

G.COLAVITTI

PROFILI COSTITUZIONALI DELLA VIGILANZA BANCARIA.

Autonomia dell'impresa bancaria e crisi di sistema* .

Sommario: 1. La specialità del settore creditizio nell'ambito del diritto pubblico dell'economia. 2. Gli strumenti di intervento posti in essere dal decreto legge n. 155 del 2008: l'impatto sull'autonomia dell'impresa bancaria e sul rapporto tra autorità creditizie. 3. I caratteri della specialità del settore: l'autonomia dell'impresa bancaria come funzione dell'autonomia della vigilanza bancaria. 4. Dall'impresa funzione all'impresa diritto: le banche dall'oligopolio amministrato al Testo unico bancario. 5. L'indipendenza della Banca d'Italia. 6. Conclusioni.

1. La specialità del settore creditizio nell'ambito del diritto pubblico dell'economia.

Nel settore dell'ordinamento creditizio la dialettica tra autonomia degli operatori economici ed intervento pubblico - nelle forme della regolazione normativa, del controllo e della vigilanza o financo nelle forme dell'intervento diretto tramite

* Il presente scritto è destinato alla pubblicazione negli studi in onore del Prof. Angel Antonio Cervati

l'assunzione delle vesti di operatore economico¹, o di garante diretto delle obbligazioni assunte dalle banche nei confronti dei correntisti² - si è sempre mossa lungo un crinale di specificità e peculiarità rispetto al più generale problema della libertà di mercato.

Ciò non significa che le coordinate di fondo del sistema non debbano essere ricercate in conformità con gli assetti fondamentali del trattamento normativo dell'economia di mercato nel nostro Paese, e quindi, in buona sostanza, alla luce dell'articolo 41 Cost. in tema di libertà di iniziativa economica.

Significa piuttosto, che, al pari di quanto non accada per altri casi, l'art. 41 non esaurisce il canone costituzionale di interpretazione, dovendosi in questa materia, necessariamente condurre l'esegesi intorno al rapporto almeno con un'altra fondamentale norma costituzionale, e cioè l'art. 47. Che anzi

¹ Opzione questa ritenuta forse troppo sbrigativamente del tutto al di fuori delle logiche di un'economia di mercato, e quindi come un retaggio storico od un'opzione ormai solo "scolastica": lo dimostra la recentissima crisi dei mutui *subprime*, cui le competenti autorità federali statunitensi hanno reagito nell'estate del 2008 con una gamma di interventi che contemplano per l'appunto perfino l'assunzione diretta delle vesti di impresa da parte dello Stato, con vere e proprie nazionalizzazioni: il Ministro del Tesoro Henry Paulson ha infatti ai primi di settembre annunciato la più grande nazionalizzazione della storia americana, con riferimento alle due grandi società specializzate in mutui *Fannie Mae* e *Freddie Mac*; per il Presidente Bush, "il rischio di un crollo era inaccettabile" (cfr. Il Corriere della Sera, lunedì 8 settembre 2008, 1, e 9). Il tutto con la benedizione del Presidente della *Federal Reserve*, Ben Bernanke.

² Il riferimento è al decreto legge 9 ottobre 2008, n. 155, in G.U. n. 237 del 9 ottobre 2008 sul quale vedi oltre, il paragrafo 2.

proprio il tema del rapporto tra art. 41 Cost. e art. 47 Cost. costituisce uno snodo essenziale, pur nelle diverse possibili prospettazioni che di tale rapporto sono state avanzate in dottrina, per determinare i principi informatori dell'ordinamento creditizio³.

In ogni caso, accanto al livello propriamente costituzionale dell'interpretazione, la storia delle istituzioni creditizie e della loro regolazione normativa ha comunque da sempre costituito un terreno di indagine privilegiato per il diritto pubblico dell'economia: un terreno in qualche modo sempre segnato da caratteri ineliminabili di specialità, nell'ambito di una materia che – occorre riconoscere – fatica a trovare una sua sistemazione scientifica organica, attesa la eterogeneità dell'oggetto delle indagini degli studiosi che se ne occupano, ed anche la diversità dei metodi con i quali tali indagini vengono

³ Ad esiti diversi giungono ad esempio le esegesi condotte sul rapporto tra l'art. 41 e l'art. 47 della Costituzione da due contributi fondamentali per lo studio della materia: F. MERUSI, *Art. 47*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, Zanichelli-Foro it., 1980, 153 ss; R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Il Mulino, Bologna, , 2007, (IV ed.), spec. 232 ss.

condotte⁴; potremmo dire, con formula sintetica che, di fronte all'ordinamento creditizio, abbiamo l'evidenza di "una specialità nella specialità" del diritto pubblico dell'economia.

Il presente scritto non si propone ovviamente una ricostruzione delle linee portanti dell'ordinamento creditizio italiano, ma, più limitatamente, la formulazione di alcune considerazioni in ordine ai profili della vigilanza bancaria che più spiccatamente presentano tono costituzionale, con particolare riferimento al tema della dialettica tra autonomia dell'impresa bancaria ed eteronomia del controllo pubblico.

Il caso ha voluto che, proprio nei giorni in cui questo articolo veniva portato a compimento, il Governo italiano adottasse con il decreto legge 9 ottobre 2008, n. 155 "misure urgenti per garantire la stabilità del sistema creditizio e la continuità nell'erogazione del credito alle imprese e ai consumatori, nell'attuale situazioni di crisi dei mercati finanziari internazionali"⁵. Si tratta di un intervento assai incisivo

⁴ Colloca il tema nel più ampio discorso sulla "frammentazione del sapere giuridico" e sul rischio, per lo studioso "a misura che si accentua il grado della sua specializzazione" di "perdere di vista l'insieme della realtà", F. GALGANO, *Prefazione*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* (diretto da GALGANO), vol. I, *La Costituzione economica*, Padova, Cedam 1977, VII. Sul metodo nello studio del diritto dell'economia vedi, più recentemente, G. DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, 3 ss..

⁵ Per completezza, va riferito che a questo decreto faceva seguito, pochi giorni dopo, un ulteriore decreto in qualche modo attuativo di intese raggiunte in data 12 ottobre 2008 dai Capi di Stato e di Governo dei Paesi dell'area Euro: è il decreto legge 13 ottobre 2008, n. 157, recante "Ulteriori misure per garantire la stabilità del sistema creditizio", in G.U. n. 240 del 13

dell'esecutivo proprio sul terreno della vigilanza sul sistema creditizio, con misure che presentano un impatto immediato sulle banche e sulla loro autonomia, e credo pertanto che lo stesso costituisca un ottimo terreno di partenza per l'indagine che il presente scritto si propone in ordine alla definizione delle coordinate generali del sistema di vigilanza creditizia, sotto il profilo costituzionale. Non credo infatti che, pur trattandosi di misure dettate da necessità ed urgenza, in relazione all'accentuarsi della crisi finanziaria internazionale, le stesse presentino caratteri tali da farle ritenere estranee alla logica fondamentale alla quale è ispirato il modello italiano di vigilanza. Ad una prima sommaria valutazione, infatti, il recentissimo decreto legge n. 155 del 2008 non appare insomma come un *monstrum* rispetto alle regole vigenti in materia di vigilanza, una sorta di misura emergenziale quasi imposta ad un legislatore che mai avrebbe voluto intervenire in modo così penetrante nel settore. Ad avviso di chi scrive, è in qualche modo immanente alla logica della vigilanza bancaria che l'autonomia dell'Istituto di vigilanza, e soprattutto – per quanto qui di interesse – l'autonomia dell'impresa bancaria siano già di per sé autonomie “speciali” in tempi ordinari, e che gli attuali tempi di crisi che stiamo vivendo non possano per un verso non limitare ulteriormente la libertà economica dell'impresa bancaria, e per altro verso, non incidere ulteriormente sull'indipendenza della Banca d'Italia, già uscita – a mio

ottobre 2008. Aggiunge agli strumenti già previsti dal precedente decreto l'autorizzazione (fino al 31 dicembre 2009) al Ministero dell'Economia a concedere la garanzia dello Stato sulle passività delle banche, e soprattutto a compiere operazioni di scambio tra titoli di Stato e titoli detenuti dalle banche italiane, che in questo modo avrebbero la possibilità di disfarsi di titoli particolarmente deboli.

modesto avviso – ridimensionata dalla legge sul risparmio del 2005.

Appare pertanto utile premettere alla ricostruzione che si andrà proponendo della dialettica tra autonomia del vigilato (l'impresa bancaria) e autonomia del vigilante (la Banca d'Italia) una sia pur breve ricostruzione delle linee di intervento fondamentali diseguate dal decreto legge n. 155 del 2008.

2. Gli strumenti di intervento posti in essere dal decreto legge n. 155 del 2008: l'impatto sull'autonomia dell'impresa bancaria e sul rapporto tra autorità creditizie.

Ovviamente l'analisi che seguirà prescindere totalmente da ogni giudizio di opportunità economico-finanziaria in ordine alla misura straordinaria adottata dal Governo per reagire alla crisi in atto dei mercati finanziari, ché mancherebbero a chi scrive innanzi tutto gli strumenti disciplinari appropriati per valutare se tali misure possano avere effetti positivi o meno sui mercati. Sotto questo profilo l'analisi giuridica non può che limitarsi ad auspicare, come ogni comune cittadino, che le misure siano efficaci. Quello che invece mi ripropongo di fare è evidenziare i passaggi (più o meno evidenti) della normativa che chiamano direttamente in causa l'autonomia dell'impresa bancaria, sottoponendola ad una evidente contrazione, nonostante le dichiarazioni formali rese dal Governo nella conferenza stampa di presentazione del provvedimento.

a) Tra gli strumenti principali di intervento, predisposti e attivabili in caso di necessità si segnala la ricapitalizzazione delle banche che si trovino in una situazione di inadeguatezza patrimoniale accertata dalla Banca d'Italia: il Ministero dell'economia e delle finanze (di seguito MEF) potrà

sottoscrivere o garantire aumenti di capitale deliberati dagli organi di governo della banca⁶. La banca deve tuttavia adottare un “programma di stabilizzazione e rafforzamento ... della durata minima di trentasei mesi” (art. 1, comma 1), ed ogni modifica del programma è soggetta alla preventiva approvazione del MEF, sentita la Banca d'Italia (art. 1, comma 4). Non vi è dubbio che l'ingresso del capitale pubblico nel pacchetto azionario comporti una limitazione della libertà d'impresa della banca, specie se si ha riguardo al già citato diritto di veto su eventuali modifiche di strategie aziendali di rafforzamento, e, soprattutto, al contenuto delle valutazioni che la Banca d'Italia compie a giustificazione dell'intervento: oltre all'adeguatezza del piano di stabilizzazione, saranno valutate anche le politiche dei dividendi. È vero, per altro verso, che le azioni che saranno sottoscritte dal MEF avranno natura di azioni privilegiate, e quindi presumibilmente non dovrebbero incidere sugli equilibri propri delle assemblee ordinarie e non interferire conseguentemente con la *governance* della banca, ma le azioni privilegiate sono invero un istituto eterogeneo, privo di una tipizzazione generale del legislatore, se non forse solo per le società quotate, e rimesse, quanto a regime dei diritti amministrativi incorporati nel titolo, all'autonomia statutaria⁷.

⁶ È appena il caso di osservare, con rammarico, che alla copertura finanziaria si provvederà mediante riduzione, tra le altre voci, del fondo ordinario delle Università, e delle risorse destinate alla ricerca (cfr. art. 1, comma 7, lett. a).

⁷ Ai sensi dell'art. 145 del D. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, il Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (cd. TUF), le società quotate “possono emettere azioni prive del diritto di voto, dotate di particolari privilegi di natura patrimoniale”. Per le società non quotate, invece, in seguito alla riforma del 2003, mi pare resti piena l'autonomia statutaria (con il solo limite del divieto di patto leonino, ex art. 2265 c.c.), e pertanto, per quanto concerne i diritti amministrativi, come il diritto di voto,

Ed il decreto – questo è un dato di fatto – non stabilisce espressamente che le stesse saranno senza diritto di voto (lo stabiliranno forse le misure attuative del decreto legge?). A ciò si aggiunga il fatto che la relazione di accompagnamento al decreto non richiama al proposito alcuna esigenza di proteggere l'autonomia della banca, ma, molto più prosaicamente, solo quella di garantire un ritorno finanziario all'erario, a tutela degli interessi dei contribuenti. Secondo alcuni, peraltro, anche l'eventuale limitazione del diritto di voto propria delle azioni privilegiate non impedirà comunque che il MEF, titolare delle stesse, possa far valere il suo peso nelle assemblee straordinarie, che deliberano su materie assai delicate come modifiche dell'atto costitutivo o emissioni obbligazionarie⁸. Inoltre, è espressamente previsto che l'eventuale ingresso del capitale pubblico nelle banche popolari comporterà, a vantaggio del MEF, la deroga al tradizionale principio "una testa un voto", al quale si ispira il modello di *governance* di quegli istituti. Il MEF conterà nelle popolari per quante azioni effettivamente possiede, e non certo come qualsiasi altro sottoscrittore (art. 1, comma 5). Un'altra significativa limitazione dell'autonomia dell'impresa bancaria.

b) Il secondo significativo strumento di intervento consiste nella semplificazione del ricorso alle procedure di amministrazione straordinaria delle banche, già previste dagli artt. 70 e ssg. del Testo unico bancario (di seguito TUB); tra le condizioni che

di per sé non è affatto scontato che azioni privilegiate (dal punto di vista patrimoniale) ne restino prive.

⁸ Questo hanno segnalato ad esempio i primi commenti dei quotidiani specializzati. Cfr. F. BECHIS, *Al Tesoro un nuovo Cuccia*, in *Italia Oggi*, 10 ottobre 2005, 1-2.

legittimano lo scioglimento degli organi di amministrazione è oggi inserita anche una crisi di liquidità “che possa arrecare pregiudizio alla stabilità del sistema finanziario” (art. 2, comma 1). Non vi è dubbio che si ampliano le ipotesi di eteronomia della *governance* bancaria, pur restando nell’ambito degli obiettivi generali del sistema di vigilanza, e cioè la garanzia di stabilità del mercato creditizio, come meglio vedremo in seguito.

c) Con la terza linea di intervento vengono poi incentivate e semplificate le modalità per l’erogazione di finanziamenti della Banca d’Italia ad imprese bancarie in crisi di liquidità (art. 3). Su questi finanziamenti il MEF può rilasciare la garanzia statale (art. 3, comma 2).

d) Di grande valore sistemico, in diretta correlazione con l’art. 47 Cost., il quarto tipo di intervento previsto dal decreto: ad integrazione ed aggiunta degli strumenti privatistici di garanzia dei depositi (leggi: fondo interbancario), il MEF è autorizzato a porre la garanzia statale a favore dei depositanti delle banche italiane per un periodo di trentasei mesi.

Curiosamente, tutte le misure attuative che stabiliranno criteri, condizioni, e modalità di sottoscrizione degli aumenti di capitale e delle concessioni delle garanzie previste dal decreto saranno disposte con decreti del MEF “di natura non regolamentare”, sentita la Banca d’Italia (art. 5, comma 1). Che natura dovrebbero avere questi decreti? Stando alla lettera della norma, dovrebbe trattarsi di atti amministrativi, aventi però carattere generale⁹. Questa qualificazione legale dovrebbe sottrarre tali

⁹ Autorevole dottrina evidenzia appunto come dovrebbe negarsi “carattere normativo ad atti meramente <applicativi> ...pure allorché provvedano stabilendo l’assetto giuridico di una serie nettamente definita di casi concreti”

atti al regime proprio dei regolamenti ministeriali, e dunque evitare i controlli e le procedure dell'art. 17, comma 3, della legge 400 del 1988, ma forse può essere anche stata dettata dall'esigenza di ovviare ad una facile obiezione che gli osservatori più attenti avrebbero potuto muovere di fronte ad un decreto legge che, per sua natura, non dovrebbe mai rinviare a successivi atti normativi attuativi, a meno di non gettare un'ombra di dubbio sulla sussistenza dei requisiti di necessità e urgenza. In ogni caso, il punto appare problematico, perché la relazione di accompagnamento configura comunque questi atti come da adottarsi "più in generale, per l'attuazione del medesimo decreto legge". E non è escluso che siano proprio questi atti a fornire maggiori precisazioni sulla natura giuridica di quelle azioni "privilegiate" cui si è fatto cenno, e dipanare ogni dubbio sui diritti amministrativi che tali titoli (non?) incorporeranno¹⁰.

Che quadro emerga dell'autonomia della banca in caso di attivazione degli strumenti previsti dal decreto è già stato indicato nella descrizione dei singoli strumenti. Siamo di fronte ad una evidente compressione dell'autonomia dell'impresa.

(A. M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, Jovene ed., Napoli 1970, 98).

¹⁰ Nonostante le qualificazioni formali, dunque, si tratterà di atti di notevole importanza; del resto la dottrina non ha mancato di sottolineare la "intrinseca politicità" del decreto ministeriale, per quanto lo si voglia "forzare" nelle griglie del mero atto amministrativo (F. POLITI, voce *Decreto ministeriale*, in *Enciclopedia del diritto*, V aggiornamento, Giuffrè, Milano 2002, 341 ss., 342).

Con riguardo invece alla Banca d'Italia, per un verso la stessa esce rafforzata nel suo ruolo tecnico di istituto che accerta la "inadeguatezza patrimoniale" della impresa bancaria, e la congruità del piano triennale di riassetto dell'istituto ricapitalizzato, in linea con gli assetti fondamentali delle coordinate normative che ne descrivono poteri e funzioni. La Banca d'Italia è solo sentita, invece, in caso di variazioni del piano di riassetto, laddove il potere sostanziale di approvazione o di veto è attribuito al MEF. Così come è sentita per l'adozione dei provvedimenti attuativi recanti criteri, condizioni e modalità di attuazione del decreto. Ha un ruolo fondamentale, invece, in caso si presenti l'esigenza di erogare finanziamenti a banche in crisi di liquidità, ma la lettura congiunta dei due commi della relativa norma (art. 3), la collocazione della stessa, il fatto che il MEF possa su tali finanziamenti rilasciare la garanzia statale, lascia al lettore l'impressione vaga che in questa veste di "Banca delle banche" l'Istituto di via Nazionale si muova quasi come una sorta di agenzia del Governo, da questo chiamata ad intervenire laddove si ravvisi la necessità.

Del tutto assente da questo quadro, invece, il Comitato interministeriale per il credito ed il risparmio, il CICR, che non è neanche citato nel decreto legge, pur essendo un'autorità creditizia investita di funzioni assai rilevanti, basti considerare quella di fornire le determinazioni generali nell'ambito delle quali la Banca d'Italia esercita la vigilanza regolamentare. A tal proposito confermerebbe una sorta di "declino" del CICR l'istituzione – per opera, a dire il vero, dello stesso CICR verso la fine della precedente legislatura – del "Comitato per la stabilità finanziaria", che riunisce MEF, Banca d'Italia, Consob e Isvap, con funzioni di monitoraggio e scambio di informazioni

allo scopo di prevenire e gestire “crisi finanziarie con potenziali effetti di natura sistemica”¹¹.

Il ruolo di protagonista è insomma tutto in capo al Ministero dell'economia. Su tale torsione della vigilanza verso il polo ministeriale, almeno nel caso si specie, non credo si possano avere dubbi.

Ora, il decreto legge in questione rappresenta in un certo senso l'ultimo recentissimo atto normativo di interpretazione dei poteri costituzionalmente previsti in materia di vigilanza creditizia, e per questo appare di notevole interesse per la presente analisi. Cercheremo ora di verificare se, ed in che misura, gli equilibri disegnati dal decreto legge siano più o meno coerenti con gli equilibri generali del sistema della vigilanza bancaria, e con i lineamenti costituzionalmente dati dell'autonomia dell'impresa bancaria. Senza ulteriormente anticipare l'esito dell'analisi, pare di poter dire fin d'ora che – quantomeno con riguardo alla gestione delle fasi di crisi - la tradizionale tesi che premia la centralità della Banca d'Italia nel sistema di vigilanza fino ad identificarla con il riferimento alla “Repubblica” di cui all'art. 47 Cost., appare di difficile conferma¹². Per il decreto legge

¹¹ R. BOCCIARELLI, *Nasce il Comitato per la stabilità finanziaria*, in *www.ilsole24ore.com*, 7 marzo 2008. A fronte delle turbolenze dei mercati finanziari dell'estate e dell'autunno del 2008, risultano numerose riunioni di tale Comitato, mentre il CICR è sembrato occupare un ruolo di secondo piano. Ne consegue un evidente ulteriore rafforzamento del Ministro dell'economia, considerato che al CICR partecipano obbligatoriamente altri membri del Governo che invece nulla hanno a che vedere con il Comitato per la stabilità finanziaria.

¹² La nota tesi è quella di F. MERUSI, *Art. 47*, cit. Su tale tesi, sulle sue meritevoli finalità, ma anche sui suoi limiti vedi oltre, par. 5.

appena esaminato non c'è dubbio che la Repubblica che – secondo l'art. 47 Cost. – "...tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito" sia innanzi tutto da intendersi come il Governo, nella specie del Ministro dell'economia.

3. I caratteri della specialità del settore: l'autonomia dell'impresa bancaria come funzione dell'autonomia della vigilanza bancaria.

I caratteri principali della idea di specialità richiamata a proposito dell'ordinamento creditizio si sono concretizzati nell'esperienza giuridica (non solo) italiana in un modello di trattamento normativo articolato per lo più intorno a due caratteri fondamentali:

- la preposizione di un complesso organico pubblico alla vigilanza del settore creditizio, in funzione della protezione degli interessi pubblici coinvolti dall'esercizio dell'impresa bancaria;
- la specialità dello statuto giuridico dell'impresa bancaria rispetto al diritto comune degli operatori economici, pur nella condivisione di alcuni assetti fondamentali di regolazione giuridica dell'impresa *tout court*. Tale specialità, in talune fasi storiche, ha perfino fatto dubitare della natura propriamente imprenditoriale dell'attività bancaria, spostandone le ricostruzioni dogmatiche intorno all'idea di servizio pubblico¹³.

¹³ M. S. GIANNINI, *Problemi della banca come impresa*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1981, I, 391.

Alla luce di questi rilievi potrà pertanto essere utile, nell'economia del presente ragionamento, una breve ricognizione del quadro normativo di riferimento, allo scopo di meglio chiarire l'attuale assetto ordinamentale fondato sugli art. 41 e 47 Cost, sul TUB, oltre che sulle recenti innovazioni normative in tema di tutela del risparmio (la cd. riforma del risparmio, la legge 262/2005), fino ad arrivare al decreto legge dal quale abbiamo cominciato l'indagine. In ogni caso questi ultimi interventi dimostrano per l'ennesima volta – ove ve ne fosse il bisogno – quanto sia vasta la gamma di strumenti attraverso i quali lo Stato interviene sui cicli finanziari, e quanto siano poco realistiche le tesi che pretendono dalle istituzioni pubbliche un atteggiamento di impassibile *laissez-faire*. E questo a prescindere dagli orientamenti ideologici e politici di chi si trova momentaneamente a rivestire le responsabilità di governo del settore.

In questo quadro il tema del rapporto tra autonomia e vigilanza nel settore bancario potrà essere ricostruito intorno a due livelli argomentativi, posti in rapporto di connessione evidente.

Per un verso il tema concerne l'autonomia dell'operatore economico-impresa bancaria, che agisce appunto come impresa in un quadro tuttavia segnato da forti limitazioni di tale autonomia, a partire dalle regole preposte alla costruzione di un selettivo e severo sistema di accesso al mercato bancario.

Per altro verso occorre fare riferimento alle peculiarità del sistema di vigilanza realizzatosi nell'ordinamento, ed al grado di indipendenza di tale sistema rispetto al circuito politico-rappresentativo.

In questo contesto gioca un ruolo la annosa questione del regime proprietario della Banca d'Italia. Ci si potrebbe in effetti chiedere se sia possibile cogliere il riflesso di una sorta di

concezione autoreferenziale della vigilanza stessa nelle peculiarità del regime proprietario della Banca d'Italia, segnato dal collegamento (invero più labile, dopo la legge 262/2005, ma pur presente¹⁴) tra le banche stesse e l'istituzione di Via Nazionale.

In altre parole, la "specialità" del regime proprietario della prestigiosa istituzione può ancora sostenere l'idea che la Banca d'Italia possa in qualche modo essere considerata riferimento esponenziale di una cerchia di interessi (quelli degli operatori bancari) diversi dall'interesse generale? E quindi investita della funzione di vigilanza delle banche da un punto di vista per così dire "interno" al sistema, pur nel riconoscimento della pienezza dell'orizzonte pubblicistico nel quale ci muoviamo? Per essere più chiari, propongo un parallelo forse ardito ma certamente molto diretto: si pensi ad un altro ordinamento sezionale¹⁵,

¹⁴ La legge ha introdotto un termine per l'alienazione obbligatoria delle quote di Banca d'Italia attualmente possedute da banche ormai privatizzate, nonché l'obbligo di cessione delle stesse quote allo Stato o ad altri enti pubblici (cfr. art. 19, comma 10, legge 262 del 2005).

¹⁵ Sulla teoria dell'ordinamento sezionale è d'obbligo il riferimento a M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Vol. I, 2^a ed., Milano, Giuffrè, 1988, 169 ss.. L'Autore considera quello creditizio l'ordinamento sezionale per eccellenza (M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, 171-172). Che oggi il settore creditizio possa essere qualificato ancora come ordinamento sezionale è dato tutto da verificare, ed in fondo la presente analisi è proprio dedicata a verificare l'attualità di tale nozione, esistendo una connessione evidente tra lo statuto di autonomia dell'impresa bancaria e la possibilità di predicarne la collocazione sistemica appunto in un ordinamento sezionale. Pone in stretto collegamento l'idea di impresa – servizio pubblico con quella di ordinamento sezionale U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, Cedam 1974, 457.

quello delle professioni, dove la vigilanza sul corretto esercizio delle attività poste in essere dagli operatori è appunto realizzata da enti pubblici, gli ordini professionali, che ovviamente perseguono il pubblico interesse, ma sono anche evidentemente esponenziali degli interessi della categoria, ed esercitano tale funzione di vigilanza in condizioni di forte autonomia¹⁶.

Il punto è, in buona sostanza, se l'assetto proprietario della Banca d'Italia, allo stato attuale della legislazione vigente, possa essere letto in collegamento con il tema dell'indipendenza dell'Istituzione e della funzione di vigilanza esercitata sulle imprese bancarie. La dottrina prevalente tende a ridimensionare una ipotesi interpretativa del genere, essenzialmente in ragione del fatto che il Consiglio superiore, espressione della proprietà delle banche, è sempre stato rigorosamente escluso da qualsiasi competenza in materia di vigilanza¹⁷.

I concreti equilibri prefigurati dal costituente con riguardo all'esercizio della funzione di vigilanza vanno piuttosto ricercati in altri elementi del quadro di riferimento normativo, sia sotto il profilo soggettivo della composizione e della designazione degli

¹⁶ Sugli ordini professionali e sulla loro posizione nel sistema sia consentito rinviare a G. COLAVITTI, *Rappresentanza e interessi organizzati. Contributo allo studio dei rapporti tra rappresentanza politica e rappresentanza di interessi*, Giuffrè, Milano 2005, 239 ss.

¹⁷ P. De VECCHIS, *Banca d'Italia*, voce del *Digesto disc. pubbl.*, vol II, 1987, 151 ss., 162. La lettura prevalente riconosce nel peculiare assetto proprietario della Banca d'Italia un elemento che spinge l'istituzione verso il profilo dell'autonomia dalle autorità politiche, e rigetta fermamente le più risalenti tesi sulla natura giuridica privata dell'ente (F. CAPRIGLIONE, *Banca d'Italia*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, I aggiornamento, Giuffrè, Milano 1987, 243 ss., 245).

organi direttivi della Banca d'Italia, sia sotto il profilo oggettivo del modo di esercizio delle funzioni, considerato anche il collegamento con il Ministro dell'economia e con il Comitato interministeriale per il credito ed il risparmio (d'ora in poi CICR).

In ogni caso, ecco che i due livelli argomentativi cui prima facevo cenno si intersecano fra loro: il tema dell'autonomia dell'impresa bancaria e della specialità dello statuto di tali enti incrocia inevitabilmente il tema dell'autonomia della vigilanza bancaria, e primariamente della istituzione pubblica, la Banca d'Italia, che è investita della funzione.

In altre parole, ad avviso di chi scrive, il tema della dialettica tra autonomia e vigilanza nel settore bancario deve essere declinato intorno ai due momenti dell'autonomia dell'impresa bancaria da un lato, e a quello dell'indipendenza della Banca d'Italia dall'altro, alla luce del quadro di riferimento positivo, innanzitutto di rango propriamente costituzionale. Tanto più autonoma ed indipendente può considerarsi la Istituzione di vigilanza, tanto più lo statuto dell'impresa bancaria, pur nella sua specialità, si muove verso il lido della piena libertà di impresa, cardine della Costituzione economica italiana, ipostatizzato, seppur problematicamente, nell'art. 41 Cost¹⁸.

¹⁸ Sulla libertà di iniziativa economica esiste una bibliografia ormai sterminata. Per il presente lavoro sono stati considerati in particolare A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, Milano 1963; A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Dir.*, XXI, Milano 1971; F. GALGANO, *La libertà di iniziativa economica privata nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* (diretto da GALGANO), vol. I, *La Costituzione economica*, Padova, Cedam 1977, 511 ss.; M. LUCIANI, *Economia nel diritto*

4. Dall'impresa funzione all'impresa diritto: le banche dall'oligopolio amministrato al Testo unico bancario.

Come Antonio Cervati ha sempre insegnato, la comprensione del dato giuridico non può prescindere da una storicizzazione dello stesso¹⁹. Da qui l'esigenza di una lettura diacronica che, per quanto rapida, possa dar conto dei profili evolutivi della regolazione normativa delle attività considerate²⁰.

L'impresa bancaria nasce e si sviluppa nel nostro Paese in un contesto normativo improntato ad una certa dose di liberismo

costituzionale, in *Digesto Pubbl.*, V, Torino, 1990, 375 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte speciale, Cedam, Padova 1992, 456 ssg.; G. BOGNETTI, *La Costituzione economica italiana*, Milano 1993; R. NANIA, *Libertà economiche: impresa e proprietà*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, 2^a ed., vol. I, Giappichelli, Torino 2006, 193 ss.

¹⁹ Cfr. *ex multis*, A.A. CERVATI, *A proposito dello studio del diritto costituzionale in una prospettiva storica e della comparazione tra ordinamenti giuridici*, in *Diritto romano attuale* 2/1999, spec. 34 ss; ID., *A proposito di metodi valutativi nello studio del diritto costituzionale*, in *Diritto pubblico* 2005,...; ID., *In tema di percorsi per il riconoscimento del diritto costituzionale*, in *Diritto romano attuale* 9/2003, 200; ID., *Il diritto costituzionale europeo e la crisi della dogmatica statualistica*, in *Diritto romano attuale* 6/2001, 21 ss.

²⁰ Per una più ampia ed efficace ricostruzione del profilo storico dell'evoluzione della legislazione bancaria italiana è d'obbligo il riferimento a R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Il Mulino, Bologna, , 2007, (IV ed.) 23 ssg.

economico. La legge del 1926, pur “abbozzando” i cardini di un sistema pubblico di regolazione basato sul dualismo autorità di governo-Banca d’Italia, presenta un controllo pubblico disperso in una pluralità di centri di riferimento, corrispondenti alla pluralità e alla settorialità delle imprese bancarie coinvolte.

Sarà la legge bancaria del 36-38 (locuzione in cui ci si intende riferire ad una serie di disposizioni adottate appunto in quegli anni) a costruire per la prima volta un complesso organico accentrato preposto alla vigilanza del settore bancario, e costituito dal Comitato dei ministri, presieduto dal Duce Capo del Governo, e dall’Ispettorato, al cui vertice è il Governatore della Banca d’Italia.

La dottrina ha icasticamente definito il modello nei termini dell’ “oligopolio amministrato”²¹, caratterizzato da un alto tasso di discrezionalità in capo alle autorità di vigilanza, dotate di strumenti in grado di esercitare un’influenza sugli operatori economici assai profonda, e comunque non riducibile alla mera funzionalizzazione delle imprese bancarie alla cura del solo interesse pubblico alla stabilità del sistema creditizio. Venne così a costruirsi un sistema nel quale le pubbliche autorità potevano utilizzare la leva creditizia come strumento di politica economica, nel quadro più generale della subordinazione della produzione agli obiettivi generali dello Stato corporativo²². Qui

²¹ R. COSTI, *op. cit.*, 59.

²² Sulla funzione corporativa dello Stato può rinviarsi a S. PANUNZIO, *La Camera dei fasci e delle corporazioni*, Roma 1939. Al riguardo, oltre alla sterminata letteratura dell’età corporativa (richiamata in G. COLAVITTI, *op. cit.*, spec. 76 ss.), il lettore contemporaneo può trovare interesse nel consultare due documenti densi di contenuti giuridici, oltre che di istanze politiche: la relazione della Commissione del Senato sull’istituzione della

emerge in tutta la sua problematicità una vera e propria costante della questione dell'autonomia dell'impresa bancaria. Se la vigilanza non è strettamente conformata ed orientata alla protezione dell'interesse pubblico alla stabilità del sistema, e dunque esorbita dal canone della "sana e prudente gestione", oggi codificato dall'art. 5 TUB, canone che in fondo appare come corollario indefettibile di una moderna ed aperta economia di mercato, il controllo pubblico rischia di diventare uno strumento che sacrifica in modo irragionevole la libertà di iniziativa economica e la funzionalizza verso obiettivi ultranei che, se potevano essere giustificati in una forma di Stato quale quella corporativa, certamente non lo sono più nella attuale forma di Stato. Del pari la discrezionalità tecnica ineliminabile strutturalmente nella vigilanza bancaria deve sempre essere esercitata al fine della verifica della sana e prudente gestione, senza indulgere o sconfinare in terreni quali l'apprezzamento delle cosiddette "esigenze economiche del mercato", o addirittura la promozione della "italianità" degli operatori economici; si tratterebbe in questi casi di orizzonti di riferimento incompatibili con l'ordinamento bancario, non solo alla luce dell'integrazione comunitaria, ma anche e soprattutto alla luce del dato di riferimento costituzionale, anche nel periodo di vigenza della legge bancaria del 1936-1938 successivo all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana. Come a dire che talune torsioni della vigilanza bancaria verso obiettivi diversi dalla sana e prudente gestione erano già incompatibili

Camera dei fasci e delle corporazioni, relatore Santi Romano, ma anche la corrispondente relazione di commissione della Camera dei deputati, relatore Giacomo Acerbo. Le relazioni, già pubblicate in *L'Economia Italiana*, gennaio-febbraio 1939, sono ora in F. PERFETTI, *La Camera dei Fasci e delle Corporazioni*, Bonacci ed., Roma 1991, 408 ss..

con il quadro di riferimento costituzionale anche prima dell'introduzione del TUB²³.

Questa autorevole tesi, tuttavia, si scontra con un'analisi storica degli equilibri complessivi del sistema che sembra deporre in una direzione diversa, o, meglio, sembra indicare che l'esito qui indicato della vigilanza improntata alla sola verifica della sana e prudente gestione dell'impresa bancaria in funzione della garanzia generale della stabilità del sistema finanziario sia stato raggiunto a fatica, solo dopo il modificarsi non solo di talune regole scritte, ma anche di taluni contegni ed approcci culturali della vigilanza stessa, e sia ancora, tutto sommato, un processo tendenziale che può rischiare di essere interrotto²⁴.

A dire il vero, nell'immediato dopoguerra, alcune riforme del sistema di vigilanza potevano spingere il sistema ad assestarsi intorno ad un modello più coerente con i principi di un'economia di mercato. Al Comitato dei ministri succede il CICR, il Comitato interministeriale per il credito e il risparmio, che è presieduto non più dal Capo del Governo, bensì dal Ministro del Tesoro, con compiti di "alta vigilanza" in materia di tutela del risparmio, di controllo della funzione creditizia e in materia valutaria. Viene soppresso l'Ispettorato e le sue funzioni passano direttamente alla Banca d'Italia. Si è parlato al riguardo di una "depoliticizzazione" e di una burocratizzazione della vigilanza, spostata più in via di fatto che di diritto (attese le permanenti attribuzioni del CICR) sul polo Banca d'Italia. Non a caso alcune ricostruzioni teoriche puntarono sulla

²³ R. COSTI, *op. cit.*, spec. 241.

²⁴ F. CAPRIGLIONE, *L'ordinamento finanziario verso la neutralità*, Padova, Cedam 1994, 239-240.

qualificazione del CICR nei termini dell'organo amministrativo piuttosto che di organo politico, nonostante la sua composizione²⁵. Eppure, la perdurante vigenza della legge bancaria, con la sua previsione di penetranti strumenti di vigilanza, senza però una compiuta precisazione dei fini pubblici che avrebbero dovuto orientarne l'utilizzo, consentì a lungo, fino a tutti gli anni Settanta, una gestione del settore bancario ancora nei termini dell'oligopolio amministrato, segnato da forte discrezionalità, con uno status dell'impresa bancaria orientato verso il modello dell'"impresa-funzione" più che verso quello dell'"impresa-diritto", e ciò nonostante, come detto, il quadro costituzionale.

Il concetto di impresa-funzione, accompagnato dalla qualificazione dell'impresa bancaria nei termini del servizio pubblico, e dall'idea stessa di ordinamento sezionale utilizzata per spiegare il rapporto tra l'ordinamento del credito e quello generale, comporterà la subordinazione delle scelte di impresa all'interesse pubblico di volta in volta individuato dall'autorità preposta (l'interesse della produzione nazionale, nell'età corporativa, l'interesse delle esigenze economiche del mercato, nell'età democratica), e non individuato in via generale dal legislatore. Gran parte della dottrina finì per registrare, se non espressamente avallare, questa sostanziale sottrazione della banca alla protezione fornita dalla norma costituzionale della libertà di impresa, in forza della specialità dell'art. 47 della Costituzione, letto senza il necessario coordinamento con l'art. 41 Cost.²⁶.

²⁵ R. COSTI, *op. cit.*, 104

²⁶ Vedi per tutti A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, Milano, Comunità, 1963, 353.

Viceversa, il modello dell'impresa-diritto, verso il quale il sistema si orienterà a partire dagli anni Ottanta per effetto sia di un mutato "stile" della vigilanza, sia soprattutto per effetto delle direttive comunitarie in materia, fino all'adozione del TUB nel 1993, appare ben più in linea con la disciplina costituzionale dell'impresa.

L'art. 41 Cost., infatti, alla stregua delle letture più condivise, ci consegna un'idea di impresa come di diritto pieno, tutt'al più sottoposto a limiti esterni precisati dalla Costituzione stessa (dignità, libertà, sicurezza) il che presuppone la piena autonomia della sfera decisionale dell'imprenditore, innanzi tutto con riguardo alle finalità generali dell'iniziativa economica, lontano da ogni idea di funzionalizzazione²⁷.

Né a conclusioni diverse a ben vedere può condurre l'esigesi dell'art 47 Cost. È stato infatti sostenuto che la funzione per cui la Repubblica "disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito", non prevedendo alcuna riserva di legge, legittimerebbe un ricorso a poteri amministrativi segnato da amplissima discrezionalità, o addirittura orientabile di volta in volta verso gli interessi pubblici individuati dalle istituzioni preposte (che a dire il vero la Carta costituzionale non individua, limitandosi a parlare di "Repubblica")²⁸. Al contrario, se è pure vero che il

²⁷ Si veda al riguardo R. COSTI, op. cit., 234-235; per la dottrina costituzionalistica, tra le ricostruzioni più recenti si vedano le chiare conclusioni di R. NANIA, *Libertà economiche: impresa e proprietà*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, 2^a ed., vol. I, Giappichelli, Torino 2006, 193 ss, spec. 210-211.

²⁸ Così F. MERUSI, *Art. 47*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, Zanichelli-Foro it., 1980, 168

Costituente dovette fare i conti con la legge bancaria del 36-38, il cui impianto, come detto, sarebbe rimasto in vigore fino al TUB, la tesi della sostanziale costituzionalizzazione della legge bancaria²⁹, appare smentita da una lettura più attenta e più capace di cogliere i necessari collegamenti con le altre disposizioni costituzionali di rilievo, a partire dall'art. 41 Cost.. E allora, deve riconoscersi con la Corte costituzionale, che quello della riserva di legge è principio che conforma tutta la disciplina dei rapporti economici di cui al titolo III della Costituzione, e che peraltro è presidio generale dell'esercizio del potere amministrativo nel nostro ordinamento costituzionale³⁰.

Non può pertanto ritenersi che il controllo e il coordinamento del credito possano essere svolti per fini individuati di volta in volta dalle autorità creditizie, piuttosto che per le finalità generali previste dalla legge. Ciò non toglie che le maglie dell'art. 47 Cost. siano sufficientemente larghe da consentire alla legge di individuare fini pubblici anche di diverso taglio. In ogni caso appare persuasiva la lettura di chi, ritenendo pienamente applicabile all'impresa bancaria l'art. 41 Cost. ha ritenuto che la riserva di legge "implicita" nell'art. 47 potesse essere letta in collegamento con la previsione di cui all'art. 41,

²⁹ M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna 1977, 205.

³⁰ Ricostruisce con cura il dibattito dottrinario e richiama con precisione la giurisprudenza costituzionale che, fin da epoca risalente, ha sempre ritenuto principio generale della Costituzione economica italiana il necessario intervento del legislatore per la limitazione delle libertà economiche (anche in assenza di esplicite riserve di legge) R. NIRO, voce *Art. 41*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, UTET, Milanofiori Assago 2006, vol. I, 846 ss., spec. 853-854. In questo senso anche R. COSTI, *op. cit.*, 237-238.

terzo comma, Cost., in forza del 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”. I fini sociali alla luce dei quali la legge disciplina il controllo delle imprese bancarie sarebbero pertanto quelli di cui all’art 5, TUB, ovvero la sana e prudente gestione dell’impresa bancaria in funzione della stabilità del sistema: ci troveremmo pertanto di fronte ad una riserva di legge rinforzata, e non certo ad una funzione amministrativa capace di autodeterminarsi obiettivi e finalità da perseguire. Questa lettura può essere oggi confermata anche alla stregua del rilievo assunto dalla norma che, nel nuovo art. 117 Cost., dopo la riforma del titolo V, assegna appunto alla potestà legislativa statale esclusiva la materia della “tutela del risparmio” (art. 177, comma 2, lett. e, Cost.). Il TUB, con la sua determinazione della tutela della stabilità del mercato attraverso la garanzia della sana e prudente gestione (art. 5) quale fine sociale al quale è subordinato il controllo del credito costituisce senz’altro espressione della potestà legislativa esclusiva dello Stato: l’art. 117 Cost., con il citato riferimento alla “tutela del risparmio” rafforza l’inclusione di questo obiettivo tra gli interessi generali primari dello Stato, non suscettibili di ricevere trattamenti normativi frazionati in ragione dell’articolazione territoriale della Repubblica.

Possiamo dire che questo assetto più coerente con i canoni costituzionali e con l’assetto complessivo dell’economia di mercato sia stato raggiunto in via definitiva con il TUB del 1993 sull’onda di una spinta verso la oggettivizzazione dei parametri della vigilanza, e di una riduzione della sfera di discrezionalità della Banca d’Italia più coerenti con le politiche comunitarie e con le esigenze di ristrutturazione del mercato bancario che

portarono anche alla privatizzazione delle banche pubbliche negli anni Novanta³¹.

Il TUB ha dunque per lo più portata compilativa, e registra appunto il consolidamento degli assetti di ciò che è stato definito il “nuovo ordinamento bancario”.

In primo luogo assurge a norma cardine del sistema l'art. 5, che indica appunto il fine della vigilanza, nonché il parametro delle attività discrezionali, nel perseguimento della sana e prudente gestione del soggetto vigilato, in funzione della stabilità complessiva, dell'efficienza e della competitività del sistema finanziario, nonché dell'osservanza delle disposizioni in materia creditizia. Dottrina autorevole ha osservato che ciò comporterebbe una vigilanza diretta alla singola impresa vigilata, non al mercato in quanto tale, e dunque la definitiva espunzione dall'ordinamento bancario del canone delle “esigenze economiche del mercato”³². La tesi convince solo in parte; nella pratica le vicende del ruolo della Banca d'Italia in alcune recenti scalate bancarie hanno dimostrato che l'art 5 TUB consente ancora “un altissimo tasso di discrezionalità tecnica” confermato ad esempio dal giudice amministrativo a fronte del

³¹ Sulle privatizzazioni delle banche pubbliche esiste una bibliografia sterminata. Tra i contributi recenti, può richiamarsi G. PAGLIARI, *Le Fondazioni bancarie. Profili giuridici*, Giuffrè, Milano 2004, che pur offrendo una ricostruzione della vicenda da un punto di vista tutto sommato minoritario (lo scritto predilige l'idea della natura giuridica pubblica delle fondazioni, anche dopo alcune enunciazioni normative di segno opposto) non manca di ricostruire con completezza l'ampio dibattito avvenuto nella dottrina italiana.

³² R. COSTI, *op. cit.*, 84.

diniego di autorizzazione impugnato dalla ABN Amro, la banca olandese che aveva tentato la scalata alla Banca Antonveneta, in concorrenza con la Banca popolare italiana, già Banca popolare di Lodi (TAR Lazio, 19 luglio 2005)³³.

Altro elemento significativo l'art 6 del TUB, che pone le autorità creditizie in stretto collegamento con la comunità europea. La disposizione evidenzia il rilievo sopranazionale del mercato bancario, e la sua necessaria soggezione alle regole comunitarie, prime fra tutte quelle sulle libertà di stabilimento e di prestazione di servizi dell'impresa bancaria, nonché il principio dell'*home country control*.

Terzo elemento di rilievo, che ci riporta all'inizio del nostro discorso, e alla considerazione dello statuto speciale dell'impresa bancaria, è quello relativo alla decisa spinta del TUB nella direzione della cosiddetta "banca universale", ovvero del superamento del modello operativo basato su di una forte specializzazione dell'impresa bancaria. È superata definitivamente la distinzione tra azienda e istituto di credito, che giustificava una diversa modulazione della vigilanza in ragione dell'esercizio del credito a breve, o viceversa, a medio o lungo termine. La despecializzazione può essere simbolicamente rappresentata, nel primo articolo TUB dedicato alla definizione, con l'uso del termine indistinto "banca" per tutti gli enti creditizi.

Particolare rilievo assume poi, anche ai fini della conferma della tesi qui sostenuta del definitivo approdo dell'impresa bancaria verso il modello dell'impresa-diritto e dell'allontamento dal

³³ Ricostruisce la vicenda G. MINERVINI, *La Banca d'Italia, oggi*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, 619 ss., spec. 621 e 623-624.

modello dell'impresa-funzione, la esplicita definizione dell'art. 10 TUB, in forza del quale l'attività bancaria presenta appunto "carattere di impresa".

Queste le coordinate fondamentali dello statuto speciale dell'impresa bancaria e della sua collocazione nel quadro garantito dell'economia di mercato, alla luce del TUB letto ed interpretato in collegamento con gli artt. 41 e 47 Cost, e 117, comma 2, lett. e).

Veniamo ora al secondo livello argomentativo intorno al quale abbiamo tentato di ricostruire il rapporto tra autonomia ed eteronomia nel settore creditizio, e soffermiamoci più da vicino sulla Banca d'Italia.

5. L'indipendenza della Banca d'Italia.

Come si accennava in principio, elemento essenziale e funzione del complesso equilibrio tra autonomia e vigilanza nel settore creditizio è l'affidamento della funzione di vigilanza ad una istituzione, la Banca d'Italia, che presenta caratteri di indubbia singolarità, tanto da far dubitare chi scrive della possibilità di annoverare l'istituto nel *genus* delle autorità amministrative indipendenti³⁴.

³⁴ Non è possibile in questa sede ricostruire l'ampio dibattito sulla nozione di Autorità amministrativa indipendente. Sia sufficiente il richiamo a M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Giuffrè, Milano 1994, e F. MERUSI, M. PASSARO, voce *Autorità indipendenti*, in *Enc. dir.*, VI agg., Giuffrè, Milano 2002. Con riferimento al tema oggetto della presente indagine, ricostruisce efficacemente la problematica dell'applicabilità alla Banca d'Italia della nozione di autorità amministrativa indipendente F.

Non è possibile affrontare in quanto sede le vicende storiche relative alla nascita dell'istituto³⁵. Più utile appare considerare, per apprezzare la qualità del livello di indipendenza di cui gode l'istituto, alcuni profili di tipo soggettivo e oggettivo, con riguardo alla conformazione dell'ente e dei suoi organi di vertice, e con riguardo ai rapporti con le altre autorità creditizie nell'esercizio delle funzioni. Non senza avere rilevato che, pure

CAPRIGLIONE, *L'ordinamento finanziario*, cit., 201 ss., che conclude l'analisi affermando come “non è sembrato possibile giustificare la tesi che ritiene a tutti gli effetti inquadrabile in un contesto di piena indipendenza la Banca d'Italia”, e ciò anche prima della legge sul risparmio del 2005 (F. CAPRIGLIONE, *L'ordinamento finanziario*, cit., 239). *Contra*, R. COSTI, *op. cit.*, 134, ritiene invece che proprio la legge 262 del 2005, nel porre la Banca d'Italia accanto alle altre autorità di vigilanza del settore finanziario, e nel prevedere principi e regole comuni applicabili ai procedimenti tenuti da tali autorità, offra “un elemento quasi decisivo nel por termine” alla discussione circa l'afferenza dell'Istituto alla predetta categoria. Analizzando la stessa legge sul risparmio arriva più di recente a conclusioni opposte (a mio modesto avviso più condivisibili) F. CAPRIGLIONE, *Crisi di sistema ed innovazione normativa: prime riflessioni sulla nuova legge sul risparmio* (L. n. 262 del 2005), in *Banca Borse tit. cred.* 2006, 124 ss., che anzi vede nella riforma del risparmio modifiche normative che “destano profonde perplessità in ordine alla salvaguardia della sua – leggi: della Banca d'Italia – indipendenza” (F. CAPRIGLIONE, *Crisi di sistema*, cit., 166).

³⁵ Vedi al riguardo F. CAPRIGLIONE, voce *Banca d'Italia*, cit., la cui ricostruzione privilegia una prospettiva diacronica ed evolutiva nel tracciare la posizione sistemica dell'Istituto; ma anche con dovizia di riferimenti storici, P. DE VECCHIS, voce *Banca d'Italia*, cit. Conclude la disamina della posizione ordinamentale dell'Istituto prospettando la tesi di una contitolarità – affermatasi in via di fatto più che di diritto – della Banca d'Italia nella direzione della politica economica del Paese, accanto alle altre autorità creditizie, S. ORTINO, voce *Banca d'Italia*, in *Enc. giur.* Treccani, 4-5.

essendo il presente discorso dedicato alla vigilanza, esistono e sono sempre esistiti profili di intreccio e collegamento con le funzioni di banca centrale, cioè di organo deputato alla politica monetaria.

Questa relazione tra politica monetaria e vigilanza creditizia, che ha evidenti matrici economiche, essendo l'attività delle banche uno dei fattori determinanti della base monetaria, ha certamente contribuito storicamente a determinare l'affidamento delle funzioni di vigilanza alla Banca d'Italia, cioè ad un ente distinto dall'apparato burocratico dello Stato e non inquadrabile, con tutta probabilità, nell'amministrazione statale in senso stretto, in ragione dell'alto tasso di legittimazione tecnica che l'ha sempre contraddistinta. Le ricostruzioni più legate al dato di rango costituzionale hanno infatti evidenziato come l'art. 47 Cost., affidando alla "Repubblica" (e non alla legge parlamentare) il compito di proteggere la stabilità monetaria come equilibrio del rapporto credito-risparmio³⁶, abbia in qualche modo fondato e giustificato, confermando l'assetto della legge bancaria e delle prime disposizioni che nell'immediato dopoguerra incisero sul sistema, un sistema appunto caratterizzato dalla sottrazione della funzione monetaria e della vigilanza al circuito politico-rappresentativo. Tale tesi si spinge fino a configurare la Banca d'Italia, o meglio il suo Governatore, come organo costituzionale. E ciò a fronte della mancata espressa menzione dell'una e dell'altro nella Costituzione, e - direi - in totale disarmonia con i risultati del dibattito dottrinario sulle nozioni di organo costituzionale e di organo a rilevanza costituzionale³⁷.

³⁶ F. MERUSI, *Art. 47*, cit.

³⁷ Sui quali vedi per tutti T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, V ed., Giuffrè, Milano 1988, 213-214.

Credo che tale tesi, pur non condivisibile appieno, almeno con riguardo agli esiti da ultimo descritti, abbia avuto il merito di sottolineare l'importanza e la necessità per la Costituzione economica italiana di un modello di trattamento giuridico del mercato finanziario basato sull'autonomia della legge di mercato, e sull'antecedenza logica, prima ancora che giuridica, del tema della stabilità del mercato dei capitali rispetto agli altri mercati. Come a dire che senza l'art 47 Cost. avrebbero poco senso una serie di altre disposizioni costituzionali, giacché senza una stabilità monetaria non ha senso, o rischia di sembrare superficiale l'affermazione del diritto di libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.) o del diritto del lavoratore ad un'equa retribuzione (art. 36 Cost.) o ancora la stessa conformazione delle norme sul bilancio o sulla necessaria copertura delle leggi di spesa (art. 81 Cost.).

Pare dunque una tesi condivisibile nei suoi obiettivi di fondo, che sono quelli di sottrarre la vigilanza bancaria alle dinamiche del circuito politico rappresentativo, ma forse non anche in tutte le sue conseguenti implicazioni, specie se confrontata con l'analisi delle disposizioni di legge ordinaria che disciplinano i rapporti tra Banca d'Italia ed altre autorità creditizie.

In particolare con riguardo al Ministro dell'economia e al CICR, organo composto di ministri. In altre parole l'idea che la Banca d'Italia o il suo Governatore siano organi costituzionali poco si adatta alla esatta conformazione delle funzioni assegnate alle altre autorità creditizie, oltre ad entrare in sofferenza rispetto alle torsioni dell'esercizio in concreto della vigilanza verso il polo governativo, come capita nei momenti di crisi (vedi sopra, par. 2).

Al CICR, secondo l'art. 2 TUB, spetta l'alta vigilanza sul settore, mentre alla Banca d'Italia la (sola) mera vigilanza (art. 4 TUB). La vigilanza regolamentare, poi, è esercitata dalla Banca

d'Italia nell'ambito delle determinazioni del CICR (art. 53 TUB), e dunque non è un potere autonomo. Si tratta della vigilanza forse più connotata "politicamente", in quanto destinata a fornire regole generali applicabili ad una serie indistinta di casi, e non pare a chi scrive un caso che sia appunto esercitata secondo le direttive del CICR. Diversamente da quanto non accada per la vigilanza ispettiva e quella informativa, che presentano carattere più marcatamente amministrativo, ed infatti sono lasciate alla piena autonomia della Banca d'Italia.

Si aggiunga a questo quadro il potere del CICR di conoscere in sede di reclamo dei provvedimenti sanzionatori adottati dalla Banca d'Italia.

Per completezza va osservato che, a temperare questi elementi che sembrerebbero spostare la Banca d'Italia nell'area di influenza del CICR, esistono altri dati normativi che paiono deporre in senso diverso. Gli atti del CICR sono adottati su proposta della Banca d'Italia (art. 4, comma 1 TUB) e il CICR si avvale stabilmente della Banca d'Italia per l'esercizio delle sue funzioni (art 2, comma 4, TUB). Ma è pur vero – d'altro canto - che il CICR può disattendere le proposte della Banca d'Italia, riformarle o modificarle. E del resto dottrina attenta ha già da tempo segnalato come il potere di proposta della Banca d'Italia in ordine alle delibere del CICR non sia sufficiente a "legittimare il convincimento che detta autorità politica sia stata esautorata dei suoi poteri"³⁸.

Certo non a caso, per difendere l'autonomia della Banca d'Italia dal CICR, altra dottrina, oltre a ribadire con forza come il TUB

³⁸ F. CAPRIGLIONE, *L'ordinamento finanziario verso la neutralità*, cit., 237.

non preveda un generale potere di direzione in capo al CICR nei confronti della Banca d'Italia, ma solo ipotesi tassative nelle quali appunto la Banca d'Italia ne deve seguire gli indirizzi, ha cercato di sottolineare il profilo tecnico dello stesso CICR, qualificandolo, come già si è accennato, come organo amministrativo e non politico³⁹, a costo, a mio avviso, di forzare un po' il dato giuridico (che un organo composto di ministri non abbia tono politico pare invero improbabile). Altri hanno invece sottolineato come il quadro normativo in tema di rapporti CICR-Banca d'Italia non possa escludere, e di fatto non abbia escluso in passato e non escluda al presente - si pensi in particolare all'interpretazione che del proprio ruolo offre il Ministro dell'economia Tremonti - una soggettività politica piena in capo al CICR⁴⁰; in verità, oggi, tale ruolo pare assunto direttamente dal suo presidente, investito di fatto di una sostanziale posizione di primazia nella funzione di vigilanza. Il che non dovrebbe però contrastare con quanto detto a proposito dei fini della vigilanza che debbono restare quelli della sana e prudente gestione - art 5 TUB, letto alla luce degli artt. 41 Cost., 47 Cost., e 117, comma 2, lett. e) Cost.- ma solo giustificare maggiori margini di apprezzamento politico con riguardo alle modalità di esercizio in concreto delle funzioni di vigilanza.

Possiamo forse concludere che il quadro normativo in tema di rapporti tra Banca d'Italia e le altre Autorità creditizie non ci

³⁹ R. COSTI, *op. cit.*, 104; lo stesso Autore, peraltro, ritiene (forse contraddittoriamente?) che alla natura amministrativa e non politica del CICR si accompagni la piena responsabilità politica individuale dei ministri che ne fanno parte (R. COSTI, *op. cit.*, 108).

⁴⁰ G. MINERVINI, *La Banca d'Italia, oggi*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, 619 ss.,

consegna un'indicazione univoca in direzione dell'affermazione del principio della indipendenza funzionale della Banca d'Italia, se si eccettuano le pur importanti funzioni di vigilanza ispettiva e informativa. È vero piuttosto che il grande prestigio guadagnato dalla Banca d'Italia ha costituito il presupposto per guadagnare in concreto spazi di notevole autonomia. Per questo, piuttosto che predicare di una attuale piena indipendenza, appariva più corretto il ricorso alla felice immagine di una Banca d'Italia in cammino verso la neutralità⁴¹.

Né in termini diversi credo possiamo ragionare considerando la proclamazione del principio di indipendenza pure contenuta nella legge sul risparmio, la legge 262 del 2005, nel quadro però di una logica generale che è stata giustamente definita di tipo punitivo⁴². L'indipendenza è infatti dall'art 19, comma 3, legge 262 del 2005, strettamente correlata a quanto richiesto dalla disciplina comunitaria per l'esercizio delle funzioni della Banca stessa. È una sorta di autonomia "misurata", o, più propriamente, "commisurata" al parametro comunitario. E se è vero che gli artt. 105 e ss. Tr. CE configurano un sistema di sicura protezione delle Banche centrali dall'influenza dei governi, con chiari obiettivi di protezione dell'autonomia anche della BCE, nonché del SEBC, è pur vero che ciò attiene alla politica monetaria, non alla funzione di vigilanza, rispetto alla

⁴¹ F. CAPRIGLIONE, *L'ordinamento finanziario*, cit., che però quasi profeticamente avvertiva: "occorrerà peraltro che tale processo dinamico non venga interrotto" (F. CAPRIGLIONE, op. ult. cit., 239-240).

⁴² F. CAPRIGLIONE, *Crisi di sistema ed innovazione normativa: prime riflessioni sulla nuova legge sul risparmio (l. n. 262 del 2005)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, 125

quale il SEBC ha com'è noto compiti minori (art 105, comma 5, Tr. CE), o solo eventuali (art 105, comma 6, Tr.CE)⁴³.

In altre parole il legislatore della riforma del risparmio – che ha operato, dobbiamo ricordarlo, dopo la bufera calata sulla Banca d'Italia in seguito a dubbie vicende di scalate bancarie, fino alle dimissioni dell'allora Governatore Fazio – ha sì proclamato formalmente il principio di indipendenza dell'Istituto, ma lo ha collegato ad un livello istituzionale-normativo, quello europeo, dove l'indipendenza è attribuito essenziale ed irrinunciabile delle competenze monetarie, non già di quelle di vigilanza.

Pare invero che il profilo dell'indipendenza della vigilanza sia entrato, con la legge sul risparmio, in una fase di ripensamento, se non proprio di crisi.

La legge, com'è noto, prende le mosse da un diffuso giudizio negativo sull'operato non tanto della Banca d'Italia in sé, quanto del suo Governatore, in relazione alle citate vicende legate ad alcune difficili scalate bancarie. Tale giudizio ha investito il *modus operandi* basato sul concetto di "*moral suasion*", e la legge ha inteso recuperare non solo maggiore collegialità alle decisioni dell'istituto, ma anche e soprattutto rendere conoscibili e trasparenti i processi decisionali, secondo un'ottica di forte recupero del principio di legalità. La *moral suasion*, per quanto ritenuta in passato utile in un contesto quale quello bancario, e per quanto espressamente richiamata dalle istruzioni di

⁴³ Sul tema dell'indipendenza e della responsabilità della BCE e del SEBC, vedi G. REPETTO, *Responsabilità politica e governo della moneta: il caso BCE*, in G. AZZARITI (a cura di), *La responsabilità politica nell'era del maggioritario e nella crisi della statualità*, Giappichelli, Torino,....., 283 ss.

vigilanza, deve cedere il passo a procedimenti decisori fondati sul diritto di accesso, sulla partecipazione degli interessati, secondo la logica della legge 241 del 1990, espressamente richiamata⁴⁴. E, soprattutto, i provvedimenti con efficacia esterna passano dalla monocraticità del Governatore alla collegialità del direttorio, che per quanto collegialità di diseguali, è pur sempre collegialità⁴⁵.

Ma l'innovazione più profonda della nuova legge (quella che concerne la proprietà dell'ente, con il riferito obbligo di trasferimento allo Stato e ad enti pubblici delle quote possedute da banche private è a mio avviso da ridimensionare perché è sempre stato chiaro che il Consiglio superiore, espressione della proprietà, non ha mai rivestito funzioni di vigilanza) è quella che rivoluziona il procedimento di nomina del governatore. Dalla sostanziale imputazione della nomina alla volontà del Consiglio superiore, salvo un potere impeditivo del Governo, si passa ad una nomina con deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, sentito il Consiglio superiore. È sparito anche il concerto del Ministro dell'economia e, soprattutto, se prima era solo sentito il Consiglio dei ministri, ora ad essere solo sentito è il Consiglio Superiore. È un vero e proprio rovesciamento di prospettiva, che "offre il fianco al rischio di perdita dell'autonomia da parte di

⁴⁴ Valorizza tale richiamo N. LONGOBARDI, *Poteri regolatori, giusto procedimento e legittimazione democratica*, in corso di pubblicazione negli *Scritti per Franco Pugliese*, e, più ampiamente, ID, *La regolamentazione ed i controlli: le autorità amministrative indipendenti (il modello regolativo-giustiziale)*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto*, Giappichelli, Torino 2006, 211 ss.

⁴⁵ G. MINERVINI, *op. cit.*, 630.

tale istituzione⁴⁶. Se collegato alla introduzione di un limite di sei anni alla durata del mandato, il senso di questa profonda revisione non può che essere quello di un certo grado di ridimensionamento della posizione di indipendenza del Governatore. Anche se, per completezza, al quadro qui descritto va aggiunta la forte protezione che il Trattato pone alle procedure di revoca dei governatori, ancorate a precise condizioni, e soprattutto “giustiziabili” di fronte alla Corte di giustizia (art. 14, protocollo sul SEBC).

Conclusioni.

La ricostruzione del quadro problematico offerto non si presta, in verità, a soluzioni univoche.

La disamina dell’assetto giuridico che disciplina l’esercizio dell’impresa bancaria si è risolta nella constatazione di un approdo di pieno riconoscimento della libertà di iniziativa economica nel settore bancario, nell’impossibilità di prefigurare limiti a tale libertà che non siano limiti esterni, e che comunque non si risolvano nelle verifiche della sana e prudente gestione e dunque, in ultima analisi, nella garanzia di stabilità del settore probabilmente più cruciale della vita economica.

Ciò non ha impedito, negli ultimi anni, grazie alla forte discrezionalità propria degli strumenti della vigilanza, pur nella ormai precisata individuazione dei fini della funzione (art 5, TUB), una gestione in concreto dello stile della vigilanza che è stata giudicata incompatibile con il principio di libera concorrenza.

⁴⁶ F. CAPRIGLIONE, *Crisi di sistema ed innovazione normativa*, cit., 167.

Questo ha provocato una reazione che ha rivoluzionato l'assetto della Istituzione cardine della vigilanza bancaria. Se talune innovazioni, come quelle del recupero di quote di legalità e procedimentalizzazione dell'azione amministrativa, appaiono certamente coerenti con i principi generali, certo più problematico è l'assetto che ne è scaturito con riguardo alla posizione di indipendenza dell'ente e del suo vertice. Se in occasione della prima nomina del Governatore con le nuove regole, il profilo scelto è stato tale da ricevere consensi quasi unanimi, non è detto che in un prossimo futuro, la riconduzione al Governo del potere di nomina garantisca appieno quello statuto di autonomia e indipendenza del quale la vigilanza bancaria ha bisogno, per garantire la libertà dell'impresa bancaria.

Perché se è possibile trarre almeno una conclusione da questa analisi sulla relazione tra autonomia ed eteronomia nel settore bancario, ebbene la conclusione è che l'indipendenza della vigilanza appare corollario indispensabile dell'autonomia dell'impresa bancaria vigilata, e garanzia indispensabile perché le pur inevitabili limitazioni di tale autonomia siano sempre correlate alle finalità di garantire la stabilità del sistema, finalità indicata dal legislatore ordinario, ma soprattutto fondata sul sicuro riferimento costituito dall'art. 47 Cost.

Certo, il recentissimo decreto legge adottato per reagire alla crisi finanziaria internazionale e per sostenere il sistema bancario italiano pare indicare agli osservatori che una "vicinanza" strutturale del Governatore al Consiglio dei Ministri ed al Ministro dell'economia sia elemento evidente, almeno nelle fasi di crisi. In questa specifica e per certi versi drammatica circostanza, la Banca d'Italia è stata strumento del Governo, nel senso che ha senz'altro contribuito alla stesura del testo normativo, e sarà chiamata, in caso di necessità, ad attuare la

fonte primaria con l'adozione di misure di propria diretta competenza. Il che veniva rappresentato quasi fisicamente nella conferenza stampa della sera dell'8 ottobre 2008, quando, nella sala stampa di Palazzo Chigi, a fianco del Presidente del Consiglio e del Ministro dell'economia che illustravano i contenuti del decreto, sedeva proprio il Governatore.

Potremmo forse ricavare da questa esperienza concreta l'idea di una autonomia "a fisarmonica", che si espande o si ritrae a seconda della congiuntura economico finanziaria, ma che certamente è saldamente (*rectius*, costituzionalmente) ancorata alla esigenza di proteggere la stabilità del sistema finanziario secondo quanto imposto dall'art. 47 Cost. Non c'è dubbio che nei tempi di crisi che viviamo attualmente l'area dell'autonomia sia certamente più esposta ad essere sacrificata alle esigenze dell'intervento statale. Il che vale sia per l'impresa bancaria in quanto tale, che vede in qualche modo ridimensionarsi quell'approdo verso il modello dell'impresa-diritto che appariva definitivo, ma vale anche nei confronti dell'istituzione vigilante, specie in tempi nei quali il Ministro dell'economia intende fornire un'interpretazione "forte" delle proprie competenze in materia di vigilanza.