

ALBERTO CLINI

Professore associato di Diritto processuale amministrativo presso il Dipartimento di  
Giurisprudenza Università di Urbino Carlo Bo

*alberto.clini@uniurb.it*

## **ORDINAMENTO SEZIONALE DEL CREDITO E DIRITTI FONDAMENTALI DELLA PERSONA**

### **SECTIONAL SYSTEM OF CREDIT AND FUNDAMENTALS RIGHTS OF THE PERSON**

#### SINTESI

L'ordinamento sezionale del credito è stato oggetto di letture dottrinarie risalenti, per descrivere sotto diverse angolazioni, le speciali esigenze che giustificavano un'amministrazione derogatoria per la rilevanza dello specifico settore nel contesto economico di crescita e di sviluppo del Paese.

Analisi più recenti hanno messo in luce una continuità dei tratti di supremazia speciale che hanno caratterizzato, anche dopo la riforma bancaria degli anni Novanta del secolo scorso, il settore creditizio, reiterando delle caratteristiche sezionali non conformi all'assetto dei poteri pubblici previsto nella cornice costituzionale.

Le indagini sui rilievi e sulle incidenze di un ordinamento sezionale paiono perdere d'attualità in seguito all'espansione del diritto europeo nei campi di interesse economico, nella prospettiva di creazione di un mercato unico ispirato alle regole della libera concorrenza.

Dopo le recenti crisi sistemiche, il processo di espansione ha portato ad un rafforzamento del ruolo sovranazionale, attraverso l'introduzione di meccanismi unici di vigilanza bancaria e di risoluzione delle crisi, accentrando a livello europeo le funzioni precedentemente esercitate da autorità regolatrici nazionali. Pertanto, se la nuova fase di verticalizzazione europea, nonostante le molteplici difficoltà di avvio dei nuovi meccanismi e di omogeneizzazione delle procedure, dovesse entrare a regime – nell'ottica di assicurare una gestione "neutrale" all'insegna del principio di libera concorrenza –, permane il rischio non solo di ritrovare, ad un livello sovraordinato, la reiterazione dei tratti e dei limiti propri di un ordinamento sezionale – per come si è cercato di analizzarlo – ma soprattutto di perpetrare un sistema inadeguato al perseguimento degli interessi pubblici primari, quali il controllo di stabilità e la tutela del risparmio.

Il tentativo di riorganizzare il settore di regolazione bancaria non può quindi essere disgiunto dal recupero della fiducia nelle iniziative economiche (verso i mercati, nell'assumere rischi imprenditoriali, nel concedere il credito e via dicendo) che a sua volta è reso possibile – si crede – non attraverso raffinate e

tecnicamente sofisticate sovrastrutture ordinamentali, bensì ponendo al centro del sistema dei pubblici poteri- anche europei – la sovranità della persona.

#### ABSTRACT

The sectional credit system has been the subject of doctrinal readings dating back, to describe under different angles, the special needs that justified an administration derogating for the relevance of the specific sector in the economic growth and development context of the country.

More recent analyzes have brought to light a continuity of the traits of special supremacy that have characterized, even after the banking reform of the nineties of the last century, the credit sector, reiterating the sectional characteristics not entirely consistent with the structure of the pub powers provided for in the constitutional framework.

Surveys on the findings and incidences of a sectional order appear to be losing its relevance following the expansion of European law in the fields of economic interest, with a view to creating a single market inspired by the rules of free competition.

After the recent systemic crises, the expansion process has led to a strengthening of the supranational role, through the introduction of unique mechanisms of banking supervision and crisis resolution, centralizing at European level the functions previously exercised by regulatory authorities national. Therefore, if the new phase of European verticalization, despite the many difficulties of starting up the new mechanisms and homogenizing the procedures, should be fully implemented - with a view to ensuring “neutral” management based on the principle of free competition - the risk remains not only of finding, at a higher level, the repetition of the traits and limits of a sectional order - as we have tried to analyze it - but to perpetuate an inadequate protection of savings.

The attempt to reorganize the banking regulation sector cannot therefore be separated from the recovery of confidence in economic initiatives (towards markets, in taking on entrepreneurial risks, in granting credit and so on) that in turn is made possible - it is believed - not through sophisticated and technically sophisticated superstructures, but by placing the sovereignty of the person at the center of the system of public powers - even European ones.

PAROLE CHIAVE: ordinamento sezionale, politiche monetarie e del credito, banche, sovranità della persona.

KEYWORDS: sectional system, monetary and credit policies, banks, sovereignty of the person.

INDICE: 1. Premessa. – 2. L’ordinamento sezionale del credito nella centralità del potere pubblico. – 2.1. Risparmio, credito e moneta nella Costituzione. – 3. I nuovi sistemi unitari europei in materia bancaria. – 3.1. Il *Single Supervisory Mechanism* e il *Single Resolution Mechanism*. – 3.2. Criticità dei sistemi unitari europei. – 4. Dall’ordinamento sezionale del credito ai meccanismi unici europei: quali prospettive per la tutela del risparmio?

## 1. Premessa

Lo scenario economico e finanziario di questi ultimi anni si è connotato per un profondo rivolgimento del settore bancario, evidenziando - quanto al piano della riorganizzazione - rivendicazioni autoctone contrapposte a processi di innovazione centripeta: a grandi linee, si coglie una prospettiva che, da un lato, sembra involuta nella protezione di situazioni locali attraverso il ricorso (non coordinato) di interventi pubblici nazionali (legati al più ampio sistema di *home country control*), in risposta alle recenti crisi di liquidità e stabilità degli istituti di credito<sup>1</sup>; dall'altro, il contesto multilivello europeo ha compiuto un ulteriore passo verticistico, introducendo un inedito modello di accentramento delle competenze di vigilanza e risoluzione bancaria, per addivenire alla costituzione di una *Union banking*<sup>2</sup>.

Dal rilievo dell'evidente divergenza di tali dinamiche, emerge in modo altrettanto palese l'importanza di avviare una rinnovata riflessione sui fondamenti che alimentano, tradizionalmente, i complessi raccordi tra potere pubblico (nazionale e sovranazionale) e autonomia privata<sup>3</sup>.

Rispetto alla complessità del panorama generale, peraltro per molti aspetti non ancora stabilizzato, si ritiene utile riprendere una riflessione oramai risalente sulla descrizione dell'originario sistema ordinamentale bancario nazionale, come modello di organizzazione connotato da tratti di specialità e sezionalità, per poi procedere con una ipotesi di verifica, nella lettura delle crisi consumate negli ultimi dieci anni, sulla validità di questo assetto e delle risposte che, a livello nazionale ed europeo, ne hanno colto i limiti e prospettato una via neutrale alternativa di gestione.

Di qui l'interesse ad una verifica orientata a stabilire se il parametro tecnico-economico finalizzato ad assicurare una gestione quanto più neutrale pos-

---

<sup>1</sup> Sulla reazione alla crisi finanziaria globale attraverso il ricorso ad un massiccio intervento pubblico, G. NAPOLITANO, *L'intervento dello Stato nel sistema bancario e i nuovi profili pubblicistici del credito*, in *Gior. dir. amm.*, 2009, p. 429; per un inquadramento complessivo sulle componenti che hanno contribuito a diffondere una crisi finanziaria sistemica e sui relativi effetti, F. CAPRIGLIONE, *Globalizzazione, crisi finanziaria e mercati: una realtà su cui riflettere*, in *Mercato e banche nella crisi: regole di concorrenza e aiuti di Stato*, a cura di G. COLOMBINI, M. PASSALACQUA, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, pp. 14 ss.; ID., A. TROISI, *L'ordinamento finanziario dell'UE dopo la crisi*, Torino, Utet, 2014, pp. 81 ss.; S. AMOROSINO, *La regolazione pubblica delle banche*, Milano, Giuffrè, 2016.

<sup>2</sup> Sul quale, per tutti, F. CAPRIGLIONE, *L'Unione Bancaria Europea. Una sfida per un'Europa più unita*, Torino, Utet Giuridica, 2013.

<sup>3</sup> Le complesse controversie tra pubblici poteri e attività di impresa bancaria vengono analizzate con la consueta accuratezza da F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Torino, Giappichelli, 2013.

sibile di questi fenomeni possa costituire il percorso migliore per arginare le criticità che connotano la specialità sezionale del credito e, di conseguenza, se la riorganizzazione del settore creditizio attraverso l'introduzione dei vari meccanismi unici di vigilanza e di risoluzione possa innalzare forme di presidio più sicure per incoraggiare il risparmio, come prescritto più di settant'anni addietro dalla nostra Costituzione<sup>4</sup>.

## **2. L'ordinamento sezionale del credito nella centralità del potere pubblico**

La commistione che ha legato la storia bancaria e del credito con l'evoluzione dei poteri pubblici ha radici antiche (si rammenta l'istituzione nel 1407 della "Casa delle compere e dei banchi di San Giorgio" di Genova, che grazie alle esigenze finanziarie richieste del governo ligure poteva amministrare vaste colonie d'oltremare e proprietà sulla terraferma, date in garanzia, facendo ricorso ad una speciale autonomia di gestione e all'esercizio della giurisdizione civile e penale nelle materie di sua competenza: si realizzava così il primo modello bancario derogatorio, integrato nel sistema di potere repubblicano)<sup>5</sup>.

Come altrettanto noto, nelle vicende di inizio del secolo scorso il rapporto tra attività economiche private e autorità dello Stato, si è costruito sul costante assorbimento all'interno di quest'ultima di ogni iniziativa dei singoli che mostrasse una consistenza per il pubblico interesse<sup>6</sup>.

In breve, lo Stato, cui spettava la sovranità, riconduceva a situazioni di monopolio pubblico ogni vicenda privata che mostrasse un interesse di valore per la sfera pubblica; sicché attraverso l'esercizio di poteri autoritari, veniva ricondotta al perimetro della pubblicità ogni interesse privato che vi rilevava.

---

<sup>4</sup> Sul tema del controllo pubblicistico delle attività finanziarie sono imprescindibili le letture di L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, Cedam, 1992; N. MARZONA, *L'amministrazione pubblica del mercato mobiliare*, Padova, Cedam, 1988; S. AMOROSINO, *Banca (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, IV, *Agg.*, Milano, 2000, p. 141; I. BORRELLO, *Il controllo del credito*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, II ed., a cura di S. CASSESE, III, Milano, Giuffrè, 2003, p. 2791.

<sup>5</sup> L'episodio è tratto da C. BRESCIA MORRA, *Il diritto delle banche*, Bologna, Il Mulino, 2016, p. 25; sul piano dell'evoluzione storica della disciplina di settore, si veda L. CRISCUOLO, *Gli intermediari finanziari non bancari*, Bari, Cacucci, 2003; U. BELVISO, *Gli "intermediari finanziari" (tra storia e nomenclatura)*, in *Giur. comm.*, 2000, p. 181.

<sup>6</sup> Le fasi di incorporazione statale delle attività private rilevanti per il pubblico interesse, vengono analizzate diffusamente da L. MANNORI e B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, Laterza, 2001, nonché P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 3 La civiltà liberale*, Bari, Laterza, 2001.

La contrapposizione si mantiene netta tra apparati pubblici e soggetti privati, senza, da un lato, una forma di ibridazione tra i due insiemi (non ricorrendo ad esempio ad alcun riconoscimento di *munera* pubblici affidati ai privati o della soggettività pubblica a individui o enti privati), e dall'altro, con la sovrapposizione dell'autorità sulle libertà dei soggetti singoli e associati (dalla sovranità spettante all'autorità, si agisce in posizione di supremazia sulle posizioni del privato, ogni volta che si assume la rilevanza di un interesse pubblico; e quindi la legge statale assegna ad un'amministrazione statale un potere che si ritiene adeguato)<sup>7</sup>.

Conseguentemente, la relazione che lega i poteri pubblici all'impresa privata, si esaurisce, nell'assoggettamento evidenziato, nella supremazia di dettare le regole ed applicarle discrezionalmente, in un ambito riservato dello Stato; in tale contesto, non trova alcuna centralità la persona, i cui interessi, in contrapposizione all'emersione di una rilevanza pubblica, vengono confinati nella sfera egoistica e non possono, quindi, godere di autodeterminazione.

Procedendo sempre per rapidi tratti, anche il settore bancario e finanziario, non è immune a questa dinamica dei primi del '900, come confermato dal quadro di fondo dell'impianto pre-costituzionale composto dalla legge bancaria del 1936.

Non muta in questa prospettiva la natura speciale dell'organizzazione del settore bancario, sulla base di un impianto normativo, che ha modellato il sistema bancario nazionale per oltre cinquant'anni, sorto sulle trasformazioni politiche dello Stato italiano in senso autoritario, in un ambito di politica economica fortemente dirigistica e connotata da un diffuso sistema di partecipazioni statali e dalla proprietà pubblica delle banche (con la nascita di una fitta rete di legami tra banche e politica).

L'intera attività bancaria è ricondotta all'esercizio di una funzione pubblica, e dunque sottratta all'autonomia del diritto comune.

Il vertice del sistema è rappresentato dalla Banca d'Italia, che gode di un'autonomia normativa fortemente integrativa della legge ed al tempo stesso dotata di un ampio potere che contempla la predisposizione delle disposizioni, la verifica della loro osservanza, l'indirizzo dei comportamenti e l'ammissione o esclusione dei soggetti che possono operare nel settore bancario (si tratta, come di seguito spiegato, di una chiara relazione tra ordinamento sezionale ed esercizio di una supremazia speciale)<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Per una complessiva ricostruzione del fenomeno, L. R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, Cedam, 2004.

<sup>8</sup> I riferimenti tradizionali ai principali studi sull'idea di supremazia speciale e dell'ordinamento sezionale del credito si devono a M. S. GIANNINI, *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, in *Scritti per Santi Romano*, II, Padova, Cedam, 1939, p. 707; G.

## 2.1. Risparmio, credito e moneta nella Costituzione

Nel nuovo contesto costituzionale, l'art. 47 Cost. riassume, come noto, la centralità del sistema nei rapporti bancari, trattando di risparmio e di credito.

Abbiamo già avuto modo di spiegare l'inversione interpretativa che è stata rivolta alla disposizione costituzionale, ponendo in rilievo le esigenze di protezione del credito (e delle correlate politiche monetarie), per lasciare indirettamente un margine di tutela al risparmio, rispetto al governo esercitato sempre e con connotati immutati dalla Banca d'Italia<sup>9</sup>.

Non è casuale, difatti, che molti autori hanno fatto emergere nell'art. 47 una trasposizione dell'impianto legislativo contenuto nella fonte del 1936<sup>10</sup>.

L'art. 47 della Costituzione, invece, chiaramente investe la Repubblica a tutelare ed incoraggiare il risparmio in ogni sua forma, mentre prevede la regolazione del credito attraverso tre azioni (disciplina, coordinamento e controllo). Quanto al risparmio, la dottrina ha sempre sostenuto unanime la componente valoriale – seppure mai espressa nella sua centralità<sup>11</sup> – mentre nelle meno numerose ricostruzioni della nozione giuridica di risparmio, si è sempre collocato in un cono d'ombra sia la declinazione ad una pretesa sociale verso determinati beni (c.d. risparmio popolare<sup>12</sup>) sia soprattutto la ricognizione di un diritto fondamentale posto dalla Costituzione a protezione del risparmiatore<sup>13</sup>.

---

VIGNOCCHI, *Il servizio del credito nell'ordinamento pubblicistico italiano*, Milano, Giuffrè, 1968, M. NIGRO, *Profili pubblicistici del credito*, Milano, Giuffrè, 1969 e da ultimo sul tema, N. MARZONA, *Funzione monetaria*, Padova, Cedam, 1993.

<sup>9</sup> Per la ricostruzione critica del dibattito dottrinario sull'art. 47 Cost, sia permesso il rinvio ad A. CLINI, *Sovranità della persona nelle determinanti di tutela del risparmio*, in questa *Rivista*, 2017, 1, p. 349 ss.

<sup>10</sup> Secondo un autorevole approccio ermeneutico, la norma si esauriva nel dare copertura alla legge bancaria 36-38 (contenuta nel r.d.l. 12 marzo 1936, n. 375, convertito nella l. 7 marzo 1938, n. 141), in relazione anche alla assonanza lessicale con l'art. 1 della legge, sicché la disposizione costituzionale non poteva assolvere alcuna indicazione precettiva o di indirizzo per il legislatore; M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1977, p. 205.

<sup>11</sup> L'orientamento ermeneutico dominante, si è difatti limitato a cogliere la sola dimensione valoriale del risparmio, del tutto sbilanciata rispetto alla preminenza assegnata alle politiche monetarie e del credito, a scapito degli ampi spazi di protezione costituzionalmente previsti; attraverso il rilievo del carattere *relazionale* del concetto di risparmio si è affermato che la disposizione costituzionale «*concentra elementi diversi che acquistano un significato solo se scomposti e inseriti in un quadro più ampio*», formato dai presupposti che caratterizzano la struttura dello Stato sotto il profilo economico; F. MERUSI, (*sub*) art. 47, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, vol. III, Bologna, Zanichelli, 1980, p. 153.

<sup>12</sup> In generale, tra le analisi più attente alla poliedricità di taluni rapporti economici rispetto alla dimensione sociale, G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 3, p. 757; per la trasformazione della posizione soggettiva in forza della protezione costituzionale in un diritto sociale, L. R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti*

Affermare un contenuto polidimensionale del concetto giuridico di risparmio, non vuole certamente portare ad isolare la definizione dal rapporto certamente forte e inscindibile con la moneta ed il credito; tuttavia, rispetto alle interpretazioni dominanti tratte dalla disposizione costituzionale (trasfusa poi negli assetti di regolazione del settore), non può più essere disattesa l'individuazione dei contenuti indefettibili del risparmio, per orientare – a partire da questi ultimi - le decisioni che intersecano il perimetro di protezione e che hanno rappresentato negli ultimi anni, in occasione delle ben note crisi sistemiche, forme di presidio inadeguate, per non dire fallimentari.

La dominante ermeneutica che ha investito l'art. 47 Cost., del resto, ha permesso una sopravvivenza della legge bancaria del 1936, mantenuta in vigore fino al TU del 1993; solamente con quest'ultima disciplina si sono avviati indirizzi contrapposti al precedente impianto "dirigista", con l'introduzione delle prime istanze di derivazione comunitaria verso l'apertura del sistema creditizio alla concorrenza<sup>14</sup>. È sufficiente qualche cenno: l'apparato di vertice non è più una struttura politica amministrativa, bensì un'autorità amministrativa indipendente (Banca d'Italia, anche se permane in vita il Comitato interministeriale per il credito e il risparmio); il TU fissa, seppure in modo ancora generale e vago, comunque degli obiettivi di vigilanza, mentre in precedenza la legge bancaria aveva affidato alle autorità creditizie una sorta di delega in bianco; e ancora, viene a configurarsi l'idea di banca universale, che raccoglie ed impiega risorse sia sul breve termine sia sul medio e lungo termine ed esercita tutti i crediti speciali (dal credito fondiario a quello agricolo), consentendo di operare anche sul mercato mobiliare con l'acquisto e vendita di strumenti finanziari e la fornitura di servizi di investimento al pubblico<sup>15</sup>.

---

*fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 1, p. 87.

<sup>13</sup> In questo senso, la ragione di una piena protezione interna sul fronte del risparmio appare giustificata dalla riconduzione del medesimo nell'alveo di copertura dell'art. 2 Cost., alla stregua dei diritti riconosciuti al momento del costituirsi dell'ordinamento, in relazione a quel progetto di completamento materiale e spirituale della persona delineato dai principi fondanti la nostra Costituzione; A. CLINI, *Sovranità della persona nelle determinanti di tutela del risparmio*, cit., p. 364 ss.

<sup>14</sup> Nella legge del 1936 si esprimeva l'idea di un ordinamento sezionale chiuso, attesa la marginalità delle regole concorrenziali a favore del prevalente interesse rivolto alla stabilità (ancorché non efficiente) del sistema (S. CASSESE, *La lunga durata delle istituzioni finanziaria degli anni Trenta*, in AA. VV., *Le istituzioni finanziarie degli anni trenta nell'Europa Continentale*, Bologna, Il Mulino, 1982, p. 197 ss.); solamente a seguito dell'espansione nel sistema creditizio del diritto europeo, si è attenuata nel regime interno l'impostazione dirigista a vantaggio di una sempre maggiore sensibilizzazione verso il valore concorrenziale (A. PATRONI GRIFFI, *La concorrenza nel sistema bancario*, Napoli, Jovene, 1979, pp. 68 ss.).

<sup>15</sup> Puntualizzazioni esemplificate nella nitida analisi svolta da R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, Il Mulino, 2012, pp. 220 ss.

Nondimeno, la nuova cornice legislativa, pur rinnovando profondamente gli assetti bancari, reitera sotto il profilo dell'intrinseco esercizio dei poteri conferiti alla Banca d'Italia, specifici tratti di supremazia speciale, in ragione dei quali è comunque possibile percepire un (aggiornato) modello di ordinamento derogatorio ("neodirigistico")<sup>16</sup>.

Ciò è dimostrabile per le seguenti componenti.

Si tratta di caratteri che concernono l'esercizio di un ampio potere discrezionale caratterizzato dall'indefinizione dell'interesse pubblico (c.d. amministrativizzazione della produzione normativa)<sup>17</sup>: il Governatore della Banca d'Italia è il responsabile nella direzione del governo bancario e della moneta, attraverso, in primo luogo, il rilascio delle autorizzazioni all'accesso al mercato e alla vigilanza sull'esercizio dell'attività. Per chiarire meglio questi meccanismi di esercizio del potere, si può ricorrere, ad esempio, alle modalità di applicazione del criterio di "sana e prudente gestione" delle attività autorizzate. Si tratta di una clausola generale che come tale va interpretata ma alla quale non può essere riconosciuta la forza attributiva di un potere discrezionale, per il perseguimento di un interesse pubblico, non predeterminato dalla legge; altrimenti, le scelte discrezionali che si vogliono fare discendere dalla clausola generale, verrebbero valutate su di un interesse pubblico di volta in volta posto dalla medesima amministrazione come prevalente e rilevante, sicché la motivazione che sorregge la scelta funzionale di ogni provvedimento si identificherebbe con il fine predeterminato dall'autorità a sostegno dell'assunzione delle proprie decisioni<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Anche se autorevolissima dottrina – a sostegno della Banca d'Italia, quale «madre di tutte le Authorities» - esorcizza il problema, sostenendo che «gli ordinamenti sezionali stanno alle autorità indipendenti come il diavolo all'acqua santa» (F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, Feltrinelli, pp. 46 ss.); altra autorevole opinione, ritiene oramai aver perso attualità la nozione di ordinamento giuridico sezionale, in quanto «al pari di molti settori di regolazione di attività economiche aperte sempre più alle regole paritarie del mercato e della concorrenza, anche l'ordinamento del credito caduta l'impalcatura programmatica e dirigista della legge bancaria del 1936, non si presta a essere più ricostruito in termini di ordinamento sezionale» (M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri normativi della Banca d'Italia*, in *Banca impresa società*, 2003, p. 59.).

Resta tuttavia necessario valutare se i nuovi assetti europei – concorrenziali e gestiti attraverso autorità di regolazione – assicurino una adeguata tutela, centrale nella lettura costituzionalmente orientata che si propone, del risparmio come prerogativa di un diritto riconosciuto e protetto ai sensi degli artt. 2 e 47 Cost.

<sup>17</sup> G. MINERVINI, *La Banca d'Italia oggi*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, p. 620.

<sup>18</sup> Con la consueta chiarezza ricostruttiva, si è sostenuto come in fondo si tratti di una clausola generale che, come tale, risulta suscettibile d'essere interpretata senza alcuna implicita attribuzione di un potere discrezionale esercitabile alla luce dell'interesse pubblico, vale a dire di un'altra clausola generale L. R. PERFETTI, *Per una teoria delle clausole generali in relazione all'esercizio dei pubblici poteri. Il problema dell'equità*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1213.

Le medesime osservazioni valgono anche per il rilascio dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria, che rappresenta la porta di ingresso al settore riservato caratterizzato da un rapporto di supremazia speciale, propria dell'ordinamento sezionale. Nel procedimento di verifica sulla sussistenza dei requisiti necessari per l'adozione del provvedimento ampliativo, si ripropone il riconoscimento di un potere discrezionale nello scrutinio dei differenti parametri (potere che si perpetua anche nel successivo rapporto di vigilanza, ai fini dell'eventuale revoca). Il meccanismo che si reitera vede sempre l'autorità preposta all'autorizzazione interpretare clausole generali, che dovrebbero esprimere significati tecnico-economici, nel perseguimento di un interesse pubblico indeterminato o meglio determinato solamente a posteriori a sostegno della decisione che viene assunta. In altri termini, non si è perseguito, secondo la natura di clausola generale propria della "sana e prudente gestione", un percorso decisorio assunto sulla base di valutazioni tecnico-economiche, privilegiando un esercizio riconducibile alla discrezionalità pura e, dunque, non neutrale.

In questo senso, se si rifugge dallo sforzo di rendere meno evanescente l'interpretazione delle clausole generali, anche il ricorso, ad esempio, a parametri obiettivi che possano a questo punto arginare il percorso delle scelte discrezionali appare poco adeguato o quantomeno tautologico. Si permane difatti sempre nel potere dell'autorità di determinare il contenuto o quantomeno di assegnare alla determinazione un limitato sindacato giurisdizionale, rappresentato dai corollari della irragionevolezza (illogicità manifesta, errore e via dicendo), sicché i parametri di oggettività dell'azione altro non rappresentano che i consueti canoni di esame giurisdizionale della discrezionalità amministrativa.

È pur vero che con la riforma della banca centrale operata dalla l. 262/2005 si è registrato un innalzamento delle misure di protezione del risparmiatore e si è aperta una frattura - in relazione agli eventi collegati alle scalate bancarie, agli interventi della magistratura e alla contrapposizione del Parlamento - con gli indirizzi della Banca d'Italia<sup>19</sup>.

Ma il sopraggiungere di lì a poco delle ben note crisi finanziarie diffuse a livello globale, con il conseguente massiccio intervento pubblico sui versanti della proprietà e della liquidità, hanno determinato l'apertura di un periodo emergenziale, contraddistinto da iniziative eccezionali e derogatorie al tentativo di riordino del sistema.

---

<sup>19</sup> Tra i numerosi scritti, per un commento sistematico, *La nuova legge sul risparmio. Profili societari, assetti istituzionali e tutela degli investitori*, a cura di F. CAPRIGLIONE, Padova, Cedam, 2006; *La tutela del risparmio*, a cura di A. NIGRO, V. SANTORO, Torino, Giappichelli, 2007.

Con sembianze mutate, quindi, si è ripresentata ancora una manifestazione del potere riconducibile nei tratti essenziali ad una forma di ordinamento sezionale: si percepisce, nei connotati prevalenti, l'espressione di un ordinamento che vede soggetti partecipare ad un mercato riservato, destinatari di una particolare subordinazione nei confronti di un'autorità pubblica ordinante (vale a dire nel potere di dettare le norme, di impartire gli ordini, di applicare le sanzioni), che plasma un sistema derogatorio a quello generale<sup>20</sup>.

In questo senso si mantiene inalterato il sistema di ordinamento derogatorio del credito con un assetto non pienamente conforme al principio di legalità; con una totale funzionalizzazione all'interesse pubblico il quale, tuttavia, non è determinato se non dall'autorità di vertice del sistema (e dunque difficilmente sindacabile dal momento che è conoscibile *ex post* la sua determinazione, secondo uno schema occasionalista); con l'inversione della centralità dei diritti fondamentali posti dalla costituzione; con l'algoritmo perpetuato nelle varie forme di autoritarismo, per cui l'autorità preesiste alla legge e tutto ciò che non è limitato da quest'ultima spetta al potere<sup>21</sup>.

Di nuovo, quindi, si registra una sorta di spinta gravitazionale nelle dinamiche dialettiche tra l'autorità e le (garanzie delle) imprese, decentrando il nucleo di interessi di rilievo pubblico che giustificano il controllo complessivo dalla migliore tutela del risparmio e del risparmiatore.

### 3. I nuovi sistemi unitari europei in materia bancaria

La disamina fin qui condotta se per un verso sembra dimostrare, per grandi linee, un costante adeguamento del carattere ordinamentale sezionale al mutare delle discipline di settore, non tiene tuttavia conto, per altro verso,

---

<sup>20</sup> Sull'attualità dell'impianto sezionale del credito anche dopo l'entrata in vigore della legge bancaria del 1993, S. AMOROSINO, *L'ordinamento amministrativo del credito: studi*, Roma, Presidenza del Consiglio dei ministri, 1995, e ID., *Gli ordinamenti sezionali: itinerari d'una categoria teorica. L'archetipo del settore creditizio*, in *Le trasformazioni del diritto amministrativo: scritti degli allievi per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini*, a cura di S. AMOROSINO, Milano, Giuffrè, 1995, p. 1 ss.

<sup>21</sup> Con il perspicuo acume, vengono puntualizzati gli elementi critici del sistema «(i) completamente derogatorio della legalità, (ii) nel quale l'intero settore è funzionalizzato all'interesse pubblico e (iii) quest'ultimo non è determinato se non dall'autorità di vertice del sistema, secondo uno schema nel quale esso non è mai sindacabile semplicemente perché è conoscibile solo dopo esser stato determinato (secondo lo schema occasionalistico per il quale il concetto è ciò che di volta in volta si decide che sia), (iv) con il risultato che i diritti fondamentali (anche costituzionali) sono garantiti solo nel perimetro del prudente apprezzamento dell'autorità e (v) si riconferma lo schema base dell'autoritarismo continentale a lungo - ed anche ora - imperante, vale a dire quello per il quale l'autorità preesiste alla legge e tutto ciò che non è limitato da quest'ultima spetta al potere»; L. R. PERFETTI, *Art. 107 - Autorizzazione*, in *Commentario al Testo Unico bancario*, a cura di F. CAPRIGLIONE, Padova, Cedam, 2012, p. 1402.

dell'impatto che, come noto, viene riconosciuto all'espansione del diritto europeo e, attraverso esso, all'immanenza del principio di libera concorrenza sul settore bancario.

In particolare, in questi ultimi anni in ragione dei processi di integrazione si è attuata una graduale e sistematica trasformazione del sistema bancario di accesso e vigilanza, il quale, anche sotto il profilo del concreto esercizio, si pone in termini alternativi alle prerogative consolidate delle Banche centrali nazionali, finendo per incidere anche sui tratti derogatori del sistema ordinamentale<sup>22</sup>.

Dopo gli effetti sistemici della crisi finanziaria iniziata nel 2008, si è avviata una profonda e rapida riforma delle regole e dei controlli pubblici sul settore bancario. Si è dato impulso alla realizzazione di un'Unione Bancaria a livello europeo, progettata su tre meccanismi unici nell'ambito della vigilanza (*Single Supervisory Mechanism*) degli interventi di risoluzione delle banche in crisi (*Single Resolution Mechanism*) e di un sistema di unico di garanzia dei depositi (ancora incompiuto)<sup>23</sup>.

L'innovazione conseguente alla convergenza dei meccanismi europei appare evidente: le basi del Sistema europeo delle banche centrali (*SEBC*) risalgono al Trattato di Maasticht del 1992, con il quale è stata istituita la BCE che aveva un limitato ruolo nella supervisione finanziarie ed in particolare nella vigilanza bancaria<sup>24</sup>. Neppure successivamente si è avuto alcun trasferimento a

---

<sup>22</sup> Il nuovo modello di vigilanza bancaria viene da subito accolto come «una pietra miliare nella costruzione europea, non meno importante della moneta unica e del vincolo di pareggio di bilancio» (S. CASSESE, *La nuova architettura finanziaria europea*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, p. 79); risultano del resto numerose le posizioni critiche verso gli assetti precedenti, risalenti alle direttive europee della fine degli anni 70, strutturate secondo il principio di *home country control*; tra i molti, V. SANTORO, E. TONELLI, *La crisi dei mercati finanziari: analisi e prospettiva*, vol. I e II, Milano, Giuffrè, 2012-2013; M. MANCINI, *Dalla vigilanza nazionale armonizzata alla Banking Union*, in *Banca d'Italia – Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza Legale*, 2013, n. 73; S. ANTONIAZZI, *La banca centrale europea tra politica monetaria e vigilanza bancaria*, Torino, Giappichelli, pp. 147 ss.

<sup>23</sup> Le esigenze di uniformare le discipline in materia di vigilanza prudenziale e di prevenzione del *moral hazard* per attenuare i rischi delle crisi bancarie, sono confluite nelle misure regolatorie riassunte nella c.d. Unione Bancaria, articolata su tre ambiti: il Meccanismo di vigilanza unico (Reg. UE n. 1024 del 2013, SSM *Single Supervisory Mechanism*), il Meccanismo unico di risoluzione delle crisi bancarie (Direttiva n. 2014/59/UE, BRRD *Bank Recovery and Resolution Directive*) e un nuovo sistema di garanzia dei depositi (Direttiva n. 2014/49/UE, DGS *Deposit Guarantee Scheme*); in tema, la bibliografia è divenuta ormai vastissima; si veda, per tutti, F. CAPRIGLIONE, *L'Unione bancaria europea. Una sfida per un'Europa*, cit.

<sup>24</sup> Difatti, l'art. 127 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (*TFUE*) contiene una blanda e generica previsione sul ruolo del Sistema europeo delle Banche centrali (*SEBC*), limitato ad una collaborazione con le autorità nazionali competenti in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi e di stabilità del sistema finanziario per assicurare una buona conduzione di tali attività; sul funzionamento della BCE permane fondamentale la lettura di M. PERASSI, *Banca centrale europea*, in *Enc. dir., Annali*, vol. IV, 2011, p. 153 ss.

livello europeo della vigilanza bancaria con le ulteriori autorità (Autorità bancaria europea – *EBA*- o quelle inserite nel Sistema di vigilanza finanziaria – *SEVIF*).

La fase in corso di accentramento in capo alla BCE di tali funzioni rappresenta quindi una risposta mai del tutto esplicitata in passato, ma introdotta oggi audacemente per arginare i timori di effetti irreversibili causati dalla crisi avviata dopo il 2008 (o per meglio dire, dalla vulnerabilità del sistema bancario e finanziario degli stati membri).

È quindi del tutto evidente come l'interrelazione tra livello europeo e livello nazionale finisca per incidere, ai fini della tematica in esame, sull'assetto derogatorio tecnicamente sopravvissuto ad ogni palingenesi legislativa, tanto da ricordare la mitologica *Hydra* nella capacità di rigenerarsi, mantenendo inalterato il carattere sezionale di ordinamento giuridico del credito. Occorre quindi procedere con un'analisi essenziale sul funzionamento dei vari meccanismi unici europei per poi poter procedere nella disamina delle correlate influenze che discendono sull'assetto ordinamentale interno del credito.

### 3.1. Il Single Supervisory Mechanism e il Single Resolution Mechanism

Il Meccanismo di vigilanza unico (*SSM*, reg. 1024/2013 e reg. 468/2014) entrato in vigore il 4 novembre del 2014, riguarda le banche più rilevanti dell'area Euro e quelle di pari importanza degli altri paesi europei che intendono aderirvi (altrimenti ricondotte al regime *SEVIF*, c.d. sistema a due cerchi concentrici). L'innovativo sistema prevede che la *BCE*, in aggiunta alle funzioni di autorità centrale preposta al governo della moneta unica, eserciti tramite il Consiglio di Vigilanza le principali funzioni di vigilanza sulle banche attraverso la c.d. regolazione prudenziale (per garantire la sana e prudente gestione dell'istituto) unitamente alla c.d. supervisione (dall'autorizzazione, al monitoraggio alla sanzione)<sup>25</sup>.

Per le restanti banche – c.d. *less significant* – le funzioni di vigilanza residuano nella tradizionale gestione mantenuta a livello nazionale dalle singole au-

---

<sup>25</sup> Le attività riconducibili ai compiti di vigilanza bancaria vengono comunemente ricondotte, per un verso, alla c.d. regolamentazione prudenziale, volta al regime dei processi autorizzatori e alla garanzia della sana e prudente gestione delle attività bancarie; per altro verso, alla c.d. supervisione, concernente i controlli sulle operazioni relative al capitale ed il monitoraggio sul rispetto degli standard, suscettibili di sanzione in caso di violazione; S. AMOROSINO, *I modelli ricostruttivi dell'ordinamento amministrativo delle banche: dal mercato "chiuso" alla "regulation" unica europea*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2016, p. 405.

torità, in collaborazione con la Bce (quest'ultima, tuttavia, può in determinati casi decidere di assumere la vigilanza diretta).

Il Meccanismo di risoluzione unico, entrato in pieno regime il 1° gennaio 2016, interagisce strettamente con il precedente: in ottemperanza alle previsioni della *Banking Resolution and Recovery Directive* (BRRD, Dir. 2014/59), persegue uno dei principali obiettivi della unione bancaria: per recidere il vischioso intreccio che intercorre tra il disequilibrio finanziario dei bilanci bancari (in ragione dei quantitativi elevati titoli pubblici) e i debiti sovrani degli Stati dell'Eurozona.

Tra le ragioni maggiormente enfatizzate nella introduzione di tali meccanismi, figura, come già visto, la reazione rivolta alla perdurante frammentazione dei mercati finanziari a livello europeo, che rappresenta una minaccia all'integrità della moneta unica e all'intero mercato interno<sup>26</sup>. Il tentativo ulteriormente perseguito, ovviamente conseguente ad ogni allocazione delle competenze *bottom-up*, vorrebbe uniformare il rapporto con gli istituti di credito, superando così quegli atteggiamenti meno rigidi da parte dei regolatori nazionali che spesso vengono riservati nei confronti delle banche di maggiori dimensioni.

Infine, per ovviare al c.d. rischio morale, si è intervenuti anche sul delicato tema degli aiuti di Stato, con l'obiettivo di limitarli al minimo necessario, mentre il beneficiario dei sostegni pubblici dovrebbe fornire un adeguato contributo destinato ai costi di ristrutturazione: si è quindi virato, da un lato, verso una minimizzazione del sostegno pubblico e, dall'altro, per l'incentivazione verso soluzioni interne e di mercato<sup>27</sup>. Il compito affidato alle attività di vigilanza sarà dunque di agire tempestivamente ma non prematuramente (per tentare di ripristinare la *viability* o in alternativa assicurare un maggior valore alla

---

<sup>26</sup> Come da subito osservato, il meccanismo di vigilanza unico persegue immediati obiettivi di riassetto tra cui il superamento della frammentazione dei mercati finanziari, la risoluzione della c.d. *forbearance* (dei regolatori nazionali verso i maggiori istituti bancari), il contenimento nell'acquisto di titoli pubblici; non di meno, rappresenta il primo tassello per «l'obiettivo più ambizioso costituito dalla cosiddetta Banking Union», mediante la quale perseguire «non soltanto la centralizzazione della vigilanza bancaria in capo alla Banca centrale europea, ma anche l'introduzione di meccanismi efficaci di risoluzione delle crisi bancarie con effetti sistematici, con la messa a disposizione come strumento di soccorso di ultima istanza anche di fondi pubblici, e strumenti di garanzia dei depositanti armonizzati»; M. CLARICH, *I poteri di vigilanza della Banca Centrale Europea*, in *Dir. pubbl.*, 2013, p. 976.

<sup>27</sup> Come previsto a partire dal 1° agosto 2013 dalla Comunicazione della Commissione sulle norme in materia di aiuti di Stato (2013/C 216/01): sicché «la banca ed i detentori del suo capitale dovrebbero contribuire il più possibile alla ristrutturazione mediante le proprie risorse e il sostegno statale dovrebbe essere concesso a condizione che rappresentano un'adeguata condivisione degli oneri da parte di coloro che hanno investito nella banca»; V. GIGLIO, *Come saranno affrontate le difficoltà delle banche nell'Unione Bancaria?*, in *Merc. conc. reg.*, 2016, p. 375.

procedura di risoluzione); d'ora in avanti, quindi, non potrà esserci risoluzione senza condivisione degli oneri ma neppure vigilanza senza risoluzione<sup>28</sup>.

Sotto un profilo descrittivo è dunque chiara la corrispondenza tra la volontà di accentramento a livello europeo dei compiti di vigilanza bancaria e di risoluzione delle situazioni di crisi con l'introduzione di nuovi strumenti predisposti per assicurare il funzionamento dei meccanismi di verticalizzazione; non meno evidente appare un contestuale ridimensionamento del ruolo dell'autorità amministrativa nell'ambito nazionale, fino ad oggi centrale nella disciplina di settore creditizio.

Se dunque questo è l'orizzonte che racchiude le dinamiche, gli strumenti e le ragioni per una convergenza sovranazionale delle funzioni precedentemente allocate in sede decentrata, occorre riprendere l'analisi sul fondamento del potere pubblico e sulla fisionomia che esso assume nella prospettiva comunitaria incardinata, come detto, nella garanzia della libera concorrenza.

Segnatamente, i poteri di autorizzare e di vigilare da parte dell'autorità amministrativa vengono ricondotti non alla esclusiva direzione statale del processo economico (la cui armatura è quella della costituzione di un ordinamento sezionale), bensì verso interessi e beni estranei allo Stato che si declinano sul principio di concorrenza.

Si potrebbe pensare, con una certa rapidità, di abbandonare qualsiasi ulteriore analisi sull'ordinamento sezionale del credito o affidare alla storia, seppure di un recentissimo passato, le riflessioni sulla sua struttura e sulle sue implicanze. La tematica sembra, al contrario, mantenere inalterati alcuni profili di attualità: in questo scenario si colgono difatti importanti riflessi – come di seguito spiegati – che mantengono ancora viva l'attenzione sul fenomeno di un ordinamento derogatorio e del ruolo assunto dalla nuova autorità sovranazionale nella finalizzazione del potere esercitato.

### **3.2. Criticità dei sistemi unitari europei**

Non poche appaiono le considerazioni critiche rivolte tanto al funzionamento dei meccanismi eurounitari, quanto all'adeguatezza di un modello accentrato<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> V. GIGLIO, *Come saranno affrontate le difficoltà delle banche nell'Unione Bancaria?*, cit., p. 384.

<sup>29</sup> Dubbi vengono sollevati quanto all'efficacia delle soluzioni proposte sia sul lato dell'effettivo rafforzamento delle tutele a presidio del risparmio, sia sull'effettivo perseguimento di una maggiore stabilità del sistema finanziario globale; S. AMOROSINO, *I*

Sul primo aspetto (funzionamento), si avverte una preliminare criticità sulla complessità organizzativa e sul rischio di sovrapposizione di competenze a livello sovraordinato: si pensi alle interrelazioni tra Autorità bancaria europea – che esercita i propri poteri nei confronti di tutti gli Stati membri – e BCE, che esercita la vigilanza solamente verso gli Stati appartenenti all'eurozona. Appare immediata la mancanza di un allineamento quanto alla estensione dei rispettivi interventi (atteso che il perimetro del mercato unico non coincide con quello della moneta unica<sup>30</sup>), che si somma ad una situazione asimmetrica nel coordinamento con le altre autorità europee, quali l'*European Banking Authority* (EBA) o la *Single resolution board* (SRB)<sup>31</sup>.

Quanto poi ai rapporti con le autorità nazionali appare altrettanto rilevante la questione di omogeneizzare le prassi di vigilanza (uno dei benefici che dovrebbe conseguire la supervisione unica, per come espresso nel c.d. rapporto *Larosière*<sup>32</sup>) e assicurare una parità di trattamento, dal momento che non si avranno più solo amministrazioni nazionali che applicano il diritto comunitario, ma anche amministrazioni comunitarie che applicano le singole discipline nazionali (si pensi alle significative differenze a livello di diritto civile, societario e fallimentare difficilmente armonizzabili)<sup>33</sup>. La BCE sarà costretta a “cambiare occhiali” e mutare i parametri di valutazione in funzione del Paese in cui sono stabilite le banche (si pensi, con riferimento al nostro ordinamento, al potere *ex art. 53 bis TUB* di rimuovere gli amministratori per contrasto con la sana e

---

*modelli ricostruttivi dell'ordinamento amministrativo delle banche: dal mercato “chiuso” alla “regulation” unica europea, cit.*, p. 391. Peraltro, con chiara schiettezza si sostiene che «l'accentramento in capo alla Banca centrale europea della funzione di vigilanza, in particolare sugli istituti di credito di maggior dimensione, rappresenta dunque una mossa imprevista, resa necessaria per evitare il precipitare della crisi»; M. CLARICH, *I poteri di vigilanza della Banca Centrale Europea, cit.*, p. 984.

<sup>30</sup> EBA e BCE esercitano poteri non allineati quanto a estensione del loro ambito di intervento, «ciò appunto perché il perimetro di mercato unico non coincide con quello della moneta unica»; M. CLARICH, *I poteri di vigilanza della Banca Centrale Europea, cit.*, p. 1008.

<sup>31</sup> Come risaputo, EBA assieme ad altre agenzie (ESMA, EIOPA, ERSB), è parte del Sistema Europeo di Vigilanza Finanziaria (SEVIF), che rappresenta una rete integrata di autorità di vigilanza nazionali ed europee chiamate a garantire l'applicazione delle norme per preservare la stabilità finanziaria sia micro che macro-prudenziale; F. GUARRACINO, *Supervisione bancaria europea*, Padova, Cedam, 2012, pp. 34 ss.; sulla difficile armonizzazione delle competenze di vigilanza tra le diverse autorità, S. DEL GATTO, *Il problema dei rapporti tra la Banca centrale europea e l'Autorità bancaria europea*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, pp. 1221 ss.

<sup>32</sup> Una sorta di *roadmap* per la riforma degli organismi di supervisione finanziaria nell'Unione commissionato a Jacques De Larosière nell'ottobre del 2008 dal presidente della Commissione Europea (*Report The High Level Group on Financial Supervision in Eu*, Bruxelles, 25 febbraio 2009).

<sup>33</sup> Con i conseguenti e prevedibili problemi di omogeneizzazione delle prassi di vigilanza e di garanzia della parità di trattamento; L. TORCHIA, *Unione bancaria: un approccio continentale?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, p. 13.

prudente gestione ovvero alle specificità per l'approvazione delle modifiche statutarie, ai sensi dell'art. 56)<sup>34</sup>.

Complessivamente, il quadro si presenta connotato da un sistema di vigilanza estremamente diversificato e difficilmente gestibile nella prospettiva di attuazione uniformante della regolamentazione.

È necessario forse gestire l'allungamento della catena decisionale in materia di vigilanza, atteso che, come sopra ricordato, al momento i meccanismi europei assumono una unicità precipuamente formale, visto che gli ambiti delle attività conferite si intrecciano con quelli di altre Autorità e si intersecano in processi ancora in parte nazionali ed in parte europei<sup>35</sup>.

Quanto poi alla scelta di concentrare nella BCE le funzioni di vigilanza assieme alle funzioni di politica monetaria, non poche sono le tensioni da stemperare<sup>36</sup>.

Sotto un profilo generale, si è posto il problema della compatibilità del regolamento istitutivo del Meccanismo unico di vigilanza con il principio di sussidiarietà del Trattato nei rapporti con i Paesi e le relative autorità di controllo (soprattutto in relazione ad un assetto di rapporti tra centro e periferia ispirato a criteri propri dei sistemi gerarchici)<sup>37</sup>.

Sotto il profilo organizzativo, si è invece colta una complessità difficilmente armonizzabile all'interno della "nuova" Bce, in materia di vigilanza (si pensi al coordinamento metodologico e operativo dei *Joint supervisory team*, preposti alla vigilanza di un determinato gruppo bancario)<sup>38</sup>. Tali difficoltà sono

---

<sup>34</sup> Le incidenze di un regime giuridico parcellizzato si ripercuotono evidentemente sull'operato della BCE, fino a rappresentare difficoltà «insormontabili, se si considera che la BCE è priva di poteri normativi che le consentano di ricomporre il patchwork giuridico», con l'aggravata situazione per cui «le norme che la BCE deve applicare sono talvolta paradossalmente dettate dagli stessi enti che la BCE dovrebbe coordinare, quando la trasposizione delle direttive e l'adozione della normativa secondaria sono delegate dai parlamentari nazionali alle rispettive autorità di vigilanza»; B. BRANCOLI BUSDRAGHI, *Il meccanismo unico di vigilanza bancaria: dalla teoria alla pratica*, in *Merc. conc. reg.*, 2016, p. 467.

<sup>35</sup> D. SORACE, *I "pilastri" dell'Unione Europea*, in M. P. CHITI, V. SANTORO a cura di, *L'unione bancaria europea*, Pisa, Pacini Editore, 2016, p. 95.

<sup>36</sup> Per il dibattito sull'opportunità di fare confluire l'insieme di tali funzioni in un unico soggetto, si vedano M. PACINI, *La "vigilanza prudenziale" tra banche centrali nazionali e Banca centrale europea*, in *Banca. Impr. Soc.*, 2003, p. 355; I. SABBATELLI, *La supervisione sulle banche. Profili evolutivi*, Padova, Cedam, 2009, pp. 166 ss.

<sup>37</sup> Come osservato da L. TORCHIA, *Unione bancaria: un approccio continentale?*, cit., p. 15; e difatti, «nell'ambito del Meccanismo, vi è una separazione del lavoro, svolgendo la Banca centrale europea una funzione che può dirsi direttiva, le autorità nazionali un compito che può dirsi esecutivo, che consiste nell'obbligo di fornire informazioni, nell'assistenza e preparazione di provvedimenti e nell'agire secondo istruzioni della Banca centrale»; S. CASSESE, *La nuova architettura finanziaria europea*, cit., p. 80.

<sup>38</sup> I *JST* costituiscono una sorta di Conferenza, composta da soggetti appartenenti alla BCE e all'autorità nazionale interessata, preposti alla vigilanza su un determinato gruppo bancario (attualmente 129 sono le banche vigilate: «possono avere un'organizzazione molto complessa e

incrementate dal fatto che la BCE è priva di poteri normativi in materia di vigilanza, mentre l'adozione di regolamenti è limitata ai profili organizzativi e operativi delle attività affidate. Sono inoltre estranee alla vigilanza, pur rivestendo rilevanza fondamentale, materie come il contrasto al riciclaggio e la tutela del consumatore (*id est*, risparmiatore)<sup>39</sup>.

Ma soprattutto occorre garantire l'indipendente esercizio delle competenze in materia di politica monetaria e di supervisione: l'esercizio contestuale delle due funzioni in capo alla Bce può portare ad una politica monetaria eccessivamente debole, per evitare effetti indesiderati sulla solvibilità delle istituzioni creditizie o di altri prevedibili conflitti di interesse (a tal fine è istituito, come visto, il Consiglio di vigilanza, che non assicura tuttavia una piena indipendenza: esso è privo di personalità giuridica e non è legittimato ad esprimere la volontà della BCE)<sup>40</sup>.

A fronte di questi che appaiono i rilievi critici più rilevanti, possono essere avanzate due considerazioni generali.

La prima si svolge su un piano più concreto ed evidenzia le difficoltà di implementare e portare a regime il progetto europeo di *Banking Union*: potrebbe sembrare ancora prematuro svolgere un giudizio prognostico sulla riforma, ma di certo le resistenze che si avvertono (si pensi al ridimensionamento delle autorità nazionali) costituiscono un segnale di incertezza non solo sul conseguimento del venturo assetto europeo dei meccanismi eurounitari in materia bancaria, ma soprattutto sui tempi e sulle forme migliori per ottenere il risultato prefissato<sup>41</sup>.

---

*diversificata fra loro e nei gruppi di maggiori dimensioni possono essere articolati in sottogruppi (c.d. Risk team), ciascuno dei quali vigila a livello europeo su un'area di rischio trasversale a tutte le società di un gruppo, nonché riunirsi nelle composizioni ritenute più opportune, eventualmente in seduta plenaria (c.d. full JST)»; B. BRANCOLI BUSDRAGHI, Il meccanismo unico di vigilanza bancaria: dalla teoria alla pratica, cit., p. 475.*

<sup>39</sup> B. BRANCOLI BUSDRAGHI, *Il meccanismo unico di vigilanza bancaria: dalla teoria alla pratica*, cit., p. 471.

<sup>40</sup> Sui compiti del Consiglio di Vigilanza, S. MICOSSI, *L'Unione bancaria in costruzione*, in G. AMATO, R. GUALTIERI (a cura di), *Prove di Europa unita. Le istituzioni europee di fronte alla crisi*, Firenze, Passigli Editori, 2013, pp. 113 ss.

<sup>41</sup> Sui raccordi in materia di vigilanza tra Autorità europee e Autorità nazionali è stata recentemente pronunciata una sentenza del Trib. I grado UE (16.5.2017, n. 122, sez. IV) sulla natura significativa di una banca tedesca (con attività superiori ai 30 Mld) che ha dichiarato la vigilanza esclusiva della BCE, a fronte delle resistenze dell'istituto che si riteneva *non significant* e comunque già sottoposto alla vigilanza prudenziale dell'autorità nazionale, sufficiente a perseguire l'obiettivo di stabilità finanziaria. L'interpretazione adottata dal Tribunale rischia di compromettere la demarcazione necessaria per un ordinato riparto dell'esercizio delle competenze in materia di vigilanza bancaria: difatti, la decisione predilige ricondurre il rapporto ad un criterio sostanziale, in quanto afferma che la qualificazione di una banca come significativa possa essere esclusa, nonostante la presenza dei relativi presupposti, qualora emerga di circostanze specifiche l'esercizio di una vigilanza da parte dell'autorità interna tale da

La seconda considerazione, svolta su un piano più teorico, muove dall'idea che i meccanismi, a tendere, vadano effettivamente a regime ed il modello unificato trovi un suo equilibrio di funzionamento, superando l'impasse delle difficoltà appena menzionate.

Il tema di analisi diviene allora la verifica che tali assetti non ripropongano le criticità proprie dell'ordinamento sezionale, come già analizzato. Questa garanzia passa attraverso la previsione di una accentuata tecnicità e neutralità dei poteri svolti dagli organismi competenti a livello europeo, scongiurando, almeno in astratto, le coniugazioni di esercizio discrezionale scarsamente sindacabile del potere di controllo del mercato, nell'accesso, nella regolazione e vigilanza del mercato bancario<sup>42</sup>.

Tuttavia, sempre ragionando in termini teorici, un siffatto modello neutrale dovrebbe confrontarsi con principi che la costruzione di un ordinamento sezionale non ha tenuto in considerazione, vale a dire con la centralità del risparmio e del diritto fondamentale della persona. Per quanto tecnicamente raffinate, le principali misure introdotte finora non mancano di sollevare perplessità sul fronte delle garanzie a presidio dei risparmiatori in termini di adeguatezza o alternative: sul piano micro-prudenziale, si pensi al risanamento bancario attraverso la condivisione degli oneri (c.d. *Bail-in*); sul piano macro-prudenziale, l'assoluta prevalenza data al superamento del circolo vizioso tra debito privato e debito sovrano. E ancora, si evidenzia come nelle fasi di avviamento dell'Unione bancaria risulti posticipato, in assenza di adeguate ragioni, proprio il terzo pilastro concernente la garanzia dei depositi; o da ultimo, si rileva come tra le varie competenze accentrate non venga inclusa nei meccanismi unici la tutela del "consumatore-risparmiatore".

Le prerogative sociali che si traggono dall'art. 41 Cost e la salvaguardia del risparmio come valore, diritto sociale e diritto fondamentale del cittadino, rischierebbero di trovarsi ancora una volta in una posizione di marginalità: in passato, sacrificati per le ragioni di una particolare organizzazione del settore bancario che viveva di una posizione non pienamente conforme alla ripartizio-

---

realizzare gli obiettivi ed i principi della normativa di settore; tra i primi commenti, F. MORLANDO, *Vigilanza bancaria – La valutazione della "significatività" degli enti creditizi nel meccanismo di vigilanza unico*, in *Giur. it.*, 2018, pp.1065 ss.; M. MACCHIA, *Meccanismo di vigilanza unico: il riparto di competenze tra BCE e autorità nazionali*, in *Gior. dir. amm.*, 2017, pp. 779 ss.; F. ANNUNZIATA, *Competenza della BCE in tema di vigilanza prudenziale degli enti creditizi per determinati compiti*, in *Giur. comm.*, 2017, pp. 1118 ss.

<sup>42</sup> Appare del resto oramai consolidata l'idea avanzata in passato da autorevole dottrina secondo cui il processo di integrazione europea segni l'avvio di un sistema fondato sulla neutralità rispetto ai precedenti assetti di governo politico dell'indirizzo economico del settore; F. CAPRIGLIONE, *L'ordinamento finanziario verso la neutralità*, Padova, Cedam, 1994.

ne e all'esercizio dei poteri nel contesto democratico; in prospettiva, risulterebbero ancora ostracizzati dall'esercizio di poteri che, sull'altare della neutralità e delle tecnicità, non frustrino la centralità della tutela e delle esigenze sociali del risparmio.

#### **4. Dall'ordinamento sezionale del credito ai meccanismi unici europei: quali prospettive per la tutela del risparmio?**

L'accorpamento a livello europeo delle funzioni di regolazione del settore bancario e le garanzie di una gestione neutrale (tecnico-economica) delle medesime, non presenta solamente delle problematiche - comunque importanti - nell'avvio del nuovo percorso uniformante o nell'adozione di misure non ancora pienamente equilibrate.

Ciò che al fondo si è voluto sostenere nei rapidi tratti che precedono, con la critica verso ogni forma di ordinamento sezionale del credito, è il disallineamento (non solo formale) al fondamento democratico e alla centralità degli interessi del soggetto privato, nel caso di specie, assunto nella dimensione (costituzionalmente garantita) del risparmiatore. In questo senso, mettere al centro la persona nei rapporti economici e nel sistema finanziario, in particolare, non è da confondere con una scelta ideologica, bensì risponde all'impianto che la Costituzione rappresenta in ogni sua articolazione: sicché ogni scelta organizzativa o legislativa derogatoria, non si contrappone ad una singola disposizione - come l'art. 47 - ma all'intera intelaiatura repubblicana.

E dunque, ogni organizzazione che dietro ai valori tecnico-economici e neutrali di stabilità, di concorrenza e di mercato, finisca per contrapporsi all'impalcatura costituzionale antropocratica, assume - a tendere - i limiti di un ordinamento giuridico sezionale.

Nel disegno inalterato del nostro ordito costituzionale, è dal fondamento dell'appartenenza della sovranità al popolo che si dipana il riconoscimento dei diritti fondamentali dell'individuo protetti dalla Repubblica: sicché l'esercizio di ogni impresa potrà svolgersi sempre nei limiti inderogabili di volta in volta rappresentati dalle libertà e dai beni individuali fondamentali. All'interno del quadro delineato, anche i poteri di indirizzo e coordinamento, ovviamente, dovranno rispondere, nel rispetto del principio di legalità, ai fini sociali dettati dall'art. 41 Cost.: l'intero sistema dei poteri amministrativi dovrà rispondere funzionalmente al godimento dei diritti individuali, compreso il risparmio in forza peraltro dell'espressa protezione contenuta nella nostra Costituzione.

Quanto descritto precedentemente in merito all'ordinamento sezionale del credito, si regge sull'assioma di fondo per cui l'autorità risulti preesistente alla legge, perché essa è l'espressione di una sovranità sovrastrutturata. Il dogma dell'autoritarismo viene espunto dalla nostra Costituzione nel momento in cui si prende atto che la sovranità non è dello Stato, ma del popolo, e che i diritti fondamentali non sono concessi o creati dall'ordinamento, ma riconosciuti in quanto preesistenti alla costituzione del medesimo. Dunque, sovranità popolare e diritti fondamentali sono le causali legittimanti l'ordine positivo e non si esauriscono in esso perché è l'ordinamento e l'organizzazione dell'autorità a dover essere funzionale al godimento dei diritti.

Così come già detto, l'interesse pubblico non può celarsi dentro clausole generali e confezionarsi in una sorpresa, svelandosi con le determinazioni assunte e per (dare conto) delle determinazioni assunte, rappresentando un cortocircuito tra predeterminazione dei fini e scelte applicative in un unico soggetto: l'autorità è tale per una predeterminazione dei fini generali, che coincidono con la massimizzazione del godimento dei diritti fondamentali. Se difatti l'autorità dispone di un potere amministrativo (discrezionale, puro o tecnico che sia) il cui esercizio è finalizzato ad obiettivi dalla stessa predefiniti (politica economica), si avrà un margine di apprezzamento molto vasto e indeterminabile, in assenza di uno scopo che la legge indica all'esercizio (e limitazione) del potere.

Peraltro, le riflessioni che sono state svolte, sulle connotazioni di un pubblico potere che si discosta dal regime costituzionale per assumere, di conseguenza, la forma di ordinamento sezionale (attraverso meccanismi che forzano le nozioni di esercizio discrezionale delle decisioni amministrative e di individuazione dell'interesse pubblico rispetto al rigoroso ossequio del principio di legalità), non possono né devono apparire dissertazioni pindariche o comunque prive di rispondenza concreta.

La ricollocazione al centro degli interessi economici del risparmio e delle tutele del risparmiatore non sono, in relazione alle vicende attuali, espressioni di concetti meta-giuridici o meta-economici.

Tutt'altro.

La crisi del 2008 si sta mostrando per la sua lunghezza e profondità: le crisi finanziarie sono differenti dalla recessione provocata da un calo della domanda o dal blocco dell'offerta, perché sono ben più longeve. Le ragioni della protrazione della durata si rinvengono principalmente nella sfiducia tra chi concede e chi richiede il credito (fiducia che è lenta ad essere recuperata). La sfiducia, causata dai traumi e dalle paure, si traduce concretamente nella minore

disponibilità ad assumersi dei rischi (il rischio è, come noto, alla base degli investimenti e della crescita di un Paese).

Non vi è via d'uscita: occorre recuperare la fiducia dei risparmiatori e collocare il perimetro dei rischi fuori dalle ipotesi di implosione del sistema bancario e finanziario. La direttrice in atto per il rafforzamento dei meccanismi di controllo ha sottoposto le banche a standard prudenziali più stringenti (in osservanza al c.d. pacchetto Basilea III), ma occorre agire nel contesto complessivo ed evitare nuovi rischi, già affiorati, in forme di sistemi paralleli e surrettiziamente alternativi (c.d. *shadow banking system*)<sup>43</sup>.

Non v'è nulla di più reale e impellente che ricostruire la fiducia e la capacità di assumere rischi imprenditoriali per arginare il protrarsi della crisi, onde evitare che un'ulteriore espansione degli effetti negativi anche nella dimensione politica, creando una reazione a spirale sul prolungamento indefinito delle incertezze.

---

<sup>43</sup> Negli Stati Uniti d'America la reazione è stata immediata, iniettando capitali pubblici per oltre 700 mld, in un sistema bancario omogeneo e con guida unitaria: ma la crisi sembra superata, basti il dato del rendimento del capitale azionario delle banche stabilmente intorno al 10%, prova la riconquista della fiducia nei termini sopra descritti. Nell'eurozona, invece il rendimento medio del capitale bancario si assesta al 6% nel 2017, mentre l'anno precedente era al 3%. La risposta dell'Europa è stata differente: ha costruito molto rapidamente una struttura comune di supervisione: l'Unione bancaria non è ancora completata in attesa della costituzione del terzo pilastro dato da un istituto per l'assicurazione dei depositi sull'impronta della *Federal Deposit Insurance Corporation* americana. Si è agito in ordine sparso, con una furbizia nazionalistica che ha permesso, ad esempio una immediata ricapitalizzazione pubblica di alcuni stati (Francia Germania) mentre per altri, come l'Italia, è diventata un'operazione strettamente sotto osservazione. Insomma, la risposta alla domanda di protezione dei risparmiatori c'è stata, ma forse è la più semplice, la più immediata e ha presentato sin da subito i propri limiti: aumento della complessità della regolazione, crescita dei costi per l'adesione, incremento dei regolatori e delle agenzie; A. PIERINI, *L'Unione Europea verso l'unione bancaria: indicazioni e dilemmi derivanti dal confronto con il modello di vigilanza sui mercati creditizi degli Stati Uniti d'America*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2017, pp.175 ss.