrence of the sanctions imposed in specific cases*".

intermediari tra i criteri utili a "*stabilire il tipo di sanzione o mistura amministrativa o il livello delle sanzioni amministrative pecuniarie*". Così facendo, anche il legislatore comunitario sembra avere escluso che la cooperazione con le autorità di settore realizzata dai soggetti incolpati abbia valore scriminante rispetto a fattispecie illecita realizzata, avendo deciso di attribuire ad essa al massimo il valore di circostanza attenuante[752].

Ad eccezione delle revoche delle autorizzazioni, di cui si considera la natura ripristinatoria, e dei *cease and desist orders*, di cui si preferisce la qualificazione come misure correttive da inquadrare nell'ambito dei poteri attribuiti all'autorità di settore ai sensi dell'art. 53 Tub, si deve osservare che la direttiva non stabilisce se le rimanenti misure, di cui si è affermata la natura sanzionatoria, siano alternative o concorrenti rispetto all'applicazione di sanzioni pecuniarie.

Si potrebbe pensare che queste misure possano essere irrogate in via alternativa rispetto le sanzioni pecuniarie. Tuttavia, questa opzione ermeneutica richiederebbe di definire criteri in base ai quali le autorità di settore possa individuare, fra le diverse sanzioni possibili, quella giusta. Ad esempio sembra difficile stabilire se la sanzione solo reputazionale sia da ritenersi meno punitiva rispetto a quella pecuniaria, considerato che quest'ultima può essere decisa all'interno di un'ampia cornice edittale. Pertanto questa soluzione potrebbe comportare un aumento dei rischi legali corsi dall'autorità di settore, poiché sembra ragionevole prevedere che i soggetti sanzionati potrebbero contestare la scelta dell'una o dell'altra misura.

In alternativa, queste misure potrebbero essere considerate sanzioni accessorie a quella pecuniaria. Anche considerando che in tale ipotesi rimarrebbe il problema di individuare criteri in base ai quali la Banca d'Italia dovrà dosare la scelta del quadro sanzionatorio complessivo, tuttavia sembrerebbe che i rischi legali cui andrebbe incontro l'attività sanzionatoria della Banca d'Italia sarebbero più contenuti, perché verrebbe almeno evitato il rischio di impugnazioni da parte degli interessati dirette a contestare la scelta della sanzione pecuniaria in luogo di altre misure più o meno afflittive. Peraltro, per limitare il contenzioso sul criterio di scelta utilizzata ai fini della determinazione del tipo di sanzione in concreto applicato, si potrebbe limitare la discrezionalità delle autorità, anche definendo normativa primaria i criteri in base ai

[752] V. Parte II, cap. 3, par. 5.3

quali esse debbano individuare il tipo di misura applicabile. Ad esempio, tenendo conto della *ratio* sottesa ai singoli istituti, si potrebbe pensare di utilizzare il *public statement* laddove sussista l'esigenza di rendere un'informazione al pubblico per determinate tipologie di violazioni. Oppure di utilizzare il *temporary ban* in presenza di gravi violazioni da parte di persone fisiche che ne rendano la presenza all'interno degli intermediari vigilati incompatibile con i principi di sana e prudente gestione poiché, ad esempio, hanno determinato un vantaggio alle persone fisiche e un danno all'intermediario.

4.6. La pubblicazione dei provvedimenti sanzionatori

La proposta di direttiva interviene anche sulla disciplina della pubblicazione dei provvedimenti sanzionatori[753]. La Commissione infatti ritiene che la sistematica pubblicazione dei provvedimenti sanzionatori abbia un grande effetto deterrente nei confronti degli intermediari, anche perché fornirebbe alla clientela e agli investitori delle informazioni che potrebbero indurli a modificare le proprie scelte economiche[754].

---

[753] V. Art. 68, della COM (2011) 453 def., *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del consiglio sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica la direttiva 2002/87/CE del Parlamento europeo e del consiglio relativo alla vigilanza supplementare sugli enti creditizi, sulle imprese di assicurazione sulle imprese di investimento appartenenti ad un conglomerato finanziario,* il quale dispone che "*Gli Stati membri provvedono affinché le autorità competenti pubblichino ogni sanzione o misura applicata per violazione delle disposizioni del regolamento o delle disposizioni nazionali adottate in attuazione della presente direttiva, senza indebito ritardo, fornendo anche informazioni sul tipo e la natura della violazione e l'identità delle persone responsabili, a meno che la pubblicazione non metta gravemente a rischio la stabilità dei mercati finanziari. Nel caso in cui la pubblicazione possa arrecare un danno sproporzionato alle parti coinvolte, le autorità competenti pubblicano le sanzioni in forma anonima*".

[754] V. COMMISSION STAFF, *Impact assessment accompanying the document* COM (2011) 453 def., *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del consiglio sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica la direttiva 2002/87/CE del Parlamento europeo e del consiglio relativo alla vigilanza supplementare d'sugli enti creditizi, sulle imprese di assicurazione sulle imprese di investimento appartenenti ad un conglomerato finanziario,* p. 13, ad avviso del quale "*publication of sanctions may have a strong deterrent effect on credit institutions, especially when they concern violations of prudential requirements which may alert the public and raise concerns about the financial soundness or the proper management of a credit institution. For example, publication of sanctions imposed for violations of prudential requirements relating to the governance of a credit institution can be appropriate to encourage public pressure by deposit holders and investors on the credit institution to adjust its governance arrangements*". Il document inoltre sottolinea che "*In addition, consumers/investors association believe that wide publication of sanctions would help consumers and investors to take informed decision and "punish" indirectly wrongdoers by avoiding using their services*". Sul punto, v. CAPRIO G. - DEMIRGÜÇ-KUNT A.-KANE E., *The 2007 meltdown in structured securitization: searching for lessons, not scapegoats*, in *World Bank Policy Research Working Paper* 4756, Washington, D.C., 2008. In particolare, gli autori

Privilegiando esigenze di trasparenza dell'azione amministrativa, il legislatore comunitario contempla come regola generale la pubblicazione integrale del provvedimento sanzionatorio, idonea a rendere una compiuta informativa della tipologia e della natura delle violazioni, nonché dell'identità dei responsabili delle stesse. Ad essa si accompagna l'indicazione della tempestività della pubblicazione, anche se questa non viene determinata entro precisi limiti temporali, limitandosi la direttiva a prescrivere che essa debba avvenire "*without undue delay*".

Alla regola generale segue la previsione di una eccezione, intesa ad ammettere astrattamente la pubblicazione in forma anonima o incompleta qualora la stessa possa seriamente mettere a rischio la stabilità dei mercati, determinare il pericolo di danno sproporzionato alle parti coinvolte o pregiudicare l'azione giudiziaria o di vigilanza. Al riguardo, può essere osservato che l'art. 195 Tuf già prevede la possibilità che la Banca d'Italia e la Consob, tenuto conto della natura della violazione e degli interessi coinvolti, possano stabilire modalità ulteriori per dare pubblicità al provvedimento ovvero escluderla del tutto, qualora la stessa possa mettere gravemente a rischio i mercati finanziari o arrecare un danno sproporzionato alle parti.

In ogni caso, il recepimento dell'art. 68 della direttiva richiederebbe un intervento sull'art. 145 del Tub, per eliminare le previsioni della pubblicazione per estratto contenuta nel comma 3; andrebbe altresì valutata l'opportunità di mantenere il termine per la pubblicazione di "*30 giorni dalla notifica del provvedimento*" e di mantenere un regime differente di pubblicità dei provvedimenti emanati in materia di trasparenza. Inoltre, la disposizione potrebbe essere integrata con la previsione della possibilità di una pubblicazione del provvedimento sanzionatorio in forma anonima o incompleta, per bilanciare le esigenze di trasparenza dell'azione amministrativa con quelle di tutela della stabilità degli intermediari. Peraltro, ragioni di coerenza sistematica imporrebbero anche un intervento modificativo del paragrafo 1.7 delle disposizioni di vigilanza in materia di sanzioni e procedura sanzionatoria

---

sottolineano che l'obiettivo dei meccanismi di supervisione dovrebbe essere quello di fare in modo che gli investitori capiscano prezzi nettamente i rischi che le banche si assommano e che, a tale riguardo, di fondamentale importanza la disciplina di vigilanza diretta a garantire un'adeguata informazione al mercato.

amministrativa, in modo da renderle compatibili con la nuova formulazione dell'art. 145 del Tub.

4.7. I meccanismi di *reporting* delle violazioni

L'art. 70 della proposta di direttiva richiede che gli Stati membri assicurino che le autorità competenti mettano in atto meccanismi efficaci per incoraggiare la segnalazione ad esse delle violazioni delle disposizioni del pacchetto CRD IV[755]. La Commissione ritiene che tali meccanismi siano idonei a migliorare il livello di applicazione del sistema sanzionatorio, creando canali informativi ulteriori affinché sia garantita un'azione efficace per rimediare alle violazioni della disciplina di settore. Tali canali appaiono particolarmente utili in un settore in cui talvolta l'insufficiente applicazione di sanzioni è il risultato di difficoltà di carattere essenzialmente probatorio[756].

I primi due paragrafi dell'articolo 70 si riferiscono al *reporting* nei confronti dell'autorità di vigilanza. Il Tub contiene già una previsione che riguarda il *reporting* nei confronti della Banca d'Italia, l'art. 52. Tale ultima disposizione tuttavia si riferisce solo ai membri del collegio sindacale e al soggetto incaricato della revisione dei conti, mentre l'art. 70 sembra far riferimento a qualsiasi dipendente dell'intermediario. Inoltre se la relazione tra collegio sindacale e dell'autorità di vigilanza è qualificata in termini

[755] V. Art. 70 della COM (2011) 453 def., *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del consiglio sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica la direttiva 2002/87/CE del Parlamento europeo e del consiglio relativo alla vigilanza supplementare sugli enti creditizi, sulle imprese di assicurazione sulle imprese di investimento appartenenti ad un conglomerato finanziario, il quale dispone che "1.Gli Stati membri assicurano che le autorità competenti mettano in atto meccanismi efficaci per incoraggiare la segnalazione alle autorità competenti di violazioni delle disposizioni del regolamento e delle disposizioni nazionali di attuazione della presente direttiva. 2. I meccanismi di cui al paragrafo 1 includono almeno: a) procedure specifiche per il ricevimento di segnalazioni di violazioni e per il relativo seguito; b) la protezione adeguata dei dipendenti degli enti che denunciano violazioni commesse all' interno dell'ente; c) la protezione dei dati personali concernenti sia la persona che segnala le violazioni sia la persona fisica sospettata di essere responsabile della violazione, conformemente ai principi stabiliti dalla direttiva 95/46/CE. 3. Gli Stati membri impongono agli enti di disporre di procedure adeguate affinché i propri dipendenti possano segnalare violazioni a livello interno avvalendosi di uno specifico canale*".

[756] V. COMMISSION STAFF, *Impact assessment accompanying the document* COM (2011) 453 def., *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del consiglio sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica la direttiva 2002/87/CE del Parlamento europeo e del consiglio relativo alla vigilanza supplementare d'sugli enti creditizi, sulle imprese di assicurazione sulle imprese di investimento appartenenti ad un conglomerato finanziario,* p. 14.

di obbligo, l'utilizzo del termine "*encourage*" fa pensare che nella direttiva la relazione intercorrente tra i dipendenti e l'autorità di settore vada qualificata piuttosto come una facoltà.

In sede di recepimento della direttiva, il legislatore italiano dovrebbe dunque prevedere la facoltà dei singoli dipendenti di riferire direttamente alla Banca d'Italia le violazioni, attuali e potenziali, quantomeno delle disposizioni contenute nel regolamento CRR e delle disposizioni di recepimento della direttiva CRD IV. Peraltro, qualora il legislatore italiano opti per una riforma complessiva del sistema sanzionatorio del settore bancario e finanziario in sede di recepimento della direttiva, sembrerebbe opportuno estendere la facoltà di segnalazione dei singoli dipendenti a qualsiasi irregolarità nella gestione delle banche e a qualsiasi violazione delle norme disciplinanti l'attività bancaria.

L'art. 70 stabilisce inoltre l'obbligo dell'autorità di settore di dotarsi di procedure per la ricezione e la gestione di tali segnalazioni, nonché di predisporre meccanismi che abbiano le caratteristiche minime enunciate nel paragrafo 2. Si richiede, innanzitutto, che essi consentano di tutelare adeguatamente la riservatezza dei dati personali del dipendente segnalante, oltre che del presunto responsabile della violazione. Il segnalante, inoltre, deve essere messo al riparo dalle ritorsioni che potrebbe subire a seguito delle sue azioni. Lo scopo della norma è evidentemente quello di incentivare la segnalazione delle violazioni, neutralizzando il timore di subire discriminazioni o comportamenti vessatori, circostanze che solitamente agiscono da potente dissuasivo sui dipendenti

L'ultimo paragrafo dell'art. 70 si occupa invece delle procedure che gli intermediari devono predisporre affinché i propri dipendenti possano riferire ad un livello interno le violazioni riscontrate, attraverso un canale indipendente. Tale disposizione, configurando l'obbligo di creare specifiche procedure di *reporting* interno, incide sulle misure organizzative delle banche, sulle quali la Banca d'Italia ha già il potere di emanare norme regolamentari, in base all'art. 53, comma 1, lett. d) del Tub. Analoghe modifiche andranno infine apportate al regolamento congiunto Banca d'Italia Consob in materia di requisiti organizzativi relativi alla prestazione dei servizi di investimento. Al riguardo, potrà essere oggetto di riflessione la possibilità di esternalizzare il sistema di *reporting* interno e le relative condizioni.

5. La BCE e l'*enforcement* della disciplina prudenziale

L'iniziativa del legislatore comunitario non si è arrestata alla previsione di una disciplina capace di armonizzare i requisiti prudenziali e i regimi sanzionatori cui assoggettare le banche e le imprese di investimento. Come si è già esposto, per fronteggiare i rischi per la solidità del sistema finanziario europeo che a partire dal 2007-2008 hanno minato la fiducia dei risparmiatori e generato tensioni perfino nel mercato del debito sovrano, l'Unione Europea ha avviato una serie di iniziative tra loro complementari[757].

Essa ha previsto la creazione dell'ESM (*European Stability Mechanism*), fondo costituito dai contributi degli stati membri e finalizzato al finanziamento degli stati e delle banche in difficoltà, che potrà ricapitalizzare anche queste ultime solo dopo che sarà completata l'istituzione di un SSM (*Single Supervisory Mechanism*), meccanismo decisionale unico per la vigilanza sulle banche della zona euro[758].

Tale meccanismo prevede che specifici compiti di vigilanza in materia di stabilità finanziaria dovrebbero essere affidati alla la responsabilità ultima della BCE, e che le autorità di vigilanza dei singoli stati membri saranno chiamate a farvi parte, pur rimanendo titolari di tutte le altre attribuzioni a questo non espressamente affidate. L'EBA continuerebbe ad essere competente per l'elaborazione del *single rulebook* per l'attività di vigilanza[759].

Con tale iniziativa, legittimata dall'art. 127 comma 6 TFUE, la Commissione dunque ha proposto di attribuire alla BCE la supervisione sulle istituzioni creditizie e sui gruppi finanziari operanti nella zona euro, nel rispetto dei principi di sussidiarietà e

---

[757] COMMISSIONE UE, COM(2012)510 comunicazione del 12 settembre 2012 al Parlamento europeo e al Consiglio, *Una tabella di marcia verso l'Unione bancaria*, paragrafo 1, p.2; COMMISSIONE UE, COM(2012)511, *Proposta di regolamento del Consiglio che attribuisce alla Banca centrale Europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi*, considerando 5; SIGNORINI L. F., *L'Unione bancaria*, Audizione presso la 6° Commissione permanente del Senato della Repubblica, Roma, 24 ottobre 2012, p. 1.

[758] SIGNORINI L. F., *L'Unione bancaria*, Audizione presso la 6° Commissione permanente del Senato della Repubblica, Roma, 24 ottobre 2012, p. 7; COMMISSIONE UE, COM(2012)510, Comunicazione del 12 settembre 2012 al Parlamento europeo e al Consiglio, *Una tabella di marcia verso l'Unione bancaria*, paragrafo 3, p. 7; CARMASSI J. – DI NOIA C. – MICOSSI S., *Banking Union: a federal model for the European Union with prompt corrective action*, Ceps policy brief, 2012, p. 2.

[759] SIGNORINI L. F., *L'Unione bancaria*, Audizione presso la 6° Commissione permanente del Senato della Repubblica, Roma, 24 ottobre 2012, p. 12; CARMASSI J. – DI NOIA C. – MICOSSI S., *Banking Union: a federal model for the European Union with prompt corrective action*, Ceps policy brief, 2012, p. 6.

proporzionalità, allo scopo ultimo di garantire un'effettiva e coerente applicazione del *single rulebook*[760] in materia di vigilanza.

In tale ambito, la proposta di regolamento istitutivo dell'SSM riserva una specifica disciplina per i poteri sanzionatori che la BCE potrà esercitare sui soggetti che avrà la responsabilità di vigilare. Come si è più volte sottolineato nel corso del lavoro, le modalità di *enforcement* della disciplina di vigilanza sono importanti tanto quanto la qualità dell'attività di regolazione, poiché sono gli strumenti maggiormente efficaci nell'orientare la propensione al rischio dell'attività dei soggetti vigilati, e questo spiega perché il regolamento SSM è intervenuto specificamente su tale aspetto. Atteso il notevole impatto che l'entrata in vigore di una simile disciplina avrà sull'ordinamento italiano e su quello di tutta l'Unione Europea, sembra di particolare interesse analizzare i punti cha maggiormente la caratterizzano.

6. L'art. 15 del Regolamento SSM: l'impostazione generale

La disciplina dei poteri sanzionatori che il Regolamento attribuisce alla BCE è contenuta nell'art. 15, il cui testo si sviluppa in 7 commi. Ai fini della presente indagine, i commi che maggiormente vengono in rilevo sono i commi 1, 5 e 7.

L'art. 15 comma 1 del regolamento SSM stabilisce che la BCE, "*for the purpose of carrying out the tasks conferred upoun it*", possa irrogare sanzioni amministrative pecuniarie nei confronti delle istituzioni creditizie o delle altre istituzioni finanziarie che violino i requisiti stabiliti da atti di diritto europeo direttamente applicabile "*in relation to which administrative pecuniary sanctions shall be made available to competent authorities under the relevant Union law*". Tali sanzioni potranno arrivare fino al doppio dei profitti ottenuti o delle perdite evitate in ragione delle violazioni accertate, o comunque fino a 10% del fatturato annuo delle persone giuridiche sanzionate. Ai sensi dell'art. 15, comma 7, la BCE potrà esercitare direttamente poteri sanzionatori anche nel

[760] CARMASSI J. – DI NOIA C. – MICOSSI S., *Banking Union: a federal model for the European Union with prompt corrective action*, Ceps policy brief, 2012, p. 3; COMMISSIONE UE, COM(2012)511, *Proposta di regolamento del Consiglio che attribuisce alla Banca centrale Europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi*, relazione, p. 3; BARNIER M., *An important step towards a real banking union in Europe: Statement following the trilogue agreement on the creation of the Single Supervisory Mechanism for the eurozone*, Bruxelles, 2013, p. 3.

caso delle violazioni di propri regolamenti o decisioni, secondo la disciplina prevista dal Regolamento del Consiglio n. 2532/1998[761].

L'art. 15 comma 5 del regolamento, invece, stabilisce che nei casi in cui la BCE non possa esercitare direttamente poteri sanzionatori, essa potrà richiedere alle autorità di supervisione nazionale di avviare tutte le iniziative opportune perché sanzioni appropriate siano applicate ai soggetti vigilati. Poiché il comma 5 troverà applicazione "*in the cases not covered by paragraph 1*", esso dovrà conseguentemente disciplinare i casi in cui la BCE ritenga opportuna l'irrogazione di sanzioni nei confronti di persone fisiche; l'irrogazione di sanzioni per violazioni di regole di diritto nazionale di recepimento delle direttive ovvero per le violazioni di regole di diritto nazionale riguardanti profili non coperti dagli interventi del diritto comunitario; l'irrogazione di sanzioni non pecuniarie.

Come dimostra la sintetica esegesi svolta, il testo dell'art. 15 è un testo molto complesso, frutto anche di evidenti mediazioni politiche. Per tale motivo, sembra di interesse procedere ad un'analisi del suo contenuto mettendone in luce i profili problematici, anche se tale analisi deve partire dalla consapevolezza che il testo approvato dall'Ecofin il 14 dicembre 2012 non è ancora stato approvato dal Parlamento e dal Consiglio, né è stato oggetto di attuazione da parte della normativa secondaria che la BCE è tenuta ad adottare ai sensi dell'art. 5 comma 7 del Regolamento.

7. L'esercizio dei poteri sanzionatori in ambito SSM:

7.1 Le sanzioni pecuniarie nei confronti delle persone giuridiche per le violazioni del diritto europeo direttamente applicabile

Affinché la BCE possa applicare sanzioni ai sensi dell'art. 15 comma 1 della proposta di regolamento, devono realizzarsi cumulativamente tre condizioni. Deve essere accertata una violazione di una norma contenuta in un atto di diritto europeo direttamente applicabile; la violazione deve essere imputabile ad un'istituzione creditizia, ad un gruppo finanziario o ad un gruppo finanziario misto; il potere di

[761] L'art. 2 del Regolamento del Consiglio n. 2532/1998 prevede sanzioni pecuniarie fino a € 500.000 oppure il pagamento di somme periodiche fino a € 10.000 al giorno per ogni giorno di durata delle violazioni.

applicare una sanzione amministrativa pecuniaria per quella specifica violazione deve essere attribuito alle autorità competenti dal diritto dell'Unione Europea.

In base a tali previsioni, la BCE potrà applicare sanzioni amministrative pecuniarie nei confronti dei soggetti vigilati solo dopo che i singoli stati membri abbiano assunto iniziative legislative dirette ad attribuire alle autorità di vigilanza nazionali simile potere. Questa conclusione sembra imposta dall'univoco significato dell'espressione secondo la quale le sanzioni pecuniarie amministrative che la BCE potrà irrogare "*shall be made available to competent authorities under the relevant Union Law*".

Al riguardo, va in primo luogo osservato che simili previsioni si intersecano con il processo di adozione del pacchetto CRD, poiché in pendenza dell'approvazione della direttiva CRD IV e dell'adozione di norme di diritto nazionale di recepimento di quest'ultima, non vi sarebbe ancora un diritto europeo direttamente applicabile relativo alla disciplina della supervisione prudenziale sulle istituzioni creditizie, in base al quale le autorità nazionali competenti avrebbero il potere di applicare sanzioni pecuniarie per la sua violazione. In sostanza, il potere della BCE di sanzionare i soggetti supervisionati dipenderà dal recepimento della direttiva CRD IV da parte degli Stati membri, poiché solo allora le condotte sanzionate, e le corrispondenti sanzioni e poteri sanzionatori saranno precisamente definiti ed integrati nelle scelte olistiche di *policy* degli Stati membri.

L'idea che le previsioni sanzionabili indicate nel pacchetto CRD debbano essere implementate all'interno dei singoli stati membri, prima di poter essere applicate da parte della BCE, è una chiara conseguenza del principio di legalità, in base al quale la legge deve prevedere non solo le condotte violate ma anche i casi in cui le sanzioni possano essere applicate e quale sia il loro contenuto[762]. Peraltro, simile considerazione sembra confermata anche testo dell'art. 65 della direttiva CRD IV, che stabilisce espressamente che gli Stati membri dovranno emanare le regole in base alle quali applicare le sanzioni e le altre misure amministrative per le violazioni del regolamento e del diritto nazionale adottato per recepire la direttiva stessa[763].

[762] V. parte II, cap. 2, par. 2

[763] V. Art. 65 della COM (2011) 453 def., *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del consiglio sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica la direttiva 2002/87/CE del Parlamento europeo e del consiglio relativo*

Potrebbe sembrare che questa interpretazione aumenti insopportabilmente i rischi che la BCE eserciti poteri sanzionatori in maniera diversa nei confronti delle varie persone giuridiche vigilate, a seconda delle modalità di recepimento delle Direttive o di attuazione dei Regolamenti applicabili scelte dai singoli stati membri. Tuttavia, i rischi di disparità di trattamento sembrano significativamente contenuti dalle previsioni dell'art. 15 commi 1 e 2, che determinano i massimi edittali e le sanzioni pecuniarie che la BCE potrà applicare, e dalle previsioni degli artt. 66 e 67 della CRD IV che, nel prevedere i massimi edittali che le autorità degli Stati membri potranno applicare per le violazioni delle disposizioni in essa indicate, individuano gli stessi importi. Peraltro, la direttiva CRD IV ha l'obiettivo di armonizzare la disciplina dei singoli Stati membri non solo in riferimento alle sanzioni, ma anche in riferimento alle fattispecie da sanzionare. Infine, anche considerando che l'esistenza stessa dei poteri sanzionatori della BCE potrebbe essere condizionata dall'inerzia legislativa dei singoli Stati membri, si deve ritenere che tale rischio è mitigato dal fatto che l'ordinamento dell'Unione Europea contempla la possibilità di attivare la procedura di infrazione nei confronti degli Stati membri che non adempiano agli obblighi stabiliti dal diritto dell'Unione[764].

Dunque, si dovrebbe concludere che l'applicazione di sanzioni da parte della BCE ai sensi dell'art. 15 comma 1 è condizionata all'approvazione del pacchetto CRD da parte dei singoli legislatori nazionali, e al fatto che i singoli stati membri mettano a disposizione delle autorità nazionali competenti la possibilità di irrogare sanzioni pecuniarie.

---

alla vigilanza supplementare sugli enti creditizi, sulle imprese di assicurazione sulle imprese di investimento appartenenti ad un conglomerato finanziario, il quale dispone che "*Gli Stati membri dispongono che le rispettive autorità competenti possano applicare sanzioni e misure amministrative adeguate in caso di inosservanza delle disposizioni del regolamento (…) o delle disposizioni nazionali di attuazione della presente direttiva e assicurano che siano applicate. Le sanzioni e le misure sono effettive, proporzionate e dissuasive. 2. Gli Stati membri assicurano che in caso di violazione degli obblighi a carico di enti, società di partecipazione finanziaria, società di partecipazione finanziaria mista e società di partecipazione mista possano essere applicate sanzioni ai membri dell'organo di gestione e ad ogni altro soggetto responsabile della violazione ai sensi della normativa nazionale. 3.Alle autorità competenti sono conferiti tutti i poteri di indagine necessari per l'esercizio delle loro funzioni. Nell'esercizio dei loro poteri sanzionatori, le autorità competenti cooperano strettamente per assicurare che le sanzioni o le misure producano i risultati voluti e per coordinare la loro azione nei casi transfrontalieri*".

[764] Il ricorso per infrazione è disciplinato dall'art. 258 e dall'art. 259 del TFUE. V. DANIELE L., *Diritto dell'Unione Europea*, Giuffré, Milano, 2010, p. 286 e ss..

Al riguardo, sembra utile fare riferimento all'esegesi delle disposizioni del pacchetto CRD che disciplinano l'applicazione di sanzioni pecuniarie, svolta nei paragrafi precedenti. In particolare si osserva che, poiché l'art. 67 della direttiva CRD IV identifica sanzioni pecuniarie amministrative che le autorità competenti possono emanare per le violazioni del regolamento CRR, esso avrà rilievo ai fini dell'irrogazione di sanzioni da parte della BCE, facendo riferimento a violazioni di un atto di diritto europeo direttamente applicabile. Al contrario, poiché l'art. 66 della direttiva CRD IV fa riferimento unicamente alla violazione di previsioni in quest'ultima contenute, esso non verrebbe in rilievo ai fini dell'applicazione dell'art. 15 comma 1 del regolamento SSM, non facendo riferimento a violazioni di norme contenute in un atto di diritto europeo direttamente applicabile.

7.2 I poteri di stimolo nei confronti delle autorità di supervisione nazionali

Come precedentemente descritto, fuori dei casi stabiliti dall'art. 15 comma 1, la Banca centrale europea avrà il potere di richiedere alle autorità di supervisione nazionali di aprire procedimenti sanzionatori, in modo da assicurare che siano applicate appropriate sanzioni. Per permettere alla BCE di esercitare tale potere, potrebbero essere sviluppate procedure all'interno delle quali le autorità nazionali notifichino ad essa i casi di violazione di diritto nazionale di recepimento delle direttive, oppure di ogni altra disposizione nazionale che attribuisce specifici poteri non richiesti dal diritto comunitario, nell'adempimento di un obbligo di cooperazione in buona fede e di scambio di informazioni ai sensi dell'art. 5 comma 2 del regolamento. Tali procedure potrebbero essere previste nell'ambito della disciplina secondaria che la BCE dovrà adottare ai sensi dell'art. 5 comma 7 della proposta di Regolamento[765].

[765] V. art. 5 comma 7 del Regolamento SSM "*The ECB shall, in consultation with national competent authorities of participating Member States, and on the basis of a proposal from the Supervisory Board, adopt and make public a framework to organise the practical modalities of implementation of this Article. The framework shall include, at least, the following: (a) the specific methodology for the assessment of the criteria referred to in paragraph 4(a) and the criteria under which paragraph 4(b) ceases to apply to a specific credit institution and the resulting arrangements for the purposes of implementing paragraphs 5 and 6. These arrangements and the methodology for the assessment of the criteria referred to in paragraph 4(a) shall be reviewed to reflect any relevant changes; (ab) the definition of the procedures, including time-limits, and the possibility to prepare draft decisions to be sent to the ECB for consideration, for the relation between the ECB and the national competent authorities regarding the supervision of credit institutions not considered as less significant in accordance within paragraph 4; (b)*

Va osservato che la BCE può richiedere alle autorità nazionali l'applicazione di sanzioni solo laddove ciò sia necessario per portare avanti i compiti attribuiti le da regolamento: pertanto, essa dovrebbe avere un margine di discrezionalità per valutare laddove vi siano i presupposti per richiedere all'autorità nazionale di aprire procedimenti.

Al tempo stesso si pone il dubbio se la richiesta della BCE abbia o meno natura vincolante, e quali siano esattamente i limiti del potere di richiesta della BCE e degli obblighi delle autorità nazionali a fronte di una simile richiesta. Al riguardo, si potrebbe ritenere che la BCE possa richiedere alle autorità nazionali di adottare delle specifiche sanzioni, e che esse siano obbligate a dare attuazione a tale richiesta. In realtà tale soluzione non sembra conforme al dettato dell'art. 15 comma 5. Parimenti, si potrebbe ritenere che la richiesta della BCE lasci le autorità nazionali libere di scegliere tutte le azioni ritenute necessarie. Probabilmente, al fine di contemperare l'esigenza di lasciare un margine di manovra alle autorità nazionali assicurando coerenza all'attività dell'SSM, si potrebbe ritenere che la richiesta della BCE obblighi le autorità di settore ad adottare delle iniziative sanzionatorie, fermo restando che queste rimangono libere di decidere quale sanzione adottare, magari in applicazione di alcuni criteri forniti dalla stessa BCE.

7.3 L'applicazione di sanzioni per le violazioni degli atti della BCE

Ai sensi dell'art. 2 del Regolamento del Consiglio n. 2532/1998, la BCE può applicare sanzioni per un ammontare di € 500.000, nonché penalità di mora fino a € 10.000 per ogni giorno di durata di una violazione, per un massimo di sei mesi successivi alla notificazione della decisione di iniziare la procedura sanzionatoria.

L'applicazione di tali sanzioni pone una questione interpretativa, per quello che riguarda in particolare i criteri da applicare per la determinazione del contenuto delle decisioni. Appare dubbio infatti che i criteri da applicare siano quelli contenuti nell'art. 2 comma 2 del Regolamento n. 2532/1998 oppure quelli che sono indicati nell'art. 69

---

the definition of the procedures, including time-limits, for the relation between the ECB and the national competent authorities regarding the supervision of credit institutions considered as less significant in accordance within paragraph 4. Such procedures shall in particular require national competent authorities, depending on the cases defined in the framework, to: i) notify the ECB of any material supervisory procedure; ii) further assess, on ECB request, specific aspects of the procedure; iii) transmit to the ECB material draft supervisory decision, on which the ECB may express its views".

della direttiva CRD IV e nel diritto nazionale che la recepirà. La questione si pone perché, da un lato, l'art. 15 comma 7 afferma che la BCE può imporre tali sanzioni "*in accordance with the Council Regulation*", nel quale non possono essere compresi anche i criteri per l'applicazione delle sanzioni indicati nell'art. 2 comma 2 di quest'ultimo. Dall'altro lato, l'art, 15 comma 7 dovrà essere applicato "*without prejudice of paragraph 1 to 6*". In particolare, il comma 3 dell'art. 15 afferma che nel determinare se imporre le sanzioni e nel determinare il contenuto delle sanzioni, la BCE dovrà fare riferimento ai criteri stabiliti nel diritto europeo applicabile: dunque essa dovrebbe fare riferimento anche all'art. 69 della CRD IV e al diritto nazionale che la recepirà.

7.4 Il concorso e i conflitti di competenze BCE e autorità nazionali

Il dato testuale dell'art. 15 non è idoneo a stabilire precisamente quale sia l'esatta ripartizione di competenze tra la BCE e le autorità di vigilanza dei singoli Stati membri, per quanto riguarda l'esercizio dei rispettivi poteri sanzionatori.

In base ad una prima interpretazione si potrebbe ritenere che, pur in mancanza di un'espressa previsione in tal senso, la BCE abbia una competenza esclusiva ad applicare le sanzioni amministrative pecuniarie nei confronti delle imprese sottoposte alla sua vigilanza, mentre le autorità di vigilanza nazionali manterrebbero i poteri di avviare o istruire i procedimenti sanzionatori. Tale tesi troverebbe conferma nel fatto che la BCE è la sola entità menzionata espressamente come titolare di poteri sanzionatori dal testo dell'art. 15 comma 1 e dal considerando 27 del regolamento SSM, il quale dispone che "*the ECB is entitled to impose fines or periodic penalty payments on undertakings for failure to comply with obligations under its regulations and decisions. Moreover, in order to enable the ECB to effectively carry out its tasks relating to the enforcement of supervisory rules set out in directly applicable Union law, the ECB should be empowered to impose pecuniary sanctions on credit institutions, financial holding companies and mixed financial holding companies for breaches of such rules. National authorities should remain able to apply sanctions in case of failure to comply with obligations stemming from national law transposing Union Directives. Where the ECB considers it appropriate for the fulfilment ofits tasks that a sanction is applied for such breaches, it should be able to refer the matter to national authorities for those*

purposes". Inoltre, tale interpretazione eviterebbe le complessità e le ambiguità derivanti dall'individuazione di una competenza concorrente in relazione all'esercizio della potestà sanzionatoria in materia, che potrebbe portare ad un elevato contenzioso oltre che ad una difforme applicazione delle stesse regole di vigilanza in ogni singolo Stato membro.

Al tempo stesso, simile interpretazione deve fare i conti con alcuni problemi interpretativi posti dal testo complesso del regolamento SSM. Infatti, l'art. 15 non indica espressamente che i poteri sanzionatori in ambito SSM possano essere esercitati solo dalla BCE, ed anzi alcuni suoi incisi potrebbero far pensare che esso debba essere interpretato in maniera opposta, applicando il principio per cui l'individuazione dell'autorità competente ad esercitare poteri sanzionatori dovrebbe avvenire in corrispondenza dell'individuazione dell'autorità competente ad esercitare concretamente poteri di vigilanza. Precisamente, tale principio verrebbe ricavato dal collegamento tra i poteri di vigilanza e i poteri sanzionatori operato dall'art. 15 comma 1 del regolamento, il quale stabilisce che la BCE esercita poteri sanzionatori "*for the purpose of carrying out the tasks conferred upoun by this Regulation*". Tale collegamento, peraltro, sarebbe ribadito anche dall'art. 8 del Regolamento[766].

Come già descritto, l'art. 4 del Regolamento indica gli specifici compiti che verranno attribuiti alla BCE in ambito SSM. Essi consisteranno principalmente nei poteri di autorizzazione ai sensi dell'art. 4 comma 1 lett. a) e b), nel potere di controllo del rispetto dei requisiti di capitale minimi, nel potere di controllo dell'adeguatezza del capitale rispetto ai rischi, nei poteri di vigilanza consolidata e di vigilanza supplementare, nei poteri di intervenire sulla leva finanziaria, sulla liquidità e sui *buffer* di capitale[767]. E il citato art. 4 specifica che tali compiti dovranno essere svolti "*within the framework of art. 5*" il quale, fatta eccezione per i "*tasks*" indicati nell'art. 4 comma

[766] V. art. 8 della COM(2012)511, *Proposta di regolamento del Consiglio che attribuisce alla Banca centrale Europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi, in base al quale "For the exclusive purpose of carrying out the tasks conferred upon it by Article 4(1), (2) and 4a(2), the ECB shall be considered, as appropriate, the competent authorityor the designated authority in the participating Member States as established by the relevant Union law. For the same exclusive purpose, the ECB shall have all the powers and obligations set out in this Regulation. It shall also have all the powers and obligations, which competent and designated authorities shall have under the relevant Union law, unless otherwise provided for by this Regulation. In particular, the ECB shall have the powers listed in Sections 1 and 2 of this Chapter*".

[767] Per l'individuazione degli specifici compiti attribuiti alla BCE, v. art. 4 comma 1 lett. a) e b) della COM(2012)511, *Proposta di regolamento del Consiglio che attribuisce alla Banca centrale Europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi*.

1 lett. a) e b), distingue una diversa distribuzione dei poteri di vigilanza tra la BCE e le autorità di supervisione nazionali a seconda che l'attività di supervisione abbia ad oggetto intermediari rilevanti oppure entità meno significative, sulla cui differenza ci si è già soffermati.

Quando l'attività di supervisione avrà ad oggetto le "*less significant entities*", ai sensi dell'art. 5, comma 5 del Regolamento, la BCE avrà solamente il compito di emanare istruzioni e indirizzi generali alle autorità di supervisione nazionale[768], pur avendo il compito di svolgere un controllo sul complessivo funzionamento del sistema di vigilanza unificata[769]. Essa potrà comunque esercitare i poteri di cui alla section 1, cap. 3 del Regolamento e potrà esercitare direttamente nei confronti degli intermediari tutti i poteri di vigilanza rilevanti, solo qualora lo ritenesse necessario per assicurare "*high supervisory standards*"[770]. Nei confronti delle "*less significant entities*" le autorità nazionali avranno principalmente la responsabilità di adottare tutte le decisioni di vigilanza, all'interno della cornice regolamentare stabilita dalla BCE in base all'art. 5 comma 7 del regolamento. Pertanto, esse manterranno tutti i poteri di vigilanza informativa ed ispettiva su tali intermediari, pur avendo un dovere di *report* e di collaborazione nei confronti della BCE.

Per converso, quando l'attività di vigilanza verrà svolta nei confronti delle istituzioni più rilevanti, simile suddivisione di responsabilità non dovrebbe esistere. In capo alla BCE dovrebbero essere attribuiti tutti i poteri di vigilanza, anche se questa, per il loro concreto esercizio, potrebbe avvalersi della collaborazione delle autorità

[768]art. 5 comma 5 lett. a) della COM(2012)511, *Proposta di regolamento del Consiglio che attribuisce alla Banca centrale Europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi*, ai sensi del quale "*The ECB shall issue regulations, guidelines or general instructions to national competent authorities, according to which the tasks defined in Article 4 excluding letters (a) and (b) thereof are performed and supervisory decisions are adopted by national competent authorities. Such instructions may refer to the specific powers in Article 13b, paragraph 2 for groups or categories of credit institutions for the purposes of ensuring the consistency of supervisory outcomes within the Single Supervisory Mechanism*".

[769] art. 5 comma 5 lett. c) della COM(2012)511, *Proposta di regolamento del Consiglio che attribuisce alla Banca centrale Europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi*, ai sensi del quale "*The ECB shall exercise oversight over the functioning of the system, based on the responsibilities and procedures set out in this Article*".

[770] art. 5 comma 5 lett. b) della COM(2012)511, *Proposta di regolamento del Consiglio che attribuisce alla Banca centrale Europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi*, ai sensi del quale "*When necessary to ensure consistent application of high supervisory standards, the ECB may at any time, on its own initiative after consulting with national authorities for upon request by a national competent authority, decide to exercise directly itself all the relevant powers for one or more credit institutions referred to in paragraph 4, including in the case where financial assistance has been requested or received indirectly from the EFSF or the ESM*".

nazionali. In tale ipotesi, alle singole autorità degli Stati membri rimarranno i compiti non attribuiti espressamente alla BCE, e comunque, nell'ambito dei poteri a questa attribuiti, esse dovranno svolgere tutte le verifiche e le attività di vigilanza necessarie a preparare e implementare l'attività della BCE, agendo come parte integrante del SSM. Ad esempio, nell'ambito dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria, saranno le autorità dei singoli stati membri a preparare e istruire le singole decisioni che poi verranno adottate dalla Banca Centrale Europea. Centrale Europea.

Un quadro così ricostruito porterebbe a concludere che, coordinando le disposizioni contenute negli artt. 4, 5, 8 e15 del Regolamento, la BCE potrebbe esercitare poteri sanzionatori nei confronti di tutte le istituzioni creditizie nelle ipotesi stabilite dall'art. 4 comma 1 lett. a) e b) e in tutte le altre ipotesi stabilite dall'art. 4 comma 1, unicamente nei confronti delle entità più significative. Per quanto riguarda invece le "*less significant entities*", le autorità di supervisione nazionale dovrebbero mantenere la titolarità sia dei poteri di vigilanza che dei poteri sanzionatori, ferma restando la possibilità che la Banca centrale europea pervenga direttamente "*when necessary to ensure consistent application of high supervisory standards (…), including in the case where financial assistance has been requested or received indirectly from the ESFS or the ESM*".

Tale interpretazione, se da un lato risponde al principio di collegamento tra poteri sanzionatori e funzione di vigilanza, nonché a criteri di efficienza ed efficacia operativa, poiché attribuirebbe i poteri sanzionatori alle autorità che sarebbero nella posizione migliore per accertare la commissione delle violazioni, presenta comunque dei profili critici. Essa potrebbe presentare rischi legali poiché il testo dell'art. 15 non contiene riferimenti diretti idonei a collegare la ripartizione dei poteri sanzionatori con l'allocazione dei poteri di vigilanza effettuata dall'art. 5 e dall'art. 8. Peraltro questa opzione presenterebbe il rischio di non garantire un'uniforme applicazione di sanzioni nei casi di violazioni del diritto europeo direttamente applicabile, dal momento che queste sarebbero applicate da autorità di vigilanza diverse e sarebbero oggetto del controllo giurisdizionale di giudici diversi muniti di un potere di sindacato di differente estensione.

Un'ultima interpretazione, infine, potrebbe indurre a ritenere che né la BCE né le autorità di supervisione nazionale abbiano mai una competenza esclusiva ad applicare

sanzioni pecuniarie amministrative nei confronti delle imprese soggette alla supervisione dell'SSM, per le violazioni del diritto europeo direttamente applicabile o dei propri regolamenti e decisioni. Poiché il testo dell'art. 15 afferma che la BCE "*may impose pecuniary administrative sanctions*", e non usa l'espressione "*shall*", che sarebbe idonea a limitare in capo ad essa il potere-dovere di emanare provvedimenti sanzionatori, si potrebbe ritenere che la BCE e le autorità di supervisione nazionale abbiano una competenza concorrente. In tale quadro, l'unico limite che le autorità incontrerebbero nell'esercizio delle proprie funzioni sarebbe rappresentato dal principio del "*ne bis in idem*": la BCE e le autorità nazionali non potrebbero sanzionare una stessa impresa sulla base degli stessi fatti e per la violazione delle stesse norme. Per tale via esse si dovrebbero coordinare per evitare una simile duplicazione. Tuttavia, anche simile interpretazione non sembra ottimale, a causa dei rilevanti problemi pratici che essa potrebbe presentare: si direbbe infatti molto difficile che la BCE e le autorità nazionali possano coordinarsi in maniera agevole al fine di evitare il sovrapporsi dei rispettivi procedimenti sanzionatori, sacrificando per tal via un principio generale di buon andamento dell'azione amministrativa.

Indice degli Autori:

AAVV., *L'Europa dei capitali e delle banche*, Giuffré, Milano, 1988;

ACHARYA V.V., RICHARDSON M.P., *Restoring Financial Stability: How to Repair a Failed System*, NYU Stern, 2009;

ACHRYA V.V., COOLEY T.F., RICHARDSON M.P., WALTER I., *Regulating Wall Street, The Dodd- Frank act and the new architecture of global finance*, New York University Stern School of Business, 2011;

ALESSI R., voce *Responsabilità amministrativa patrimoniale*, in *Novissimo Digesto*, vol. XV, Torino, 1957;

ALPA G. – CAPRIGLIONE F., *Diritto bancario comunitario*, UTET, 2002; GODANO G., *La legislazione comunitaria in materia bancaria*, Il mulino, Bologna, 1996;

ALPA G., *Armonizzazione del diritto comunitario dei mercati finanziari nella prospettiva della tutela del consumatore*, p. 16, in ALPA G. – CAPRIGLIONE F., *Diritto bancario comunitario*, UTET, 2002;

AMATO G., *Il mercato nella costituzione*, in *Quad. Cost.*, 1992;

AMOROSINO S., *L'amministrativizzazione del diritto delle imprese*, in *Dir. Amm.*, 2011, vol. 3, p. 607 e ss.;

AMOROSINO S., *Le amministrazioni di regolazione dei mercati finanziari e della concorrenza: gli elementi strutturali per un modello comune, In banca, borsa e titoli di credito*, 1995, p. 58 e ss;

ANNUNZIATA F., *La disciplina del mercato mobiliare*, Giappichelli, Torino, 2012;

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, Giuffré, Milano, 2003;

ARDIZZONE U., voce *Sanzioni amministrative*, in *Nuovo dig. it.*, vol. XI, Torino, 1939;

ARENA F.G., *Trasparenza amministrativa*, in *Enc. Giur.*, XXXI, Roma 1995;

ASCARELLI T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960;

ATRIPALDI M., *Risparmio, credito e investimenti socialmente rilevanti: le relazioni a livello micro e a livello macroeconomico nel dibattito per l'approvazione dell'art. 47 Cost.*, in Diritto e cultura, pp. 194 e ss.;

BACHELET V., *Comitati interministeriali*, in enciclopedia del diritto, VII, Milano, Giuffré, 1960;

BALDASSARRE A., *Commento all'art. 127*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Commentario al D. Lgs. 385/1993*, Cedam, Padova, 2012, p. 127;

BANCA D'ITALIA, *Relazione annuale all'assemblea dei partecipanti per l'anno 1993*;

BANCA D'ITALIA, *Relazione annuale all'assemblea dei partecipanti per l'anno 2011*;

BANI E., *Commento all'art. 3*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Commentario al D. Lgs. 385/1993*, Cedam, Padova, 2012;

BANI E., *Il potere sanzionatorio delle autorità indipendenti*, Giappichelli, Torino, 2000;

BANI E., *Le sanzioni amministrative*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), La *nuova legge sul risparmio, profili societari, assetti istituzionali e tutela degli investitori*, Cedam, Padova, 2006;

BARBAGALLO C., *Vigilanza ispettiva*, in P. FERRO LUZZI e G. CASTALDI (a cura di), *La nuova legge bancaria*, vol. II, Milano, Giuffré, 1996, p. 921 e ss.;

BARNIER M., *An important step towards a real banking union in Europe: Statement following the trilogue agreement on the creation of the Single Supervisory Mechanism for the eurozone*, Bruxelles, 2013;

BARONCELLI S., *Commento all'art. 47*, in BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M., *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006;

BARONCELLI S., *La Banca Centrale Europea: profili giuridici e istituzionali. Un confronto con il modello americano della Federal Reserve*, Firenze, 2000;

BCE, *Rapporto annuale per il 2011*, cap. 4 *Le tematiche europee*;

BELLI F., *Modificazioni e sviluppi della legislazione bancaria, in La legislazione economica italiana dalla fine della guerra al primo programma economico*, a cura di F. Merusi, Milano, Angeli, 1974;

BENVENUTI F., voce *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, Giuffré, Milano, 1959;

BOCCALATTE S., *La motivazione della legge. Profili teorici e giurisprudenziali*, Padova, Cedam, 2008;

BORSI U., *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, Torino, 1901;

BRESCIA MORRA C., *Commento all'art. 10*, in PORZIO M., BELLI F., LOSAPPIO G., RISPOLI FARINA M., SANTORO V., *Commentario al Testo Unico Bancario*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 86 e ss.;

CABIDDU M.A., *Sanzioni amministrative e principi costituzionali di fronte alle autorità indipendenti*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2004, 3;

CAIANIELLO V., *Le Autorità indipendenti tra potere politico e società civile,* in *Foro amm*., 1997, p. 234 e ss.;

CAMA G., *Le istituzioni politiche in Italia. La Banca d'Italia*, Il mulino, Bologna, 2010;

CAMILLI E.L., *Commento all'art. 6*, in PORZIO M., BELLI F., LOSAPPIO G., RISPOLI FARINA M., SANTORO V., *Commentario al Testo Unico Bancario*, Giappichelli, Torino, 2010;

CANNADA BARTOLI E., *Illecito (dir. amm.),* in *Enc. Dir*., Giuffré, Milano, vol. XX;

CAPACCIOLI E, *Il procedimento di applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie*, in *Le sanzioni amministrative – Atti del XXVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Giuffré, Milano, 1982;

CAPACCIOLI E., *Principi in tema di sanzioni amministrative: considerazioni introduttive*, in *Le sanzioni in materia tributaria*, Giuffré, Milano, 1979, p. 125 e ss.;

CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Commentario al D. Lgs. 385/1993*, Cedam, Padova, 2012;

CAPRIGLIONE F., *Commento all'art. 4*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Commentario al D. Lgs. 385/1993*, Cedam, Padova, 2012;

CAPRIGLIONE F., *Commento all'art. 5*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Commentario al D. Lgs. 385/1993*, Cedam, Padova, 2012;

CAPRIGLIONE F., *Il recepimento della seconda direttiva Cee in materia bancaria. Prime riflessioni*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n. 28, Roma, 1993;

CAPRIGLIONE F., *Intervento pubblico ed ordinamento del credito*, Giuffrè, Milano, 1978;

CAPRIO G. - DEMIRGÜÇ-KUNT A.- KANE E., *The 2007 meltdown in structured securitization: searching for lessons, not scapegoats*, in *World Bank Policy Research Working Paper* 4756, Washington, D.C., 2008;

CAPRIO G., *Safe and sound banking: a role for countercyclical regulatory requirements*?, in EIJFFINGER S. – MASCIANDARO D., *Handbook of central banking, financial regulation and supervision*, Edward Elgar Publishing, 2011, p. 383 e ss.;

CAPUTI JAMBREGHI M.T. P., *Le cause di sclusione della responsabilità*, in CAGNAZZO A. (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2012;

CARBONE S.M., *Regole del mercato finanziario e competizione tra ordinamenti statali*, in *Euro 2002. Previdenza e libere professioni*, a cura di M. de Tilla, Milano 2001;

CARBONETTI F., *Le sanzioni amministrative pecuniarie nella disciplina bancaria, finanziaria e assicurativa*, in *Bancaria*, 2006;

CARMASSI J., LUCHETTI E., MICOSSI S., *Overcoming too – big- to – fail, A regulatory framework to limit moral hazard and free-riding in the financial sector, report of the CEPS – Assonime Task Force on bank crisis resolution*, Centre for European Policy Studies, Brussels, 2010;

CASETTA E., *L'illecito degli enti pubblici*, Giappichelli, Torino, 1953;

CASETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffré, 2010;

CASSESE S. (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Laterza, Bari, 2008;

CASSESE S., *Dalle regole del gioco al gioco delle regole*, in *Mercato, concorrenza e regole*, n. 2 del 2002, p. 265 e ss.;

CASSESE S., *Il mondo nuovo del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2008;

CASSESE S., *La divisione del lavoro bancario. Distribuzione funzionale e territoriale del credito dal 1936 ad oggi*, in *Economia italiana*, 1983, p. 375 e ss..

CASTRONOVO C., voce *Responsabilità oggettiva – Disc. Privatistica*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXVII;

CATRICALÀ A., *Audizione presso la commissione finanze del Senato della Repubblica nell'ambito dell'indagine conoscitiva sulle questioni attinenti all'attuazione della legge 28 dicembre 2005, numero 262, recante disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari*, Roma, 10 ottobre 2006;

CECI IAPICHINO S., *Le sanzioni amministrative*, in GALANTI E. (a cura di), *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, Cedam, Padova, 2008;

CERBO P., *Atti di accertamento della violazione*, in CAGNAZZO A. (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2012;

CERBO P., *Contestazione e notificazione*, in CAGNAZZO A. (a cura di), *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Giappichelli, 2012;

CERBO P., *Il principio di solidarietà*, in CAGNAZZO A. (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2012;

CERULLI IRELLI V., *La vigilanza regolamentare*, in *Mondo bancario*, 1994, I, p. 38 e ss.;

CERULLI IRELLI V., *Lineamenti di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2008;

CERULLI IRELLI V., *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984;

CHELI, E., *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Giuffrè, Milano, 1961;

CHIEPPA R. – PAOLO CIRILLO G., *Le Autorità amministrative indipendenti*, in SANTANIELLO G. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 2010;

CHITI E., *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2004, p. 679 e ss.;

CHITI M., *L'organizzazione amministrativa comunitaria, in trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, I, p.442 e ss.;

CIAMPI C.A., *L'autonomia della politica monetaria. Il divorzio Tesoro – Banca d'Italia trent'anni dopo*, Il mulino, Bologna, 2011;

CICERO CONSULTING, *Capital Requirements Directive IV. Special Report*, Cicero Consulting press release, 2012;

CIOCCA P., TONIOLO G., *L'economia italiana nel periodo fascista*, Il mulino, Bologna, 1976.

CIRIELLO P., *Ordinamento del governo e comitati interministeriali*, Jovene, Napoli, 1981;

CLARICH M, *Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello*, Il mulino, Bologna, 2005;

CLARICH M. – CAMILLI E.L., *L'evoluzione del controllo dei rischi finanziari. Le competenze della Banca d'Italia e della Consob*, in AAVV, Atti del convegno *I nuovi equilibri mondiali: imprese, banche, risparmiatori*, Giuffré, Milano, 2009;

CLARICH M. e CAMILLI E.L., *commento all'art. 4*, IN PORZIO M., BELLI F., LOSAPPIO G., RISPOLI FARINA M., SANTORO V. (a cura di), *Commentario al Testo Unico Bancario*, Giappichelli, Torino, 2010;

CLARICH M., *Le sanzioni amministrative nel testo unico bancario, profili sostanziali e processuali*, in *Banca, impresa e società*, 1995, vol. 1, p. 59 e ss.;

CLARICH M., *Per uno studio sui poteri normativi della Banca d'Italia*, in *Banca, impresa e società*, 2003, I, 39;

CLARICH M., *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Giappichelli, Torino, 1995;

CLARICH, M., *La nozione di direttiva: problemi ricostruttivi e tendenze recenti*, in *Studi in onore di V. Palazzolo*, Giuffrè, Milano, 1986;

CLARICH. M., *Commento all' art. 2*, in in PORZIO M., BELLI F., LOSAPPIO G., RISPOLI FARINA M., SANTORO V., *Commentario al Testo Unico Bancario*, Giappichelli, Torino, 2010;

COEN L., *L'antigiuridicità*, in CAGNAZZO A. (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2012;

COGNETTI S., *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Giappichelli, Torino, 2011;

CONDEMI M., *Le sanzioni amministrative bancarie e la giurisprudenza della Corte d'Appello di Roma*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia*, Roma, 1991;

CORSO G., *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2013;

COSTA A., *I prodromi di un diritto bancario comunitario*, in *Riv. di dir. Comm.*, 1979, 293 e ss.;

COSTI R., *Il mercato mobiliare*, Torino, Giappichelli, 2010;

COSTI R., *L'ordinamento bancario*, Il mulino, Bologna, 2007;

COSTI R., *L'ordinamento bancario*, Il mulino, Bologna, 2012;

CRISAFULLI V., *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in *Studi urbinati*, 1939;

CRISCUOLO L., *La normativa antiriciclaggio in Italia a seguito del recepimento della III direttiva comunitaria*, in CAPPA E. – MORERA U. (a cura di), *Normativa antiriciclaggio e segnalazione delle operazioni sospette*, Bologna, 2008;

CUNIBERTI M., *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Giuffré, Milano, 2007;

D'ALBERTI M., voce *Autorità amministrative indipendenti (dir.amm.)*, in *Enc. Giur. Trecc.*, vol. IV, Roma, Aggiorn. 1995;

D'AMBROSIO R., *Gli effetti dell'istituzione dell'European Banking Authority e dell'European Systemic Risk Board sull'ordinamento nazionale del credito*, in BILANCIA P. (a cura di), *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, Giuffré, Milano, 2012;

D'AMICO M. - CATALANO S., *Tutela del risparmio e principi costituzionali*, in *Il diritto dell'economia*, n. 1/2008;

DANIELE L., *Diritto dell'Unione Europea*, Giuffré, Milano, 2010;

DANIELE N., *Discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione e giudice amministrativo*, in *Scritti in memoria di Antonino Giuffré*, III, Giuffré, Milano, 1967, 295 ss.;

DATO G.G.A., *Il concorso di persone*, in CAGNAZZO A. (a cura di), *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Giappichelli, Torino, 2012;

DE BELLIS M., *La regolazione dei mercati finanziari*, Giuffrè, Milano, 2012;

DE MINICO G. *La Costituzione difende il risparmio*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it;

DE PRETIS D., *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Cedam, Padova, 1995;

DE ROBERTO A., *Le sanzioni amministrative non pecuniarie*, in AA.VV., *Le sanzioni amministrative, Atti del XXVI Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione(Varenna 18-20 settembre 1980)*, Milano, 1982, 125 ss.;

DE VALLES A., *Norme giuridiche e norme tecniche*, in *Scritti in onore di A. C. Jemolo*, Giuffré, Milano, 196, III;

DELIS - MANTHOS D – STAIKOURAS - PANAGIOTIS, *On-site audits, sanctions, and bank risk-taking: An empirical overture towards a novel regulatory and supervisory philosophy*, University Library of Munich, Germany, 2009;

DELLA CANANEA G. – FRANCHINI C., *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010;

DENOZZA F., *Antitrust - Leggi antimonopolistiche e tutela dei consumatori nella CEE e negli USA*, Il Mulino, Bologna, 1988;

DETTORI S. - ZITO A., voce *Risparmio (tutela del)*, in CHITI M.P. – GRECO G., *Trattato di diritto amministrativo europeo*, vol. III, Giuffré, Milano, 2007;

DI CAPUA G., *Tommaso Zerbi e i federalismi*, Cosenza, 2004, p. 58 e ss.;

DI PLINIO G., *Il common core della deregulation. Dallo Stato regolatore alla costituzione economica sovranazionale*, Giuffrè, Milano 2005;

DIMA D., *Il concorso formale e materiale nelle sanzioni amministrative*, in CAGNAZZO A. (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2012;

DOLCINI E. – MARINUCCI G., *Commento all'art. 132 del Codice Penale*, in DOLCINI E. – MARINUCCI G. (a cura di), *Codice Penale commentato*, IPSOA, Milano, 2011;

DONATIVI V., *Introduzione della disciplina antitrust nel sistema legislativo italiano. Le premesse*, Giuffrè, 1990;

DRAGHI M., *Audizione presso la commissione finanze del Senato della Repubblica nell'ambito dell'indagine conoscitiva sulle questioni attinenti all'attuazione della legge 28 dicembre 2005, numero 262, recante disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari*, Roma, 26 settembre 2006;

DRAGHI M., *Problematiche connesse al riciclaggio nell'ambito dell'esame dei disegni di legge n. 733 e collegati in materia di sicurezza pubblica,* Audizione alle Commissioni riunite I (Affari costituzionali) e II (Giustizia) del Senato della Repubblica, Roma, 15 luglio 2008;

EISSEN M.A., *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo*, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1989, 31 ss.;

EMILIOU N., *The principle of proportionality in european Law. A comparative study*, London-the Hague-Boston, 1996;

FELICE F., *L'economia sociale di mercato*, Rubettino, Catanzaro, 2008;

FERRI G., *Concorrenza*, *Enc. Dir.*, VIII, Milano, 1961;

FERRONI M.V., *Principi generali. Diritto comunitario. Rilevanza nel diritto interno*, in CAGNAZZO A. (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2012;

FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale*, parte generale, Zanichelli, Bologna, 1985;

FMI, *Detailed assessment of compliance with the Basel Core Principles for Effective Banking Supervision*, aprile 2004;

FRATINI M., *Commento all'art. 5*, in FRATINI M. – GASPARRI G., *Il testo unico della finanza*, Utet, Torino, 2012, p. 183 e ss.;

FRATINI M., GIOVAGNOLI R., *Le sanzioni amministrative*, Giuffré, Milano, 2009;

FRATINI M., *Le sanzioni amministrative delle autorità indipendenti*, Cedam, Padova, 2011;

FRIGNANI A., PARDOLESI R., PATRONI GRIFFI A. e UBERTAZZI L.C., *Diritto antitrust italiano*, Zanichelli, Bologna, 1993;

GALANTI E., D'AMBROSIO R., GUCCIONE A., *Storia della legislazione bancaria, finanziaria e assicurativa, dall'unità d'Italia al 2010*, Banca d'Italia, pubblicazioni della consulenza legale, Roma, 2010;

GALANTI E., *Discrezionalità delle autorità indipendenti e controllo giudiziale*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia*, Roma, 2009;

GALATERIA L., *Gli organi collegiali amministrativi*, volume II, Milano, Giuffré, 1975;

GALBUSERA F., *La capacità di intendere e di volere*, in CAGNAZZO A. (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2012;

GALETTA D.U., *La proporzionalità quale principio generale dell'ordinamento,* in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 1107 ss.;

GALGANO F., *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio,* in *Contr. e impr.*, 2000, p. 189 e ss.;

GALLO M., *Appunti di diritto penale*, vol. II, il reato, parte I, la fattispecie oggettiva, Giappichelli, Torino, 2000;

GALLO M., *La legge penale*, Giappichelli, Torino, 1972;

GHIDINI, G., *Monopolio e concorrenza*, *Enc. Dir.*, XXVI, Milano, 1976;

GIACALONE G., *Verso l'Europa delle banche. Origini e sviluppi della normativa comunitaria nel settore bancario*, in TIZZANO A., *Problematica del diritto delle comunità europee*, ed. Il foro italiano, Roma, 1992;

GIANI L., *Il ruolo della politica e del diritto nel processo di riforma della struttura europea di supervisione finanziaria*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, n. 1 del 2011;

GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Giuffré, Milano, 1993;

GIANNINI M.S., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977;

GIANNINI M.S., *Il nuovo T.U. delle leggi bancarie e l'ordinamento sezionale del credito*, in AMOROSINO S. (a cura di), *Le banche, regole e mercato dopo il testo unico delle leggi creditizie*, Giuffré, Milano, 1995, p. 7 e ss.;

GIANNINI M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Giuffré Milano 1939;

GIANNINI M.S., *Istituti di credito e servizi di interesse pubblico*, in *Moneta e Credito*, 1949;

GIANNINI M.S., *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, in *Scritti giuridici in onore di S. Romano*, Cedam, Padova, 1939, p. 707 e ss.;

GIANNINI M.S., *Problemi attuali dell'ordinamento creditizio*, in *Atti della ricerca sugli sviluppi degli ordinamenti bancario – creditizi nel continente europeo*, Università di Bologna, 1982;

GIANNINI M.S., *Sulla natura giuridica e sulle attribuzioni della Banca d'Italia*, estratto da *Banca, borsa e titoli di credito*, Giuffré, 1949, in M.S. GIANNINI, *Scritti*, Giuffré, vol. III, p. 77 e ss.;

GOISIS F., *Sanzioni amministrative, tutte le procedimentale giurisdizionali secondo la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo*, in CAGNAZZO A. (a cura di), *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Giappichelli, Torino, 2012;

GOODHART C., *L'evoluzione delle Banche centrali*, Roma – Bari, Laterza, 1991;

GRECO G., *Commento all'art. 5*, in PORZIO M., BELLI F., LOSAPPIO G., RISPOLI FARINA M., SANTORO V., *Commentario al Testo Unico Bancario*, Giappichelli, Torino, 2010;

GRECO G., *I rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da CHITI M.P. e GRECO G., *Parte generale*, vol. II, Milano, II ed., 2007, 827 ss.;

GRECO N., *Introduzione all'analisi dell'impatto della regolazione*, Roma, Scuola superiore della pubblica amministrazione, 2003;

GRECO N., *L'analisi di impatto della regolazione: origini e tendenze recenti*, in www.federalismi.it, 2009;

GUARINO G., *Il profilo giuridico*, in *La Banca d'Italia e il sistema bancario, 1919 – 1936*, a cura di G. Guarino e G. Toniolo, Roma – Bari, Laterza, 1993, p. 105 e ss.

GUARINO G., *L'armonizzazione della legislazione bancaria: la revisione dell'ordinamento bancario del 1936*, Paradigma, Milano, 1994;

GUIZZI F., *La tutela del risparmio nella costituzione*, in *Il Filangieri*, Giuffré, 2005, p.171 e ss.;

IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 2004;

LAMANDINI M., *I regolamenti europei istitutivi del Comitato Europeo per il rischio sistemico e delle autorità europee di vigilanza su assicurazioni, banche, strumenti finanziari, mercati*, in *Nuove leggi civili commentate*, n. 2 del 2012;

LEDDA F., *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1968;

LEONE G., *Le norme penali in bianco*, in *Scritti teorico-pratici sulla nuova legislazione penale italiana*, 1932;

LIBERTINI M., *Principi e concetti fondamentali del diritto antitrust*, in AA.VV., *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, III, Milano, 2007; ID., *Concorrenza*, in *Enc. Dir.* (Annali III), Milano, 2010;

LINCIANO N., *La crisi dei mutui subprime. Problemi di trasparenza e opzioni di intervento per le Autorità di vigilanza*, in *Consob, Quaderni di Finanza*, n. 62 del 2008;

LOIZZO A., *Banca d'Italia e Parlamento. Aspetti problematici*, in *Riv. Trim. sc. pol. e amm.*, 1971;

MANCINI M., *Commento all'art. 146,* in AA.VV., *La nuova disciplina dei servizi di pagamento,* Giappichelli, Torino, 2011, p. 617 e ss.;

MANETTI M., *Poteri neutrali e Costituzione,* Giuffré, Milano, 1994;

MANETTI M., voce *Autorità indipendenti (dir.costituzionale),* in *Enc. Giur. Trecc.,* vol. IV, Roma, 1997;

MANGONI W. T., *Il potere sanzionatorio della Consob. Poteri procedimentali e strumentalità rispetto alla funzione regolatoria*, Giuffré, Milano, 2012;

MANTOVANI F., *Diritto penale, parte generale,* Cedam, Padova, 1988;

MARINUCCI G., voce *Antigiuridicità,* in *Dig. It.,* vol. I, Giappichelli, Torino, 1987, p. 134 e ss.;

MARZUOLI C., *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Giuffré, Milano, 1985;

MASSERA A., *I principi generali dell'azione amministrativa fra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario,* in *Dir. amm.,* 2005;

MASTRANGELO D., *La tecnica nell'amministrazione fra discrezionalità, pareri e merito,* Bari, 2003;

MATTARELLA B. G., *Le sanzioni amministrative nel nuovo ordinamento bancario,* in *Riv. Trim. dir. pubbl.,* 1996;

MATTARELLA B.G., *Analisi di impatto della regolazione e motivazione del provvedimento amministrativo,* Osservatorio sull'analisi dell'impatto della regolazione, 2010;

MATTARELLA B.G., *Analisi di impatto della regolazione, analisi tecnico normativa e motivazione degli atti giuridici*, in *L'analisi di impatto della regolazione e l'analisi tecnico normativa nell'attività normativa del Governo*, a cura di CATELANI E. - ROSSI E., Milano, Giuffré, 2003;

MATTIONI A., *comitati interministeriali*, in *enciclopedia giuridica Treccani*, IV, Roma, 1988;

MENGONI L., *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1997, p. 1 e ss.;

MERLINI S., *Struttura del governo e intervento pubblico nell'economia*, Firenze, La nuova Italia, 1979.

MERUSI F., *Commento all'art. 2* in CAPRIGLIONE F., *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Cedam, Padova, 2012;

MERUSI F., *Commento all'art. 47 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Branca, Bologna – Roma, 1980;

MERUSI F., *Governo della moneta e indipendenza della Banca centrale nella federazione monetaria dell'Europa*, in *Studi e note di economia*, 1997;

MERUSI F., *I tratti peculiari dell'ordinamento creditizio italiano nella comparazione con le leggi bancarie degli anni trenta*, in *Banca e industria fra le due guerre 1919 – 1935*, a cura di F. Cotula e L. Spaventa, Roma – Bari, Laterza, 1993;

MERUSI F., *le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano, Giuffré, 1977;

MIELE G., *I principi di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1953;

MINERVINI G., *La Consob*, Napoli, 1989;

MITCHELL POLINSKY A. – SHAVELL S., *The fairness of sanctions: some implications for optimal enforcement policy*, American Law and economics association, 2000;

MONTANARO E., *La Banca Centrale ed il governo della liquidità*, Milano, Giuffré, 1969;

MORBIDELLI G.- PEGORARO L.- REPOSO A.- VOLPI M., *Diritto pubblico comparato*, Giappichelli, Torino, 2007;

MORBIDELLI G., *Il procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Zanichelli, Bologna, 2005;

MORBIDELLI G., *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2001;

MORZENTI PELLEGRINI R.- MONZANI S., *La sanzione amministrativa pecuniaria*, in CAGNAZZO A. (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2012;

NAPOLETANO G., *La risposta europea alla crisi del debito sovrano: il rafforzamento dell'Unione economica e monetaria. Verso l'Unione bancaria*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2013, I;

NIGRO M., *Profili pubblicistici del credito*, Giuffré, Milano, 1969;

NUVOLONE P., *Pena (dir. pen.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXII, Giuffré, Milano, 1982;

OCCHILUPO R., *Commento all'art. 5*, in VELLA F., *Commentario al decreto legislativo del 24 febbraio 1998, n.58 (tuf) e successive modificazioni*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 84 e ss.;

ONADO M., *Finanza senza paracadute*, Il Mulino, Bologna, 2012;

ORTINO S., *Banca d'Italia e Costituzione*, Pisa, 1979;

OTTAVIANO V., *Giudice ordinario e giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet* , Milano, 1987, II, 40ss.;

OTTAVIANO V., S*ulla nozione di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni*, Giuffré, Milano, 1958;

PAGLIARI G., *Il principio di legalità*, in CAGNAZZO A. (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2012;

PALAMARA L. – SALEMME A.A., *La depenalizzazione e la ripenalizzazione*, in CAGNAZZO A. (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2012;

PANZERA A.F., *Sistema bancario italiano e ordinamento comunitario*, Giuffré, Milano, 1991;

PARRELLA L., *Commento all'art. 11*, in PORZIO M., BELLI F., LOSAPPIO G., RISPOLI FARINA M., SANTORO V., *Commentario al Testo Unico Bancario*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 112 e ss.;

PASSALACQUA M., *Cicr e Comitato per la salvaguardia della stabilità finanziaria: dai comitati dei ministri ai comitati delle Authorities*, in *Scritti in onore di Francesco Capriglione*, Cedam, Padova, 2010, Tomo I, p. 371 e ss.

PATRONI GRIFFI A. – SANTORO V., *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, commento al decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385*, Bologna, 2003;

PATRONI GRIFFI A., *Le modificazioni del regime delle autorizzazioni alla costituzione e all'assunzione di partecipazioni*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Il recepimento della seconda direttiva CEE in materia bancaria, Bari, 1993*, p. 170;

PEDRAZZI C., voce *Consenso dell'avente diritto*, in *Enc. Dir.*, Giuffré, Milano, 1961;

PELEGATTI G., *Valutazioni tecniche dell'amministrazione pubblica e sindacato giudiziario, un'analisi critica dei recenti sviluppi della dottrina giuspubblicistica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 158;

PELLIZZER F.- BURANELLO E., *Disciplina delle sanzioni amministrative e ambito di applicazione*, in CAGNAZZO A. (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2012;

PERASSI M.O., *Le autorità ed i poteri di vigilanza nel testo unico*, in *banca borsa e titoli di credito*, 1995, I;

PERASSI M.O., *Banca d'Italia e contesto internazionale. Prime riflessioni sul nuovo statuto*, in *Banca, impresa e Società*, 2007,19;

PEREZ R., *L'azione finanziaria europea nel tempo della crisi*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2011, 5, p. 1043 e ss.;

PETRUCCELLI C. – D'AURIA C., *Basilea 3 e la disciplina di attuazione europea*, Moderari, Roma, 2012;

PICOZZA, E., *Rilievi intorno all'impugnabilità delle deliberazioni del Comitato interministeriale per la programmazione economica*, in *Foro amm.*, 1976, II, p. 1059 e ss.;

PITRUZZELLA G., *Commento agli articoli 92-93*, in *Commentario alla costituzione*, a cura di Branca G. e Pizzorusso, Bologna – Roma, Zanichelli – Foro it., 1994;

POLICE A., *Articolo 1, comma 1: Principi generali dell'attività amministrativa*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, a cura di PAOLANTONIO N., POLICE A., ZITO A., Torino, 2005;

PORZIO M., BELLI F., LOSAPPIO G., RISPOLI FARINA M., SANTORO V., *Commentario al Testo Unico Bancario*, Giappichelli, Torino, 2010;

POTO M., *I principi di sussidiarietà e proporzionalità nei sistemi a "vocazione federale". Una comparazione tra modello europeo, tedesco ed italiano*, in *Giur. it.*, 2008, 2359 ss.;

POTOTSCHNIG U., *Presentazione del tema del convegno*, in *Le sanzioni amministrative. Atti del 26º convegno di studi di scienza dell'amministrazione di Varenna*, Milano, 1982;

PULITANÒ D., *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Giuffré, Milano, 1976;

QUADRI G., *Coordinamento per comitati e decisione amministrativa*, in *L'amministrazione delle società complesse*, a cura di Amato G. e Marongiu G., Bologna, il mulino, 1982;

QUADRI G., *Diritto pubblico dell'economia*, Padova, Cedam, 1980;

QUADRI G., *Gabinetto economico e indirizzo politico economico*, Milano, Giuffré, 1970;

QUINN B., *Rules Vs discretion: the case of bankimg supervision in the light of the debate on monetary policy*, in *The emerging framework of financial regulation*, 1998, Central Banking publications, p. 119 e ss.;

RAGNI E., *L'elemento soggettivo dell'illecito amministrativo*, in CAGNAZZO A. (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2012;

RAMAJOLI M., *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 Cost.*, in *Dir. Amm.*, 1, p. 121 e ss.;

RAZZANTE R., *La regolamentazione antiriciclaggio in Italia*, Giuffré, Milano, 2011;

ROMAGNOLI G., *Consob: profili e attività*, Giappichelli, Torino, 2012;

ROMAGNOSI G.D., *Principj fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, 3a ed., Prato, 1835 (1a ed., Parma, 1814);

RORDORF R., *Sanzioni amministrative e tutela dei diritti nei mercati finanziari*, in *Le società*, 2010;

ROSSI S., *La crisi globale ed europea, le politiche per la stabilità finanziaria*, intervento al convegno estivo ADEIMF, Capri, 15-16 giugno 2012;

ROSSI S., *La tutela del consumatore dei servizi bancari e finanziari: quadro normativo e competenze della Banca d'Italia*, intervento del vide Direttore Generale della Banca d'Italia al convegno tenutosi presso il CNEL, *La competenza in materia di tutela dei consumatori: evoluzione alla luce dei recenti indirizzi del Consiglio di Stato*, Roma, 2012;

ROMANO S., *Corso di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1937;

ROMANO S., *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni*, in *Giur. It.*, 1898 e ss.;

SACCOMANNI F., *Il sistema monetario internazionale*, in *La politica monetaria in Italia* (a cura di F. Cotula), Bologna 1989, pp. 403-447.

SACCOMANNI F., *L'Unione europea di fronte alla crisi globale: le implicazioni per le banche, la finanza e la politica economica*, intervento al Bundesministerium der Finanzen, Berlino, 8 febbraio 2011;

SALANITRO N., *La concorrenza nel settore bancario*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1996, II;

SALANITRO N., *La legittimazione all'opposizione avverso i provvedimenti applicativi di sanzioni amministrative pecuniarie nel settore bancario e nel settore finanziario*, nota a Cassaz., Sez. Un., n. 20929 del 30 settembre 2009, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2010, II, p. 437 e ss.;

SALANITRO N., *Società per azioni e mercati finanziari*, Giuffré, Milano, 2000;

SALVEMINI G., *Il finanziamento del Tesoro*, in *La politica monetaria in Italia*, a cura di F. Cotula, vol. II, Bologna, Il mulino, 1989;

SALVIA F., *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 685 ss.;

SANDULLI A., *Governo e pubblica amministrazione*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1966, pag. 758 ss.;

SANDULLI M.A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e processuali*, Jovene, Napoli, 1983;

SANDULLI M.A., voce *Sanzione amministrativa* in *Enc. Giur.*, Treccani;

SANGIORGIO G., *L'organizzazione politico-amministrativa del settore creditizio*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia*, n. 27, 1992;

SARCINELLI M., *La tutela del risparmio nel pensiero e nell'azione del Governatore Baffi*, in *Moneta e credito*, n. 206, 1999;

SATTA F., *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2010;

SCHMITT C., *Das Problem der innerpolitischen Neutralitaat der States, in Verfassungrechtlichte Aufsatze, Berlin*, 1958;

SCHMITT C., *Il custode della Costituzione* (1931), trad. it. Milano, 1981;

SCHWARZE J., *European administrative law*, London, 2006;

SCOGNAMIGLIO A., *Autorità indipendenti: principio di collaborazione tra Autorità e segreto d'ufficio nella vigilanza tra intermediari finanziari (art.* 30, *d.lgs. n.* 415/96), in *Dir. Amm.*, n. 3/1997;

SEVERI C., *La tutela degli investitori nella cartolarizzazione dei crediti, Giuffré*, Milano, 2007;

SICLARI D., *Costituzione e autorità di vigilanza bancaria*, Padova, 2007. V. anche GUARINO G., *L'armonizzazione della legislazione bancaria: la revisione dell'ordinamento bancario del 1936*, Paradigma, Milano, 1994;

SIGNORINI L. F., *L'Unione bancaria*, Audizione presso la 6° Commissione permanente del Senato della Repubblica, Roma, 24 ottobre 2012;

SORACE D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Il mulino, Bologna, 2012;

SPAGNUOLO VIGORITA V., *Principi costituzionali della disciplina del credito*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1962;

SPAGNUOLO VIGORITA V., *Principi costituzionali della disciplina del credito,* in *Rass. Dir. pubbl.*, 1962, p. 348 e ss.;

STEFANELLI M.A., *Le istruzioni di vigilanza della Banca d'Italia*, Parte generale, Cedam, Padova, 2003;

STIPO M. – GALATERIA L., *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino,;

TARANTOLA A.M., *La vigilanza europea: assetti, implicazioni, problemi aperti*, intervento presso il master in diritto amministrativo e scienze dell'amministrazione presso l'università degli studi di Roma Tre, Roma, 8 aprile 2011;

TERRACCIANO G. – ALBANO L., *Il riparto di giurisdizione nelle sanzioni amministrative*, in CAGNAZZO A. (a cura di), *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Giappichelli, Torino;

TESAURO A., *Le sanzioni amministrative punitive*, Napoli, Tocco, 1925;

TITOMANLIO R., *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria*, Giuffré, Milano, 2007;

TORCHIA L., *Il controllo pubblico sulla finanza privata*, Cedam, Padova, 1992, p. 166;

TORTORELLI P., *intervento pubblico e attività economica*, Padova, Cedam, 1992;

TRAVI A. – PALIERO C.E., voce *Sanzione amministrativa,* in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano;

TRAVI A. – PALIERO C.E., *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Giuffré, Milano, 1988;

TRAVI A., *I verbali amministrativi come mezzo di prova nei giudizi civili di opposizione a sanzione pecuniaria*, in *Foro it.*, 1993, I;

TRAVI A., *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Cedam, Padova, 1983;

TREQQUATTRINI A., *Le autorità nel nuovo ordinamento creditizio: il comitato interministeriale per il credito del risparmio*, in *Le banche. Regole e mercato*, a cura di Amorosino S., Milano, Giuffré, 1995;

TREQUATTRINI A., *Il Comitato interministeriale per il credito ed il risparmio*, in *Banca impresa società*, 1986;

TREVES G., *I comitati interministeriali*, Cedam, Padova, 1952;

TREVES G., *I comitati interministeriali*, in *Scritti giuridici in onore della Cedam*, vol.II, Padova, Cedam, 1953;

TRIDIMAS T., *The general principles of EC law*, Oxford-New York, 1999;

TRIMARCHI P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffré, Milano, 1961; CALABRESI G., *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico – giudiziaria*, Giuffré, Milano, 1975;

TUCCARI F. F., *Il principio di determinatezza*, in CAGNAZZO A. (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2012;

UBERTAZZI L. C., *Diritto antitrust nazionale e imprese bancarie*, approfondimento al *Commento all' art.20 della L. 287/1990*, in *Diritto antitrust italiano*, a cura di FRIGNANI, PARDOLESI, PATRONI GRIFFI e UBERTAZZI, I, Bologna, 1993;

V. RESTI A. – SIRONI A., *La crisi finanziaria e Basilea III: origini, finalità e struttura del nuovo quadro regolamentare*, Carefin, Università Bocconi, Milano, 2011;

VALENTINI S., *Diritto e istituti della regolazione*, Giuffré, Milano, 2012;

VALENTINI S., voce *Vigilanza*, in *Enc.Dir.*, Giuffré, Milano;

VASSALLI G., *Misure di prevenzione e diritto penale*, in *Studi in onore di Biagio Petrocelli*, vol. III, Milano, Giuffré, 1972;

VIGO R., *Gruppo di società e manipolazione del mercato. Una pronuncia delle sezioni unite*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2010, 3, 318 e ss.;

VILLATA R. – GOISIS F., *Procedimenti per l'adozione di provvedimenti individuali*, in DE ANGELIS L. – RONDINONE N. (a cura di), *La tutela del risparmio nella riforma del mercato finanziario*, Torino, 2008;

VINCI S., *Vigilanza regolamentare sulle banche e controlli a carattere strutturale. Profili critici*, in CERA M. (a cura di), *La regolazione dei soggetti finanziari nell'attività normativa delle autorità*, Giuffré, Milano, 2002;

VIRGA P., *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, in *Jus*, 1957, 95;

VIRGA W., *Le operazioni di cartolarizzazione tra tutela degli investitori ed esigenza del capitale finanziario*, in *Contratto e impr.*, 2007;

VISCO I., *La governance economica europea: riforma e implicazioni*, intervento presso l'Università dell'Aquila, facoltà di economia, 8 marzo 2011;

VISENTINI G., *credito e risparmio*, in *enciclopedia giuridica Treccani*, X, Roma;

ZACCARIA F., *Tesoro, Cassa Depositi e Prestiti*, in *Dizionario Amministrativo*, a cura di G. Guarino, Milano, Giuffré, 1978, p. 585 e ss.;

ZANOBINI G., *La sistemazione delle sanzioni fiscali*, in *Riv. Dir. pubbl.*, 1929;

ZANOBINI G., *Le sanzioni amministrative*, F.lli Bocca Editore, Torino, 1924;

ZANOBINI G., *Rapporti fra il diritto amministrativo ed il diritto penale*, in *Scritti vari di diritto pubblico*, Giuffré, Milano, 1955, p. 140 e ss;

ZATTI F., *La dimensione costituzionale della tutela del risparmio. Dalla tutela del risparmio alla protezione dei risparmiatori/investitori e ritorno?*, in *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, Jovene, 2010;

ZOPPINI A., *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in AA.VV., *Contratto e antitrust*, a cura di Olivieri G. e Zoppini A., Bari, 2008;