

ROSA CALDERAZZI
Professore associato di Diritto dell'economia
Dipartimento di Economia, Management e Diritto dell'impresa
Università degli Studi di Bari
rosa.calderazzi@uniba.it

EMERGENZA, PANDEMIA ED INTERVENTO DELL'AUTORITÀ SULL'IMPRESA BANCARIA

EMERGENCY, PANDEMIC AND INTERVENTION OF THE AUTHORITY ON THE BANKING COMPANY

SINTESI

Gli interventi emergenziali, nel diritto bancario, non rappresentano una novità: nel tempo si è lentamente stratificato un complesso di interventi dettati quasi sempre dalla necessità di sopperire a circostanze puntuali e contingenti.

L'uso/abuso del diritto emergenziale spesso si accompagna a deroghe rispetto alle regole ordinarie e porta ad una progressiva deformazione dello Stato di diritto.

Per dare una lettura coerente del sistema diventa necessario adottare la prospettiva della tutela del risparmio, inteso come unico centro di interessi di rilievo pubblico che vede il punto di unificazione nella prospettiva dei diritti delle persone: solo così si riesce a superare il contrasto tra contrapposizione di interessi.

Nella prospettiva dei diritti, le Autorità di vigilanza possono porre vincoli alla libertà d'impresa delle banche, nella loro autonomia organizzativa e nella operatività gestionale (quindi anche nella fissazione di requisiti patrimoniali o nell'imposizione di vincoli alla distribuzione degli utili).

Possiamo, dunque, ritenere che, nella fase emergenziale, gli interventi del regolatore rappresentano il frutto di un processo evolutivo che diventa espressione del requisito di organizzazione funzionale al perseguimento del principio di sana e prudente gestione.

ABSTRACT

Emergency interventions, in banking law, are not new actions: a set of interventions has slowly been stratified over time, almost always tied to the need to meet specific and contingent circumstances.

The use / abuse of the emergency law is often accompanied by derogations from the ordinary rules and leads to a progressive deformation of the rule of law itself.

To give a coherent reading of the system it becomes necessary to adopt the perspective of the protection of savings, intended as the only center of public interest that sees the point of unification in the perspective of people's rights: this is the only possible way to overcome the contrast between contrapositions of interests.

From the perspective of rights, the Supervisory Authorities can place restrictions on the freedom of bank enterprise concerning their organizational autonomy and management operations (therefore even in the establishment of

capital requirements or in the imposition of restrictions on the distribution of profits).

We can therefore conclude that, in the emergency phase, the regulator's interventions represent the result of an evolutionary process that becomes an expression of the requirement of functional organization to the pursuit of the principle of sound and prudent management. A reflection on the role of the capital in the banking company allows to provide a confirmation of the interests protected by the banking system.

PAROLE CHIAVE: emergenza, impresa bancaria, risparmio

KEYWORDS: emergency, banking company, savings

INDICE: 1. Due considerazioni preliminari. – 2. L'intervento emergenziale nel diritto bancario. – 3. Le ragioni delle misure emergenziali. – 4. L'intervento dell'Autorità nella prospettiva della tutela del risparmio.

1. Due considerazioni preliminari

Durante il periodo di emergenza sanitaria sono stati molteplici gli interventi che hanno coinvolto le imprese bancarie in ragione del ruolo che gli è stato affidato: per un verso, infatti, le banche sono diventate strumento di ausilio delle famiglie e delle imprese attraverso l'erogazione di liquidità garantita dallo Stato, per altro verso sono state destinatarie di misure legate ai requisiti patrimoniali, volte a garantire l'esercizio dell'attività bancaria. Le misure sono state predisposte dal governo e dalle Autorità di vigilanza nazionali e comunitarie.

Al fine di analizzare la portata di tali interventi occorre richiamare due elementi generali dell'impresa bancaria che sono imprescindibili per orientare l'indagine nella corretta prospettiva.

La prima considerazione è che la regolazione bancaria rappresenta il paradigma storico sul quale si è tradizionalmente riscontrato un intervento pubblicistico, in ragione della specialità della sua attività.

La spiegazione che è stata data sulle ragioni dell'intervento pubblicistico nell'impresa bancaria è mutata nel tempo, condizionata dalla interpretazione sul ruolo delle banche.

L'idea della banca come servizio pubblico, assoggettata all'indirizzo politico, è stata a lungo presente non solo nel periodo pre-costituzionale, quando l'interesse pubblico veniva identificato nella ricchezza e nella potenza economica dello Stato, e quindi l'intero sistema veniva funzionalizzato all'interesse nazionale dello Stato sovrano¹, ma anche nel periodo post-costituzionale dove ha continuato ad essere applicato il paradigma dell'ordinamento sezionale e de-

¹ S. CASSESE, *La preparazione della riforma bancaria del 1936 in Italia*, in *Economia e credito*, 1975, p. 996; F. BELLÌ, *Legislazione bancaria italiana (1861 – 2003)*, Giappichelli, Torino, 2004; ID., *Le leggi bancarie del 1926 e del 1936-38*, in *Banca e industria fra le due guerre*, vol. II, p. 203 ss.; R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Il Mulino, Bologna, 2012; E. GALANTI - R. D'AMBROSIO - A. V. GUCCHIONE, *Storia della legislazione bancaria finanziaria e assicurativa*, Banca d'Italia, 2012; G. LANZARONE, *Il sistema bancario italiano*, Einaudi, Torino, 1948, p. 32 ss.

rogatorio del credito²: anche in questo periodo è rimasta la prospettiva della regolazione dell'esercizio del credito e della rilevanza del potere pubblico che si fondava su una lettura riduttiva della norma costituzionale.

Da tale impostazione è derivata una centralità dell'autorità amministrativa e della sua potestà discrezionale e autonomia normativa e l'attività bancaria è diventata adempimento di interesse nazionale³.

Grazie all'Unione Europea e poi al Testo unico del 1993 si avverte un cambio di prospettiva che porta a caratterizzare l'attività bancaria come un'impresa che opera sul mercato concorrenziale: la conseguenza è quella di abbandonare l'interpretazione tradizionale che ha come punto di riferimento la banca come servizio pubblico e di ricostruire il sistema ponendo al centro la tutela del risparmio, secondo una lettura dell'art. 47 Cost. che non viene più visto in una prospettiva neutrale, nel senso che funzionalizza il sistema del credito alla tutela del risparmio⁴.

Quando l'art. 47 afferma che la Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme intende incoraggiare e proteggere il risparmio nella prospettiva della difesa del singolo che investe il proprio risparmio e, solo indirettamente, rileva come un fattore di crescita al sistema economico.

Tale lettura, come avremo modo di evidenziare, consente di fornire una spiegazione coerente del sistema.

La seconda considerazione, preliminare, è che, quando si esamina il ruolo dello Stato, nel diritto bancario, si possono assumere posizioni antitetiche.

² Si sostiene, in sostanza, che la disposizione di cui all'art. 47 comma 1 non abbia aggiunto "alcuna novità all'impostazione anche teorica dell'ordinamento del settore, considerata anche la valuta genericità della disposizione" (D. SICLARI, *La regolazione bancaria e dei mercati finanziari*, in *L'intervento pubblico nell'economia*, a cura di Cafagno e Manganaro, in *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, diretto da Ferrara e Sorace, V, Firenze University Press, Firenze, 2017, p. 175; M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 1977, p. 205; F. MERUSI, *Per uno studio dei poteri della banca centrale nel governo della moneta*, in *Riv. trim. dir. publ.*, 1972, p. 1428; S. AMOROSINO, *La regolazione pubblica delle banche*, Giuffrè, Milano, cit., p. 9; ID., *Principi "costituzionali", poteri pubblici e fonti normative in tema di mercati finanziari*, in *Manuale di diritto del mercato finanziario*, a cura di S. Amorosino, 2014, Giuffrè, Milano, p. 8 ss. afferma che l'art. 47, costituzionalizzando l'interesse pubblico primario alla tutela del risparmio attraverso il controllo dell'organizzazione e del buon funzionamento del settore del credito, ha dato "copertura costituzionale" al sistema di disciplina di settore, così come delineato dalla legge bancaria del 1936.

³ R. COSTI, *Le trasformazioni dell'ordinamento bancario*, in *Banca Impresa Società*, 2019, p. 183.

⁴ L.R. PERFETTI, *Art. 107 – Autorizzazione*, in *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. CAPRIGLIONE Padova, 2018, pp. 1582 e 1591) afferma che la Costituzione non costituzionalizza il sistema della legge bancaria del 1939, né pone disposizioni neutre dal punto di vista del sistema: essa infatti non costituzionalizza un sistema di poteri, ma funzionalizza il sistema del credito alla tutela del risparmio come funzione che appartiene ai diritti fondamentali dei singoli. Evidenzia come, erroneamente, l'art. 47 Cost. sia stato letto in continuità con il sistema previgente, con una complessiva conservazione del sistema d'inizio Novecento, fondato sull'ampiezza della potestà discrezionale e dell'autonomia normativa dell'autorità amministrativa che rimane il centro del sistema: ne consegue una pretermissione della centralità della protezione del risparmio, fulcro della disposizione costituzionale e l'impossibilità di ricostruire il sistema sul diritto costituzionale del risparmiatore, sulla garanzia della legalità e sull'imparzialità del sistema, funzionalizzato alla protezione dei diritti individuali.

Innanzitutto, si identifica il ruolo dello Stato con la presenza di un intervento pubblico che vede, nella forma della regolazione, la sua massima espressione: l'Autorità di vigilanza pone vincoli alla libertà d'impresa delle banche, sotto il profilo dell'autonomia organizzativa e della loro operatività, grazie alla riserva di cui all'art. 41 Cost. che attribuisce la disciplina, il controllo e il coordinamento per il soddisfacimento dei fini sociali, da intendersi come dimensioni dei diritti individuali⁵.

Nella prospettiva della riserva allo Stato dell'attività, e quindi del profilo collettivo che importa l'attrazione alla cura di soggetti pubblici, la presenza dell'intervento pubblico acquista rilievo in quanto diventa lo strumento per assicurare l'effettivo godimento delle ragioni di pubblico interesse.

Infatti, dalla lettura delle norme costituzionali, si ricava che il risparmio è costituzionalmente protetto e l'iniziativa economica privata è libera purché non contrasti con l'utilità sociale o arrechi danno alla sicurezza, alla libertà e dignità umana e la legge determina i programmi controlli opportuni per indirizzare e coordinare, a fini sociali, l'attività economica pubblica e privata.

Dunque, a fini sociali, la legge può riservare allo Stato o ad enti pubblici determinate imprese che si riferiscano a servizi pubblici essenziali.

L'impresa bancaria è espressione dell'iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost.⁶; essa però non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale, cioè

⁵ Le interpretazioni sul rapporto tra l'art. 47 e l'art. 41 non sono state univoche: una parte della dottrina (M. NIGRO, *Profili pubblicistici del credito*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 59 e ss.; A. PREDIERI, *Pianificazione e costituzione*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 353) ha ritenuto che l'art. 47 fosse derogatorio rispetto all'art. 41, nel senso che in considerazione della doverosità della tutela del risparmio e della disciplina, coordinamento e controllo del credito, avrebbe sottratto l'impresa bancaria alle garanzie della riserva di legge stabilita dall'art. 41, consentendo il controllo e l'indirizzo anche attraverso provvedimenti amministrativi; altra parte della dottrina ritiene che l'art. 47 non dice nulla sulla fonte autorizzata a disciplinare tale controllo e che, per tali ragioni, dovrà essere applicato il 3° comma dell'art. 41 (R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., p. 251; G. MINERVINI, *Impresa bancaria e Costituzione*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1988, I, p. 662 e ss.); c'è poi chi sottolinea (A. ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 16 e 17) come l'art. 47 renda costituzionalmente necessaria l'esistenza di una legislazione di controllo sulle banche, ma non ponga alcun limite alle evoluzioni della legislazione bancaria, né offra una guida sui caratteri che tale legislazione deve assumere, come invece indica l'art. 42, 2° comma; un'indicazione in tal senso viene, invece, dal rapporto tra Costituzione e disciplina comunitaria: nella disciplina comunitaria assume rilievo preminente il deciso riconoscimento del carattere d'impresa dell'ente creditizio che opera in un contesto di mercato concorrenziale e che vede configurarsi la possibilità di una tendenza recessiva dei controlli, costruita sulla base della legge bancaria e della disciplina costituzionale.

⁶ R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2012, p. 250. Sul concetto di iniziativa economica nell'art. 41 Cost. v. A. BALDASSARRE, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 582; U. BELVISO, *Il concetto di iniziativa economica privata nella Costituzione*, in *Riv. dir. com.*, 1961, p. 149. Secondo parte della dottrina nell'art. 41 si può ricondurre lo statuto dell'intera attività economica privata (G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 1997, p. 667), secondo altri è da ricondurre solo l'attività d'impresa (M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1989, p. 175; nello stesso senso è F. GALGANO, *Commento all'art. 41*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1982, p. 3; ID., *Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia. Introduzione al trattato. La Costituzione economica. Pubblico e privato nella*

non può svolgersi in modo da contrastare la dimensione immediatamente godibile dei diritti: ciò significa che, quando la dimensione dei diritti non è immediatamente godibile, interviene il 3° comma dell'art. 41⁷.

In questa prospettiva la legittimazione dell'Autorità di vigilanza all'imposizione di vincoli alla libertà d'impresa delle banche, alla loro autonomia organizzativa e alla loro operatività non può che essere ricercata nella esigenza di proteggere il risparmio e di garantire il principio comunitario della concorrenza.

Da una diversa prospettiva si parla di ruolo dello Stato, per sottolineare una crisi dello Stato, nel senso di una sua delegittimazione a causa dello spostamento dei momenti decisori rilevanti al di fuori dello Stato stesso, che pone un problema di permanenza della sovranità e di autonomia decisionale.

La regolazione del diritto bancario pone un profilo di crisi dell'autorità dello Stato, in quanto si sostituisce alla programmazione e "l'atto governativo viene soppiantato da quello di autorità indipendenti"⁸, delegittimando il ruolo dello Stato e della sua autorità.

Accanto alla crisi di autorità si avverte una crisi di sovranità in quanto la globalizzazione finanziaria spinge verso la necessità di regole globali comuni e armonizzate e ad un ampliamento dei soggetti che intervengono nell'elaborazione delle regole⁹.

regolazione dei rapporti economici, Padova, 1977). S. AMOROSINO, *La regolazione pubblica delle banche*, cit., p. 14, chiarisce che l'art. 41 è la disposizione che legittima la regolazione di tutti i mercati, non nel senso di limitarli e indirizzarli, ma per vigilare sul loro corretto funzionamento e assicurare il rispetto del principio di concorrenza e la tutela dei consumatori: con riferimento alle attività finanziarie, il fine di "utilità sociale", che è costituito dalla "tutela del risparmio", viene articolato nella efficienza, trasparenza, piena concorrenzialità dei diversi mercati finanziari e nella tutela dei clienti.

⁷ Sulla riserva di legge ai sensi dell'art. 41, 3° comma, M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, cit. p. 129 e ss.; D. SORACE, *Il governo dell'economia*, in *Manuale di diritto pubblico*, a cura di G. Amato, A. Barbera, vol. III, Il Mulino, Bologna, 1997, p. 794; L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001, p. 175 e ss.

⁸ L.R. PERFETTI, *Autorità dello Stato, autorità del mercato, autorità dei diritti delle persone. Osservazioni sull'evoluzione del dibattito culturale dei pubblicisti a partire dalle premesse costituzionali alla programmazione economica di Francesco Gabriele*, in *Studi in onore di Francesco Gabriele*, t. II, Bari, 2016, p. 778.

⁹ G. ROMAGNOLI, *Concorrenza e "complementarietà" delle vigilanze economiche*, in *questa Rivista*, 2020, p. 132, afferma che l'evoluzione scoordinata, in tempi diversi, della disciplina dei vari comparti del mercato finanziario (assicurativo, bancario e mobiliare) e la spinta all'adeguamento alle indicazioni dell'Unione europea, «hanno favorito una moltiplicazione dei centri di regolazione e poi reso evidente la necessità di prevedere forme di loro integrazione e coordinamento al fine di massimizzare il risultato della loro opera e nel contempo ridurre l'impatto negativo sui soggetti vigilati ... i processi di coordinamento si sono sviluppati in una duplice direzione: lungo una linea interna alla materia, tramite interventi normativi "strutturali", che hanno interessato i soggetti che hanno la competenza alla tutela di un medesimo interesse anche a diverso livello; lungo una linea esterna alla materia od all'interesse "pubblico specifico", precipuamente tramite la previsione della stipulazione di accordi tra titolari di poteri quando le vigilanze – per scelta normativa – si pongono tra loro in un rapporto di complementarietà o di concorrenza». Sulla moltiplicazione delle regolazioni dei mercati e neointerventismo pubblico, v. S. AMOROSINO, *Le dinamiche del diritto dell'economia*, Pisa, 2018, p. 34.

I numerosi interventi di *soft law* e *soft regulation* si sovrappongono alle fonti primarie e *sub* primarie, creando un difficile rapporto con lo Stato di diritto¹⁰ e mettendo in discussione i paradigmi tradizionali sulle modalità di recepimento all'interno dell'ordinamento nazionale.

Certamente il ricorso alla *soft law* soddisfa le esigenze mutevoli del mercato garantendo immediatezza e, al contempo, elasticità e uniformità ma pone, altresì, problemi di coordinamento di rapporti tra pubblici poteri¹¹: in alcuni casi la *soft law* assolve una funzione preparatoria alla creazione di una *hard law* e viene puntualmente riprodotta dalle direttive e dai regolamenti dell'Unione Europea; in ogni caso viene percepita come vincolante, anche in considerazione della procedura cosiddetta di *named and shamed* che comporta l'iscrizione in una *black list* del Paese che non si adegua a tali regole.

Basti pensare al Comitato di Basilea o al *Financial Stability board* che incidono sulla individuazione dei requisiti prudenziali di capitale di cui devono dotarsi le banche¹².

Queste regole non traggono la loro legittimazione da un atto formale ma sono nate, in modo informale, all'interno di altre organizzazioni informali di Stati: si tratta dunque di procedure poco formalizzate che nemmeno prevedono meccanismi di *accountability*¹³ le quali, invece, legittimano le autorità indipendenti.

¹⁰ F. CAFAGGI, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in *Pol. dir.*, 2001, p. 547 e ss.; S. AMOROSINO, *I modelli ricostruttivi dell'ordinamento amministrativo delle banche: dal mercato "chiuso" alla "regulation" unica europea*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2016, p. 391; ID., *Trasformazioni dei mercati, nuovi modelli regolatori e "mission" del diritto dell'economia*, in *Il Diritto dell'economia*, 2016, p. 339; ID., *La regolazione pubblica delle banche*, cit.; S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2002, p. 265 e ss.; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005; G. NAPOLITANO, A. ZOPPINI, *Le autorità al tempo della crisi. Per una riforma della regolazione e della vigilanza sui mercati*, Bologna, 2009; M. ANTONIOLI, *Mercato e regolazione*, Torino, 2001.

¹¹ M. RAMAJOLI, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, in *Dir. amm.* 2017, p. 53, evidenzia la distinzione tra *soft regulation* e *self regulation* o *auto-regulation*. La *self regulation* costituisce esercizio di autonomia privata e si identifica nella elaborazione di regole da parte di soggetti privati che si impegnano spontaneamente ad osservarle e che possono essere seguite anche da terzi sulla base di una scelta volontaria (è quanto accade col codice di autodisciplina); l'autoregolazione, che spesso viene adottata senza il rispetto di principi di trasparenza e pubblicità, non è giuridicamente sanzionabile e, tuttavia, possono esservi sanzioni di tipo reputazione o esclusione dalla appartenenza ad un gruppo di non minore conto. La *self regulation* a volte si manifesta in un contesto di assoluto vuoto normativo, altre volte all'interno di una cornice di principi guida fissati dal legislatore.

¹² Il *Financial Stability Board* svolge funzioni ancillari rispetto al Comitato di Basilea, stabilendo regole che impattano, in qualche misura, sui requisiti prudenziali delle banche (così si esprime A. PISANESCHI, *La regolazione bancaria multilivello e l'art. 47 della Costituzione*, in *L'Unione bancaria europea*, a cura di M.P. Chiti, V. Santoro, Pisa, 2016, p. 156; ID., *Autorità sovranazionali di regolazione finanziaria e diritto costituzionale: brevi considerazioni*, in *Federalismi.it*, 2015, p. 6.

¹³ Con il termine "*accountability*" ci si riferisce alla relazione tra due soggetti in cui il primo dà conto del proprio operato e il secondo ha il potere di imporre delle conseguenze: sul tema, v. J. FERREJOHN, *Accountability in a Global Contest*, in *IIIJ Working Paper 2007/5* (Global Administrative Law Series), su <https://www.ijl.org/publications/accountability-in-a-global-context/>; S. BATTINI, *La regolazione globale dei mercati finanziari*, Milano, 2007 e più di recente, E. GALLI, I. RIZZO, C. SCA-

E, tuttavia, tali regole, pur non traendo la loro legittimazione da un atto formale, sono in grado di incidere fortemente sull'attività delle imprese bancarie e sulla capacità di approvvigionamento della liquidità sui mercati, cioè finiscono per incidere sui diritti fondamentali che le Costituzioni dei singoli Paesi tutelano.

La regolazione, dunque, si sposta a livello sovranazionale attraverso il sistema di relazioni internazionali che tende a trasferire i momenti decisori rilevanti al di fuori dello Stato¹⁴ e pone il tema di capire quanto il cosiddetto *multi-level government* sia compatibile con il permanere della sovranità dello Stato e con l'autonomia decisionale riconosciuta al suo interno¹⁵.

Da queste due premesse derivano almeno tre conseguenze: 1) si limitano le opzioni organizzative dei soci contraenti nella consapevolezza che gli stessi, organizzandosi liberamente, possano pregiudicare gli interessi dell'impresa bancaria; 2) la presenza del potere dell'autorità incide sugli spazi di autonomia dei privati, alterando l'esercizio degli istituti tradizionali; 3) si verifica un affievolimento delle prerogative dei soci e degli amministratori.

In questo scenario, ormai costantemente presente nel diritto bancario, si inseriscono gli interventi legati alla pandemia.

2. L'intervento emergenziale nel diritto bancario

Gli interventi emergenziali, nel diritto bancario, non rappresentano una novità: dall'analisi del diritto bancario degli ultimi 10 anni è possibile osservare come si sia, lentamente, stratificato un complesso di interventi dettati, quasi sempre, dalla necessità di sopperire a circostanze puntuali e contingenti.

A partire dalla crisi finanziaria 2007-2008 il diritto bancario si è atteggiato come un diritto emergenziale, per un verso attraverso interventi derogatori rispetto alla disciplina generale, giustificati dagli spazi che la stessa normativa primaria consentiva (basti pensare alla disciplina dettata in materia di aiuti di Stato)¹⁶, per altro verso attraverso la previsione di provvedimenti con i quali ci si è occupati di casi singoli, non suscettibili di applicazione ulteriori, e giustificati anche questa volta dall'emergenza (v. il d.l. n. 1/2019 su Misure urgenti a

GLIONI, *La trasparenza e l'accountability delle Autorità Indipendenti*, in *L'analisi di impatto e altri strumenti per la qualità della regolazione – Annuario AIR 2017-2018*, a cura di G. Mazzantini, N. Rangone, Napoli, 2019.

¹⁴ S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, cit.

¹⁵ Per un approfondimento su tali temi, cfr. M. DE BELLIS, *La regolazione dei mercati finanziari*, Giuffrè, Milano, 2012, *passim*; A. PISANESCHI, *La regolazione bancaria multilivello e l'art. 47 della Costituzione*, in *L'Unione bancaria europea*, a cura di M.P. Chiti, V. Santoro, Pacini editore, Pisa, 2016, p. 153 e ss.

¹⁶ Nel periodo fra il 1° ottobre 2008 e il 1° ottobre 2012 sono stati approvati nell'Unione Europea per il settore finanziario aiuti di Stato, pari al 40,3% (cfr. il documento COM (2012) 778 final del 21 dicembre 2012, Relazione sugli aiuti di Stato concessi dagli Stati membri dell'UE – Aggiornamento 2012 – SWD (2012) 443 final).

sostegno della Banca Carige S.p.a. – Cassa di risparmio di Genova e Imperia o il d.l. n. 142/2019 su Misure urgenti per il sostegno al sistema creditizio del Mezzogiorno e per la realizzazione di una banca di investimento).

Pertanto, l'uso/abuso del diritto emergenziale rappresenta un tema più generale che non può non tener conto della notevole diffusione dei poteri di emergenza che spesso si accompagnano a deroghe rispetto alle regole ordinarie e che portano ad una progressiva deformazione dello Stato di diritto¹⁷.

Nel diritto bancario, in particolare, proviene perlopiù da fonti secondarie, ponendo un problema di parità di trattamento della tutela delle posizioni soggettive, non solo tra i soggetti destinatari di quelle disposizioni, ma anche di coloro che, come contropartita alla compressione del proprio diritto, ricevono solo il risarcimento del danno (v. le procedure di risoluzione bancaria).

L'intera disciplina sui requisiti patrimoniali prevista negli Accordi di Basilea è il risultato di scelte volte a superare problemi contingenti emersi a seguito della crisi, nonché, più in generale, gli interventi di carattere finanziario che puntano a rafforzare la solidità patrimoniale delle banche nascono dall'esigenza di sopperire a situazioni emergenziali.

Ed è per tali ragioni che gli interventi eccezionali finiscono per incidere sul tema della legittimazione del potere; sulla gerarchia delle fonti; sulle tutele connesse ai provvedimenti emanati¹⁸.

Durante la pandemia il legislatore e il regolatore sono intervenuti attraverso la predisposizione di misure di tipo diverso, alcune sono state predisposte dal governo, a sostegno dei privati e delle imprese, e hanno interessato le banche, indirettamente, come strumenti di erogazione del credito; altre misure sono state predisposte, a livello internazionale, da comitati tecnici e, a livello comunitario, sotto forma di normativa primaria (da parte del Parlamento europeo) o di normativa secondaria (da parte delle Autorità di vigilanza) e hanno inciso direttamente sulle banche.

Il primo tipo di misure può essere definito “esogeno” in quanto si concentra sulle prestazioni che l'attività bancaria eroga e sulla funzione che la stessa assolve in momenti di crisi economica.

¹⁷ L.R. PERFETTI, *Legge-provvedimento, emergenze, giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, p. 1021, ricorda come Stato di emergenza, emergenza e utilizzazione della legge per provvedere su singole questioni puntuali siano fisiologici e frequenti nei nostri sistemi legali contemporanei, in quanto vale il convincimento (erroneo) per il quale il comando dell'autorità non può violare le libertà personali e la forma democratica dello Stato non può essere travolta da chi abbia responsabilità di governo di volta in volta. L'Autore sottolinea come il nucleo concettuale nel quale deve essere osservata la legge provvedimento sia quello che collega emergenza, sovranismo, crisi del *rule-of-law*, garanzia dei diritti inviolabili. Sul diritto dell'emergenza, v. da ultimo, AA.VV., *Il diritto dell'emergenza: profili societari, concorsuali, bancari e contrattuali*, a cura di M. Irrera, 2020, Torino; P. PANTALONE, M. DENICOLÒ, *Responsabilità, doveri e coronavirus: l'ossatura dell'ordinamento nelle emergenze “esistenziali”*, in *Il diritto dell'economia*, 2020, p. 125; A. BARONE, *Emergenza pandemica, precauzione e sussidiarietà orizzontale*, in *questa Rivista*, 2020, I, p. 185.

¹⁸ Per un approfondimento su tali temi, sia consentito il riferimento a R. CALDERAZZI, *La funzione organizzativa del capitale nell'impresa bancaria*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 94 e ss.

Tali misure sono funzionali alla realizzazione delle finalità proprie dell'impresa bancaria, nel senso che hanno la finalità di massimizzare l'interesse pubblico e di consentire la realizzazione di quelle dimensioni fondamentali che vengono conseguite grazie all'esercizio dell'attività bancaria.

In questa prospettiva si collocano gli interventi legislativi, Decreti Cura Italia e Liquidità, che hanno introdotto una serie di iniziative a sostegno della clientela privata (D.L. 18 Decreto «Cura Italia» art. 54: attuazione del Fondo solidarietà mutui “prima casa”, cd. “Fondo Gasparrini”) o alle imprese (art. 56, D.L. 17 marzo 2020 n. 18 Decreto «Cura Italia»: misure di sostegno finanziario alle micro, piccole e medie imprese colpite dall'epidemia di COVID-19; art. 13 D.L. 8 aprile 2020 n. 23: Fondo Centrale di Garanzia, c.d. Decreto «Liquidità nonché le misure per accedere a nuova liquidità¹⁹).

Queste misure, per un verso, sospendono l'obbligo di pagamento dei mutui e degli altri debiti contratti, con le banche o altri intermediari, dai privati o dalle piccole imprese, dall'altro introducono misure per sostenere le attività imprenditoriali con la previsione di nuova liquidità²⁰.

Anche a livello internazionale ci sono stati interventi volti a consentire alle banche di erogare prestiti: in particolare il Comitato di Basilea ha rinviato (al 1° gennaio 2023) l'entrata in vigore degli standard internazionali sul trattamento prudenziale del rischio di credito e sulla revisione degli obblighi di informativa al mercato per incrementare, in maniera più graduale, i requisiti patrimoniali fissati dei nuovi standard.

L'Unione Europea, dal canto suo, il 24 giugno 2020, ha emanato il Regolamento 2020/873 che fornisce una risposta alla pandemia massimizzando la capacità degli enti di erogare prestiti e di assorbire le perdite, consentendo che il quadro di regolamentazione prudenziale interagisca, in maniera armoniosa, con le varie misure adottate per la pandemia.

¹⁹ Nel dettaglio, l'art.13, decreto liquidità, - lett. m) micro imprese, pmi e persone fisiche esercenti attività di impresa, arti o professioni con una garanzia del Fondo gratuita e copertura al 100 % , nuovi finanziamenti di importo pari al 25% dei ricavi e comunque non superiori ad € 25 k della durata massima di 72 mesi e con preammortamento obbligatorio di 24 mesi; - lett. n) imprese con fatturato sino a € 3,2 mln, Garanzia del Fondo gratuita e copertura 90% + 10% del Confidi (su fondi propri senza impatto RWA). Prestiti di importo non superiore al 25% dei ricavi (massimo € 800k) in favore di imprese la cui attività sia stata danneggiata da Covid-19; - lett. c) imprese sino a 499 dipendenti, è prevista una garanzia del Fondo elevata ad euro 5 mln. sino al 31 dicembre 2020; una Garanzia del Fondo gratuita e copertura del 90%; lett. e) - Ristrutturazione del debito: operazione finanziaria di ristrutturazione del debito con copertura del Fondo gratuita dell'80% a condizioni che il nuovo finanziamento sia maggiorato di almeno del 10% rispetto a quello rinegoziato.

²⁰ Per un approfondimento sulle novità normative, cfr. A. DOLMETTA, *Prospettive e problemi del credito pandemico coperto da garanzia statale*, in *Riv. dir. banc.*, 2020, p. 253 e ss.; B. INZITARI, *Crisi, insolvenza, insolvenza prospettica, allerta: nuovi confini della diligenza del debitore, obblighi di segnalazione e sistema sanzionatorio nel quadro delle misure di prevenzione e risoluzione*, *ivi*, 2020, p. 355; L. LENTINI, *Moratoria dei finanziamenti bancari e criteri di maturazione degli interessi “di sospensione” nel decreto “Cura Italia”: una prima lettura*, *ivi*, 2020, p. 235.

Accanto a queste iniziative, sono state predisposte misure che possiamo definire “endogene” in quanto incidono sulla dimensione della società, nel senso che attengono ad atti dispositivi propri della banca.

Alcune di queste misure introducono spazi di maggiore flessibilità di regole, altre invece comprimono fortemente la libertà organizzativa delle banche: in ogni caso, benché gli approcci utilizzati siano diversi, le finalità che si intendono perseguire sono le medesime.

Le misure che introducono una maggiore flessibilità si collocano in una posizione di contrapposizione con gli interventi che hanno caratterizzato la Vigilanza e i comitati tecnici a partire dalle crisi del 2007, i quali hanno progressivamente e costantemente previsto un ampliamento dei requisiti patrimoniali ed un irrigidimento nella sua composizione del patrimonio.

La BCE (per le banche significative) e la Banca d'Italia (per quelle meno significative)²¹ consentono agli intermediari di operare, temporaneamente, al di sotto di alcuni *buffer* di capitale e di liquidità: le banche potranno operare al di sotto del livello della componente *target* assegnata a esito del processo SREP (Pillar 2 *Guidance* - P2G), del *buffer* di conservazione del capitale (CCB) e del coefficiente di copertura della liquidità (LCR); alle banche significative è concessa, altresì, la possibilità, come già accade per le banche meno significative, di utilizzare strumenti di capitale di minore qualità rispetto al CET1 per soddisfare i requisiti di secondo pilastro.

L'incentivo ad erogare nuovo credito viene perseguito anche con misure che consentono alle banche di attenuare gli impatti sul capitale, prevedendo che l'adesione alle misure di moratoria non comporti automaticamente la ri-classificazione dei crediti tra quelli oggetto di concessione o tra quelli deteriorati, né comporti un incremento significativo del rischio di credito a fini contabili.

Inoltre, le banche sono invitate, dalle Autorità di vigilanza, ad applicare il principio contabile IFRS 9 nella determinazione delle rettifiche, basandosi su stime di lungo periodo per tener conto della maggiore stabilità e dell'effetto benefico delle misure di sostegno pubblico ricevute dai prenditori.

Come si è detto, accanto a questi interventi che allargano i margini di operatività di utilizzo di soglie di capitale, vi sono misure che limitano l'autonomia privata dell'attività imprenditoriale e che, in particolare, incidono sugli atti di disposizione del proprio patrimonio.

È sempre più frequente la presenza del potere dell'autorità che incide sugli spazi di autonomia, regolamentando ed espletando direttamente poteri di intervento che incidono su decisioni che, nel diritto comune, sono proprie degli amministratori o dei soci.

²¹ BCE, *ECB Banking Supervision provides temporary capital and operational relief in reaction to coronavirus*, comunicato stampa del 12 marzo 2020; BCE, *ECB Banking Supervision provides further flexibility to banks in reaction to coronavirus*, comunicato stampa del 20 marzo 2020; Banca d'Italia, *Proroga dei termini e altre misure temporanee per mitigare l'impatto del Covid-19 sul sistema bancario e finanziario italiano*, comunicato stampa del 20 marzo 2020.

Tale tendenza rappresenta una costante nell'evoluzione del diritto bancario che viene giustificata²² nella esigenza di impedire che i soci o i loro rappresentanti, ossia gli amministratori, possano pregiudicare, attraverso una libera organizzazione, gli interessi che si puntualizzano sull'impresa bancaria. Cioè vi è la consapevolezza che la previsione di una disciplina sempre più invasiva trovi la sua giustificazione nella rilevanza degli interessi esterni propri dell'attività bancaria.

In questa prospettiva i recenti interventi incidono sugli atti di disposizione del proprio patrimonio, attraverso una intrusione sul potere di gestione dell'impresa, nonostante l'art. 2380 *bis* c.c. sancisca la centralità degli amministratori e il loro potere di compiere atti strumentali al conseguimento dell'oggetto sociale²³.

Nello specifico, le misure emergenziali legate all'epidemia hanno compresso l'autonomia della gestione imprenditoriale vietando la distribuzione degli utili, incidendo sulle pretese dei singoli azionisti.

Al fine di favorire il rafforzamento dei mezzi propri delle banche, la BCE e la Banca d'Italia hanno accompagnato le misure sui *buffer* di capitale con la raccomandazione, estesa a tutte le banche, di non distribuire dividendi e di astenersi dal riacquistare azioni proprie²⁴: «la raccomandazione ha l'obiettivo di destinare gli utili al rafforzamento dei mezzi propri e di mettere il sistema finanziario nella condizione migliore per assorbire le perdite che si materializzeranno a causa dell'emergenza sanitaria e per poter continuare a sostenere l'economia», in considerazione del contesto che provoca importanti limitazioni a tutto il sistema economico e produttivo.

È del tutto evidente la deviazione dalla disciplina codicistica societaria, una compressione dell'autonomia privata dell'attività imprenditoriale e una alterazione delle pretese dei singoli azionisti.

3. Le ragioni delle misure emergenziali

Al fine di interpretare in modo coerente gli interventi emergenziali sulle banche diventa importante cercare di individuare le ragioni delle scelte operate, non tanto delle scelte dettate a sostegno della clientela privata o delle imprese, quanto di quelle che incidono sulle dimensioni della società bancaria e sulla sua libertà gestionale.

²² In tal senso, C. ANGELICI, *Introduzione*, in *Società bancarie e società di diritto comune. Elasticità e permeabilità dei modelli. Incontro di studio del 23 giugno 2016*, cit., p. 759.

²³ Sul tema, cfr. G. Guizzi, *Riflessioni intorno all'art. 2380-bis*, in AA.VV., *Società, banche e crisi di impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, II, Utet, Torino, 2014, p. 1043 e ss.

²⁴ BCE, *Recommendation on dividend distributions during the Covid-19 pandemic*, 27 marzo 2020 e Banca d'Italia, *Raccomandazione della Banca d'Italia sulla distribuzione di dividendi da parte delle banche italiane meno significative durante la pandemia da Covid-19*, comunicato stampa del 27 marzo 2020. La raccomandazione sulla non distribuzione degli utili è stata estesa fino al 1° gennaio 2021 con comunicato di Banca d'Italia del 28 luglio 2020.

Certamente le misure emergenziali sui requisiti patrimoniali si giustificano alla luce del contesto economico e sociale che necessita di uno stimolo all'erogazione del credito e della garanzia di tutte quelle dimensioni fondamentali dei diritti che l'esercizio dell'attività bancaria consente.

Per quanto concerne l'individuazione dei *buffer* patrimoniali, come si è detto, tale decisione si pone in contrasto con la rigidità degli Accordi di Basilea che hanno progressivamente irrigidito la composizione del patrimonio bancario, fissando un rapporto minimo tra patrimonio di vigilanza e ammontare dell'esposizione ai rischi, con una individuazione sempre più dettagliata delle tipologie di rischio per consentire alle imprese bancarie di valutare l'esposizione complessiva dei rischi, pianificare le strategie di operatività ed individuare i presidi patrimoniali organizzativi per una sana e prudente gestione²⁵.

Se non che il cambio di prospettiva del regolatore, nel periodo di pandemia, non appare il frutto di un ragionamento schizofrenico rispetto alla rigidità del passato, né tantomeno intende rinnegare il ruolo del capitale che continua ad essere strumento necessario per la tutela degli interessi in gioco.

Si adotta lo strumento della elasticità nell'utilizzo di alcuni parametri di capitale, ma senza mutare la finalità ultima, nella consapevolezza del ruolo che il capitale bancario, nella composizione dei fondi propri, assume: i mezzi patrimoniali hanno la finalità, non solo di consentire di poter correttamente finanziare le altre imprese, senza abdicare al rispetto del principio di sana e prudente gestione, ma anche di poter erogare credito in condizioni difficili²⁶ e, conseguentemente, di tutelare quei diritti fondamentali che l'art. 47 Cost. contiene²⁷.

Gli interessi sono quelli individuati dall'art. 47 Cost., ossia il bene risparmio, inteso come un diritto che pertiene alle libertà e ai diritti delle persone²⁸.

²⁵ Per un'analisi dell'evoluzione degli Accordi di Basilea e delle finalità perseguite, sia consentito il riferimento a R. CALDERAZZI, *La funzione organizzativa del capitale nell'impresa bancaria*, Torino, 2020, cap. 1, ove riferimenti bibliografici.

²⁶ I. VISCO, *Intervento del Governatore*, ABI Assemblea Annuale, Roma, 11 luglio 2012.

²⁷ Anche la giurisprudenza sottolinea il collegamento tra sana e prudente gestione e tutela del risparmio T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 9 aprile 2010, n. 6185, in *Foro amm.* TAR 2010, 4, p. 1313; T.A.R. Roma, sez. III, 10 marzo 2014, n. 2725 in *Foro amm.* 2014, p. 936 ribadisce che lo specifico potere della Banca di accertare la ricorrenza delle condizioni di sana e prudente gestione ai sensi dell'art. 56 del Tub e, più in generale, l'esigenza di presidiare la stabilità finanziaria complessiva del mercato ai sensi dell'art. 5 del Tub, sono "in un nesso di stretta derivazione con la finalità di tutela del risparmio avente dignità primaria nell'ambito dei valori costituzionali (art. 47 Cost.)"; Cons. Stato sez. VI, 20 maggio 2019, n. 3228, Cons. Stato, Sez. IV, 8 maggio 2015, n. 2328 ricordano che gli atti di vigilanza della Banca d'Italia sono posti in essere "in concreta esplicitazione di attività volta alla tutela dei valori di promozione e tutela del risparmio, nonché di esercizio dell'attività creditizia, contemplati e garantiti dall'art. 47 della Costituzione".

²⁸ L.R. PERFETTI, *Art. 107 – Autorizzazione*, in *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 1595, nonché A. CLINI, *Sovranità della persona nelle determinanti di tutela del risparmio*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2017, p. 349.

Le ragioni che hanno portato il regolatore ad allargare, nella situazione emergenziale, le maglie dell'utilizzo dei *buffer* patrimoniali sono legate alla consapevolezza che occorre fornire uno stimolo all'erogazione del credito.

Anche la scelta dell'Autorità di vigilanza di marzo 2020 di raccomandare il divieto di distribuzione degli utili, già partire dall'esercizio 2019, può essere compresa dalla medesima prospettiva.

Le pretese degli azionisti, maturate retroattivamente, vengono travolte attraverso uno stravolgimento della disciplina societaria codicistica che vieta la distribuzione degli utili solo in presenza di perdite.

La raccomandazione, nella prospettiva delle società di diritto comune²⁹, rappresenta certamente un *vulnus* alla pretesa patrimoniale del singolo socio all'ottenimento dell'utile: una distribuzione, in sé legittima, posto che non siamo di fronte a delle perdite (ma semmai al timore di poterle realizzare), viene vietata incidendo sugli spazi di autonomia, precludendo ai soci una simile decisione e diventando la stessa frutto di una valutazione dell'Autorità di vigilanza presa in occasione dell'emergenza sanitaria.

Tale intervento solleva il tema della tutela soggettiva delle posizioni in quanto mortifica la pretesa alla remunerazione dell'investimento effettuato, come se l'investimento e la sua tutela finissero per svolgere un ruolo marginale e meramente strumentale, con l'effetto di relegare il socio ad una posizione che lo vede titolare di pretese patrimoniali residuali.

La presenza del potere dell'Autorità sugli spazi di autonomia rappresenta ormai una costante nell'evoluzione del diritto bancario e viene giustificata nella esigenza di evitare che possano essere danneggiati gli interessi più ampi.

In realtà, nella prospettiva della tutela degli interessi che lo svolgimento dell'attività bancaria persegue, la pretesa del singolo azionista alla percezione degli utili viene assorbita dalla necessità di tutela del risparmio: l'utile accantonato a patrimonio netto consente di garantire le ragioni patrimoniali dell'azionista e, contestualmente, di tutelare il risparmio e la protezione di quei diritti che la norma costituzionale contiene.

Questo accade in quanto il rapporto degli azionisti, nell'impresa bancaria, non si esaurisce in una dicotomia netta tra capitale di rischio e capitale di credito, gli azionisti di una società bancaria vantano pretese ulteriori, diventando destinatari di un insieme di cautele che il legislatore e il regolatore approntano per tutelare tutti i risparmiatori³⁰.

²⁹ Come è noto tradizionalmente l'uso dell'espressione "diritto comune" viene utilizzata come sinonimo di diritto privato, in contrapposizione al diritto speciale che riguarda non solo i soggetti pubblici, ma anche i soggetti privati assoggettati a un regime particolare e derogatorio rispetto al diritto comune.

³⁰ G. FERRI JR, *La posizione dei soci di società bancaria*, in *Società bancarie e società di diritto comune. Elasticità e permeabilità dei modelli. Incontro di studio del 23 giugno 2016*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2016, p. 812, sostiene che le posizioni individuali, riconosciute ai soci, finiscono per affievolirsi rispetto alle prerogative dell'Autorità di Vigilanza alle quali è rimessa la loro tutela; l'investimento e la sua tutela finiscono per svolgere un ruolo marginale e meramente strumentale, a differenza di quanto accade nella disciplina della società ordinaria, dove invece la tutela dell'investimento dei soci appare predominante, a tal punto da consentire ai soci stessi loro di disporre la liquidazio-

La gestione dell'impresa bancaria non può prescindere dalla presenza di interessi ulteriori rispetto a quelli soltanto sociali e deve, dunque, trovare un equilibrio tra gli stessi.

Se si ragiona in tal senso le pretese dei soci, anche se vedono limitate le loro prerogative individuali, assumono valore collettivo nella misura in cui si manifestano verso dimensioni collettive e sociali.

In questa ricostruzione possiamo ritenere che, nella fase emergenziale, gli interventi del regolatore rappresentano il frutto di un processo evolutivo che appare certamente condizionato dal contesto di riferimento, ma che continua a rappresentare espressione del requisito di organizzazione funzionale al perseguimento del principio di sana e prudente gestione.

4. L'intervento dell'Autorità nella prospettiva della tutela del risparmio

Da quanto sin qui argomentato possiamo ritenere che gli interventi di regolazione emergenziali dettati durante la pandemia, nel diritto bancario, si inseriscono in un disegno complessivo più ampio, infatti, le considerazioni sin qui fatte consentono di trovare una chiave di lettura che ricostruisca il sistema, in maniera coerente, anche dopo gli interventi emergenziali dell'Autorità.

Come si è detto, gli elementi di riflessione che sollecitano l'emergenza sanitaria non introducono profili problematici nuovi rispetto al passato in quanto, costantemente, il legislatore e il regolatore intervengono con disposizioni che se non sono sempre emergenziali sono, comunque, speciali rispetto alla disciplina di diritto comune, sicché il binomio autorità/libertà, intervento pubblico/autonomia privata, diventa fisiologico nel diritto bancario.

L'incidenza della Vigilanza sull'autodeterminazione negoziale degli attori del mercato rappresenta una costante di tutta la disciplina del diritto bancario e ripropone il rapporto autonomia privata/intervento pubblicistico che diventa un problema sociale e politico prima ancora che giuridico³¹.

ne della società, prerogativa questa che, nelle banche, è invece subordinata all'autorizzazione dell'Autorità di Vigilanza, e quindi sottratta alla sfera di discrezionalità dei soci. Tale impostazione porta a concludere che, non essendo i soci di una società bancaria considerati come proprietari della banca, non potranno considerarsi liberi di gestire il proprio investimento al fine di massimizzarlo. A. NIGRO, *Il nuovo ordinamento bancario e finanziario europeo: aspetti generali*, in *La banca nel nuovo ordinamento europeo: luci e ombre*, in *Quaderni giur. comm.*, a cura di P. Montalenti, M. Notari, 2018, p. 15 e ss., nonché in *Considerazioni conclusive*, in *Società bancarie e società di diritto comune. Elasticità e permeabilità dei modelli. Incontro di studio del 23 giugno 2016*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2016, p. 836, parla di autentico "appassimento" del paradigma imprenditoriale e di sostanziale (quanto "feroce") nuova pubblicizzazione.

³¹ V. ROPPO, *Contratti e atti giuridici*, in http://www.treccani.it/enciclopedia/contratti-e-atti-giuridici_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/, ricorda come il principio dell'autonomia privata costituisca un portato della moderna società borghese e liberale, modellata dal capitalismo, così come le teorie del negozio giuridico e del contratto, nate per strumentare quel principio. Le corrispondenti regole e costruzioni giuridiche riflettono gli stessi valori fondamentali che informavano quella società e le filosofie create per legittimarla: il valore dell'individuo; il valore

Vi è la consapevolezza che la previsione di una disciplina sempre più invasiva trovi la sua giustificazione nella rilevanza degli interessi esterni propri dell'attività bancaria³².

Guido Alpa, in uno scritto del 2016, ci ricordava come “diritto pubblico e diritto privato sono due facce della stessa medaglia, due percorsi di lettura nello svolgimento del rapporto dinamico libertà/autorità, due modi di rappresentare la posizione della persona nel mondo complesso e affascinante del diritto di questa fine di secolo. Ma il discorso non finisce qui. L'influenza del diritto comunitario sul diritto interno, non solo con riguardo alle materie di competenza dell'Unione, ma anche con riguardo alla circolazione o alla modificazione dei modelli concettuali e degli strumenti operativi (v. i saggi raccolti da Lipari, *Diritto privato europeo*, Padova, 1997) implica una costante riformulazione dei confini, ma anche degli stessi significati della nostra materia”³³.

Per dare una lettura coerente del sistema, nel diritto bancario, diventa necessario adottare la prospettiva della tutela del risparmio, inteso come unico centro di interessi di rilievo pubblico che giustifica il controllo e che vede il punto di unificazione nella prospettiva dei diritti delle persone: solo così si riesce a superare il contrasto tra contrapposizione di interessi.

della volontà; il valore della libertà da ingerenze pubbliche. L. BUTTARO, *Corso di diritto commerciale I, Premesse storiche. Disciplina dell'impresa*, Bari, Laterza, 2005, pp. 68 e 69, il quale evidenzia che, nel diritto commerciale, il crescente intervento pubblicitario non è più un fatto sporadico ed eccezionale, ma un dato costante della nuova disciplina che non rientra nell'ambito del solo diritto privato: il fatto nuovo è costituito dall'incontro e dalla compenetrazione fra diritto pubblico e diritto privato; ritiene, tuttavia, che non si deve sostenere una sorta di pubblicizzazione o amministrativizzazione della materia in quanto il diritto commerciale resta il diritto dell'impresa e dell'imprenditore: per tali ragioni si deve continuare a parlare di autonomia e specialità del diritto commerciale nel senso in cui la si intendeva ancora vigente il codice di commercio del 1882. Più di recente sui rapporti fra “diritto comune” e “diritti speciali”, per l'intervento dei pubblici poteri sulle dinamiche del processo economico, cfr. G. DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, cit. Per un'evoluzione sul dibattito sul diritto dell'economia, v. A. TUCCI, *Il diritto dell'economia nella prospettiva storico-istituzionale*, in *Amministrazione in cammino*, 2016, p. 1.

³² Si è soliti ritenere che le forme di controllo hanno la finalità di garantire stabilità del sistema, integrità dei mercati, tutela del risparmio: in ciò possono individuarsi gli obiettivi della Vigilanza che sono contenuti nell'art. 47 Cost.: così, R. LENER, E. RULLI, *La vigilanza sui mercati finanziari*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2019, p. 447; R. LENER, *I mercati finanziari e il sistema di vigilanza*, in *Diritto del mercato finanziario*, Saggi, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 2 e 12; C. LAMANDA, *Le finalità della vigilanza*, in *La nuova legge bancaria. Il t.u. delle leggi sull'intermediazione bancaria e creditizia e le disposizioni di attuazione*, a cura di P. Ferro-Luzzi, C. Castaldi, Giuffrè, Milano, 1996, p. 775 e ss.; S. AMOROSINO, *Mercati finanziari (vigilanza sui)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, IV, Giuffrè, Milano, 2006, p. 3617; F. CAPRIGLIONE, *L'ordinamento finanziario verso la neutralità*, Cedam, Padova, 1994; S. CASSESE, *Il controllo pubblico della finanza privata*, in *Il diritto del mercato finanziario alla fine degli anni '80*, a cura di R. Costi, in *Quaderni Giur. comm.*, 1990, pp. 114 e 193; A. PISANESCHI, *La regolazione bancaria multilivello e l'art. 47 della Costituzione*, in *L'Unione bancaria europea*, a cura di M.P. Chiti, V. Santoro, Pacini editore, Pisa, 2016, p. 153 e ss.

³³ G. ALPA, *Diritto privato e Diritto pubblico. Una questione aperta*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2016, p. 174.

PA PERSONA E AMMINISTRAZIONE

Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia

Nell'ottica del risparmio deve essere letto il potere dell'Autorità di vigilanza e la sua legittimazione; nell'ottica del risparmio devono essere lette le pretese dei singoli azionisti e le prerogative degli amministratori.

Dal punto di vista dei diritti, le Autorità di vigilanza possono porre vincoli alla libertà d'impresa delle banche, nella loro autonomia organizzativa e nella operatività gestionale (quindi anche nella fissazione di requisiti patrimoniali o nell'imposizione di vincoli alla distribuzione degli utili), ma l'intero sistema dei poteri amministrativi è reso funzionale al godimento dei diritti individuali.

Come si è evidenziato la globalizzazione finanziaria ha spinto verso l'affermazione di regole comuni e armonizzate, portando con sé profondi cambiamenti nelle relazioni tra autorità e diritto e l'utilizzo di nuovi schemi: tali cambiamenti non fanno perdere una centralità statale ma creano uno spostamento e, soprattutto, continuano a proteggere i diritti.

Quindi il potere dell'Autorità di vigilanza trova il suo fondamento nell'esigenza di proteggere il risparmio e garantire il principio comunitario della concorrenza.

Nella stessa prospettiva devono essere collocate le pretese dei singoli azionisti: l'interesse alla remunerazione diventa recessivo perché subordinato all'interesse della sana e prudente gestione, nel senso che gli utili accantonati a patrimonio netto, perché non distribuiti, consentono di tutelare il risparmio, al pari della maggiore rigidità delle regole di *governance*.

Nel momento in cui si ritiene che l'intero sistema dei poteri amministrativi è funzionale al godimento dei diritti individuali e che i diritti fondamentali (che la Costituzione non crea ma riconosce) preesistono all'ordinamento, allora l'intervento dell'Autorità diventa funzionale al godimento di quei diritti e si legittima nella misura in cui riesce a massimizzare quei diritti.