

ROSA CALDERAZZI
Professoressa associato di Diritto dell'economia
Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"
rosa.calderazzi@uniba.it

LA REGOLAZIONE DELLA BANCA D'ITALIA

THE REGULATION OF THE BANK OF ITALY

SINTESI

Il saggio elabora alcune riflessioni finalizzate a fissare alcuni tasselli per una ricostruzione teorica della funzione di regolazione.

Attraverso l'analisi della organizzazione finanziaria, delle regole in materia di governance, delle disposizioni sulla sostenibilità si cerca di dimostrare come le regole pervasive dell'autorità perseguano la finalità di proteggere il risparmio.

I numerosi interventi del regolatore pongono vincoli alla libertà d'impresa, incidono sugli spazi di autonomia privata, affievoliscono le prerogative dei soci, innescando un binomio autorità libertà.

La prospettiva che si assume porta a ritenere che tutti gli interventi pubblici del regolatore debbano essere letti come strumenti per consentire il godimento di diritti che, diversamente, non vedrebbero la loro realizzazione in quanto le società bancarie, nella loro autonoma organizzazione, non sono in grado, con le sole norme del diritto comune, di assicurare le prestazioni necessarie per il godimento dei diritti fondamentali, nel contempo, la funzione stessa della regolazione sulle banche, nel suo più complesso sistema di poteri amministrativi, si legittima nella misura in cui massimizza quei diritti.

ABSTRACT

This essay presents reflections aimed at establishing key elements for a theoretical reconstruction of the regulation function.

Through the analysis of financial organization, governance rules, and sustainability provisions, it seeks to demonstrate how supervisory authorities, along with pervasive regulatory frameworks, pursue the objective of protecting savings.

The regulator's numerous interventions impose constraints on business freedom, affect private autonomy, and weaken shareholders' prerogatives, thus creating a dynamic between authority and freedom.

However, the perspective adopted suggests that all public regulatory interventions should be interpreted as instruments enabling the enjoyment of rights that, otherwise, would not be realized. This is because banking institutions, in their autonomous organization, are not capable — using only common law rules — of ensuring the necessary provisions for fundamental rights. At the same time, the very function of banking regulation, within its complex system of administrative powers, is legitimized insofar as it maximizes those rights.

PAROLE CHIAVE: Banca d'Italia, funzione di regolazione, assetti organizzativi, sana e prudente gestione, tutela del risparmio

KEYWORDS: Bank of Italy, regulation function, organization system, sound and prudent management, protection of savings

INDICE: 1. La prospettiva storica. – 2. La perimetrazione della funzione di regolazione. – 2.1. Il criterio di giudizio dell'esercizio della funzione di regolazione della Banca d'Italia. – 3. La rilevanza degli assetti organizzativi delle banche e gli effetti della regolazione. – 3.1 L'organizzazione finanziaria. – 3.2 La regolazione sul governo societario e sul controllo. – 3.2.1 Ruoli e responsabilità dei soggetti deputati al controllo. – 3.2.2 L'integrazione della disciplina. – 3.2.3 La rigidità interpretativa del regolatore. – 3.3 La regolazione sulla sostenibilità. – 4. Qualche riflessione conclusiva.

1. La prospettiva storica

La prospettiva pubblicistica è sempre stata dominante nella spiegazione del regime dell'impresa bancaria, non solo nella dimensione microeconomica, dove la normativa regola il soggetto e la sua attività, ma anche nella dimensione macroeconomica e storica che tiene conto del contesto nel quale le banche si trovano ad operare.

Per tali ragioni lo studio sull'attività bancaria, in generale, è stato influenzato anche dalla evoluzione istituzionale, politica e sociale¹ alla quale la storia

¹ Numerosi sono gli studi storici sulle banche, v. tra molti, M. FORNASARI, *La banca, la borsa, lo Stato. Una storia della finanza (secoli XIII-XXI)*, II ed., Torino, Giappichelli, 2019; G. TODESCHINI, *La banca e il ghetto*, Roma – Bari, Laterza, 2016; Y. CASSIS, C. R. SCHENK, R. S. GROSSMAN (eds.), *The Oxford Handbook of Banking and Financial History*, Oxford, Oxford University Press, 2016; S. L. PERUZZI, *Storia del commercio e dei banchieri di Firenze in tutto il mondo conosciuto dal 1200 al 1345*, Forgotten Books, London, 2015; G. POLIDORI, *L'oro dell'impero. Banche e banchieri nella Roma antica*, Roma, 2013; E. GALANTI, R. D'AMBROSIO, A. V. GUCCIONE, *Storia della legislazione bancaria, finanziaria e assicurativa. Dall'Unità d'Italia al 2011*, Marsilio, Venezia, 2012; G. CONTI – A. COVA – S. LA FRANCESCA, *Lezioni sulla formazione del sistema bancario italiano*, http://www.assbb.it/contenuti/news/files/Quaderno_258.pdf, 2010; G. CONTI, *Banche, banchieri e formazione del sistema finanziario italiano dal risorgimento al 1914: i caratteri originari*, in G. CONTI – A. COVA – S. LA FRANCESCA (a cura di), *Lezioni sulla formazione del sistema bancario italiano*, in http://www.assbb.it/contenuti/news/files/Quaderno_258.pdf, 2010, 14; J. LE GOFF, *La borsa e la vita. Dall'usuraio al banchiere*, Roma – Bari, Laterza, 2003; AA.VV., *L'alba della banca. Le origini del sistema bancario tra medioevo ed età moderna*, Bari, Laterza, 1982; N. F. HOGGSON, *Banking through the Ages*, New York, Dodd, Mead & Company, 1926.

del diritto bancario appare intrinsecamente connessa.

Il percorso storico che ha caratterizzato la funzione di regolazione del sistema bancario vede, sin dall'inizio del Novecento², a seguito degli avvenimenti del primo dopoguerra e del fallimento di alcuni istituti di credito, l'attribuzione alla Banca d'Italia³ delle funzioni di vigilanza sulle altre banche. Tale impostazione conduce ad una prima fase di regolazione del sistema e, nel 1926, ai cosiddetti «provvedimenti per la tutela del risparmio»⁴.

Si fa strada la consapevolezza della insufficienza della disciplina di diritto

2 Con il r.d.l. 6 maggio 1926 n. 812, convertito in legge il 25 giugno 1926, n. 1262, si definisce il ruolo della Banca d'Italia che diviene l'unica banca di emissione: si pone così fine ad un assetto pluralistico che il sistema bancario si portava dal periodo preunitario. Tale decreto attribuiva, altresì, alla Banca d'Italia funzioni di vigilanza attraverso l'analisi dei bilanci annuali delle banche e le ispezioni. Per la verità già con il codice di commercio del 1882 era previsto che un numero considerevole di banche dotate del potere di emettere biglietti di banca fossero sottoposte a controllo pubblico. Inoltre le crisi bancarie che si erano succedute in quegli anni (il crollo del 1892-93, la crisi della Società bancaria italiana del 1907, quello della Banca italiana di sconto del 1921), verificatesi per la connessione tra banca e industria, ma anche per la presenza di un sistema bancario nel quale convivevano imprese non dotate di strumenti patrimoniali necessari per affrontare la competizione, avevano dato vita «a un vero e proprio movimento per uno statuto speciale dell'impresa bancaria» (così, R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, 5^a ed., Bologna, Il Mulino, 2012, 39). Sul tema, v. E. GALANTI, *Le banche, Dall'unità della Nazione alla nascita della Banca d'Italia*, in E. GALANTI - R. D'AMBROSIO - A. V. GUCCIONE (a cura di), *Storia della legislazione bancaria finanziaria e assicurativa*, cit., 2012, 28 ss.; F. BELLÌ, *Legislazione bancaria italiana (1861 – 2003)*, Torino, Giappichelli, 2004, 86 ss.; G. DI NARDI, *Le Banche di emissione in Italia nel secolo XIX*, Torino, Utet, 1953, 220; R. DE MATTIA, *Gli Istituti di emissione in Italia. I tentativi di unificazione 1843-1892*, Roma – Bari, Laterza, 1990, 10; S. CARDARELLI, *La questione bancaria in Italia dal 1862 al 1892*, in *Ricerche per la storia della Banca d'Italia*, vol. I, Roma – Bari, Laterza, 1990, 105 ss.

3 La S. C. di Cassazione nei primi anni del '900 ebbe a qualificarla come «Ente od Istituto pubblico soggetto a tutela e vigilanza dello Stato», in considerazione della «sua preminente funzione di pubblico interesse» nonché «per le delicatissime e altissime mansioni che le sono affidate», Cass. del Regno, SS. UU., sent. 26 marzo 1925, in *Foro it.*, I, 1925, 837-840, con nota di S. LESSONA, *Competenza per le controversie sul rapporto di impiego di enti pubblici istituzionali*. Tale qualificazione fu poi confermata dall'art. 20, co. I, del R.D. 12 marzo 1936, n. 375, secondo il quale la «Banca d'Italia, creata con L. 10 agosto 1893, n. 449, è dichiarata Istituto di diritto pubblico». Nonostante l'autorevole tesi contraria (F. CAPRIGLIONE, *Banca d'Italia (ad vocem)*, in *Enc. dir.*, agg., I, 1997, 246), successivamente, la Banca d'Italia è stata ritenuta una sorta di modello *ante litteram* di autorità amministrativa indipendente, un ente con «sfaccettatura “triangolare”: come banca centrale è un'autorità indipendente comunitaria; come autorità antitrust nei confronti delle imprese bancarie [era] un'autorità indipendente nazionale; come autorità di vigilanza non è un'autorità indipendente, anche se da un punto di vista funzionale svolge una funzione identica a quella delle autorità indipendenti», così F. MERUSI, PASSARO, (voce) *Autorità indipendenti*, in *Enc. dir.*, agg. VI, Milano, Giuffrè, 2002. Più di recente è stata, dapprima, considerata un «organo a rilevanza costituzionale», poi, in quanto parte integrante del Sistema europeo di banche centrali, «come il braccio operativo periferico» della BCE: in tal senso M. CLARICH, voce *Autorità di vigilanza sul mercato finanziario: a) profili generali*, in *Enc. dir.*, ann., V, Milano, Giuffrè, 2012, 155. Nel 2005 la l. n. 262 ne ha ribadito la qualifica di Istituto di diritto pubblico (cfr. I. BORRELLO, *Banca d'Italia (ad vocem)*, in *Enc. giur.*, Roma, 2009, 5), sottolineando la necessità di assicurarne l'indipendenza (art. 19, co. III), come imposto dall'art. 131 Tuf. Anche la Suprema Corte di Cassazione, peraltro, ne ha ribadito la natura di ente

comune e della esigenza di introdurre norme di organizzazione diverse, in particolare attraverso l'introduzione di un regime autorizzativo per l'esercizio dell'attività bancaria, con l'istituzione di un apposito albo e l'attribuzione del potere di vigilanza alla Banca d'Italia⁵.

La crisi del 1929 evidenzia l'insufficienza della riforma del 1926 e porta alla nascita della prima legge bancaria del 1936 – 38 che qualifica la raccolta del risparmio e l'esercizio del credito come «funzioni di interesse pubblico»⁶. Permane l'idea di una banca funzionale all'interesse economico nazionale di crescita della potenza economica del Paese, un servizio pubblico assoggettato all'indirizzo politico.

Il potere amministrativo viene applicato in ossequio alla presenza di un interesse pubblico che, nel periodo pre-costituzionale, continua ad essere associato alla ricchezza e alla potenza economica dello Stato che il sistema bancario consente di realizzare.

Anche quando, dopo l'emanazione della Costituzione, si sposta l'attenzione verso la tutela del risparmio⁷, la prospettiva rimane quella dell'esercizio

pubblico, Cass. civ., SS. UU., 21 luglio 2006, n. 16751, in *Corriere Giur.*, 2006, 9, 1202 e ss., con nota di V. CARBONE. Oggi, dunque, la dottrina (da ultimo, A. VALZER, sub art. 4, in C. Costa – A. Mirone (a cura di), *Commento al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, tomo 1, Torino, Giappichelli, 2024, 26-27) e la giurisprudenza (*ex multis*, TAR Lazio, Roma, sez. I, sent. 9 agosto 2005, n. 6157) sembrano inclini a qualificare l'Istituto di via Nazionale come autorità amministrative indipendenti. Peraltro, questa qualificazione sembra confermata, altresì, dal fatto che, come afferma l'art. 6 Tub, modificato dal d.lgs. 14 novembre 2016, n. 223, «La Banca d'Italia, nell'esercizio delle funzioni di vigilanza, è parte del SEVIF e del MVU e partecipa alle attività che essi svolgono».

4 Con i cosiddetti «Provvedimenti per la tutela del risparmio», noti come legge bancaria del 1926 (R.D.L. 7 settembre 1926, n. 1511 e il R.D.L. 6 novembre 1926, n. 1830) si costituisce il primo nucleo di legislazione bancaria come legislazione del controllo sugli intermediari bancari e si realizza una «tutela indiretta del risparmio» (così A. ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, Milano, Giuffrè, 2012, 6).

5 Sul tema, cfr., R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., 41; A. SCIALOJA, *La tutela del risparmio e la vigilanza sulle società bancarie*, in *Foro it.*, 1933, I, c. 1556; F. BELLÌ, *Le leggi bancarie del 1926 e del 1936 – 38*, in AA. VV., *Banca e industria fra le due guerre*, vol. II, Bologna. Il Mulino, 203 ss.; N. TRIDENTE, *La concentrazione bancaria dalla guerra europea ai giorni nostri*, Bari, Cacucci, 1952, 85 ss.; G. LANZARONE, *Il sistema bancario italiano*, Torino, Einaudi, 1948, 32 ss.

6 S. CASSESE, *La preparazione della riforma bancaria del 1936 in Italia*, in *Economia e credito*, 1975, 996.

7 La dottrina italiana (F. MERUSI, *Per uno studio dei poteri della banca centrale nel governo della moneta*, in *Riv. trim. dir. publ.*, 1972, 1428; M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1977, 205; S. AMOROSINO, *La regolazione pubblica delle banche*, Padova, Cedam, 2016, 9; ID., *Principi "costituzionali", poteri pubblici e fonti normative in tema di mercati finanziari*, in S. Amorosino (a cura di), *Manuale di diritto del mercato finanziario*, 2014, Milano, Giuffrè, 8 ss.) afferma che l'art. 47, costituzionalizzando l'interesse pubblico primario alla tutela del risparmio

del credito e della centralità del potere pubblico⁸ e la regolazione dell'impresa bancaria viene intesa come garanzia per la realizzazione di quegli interessi.

Come si avrà modo di argomentare, la previsione dell'art. 47 Cost., lungi dall'essere neutrale, assume un ruolo centrale nella applicazione e interpretazione di tutto il diritto bancario⁹.

Ad ogni modo è per il momento sufficiente rilevare che tutto il sistema bancario si immerge sempre di più nel sistema dei poteri pubblici, evolvendosi verso una intensificazione dell'intervento pubblicistico in tutte le fasi di svolgimento dell'attività bancaria, nella fase genetica, con il regime autorizzatorio di accesso al mercato, in quella fisiologica, con la vigilanza regolamentare, informativa e ispettiva, nella fase patologica, con le misure preparatorie, di intervento precoce, la risoluzione e la liquidazione coatta amministrativa.

L'intervento incisivo del regolatore sulla impresa bancaria viene interpretato come esercizio di un potere che incide, profondamente, sull'autodeterminazione negoziale degli attori del mercato e su un'alterazione delle regole organizzative, in ossequio alla presenza di interessi generali. Si continua ad attribuire ampiezza all'autorità amministrativa, collocata al centro del sistema con potestà discrezionale e autonomia normativa.

Ma, nella misura in cui si abbandona l'interpretazione tradizionale dell'art. 47 Cost.¹⁰ che continua ad attribuire alla banca la funzione di servizio

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. Anche recentemente, D.R. SICLARI, *La regolazione bancaria e dei mercati finanziari: dalla 'neutralizzazione' dell'indirizzo politico sul mercato all'unificazione europea*, in M. Cafagno e F. Manganaro (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, in L. Ferrara e D. Sorace (diretto da), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, V, Firenze, 2016, 175, ha affermato che l'art. 47 cost., comma 1, in materia di tutela del risparmio ed esercizio del credito, considerata la voluta genericità della disposizione, non ha aggiunto alcuna novità all'impostazione teorica dell'ordinamento del settore.

8 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 S. Amorosino (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini*, Roma, 1995; M. NIGRO, *Profili pubblicistici del credito*, Milano, Giuffrè, 1969; E. GALANTI, *Norme delle autorità indipendenti e regolamento del mercato: alcune riflessioni*, in *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale di Banca d'Italia*, XLI, Roma, 1996, 14.

9 Per una lettura critica del ruolo dell'art. 47 Cost. v. A. CLINI, *Sovranità della persona nelle determinanti di tutela del risparmio*, in questa Rivista, 2017, 349.

10 L.R. PERFETTI, *Art. 107 – Autorizzazione*, in F. Capriglione (a cura di), *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, Cedam, 2018, 1591 ss.

pubblico e si costruisce il sistema ponendo al centro la protezione del risparmiatore, anche l'esercizio della funzione di regolazione della Banca d'Italia trova un significato adeguato nella norma costituzionale¹¹.

In questa sede verrà tralasciato il delicato rapporto tra funzione di regolazione nazionale e funzione di regolazione europea¹², il condizionamento del diritto europeo e l'integrazione della Banca d'Italia nel sistema unico di vigilanza finanziaria e nel meccanismo unico di vigilanza¹³. Inoltre, in riferimento alla Banca d'Italia, si utilizzerà l'espressione Autorità di regolazione, benché in molteplici contesti sia indicata, con una sineddoche, volta ad identificare la parte per il tutto, come Autorità di vigilanza, creando una errata sovrapposizione tra funzione di vigilanza e funzione di regolazione.

Sebbene l'indagine si soffermi solo su alcuni aspetti della complessa funzione di regolazione, gli ambiti esaminati offriranno un contributo all'inquadramento teorico della funzione di regolazione che – come avremo occasione di argomentare – pone vincoli alla libertà d'impresa delle banche, incidendo sulla

11 Per un approfondimento sull'interesse pubblico nell'ordinamento bancario, v. D. VESE, *Gli interessi pubblici nelle crisi bancarie*, Padova, Cedam, 2024, 22 ss.

12 Per un approfondimento recente sulla regolazione europea, cfr. F. CAPRIGLIONE, *Regolazione UE e stato di diritto di fronte ai cambiamenti geopolitici*, in *Federalismi.it*, 9 aprile 2025, 74.

13 Nell'ambito del MVU e soprattutto del SEVIF, da un lato, la funzione di regolazione delle autorità nazionali competenti appare ridimensionata, dall'altro, proprio nel MVU, l'art. 4, par. 3, del Reg. (UE) n. 1024/2013, dispone che «*Ai fini dell'assolvimento dei compiti attribuiti dal presente regolamento e allo scopo di assicurare standard elevati di vigilanza, la BCE applica tutto il pertinente diritto dell'Unione e, se tale diritto dell'Unione è composto da direttive, la legislazione nazionale di recepimento di tali direttive*». Ne deriva, quindi, che la BCE si trova oggi ad applicare anche disposizioni emanate dall'autorità nazionale di regolazione. Invero, per es., «*In questo contesto, all'art. 53 t.u.b. è riservato un ruolo fondamentale nella definizione del quadro normativo in materia di vigilanza prudenziale, sia attraverso l'attuazione in Italia delle previsioni dettate dal pacchetto CRD/CRR, mediante il recepimento delle regole contenute nella CRD e l'esercizio delle discrezionalità stabilite dal CRR, sia attraverso la previsione di ulteriori regole, non armonizzate a livello europeo*», così C. DI MARZIO e F. FIAMMA, sub art. 53, in C. Costa – A. Mirone (a cura di), *Commento al Testo unico Delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Torino, Giappichelli, 2024, 609. Sulla regolazione bancaria europea, tra i tanti, v. S. AMOROSINO, *I modelli ricostruttivi dell'ordinamento amministrativo delle banche: dal mercato "chiuso" alla regulation unica europea*, in *Banca borsa tit. cred.*, 4, 2016, 391 ss.; A. BROZZETTI, *Il diritto europeo della banca e della finanza tra passato e futuro*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 1, 2023, 6 ss.; AA. VV., *La funzione della vigilanza della Banca Centrale Europea*, A. Barone – G. Drago (a cura di), Luiss, Roma, 2022; AA. VV., *Il meccanismo unico di vigilanza*, A. Magliari (a cura di), Napoli, Editoriale scientifica, 2024; C. V. GORTSOS, *The European Banking Regulation Handbook, Volume I - Theory of Banking Regulation, International Standards, Evolution and Institutional Aspects of European Banking Law*, Cham, Palgrave Macmillan, 2023; nonché M. P. CHITI, *Il single rulebook per il settore bancario dell'Unione europea: un originale strumento regolatorio*, in *Dir. banc. fin.*, 4, 2024, 549 ss. Sul ruolo delle autorità nazionali, nel contesto europeo, ante Unione Bancaria v. C. BRESCIA MORRA, *La regolamentazione delle attività finanziarie in Europa. Il ruolo delle Autorità*, in *Analisi giur. econ.*, 2, 2002, 517 ss.

loro autonomia organizzativa, ma con la finalità di tutelare una pluralità di interessi.

La prospettiva assunta permetterà di superare la contrapposizione tra interessi che ha condotto, per lo più, ad una dicotomia tra profili pubblicistici e profili privatistici¹⁴ e di ricostruire la funzione della regolazione nella direzione (unificatrice) della protezione di diritti (delle persone) costituzionalmente protetti.

2. La perimetrazione della funzione di regolazione

La perimetrazione della funzione della regolazione che, come si è detto, toccherà solo alcuni degli ambiti nei quali si estende, necessita del richiamo a due norme del Testo unico bancario, come punto di partenza.

Innanzitutto, l'art. 4 Tub¹⁵, inserito sotto il titolo I, dedicato alle autorità creditizie, che, con la rubrica “Banca d'Italia”, tratteggia i compiti della stessa nell'esercizio della funzione di regolazione: individua atti di impulso nei confronti del CIRC a favore del quale formula proposte, riconosce un potere regolamentare «nei casi previsti dalla legge», prevede la possibilità di impartire istruzioni e di adottare provvedimenti di carattere particolare di sua competenza.

Nell'esercizio della funzione di regolazione il legislatore predispone un insieme di disposizioni che delineano il principio di *accountability* nell'espletamento dei compiti: la Banca d'Italia determina e rende pubblici, previamente, i principi e i criteri dell'attività di vigilanza (2° comma), individua il responsabile del procedimento, indica i motivi della decisione e pubblica i provvedimenti

14 Per l'intervento dei pubblici poteri sulle dinamiche del processo economico, cfr. G. DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, Cedam, 2015, 13 ss. Per un'evoluzione sul dibattito sul diritto dell'economia, v. F. CAPRIGLIONE, *Il diritto dell'economia tra passato e futuro – Una conversazione con Andrea Sacco Ginevri*, Milano, Utet giuridica, 2025; ID., *Riflessioni a margine del diritto dell'economia. Carattere identitario ed ambito di ricerca*, in *Riv. trim. dir. ec.*, n. 3, I, 2021, 385 ss.; F. SARTORI, *Il diritto dell'economia nell'epoca neoliberale tra scienza e metodo*, in *Riv. dir. banc.*, II, 2022, 309 ss.; A. TUCCI, *Il diritto dell'economia nella prospettiva storico-istituzionale*, in *Amministrazione in cammino*, 2016, 1, nonché ID., *Il diritto dell'economia: “dispute metodologiche e contrasti di valutazione”*, in *Rivista di diritto comm.*, 2021, vol. 4., 743; G. LUCHENA, *Orizzonti del Diritto dell'economia: un'introduzione oggetto, metodo, dottrine*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 4, 2023, 424 ss.

15 Per un commento sull'art. 4 Tub, cfr. A. VALZER, sub art. 4, cit., 23 ss.; A. ANTONUCCI, sub art. 4, in C. Costa (a cura di), *Commento al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, tomo 1, Torino, Giappichelli, 2013, 19; M.E. SALERNO, sub art. 4, in S. Bonfatti (a cura di) G. Falcone (diretto da), *Commentario al Testo unico bancario*, Pisa, Pacini 2021, 14 ss.; R. FORMISANI, sub art. 4, in R. Costi – F. Vella (a cura di), *Commentario breve al Testo unico bancario*, Padova, Cedam, 2019, 34.

aventi carattere generale (3° comma). Sempre al fine di esercitare la funzione di regolazione, in modo trasparente, e di garantire i soggetti vigilati, è previsto che la Banca d'Italia pubblichi annualmente una relazione sull'attività di vigilanza (4° comma)¹⁶.

La norma, seppure non disegni un quadro completo dei poteri inerenti alle competenze della Banca d'Italia, tanto che se ne è esclusa la funzione sistematica¹⁷, conferma la centralità del ruolo di tale Autorità nel sistema di vigilanza, attraverso il riconoscimento legislativo di un ampio potere regolamentare che può esercitarsi con la modalità concorrente (quando assume la forma della proposta di organo tecnico) o autonoma (cioè slegata da successivi provvedimenti di altre autorità creditizie)¹⁸. La sua centralità e la possibilità di adottare tutti «*i provvedimenti di carattere particolare di sua competenza*» spinge il legislatore a prevedere – sempre nell'art. 4 – un insieme di disposizioni volte ad applicare il regime di *accountability*¹⁹, nell'espletamento dei compiti della Banca d'Italia, pre-

16 Sul punto rileva quanto disposto dall'art. 23 della l. 28 dicembre 2005, n. 262, recante *Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari*: la disposizione prevede che i provvedimenti «*aventi natura regolamentare o di contenuto generale*» delle autorità di vigilanza del settore bancario, dei mercati finanziari, assicurativo e dei fondi pensione, che non attengono all'organizzazione interna, devono essere motivati (comma 1). Inoltre, tali autorità devono predisporre l'analisi d'impatto della regolamentazione (AIR), al fine di valutare – in anticipo – eventuali ricadute in termini di costi e benefici sugli interessati. Devono, altresì, consultare gli organismi rappresentativi dei soggetti vigilati, dei prestatori di servizi finanziari e dei consumatori (comma 2). Infine, tali atti vanno sottoposti periodicamente a revisione (comma 3). Quanto alla Banca d'Italia, tali attività sono, altresì, regolate dalla Circolare n. 277 del 2010, *Linee guida per l'analisi di impatto della regolamentazione*, e dal Provvedimento del 9 luglio 2019, *Regolamento recante la disciplina dell'adozione degli atti di natura normativa o di contenuto generale della Banca d'Italia nell'esercizio delle funzioni di vigilanza, ai sensi dell'articolo 23 della legge 28 dicembre 2005, n. 262*.

17 In tal senso A. ANTONUCCI, sub *art. 4*, cit., 19, sottolinea come la disposizione, seppure presentata nella veste dell'organizzazione sistematica, non abbia alcuna pretesa di esaustività in quanto assembla, in un'unica cornice, una serie di previsioni accomunate dalla finalità della cornice formale di esercizio dei poteri di vigilanza della Banca d'Italia. Nello stesso senso M.E. SALERNO, sub *art. 4*, cit., 14, che parla di limitata valenza sistematica della norma giacché rimangono fuori dalla sua previsione i profili sulla qualificazione giuridica della banca, la sua organizzazione, il suo funzionamento, l'esercizio di funzioni diverse dalla vigilanza bancaria e creditizia.

18 Oggi, peraltro, in considerazione del ridimensionato ruolo del CICR, si tratta della modalità di regolazione prevalente. L'ultimo decreto emanato, d'urgenza, dal Ministro dell'economia e delle finanze – Presidente del CICR, su proposta della Banca d'Italia d'intesa con la Consob, risale al 10 luglio 2020, concernente la modifica della delibera CICR n. 275 del 29 luglio 2008 in tema di Risoluzione stragiudiziale delle controversie.

19 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 Context*, in *III.J Working Paper 2007/5* (Global Administrative Law Series), su <https://www.iijl.org/publications/accountability-in-a-global-context/>; S.

vedendo obblighi di pubblicità sul contenuto dei provvedimenti e dell'attività svolta (comma 2), trasparenza sul procedimento di produzione degli stessi (comma 3 e 4), configurazione di una responsabilità dell'Autorità e dei suoi componenti (comma 4 - *bis*). Si cerca, in tal modo, di legittimare il potere regolatorio, attraverso la partecipazione e il consenso dei destinatari, e di circoscrivere gli ambiti di discrezionalità.

Il meccanismo della *accountability* può consentire di rafforzarne la legittimità attraverso il coinvolgimento delle istituzioni e degli *stakeholder*²⁰, sia nella forma della responsabilità che in quella della rendicontazione.

La formazione degli atti di regolazione e la loro applicazione traggono la loro legittimazione ed effettività anche dalla partecipazione e dal consenso dei destinatari stessi: la regolazione viene esercitata e applicata attraverso procedimenti complessi durante i quali l'autorità di regolazione elabora una proposta, la giustifica, apre una fase di consultazione, calibra la propria scelta, la motiva, ne valuta la idoneità e adeguatezza alla risoluzione del problema regolatorio²¹.

Tale meccanismo, da un lato, permette di legittimare il potere regolatorio che soppianta l'atto governativo, scardinando il ruolo dello Stato e la sua autorità²², dall'altro, agevola l'accettabilità delle decisioni del regolatore da parte dei destinatari.

Di particolare interesse, ai fini della perimetrazione della funzione di regolazione, è l'art. 5 Tub²³ che individua le finalità e i destinatari della vigilanza:

BATTINI, *La regolazione globale dei mercati finanziari*, Milano, 2007 e più di recente, E. GALLI, I. RIZZO, C. SCAGLIONI, *La trasparenza e l'accountability delle Autorità Indipendenti*, in G. Mazzantini, N. Rangone (a cura di) *L'analisi di impatto e altri strumenti per la qualità della regolazione – Annuario AIR 2017-2018*, Napoli, 2019. M. DE BELLIS, *La regolazione dei mercati finanziari*, Milano, Giuffrè, 2012, 295, distingue tra forme di *accountability* verticale (cioè verso i governi nazionali), da meccanismi di *accountability* orizzontale che coinvolgono una compagine ampia di *stakeholder* che comprende tutti i destinatari della regolazione.

20 A. PISANESCHI, *L'accountability delle autorità finanziarie europee*, in *Riv. AIC*, 2023, 185.

21 In tal senso L. TORCHIA, *La regolazione del mercato e la crisi economica globale (per gli ottant'anni di Guido Rossi)*, 2011, EAD., *Diritto amministrativo, potere pubblico e società nel terzo millennio o della legittimazione inversa*, in *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano, Giuffrè, 2008, 45.

22 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, Cacucci, 2016, 778.

23 Per un'analisi della norma cfr, F. CAPRIGLIONE, sub art. 5, in F. Capriglione (a cura di), *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, Cedam, 2018, 45; A. ANTONUCCI, sub art. 5, in C. Costa (a cura di), in *Commento al testo unico delle leggi in materia*

le autorità creditizie esercitano i poteri di vigilanza avendo riguardo alla sana e prudente gestione, alla stabilità complessiva, all'efficienza e competitività del sistema finanziario nonché all'osservanza delle disposizioni in materia creditizia²⁴. Tali finalità servono a perimetrare l'esercizio della funzione di regolazione.

Qui il legislatore eleva il criterio della sana e prudente gestione a principio generale cui deve ispirarsi l'attività della vigilanza, inserendolo, nell'art. 5, tra le finalità dell'azione della vigilanza, e attribuendogli un ruolo chiave nell'esercizio della funzione di regolazione²⁵.

L'intero sistema dei poteri della Banca d'Italia viene esercitato nel rispetto della sana e prudente gestione del soggetto vigilato: infatti, sebbene la normativa europea (direttiva n. 89/646/CEE)²⁶ avesse esplicitato il criterio della sana e prudente gestione solo come criterio per discriminare l'accesso alla proprietà bancaria, in particolare per rifiutare l'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria (art. 5, par. 2) o per opporsi all'acquisto di partecipazioni qualificate (art. 11, par. 1), se la qualità degli azionisti e dei soci non garantisce, per l'appunto, una gestione sana e prudente dell'ente creditizio, al contrario, nel nostro ordinamento, l'espressione è stata «*adoperata dappertutto*»²⁷. Anche l'art. 5 del Tuf individua, per il perseguimento degli obiettivi, la competenza della Banca d'Italia per quanto riguarda il contenimento del rischio, la stabilità patrimoniale e la sana e prudente gestione degli intermediari, mentre l'art. 3 del co-

bancaria e creditizia, tomo 1, Torino, Giappichelli, 2013, 35; A. VALZER, sub art. 5, in C. Costa – A. Mirone (a cura di), *Commento al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, tomo 1, Torino, Giappichelli, 2024, 38 ss; G. GRECO, sub art. 5, in M. Porzio, F. Belli, G. Losappio, M. Rispoli Farina (a cura di), *Testo Unico Bancario Commentario*, Milano, Giuffrè, 2010, 46; R. FORMISANI, sub art. 5, in R. COSTI - F. VELLA (a cura di), *Commentario breve al Testo unico bancario*, Milano, Giuffrè, 2019, 39; G. GIMIGLIANO, sub art. 5, in S. Bonfatti (a cura di) G. Falcone (diretto da), *Commentario al Testo unico bancario*, Pisa, Pacini 2021, 19 ss.

²⁴ A seguito della novella di cui all'art. 4, comma 3, d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141, a queste finalità vanno poi aggiunte quelle di assicurare la «trasparenza delle condizioni contrattuali e [...] la correttezza dei rapporti con la clientela», ai sensi dell'art. 127, comma 1, Tub.

²⁵ A. NIGRO, *L'autorizzazione «all'attività bancaria» nel t.u. delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *La nuova disciplina dell'impresa bancaria*, U. Morera, A. Nuzzo (a cura di), Milano, 1996, vol. 1, 65 e ss.

²⁶ Per un approfondimento sulla seconda direttiva F. CAPRIGLIONE, *Prime riflessioni sul recepimento della seconda Direttiva CEE in materia bancaria*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1993, I, 437 e ss.

²⁷ v. A. ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, cit., 55; A. PATRONI GRIFFI, *La legge bancaria nel passaggio dal vecchio al nuovo testo: prime riflessioni sistematiche*, in AA. VV., *Dall'attuazione della II direttiva CEE in materia bancaria al testo unico*, 1993, 47.

dice delle assicurazioni attribuisce all'Ivass la possibilità di adottare ogni regolamento necessario per la sana e prudente gestione delle imprese o per la trasparenza e correttezza dei comportamenti di soggetti vigilati²⁸.

Il principio della sana e prudente gestione diventa regola di comportamento e di giudizio per l'opera di gestione imprenditoriale²⁹ e formula riassuntiva che consente di conseguire gli scopi che si prefigge la norma costituzionale³⁰.

2.1 Il criterio di giudizio dell'esercizio della funzione di regolazione della Banca d'Italia

La sana e prudente gestione diventa il criterio di giudizio nell'esercizio della regolazione sotto un duplice profilo.

Innanzitutto, diventa criterio di condotta che il regolatore deve eseguire, quindi, limite all'esercizio di quel potere.

Nel momento in cui si attribuisce centralità al criterio della sana e prudente gestione anche l'approccio sul ruolo della regolazione ne risulta condizionato, non solo sulla procedura autorizzativa e sugli aspetti strutturali e organizzativi dei soggetti vigilati, ma anche sulla disciplina degli atti e delle attività, in quanto tale principio diventa l'obiettivo al quale deve mirare l'esercizio della funzione di regolazione.

28 F. SARTORI, *Disciplina dell'impresa e statuto contrattuale: il criterio della «sana e prudente gestione»*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2017, 131, evidenzia che la nuova formulazione dell'art. 3 CDA elegge a scopo principale della Vigilanza “l'adeguata protezione degli assicurati e degli aventi diritto alle prestazioni assicurative”, mentre “la stabilità del sistema e dei mercati finanziari” rappresenta altro obiettivo della Vigilanza, ma subordinato al precedente: ciò significa che la sana e prudente gestione quale criterio di determinazione dell'organizzazione e dell'attività delle imprese assicurative è funzionale, in prima battuta, al perseguimento della tutela degli assicurati.

29 C. ANGELICI, *Introduzione*, 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. 761, sottolinea che la sana e prudente gestione indica una direzione diversa rispetto al senso in cui si è evoluta la disciplina della responsabilità degli amministratori quando si parla di *business judgement rule*: tale regola presuppone «*esigenze almeno tendenzialmente in contrasto con quelle della «sana e prudente gestione»*». La *business judgement rule*, infatti, presuppone un'attività in cui è implicito un rischio, dove emerge l'esigenza di superare le conseguenze del naturale disallineamento tra gli interessi degli amministratori e degli azionisti, ossia la minore propensione al rischio dei primi rispetto ai secondi. Il criterio della sana e prudente gestione modifica questa prospettiva generale, inducendo alla prudenza.

30 L.R. PERFETTI, *Art. 107 – Autorizzazione*, in *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., 1591 ss.; A. CLINI, *Sovranità della persona nelle determinanti di tutela del risparmio*, cit., 349.

Quando il Testo unico bancario attribuisce alla Banca d'Italia poteri informativi (art. 51), di vigilanza regolamentare (art. 53), di intervento (art. 53 - bis), ispettivi (art. 54) utilizza il canone della sana e prudente gestione come una formula riassuntiva per limitare i confini di valutazione nell'esercizio del potere.³¹

Un esempio può servire a chiarire tale assunto: l'art. 56 Tub stabilisce che «*La Banca d'Italia accerta che le modificazioni degli statuti delle banche non contrastino con una sana e prudente gestione*».

Il regolatore, nelle Istruzioni di Vigilanza (Circ. n. 229), dopo aver ricordato che lo statuto definisce le linee fondamentali in materia di assetti organizzativi e operativi dell'impresa bancaria, chiarisce che l'autonomia dell'assemblea, nella definizione del testo statutario, trova un limite nelle esigenze di vigilanza: il Testo unico attribuisce alla Banca d'Italia il compito di accertare che le scelte effettuate negli statuti dalle banche e dalle capogruppo non contrastino con il principio della sana e prudente gestione. Il perseguimento della sana e prudente gestione giustifica il potere di accertamento della Banca d'Italia in caso di modifica degli statuti delle banche e, al tempo stesso, si pone come limite ai margini di valutazione nell'accertamento³².

Il secondo profilo nel quale rileva la sana e prudente gestione come criterio di giudizio dell'esercizio della regolazione è quello del perimetro all'interno del quale tale parametro consente di operare.

La funzione di regolazione della Banca d'Italia che incide sugli spazi di autonomia dei destinatari regolamentando, monitorando, espletando poteri di interventi che comprimono la libera volontà delle parti trova la sua spiegazione nella esigenza di tutelare una pluralità di interessi, attraverso il perseguimento

³¹ Anche la giurisprudenza attribuisce alla sana e prudente gestione il principio cardine della vigilanza bancaria: da ultimo Consiglio di Stato, 19 luglio 2022, n. 6254, con nota di L. LIPPOLIS, *Il removal della Banca d'Italia e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 82, ma anche T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 9 aprile 2010, n. 6185, in *Foro amm.* TAR 2010, 4, 1313; T.A.R. Roma, sez. III, 10 marzo 2014, n. 2725 in *Foro amm.* 2014, 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 Costituzione)".

³² Per un ulteriore approfondimento sull'art. 56, sia consentito il rinvio a R. CALDERAZZI, sub art. 56, in S. Bonfatti (a cura di), *Commentario al testo unico bancario*, Pisa, Pacini, 2021, 291 ss.

di una gestione sana e prudente.

Come è stato correttamente sostenuto *«il canone della sana e prudente gestione non si limita a conformare la vigilanza regolamentare, bensì diventa esso stesso criterio che pone regole di condotta e che può assumere valore determinante sul piano della crescita del diritto vivente»*³³.

Seguiranno, nell'indagine, alcuni esempi che confortano la prospettiva assunta in quanto dimostreranno come la funzione della regolazione, esercitata ogni volta avendo riguardo alla sana e prudente gestione, alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario, sia diretta alla protezione di diritti costituzionalmente protetti, consentendo il godimento di quei diritti che – diversamente – non vedrebbero la loro realizzazione.

3. La rilevanza degli assetti organizzativi delle banche e gli effetti della regolazione

La funzione di regolazione esprime una declinazione orientata sul piano organizzatorio³⁴: lo stesso art. 5 del Tub, quando attribuisce alla Banca d'Italia l'esercizio dei poteri *«avendo riguardo alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario nonché l'osservanza delle disposizioni in materia creditizia»*, contiene profili organizzatori.

Il principio di adeguatezza organizzativa assume una valenza sistematica, non solo nel diritto bancario: la crescente rilevanza degli assetti organizzativi trova conferma nel nuovo art. 2086 del codice civile, modificato dal codice della crisi di impresa, che prevede, in capo all'imprenditore che opera in forma societaria o collettiva, *«il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi d'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale»*.

Se non che il codice civile, riaffermato il principio di dotarsi di assetti or-

³³ F. SARTORI, *Disciplina dell'impresa e statuto contrattuale: il criterio della «sana e prudente gestione»*, cit., 131.

³⁴ Così, M. ANTONIOLI, *Vigilanza e vigilanze tra funzione e organizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 673.

ganizzativi adeguati, lascia poi la libertà organizzativa, a ciascuna impresa, di scegliere le soluzioni più idonee, in funzione delle caratteristiche della propria attività, purché si consideri l'idoneità dell'assetto ad una rilevazione tempestiva delle difficoltà aziendali.

Diversamente il tema degli assetti organizzativi per alcuni settori d'impresa (banche, assicurazioni, intermediari che prestano servizi e attività di investimento) assume un rilievo denso di significato.

Nelle banche, in particolare, in considerazione delle peculiarità dell'attività bancaria e degli interessi che si intendono tutelare, il significato della società come forma organizzativa dell'impresa diventa ancora più rilevante³⁵.

Per tali ragioni l'esercizio della funzione di regolazione produce effetti sull'organizzazione bancaria, sia attraverso la previsione di numerose nuove regole organizzative, sia attraverso il monitoraggio del rischio organizzativo provocato dalla inadeguatezza della struttura imprenditoriale a consentire un esercizio sano e prudente³⁶.

Il sistema organizzativo diventa il parametro attraverso il quale l'autorità di regolazione valuta il modello di governo societario in relazione alle finalità individuate nell'art. 5 del Tub.

Il regolatore interviene – prepotentemente – sui profili organizzativi in quanto, poiché qualsiasi organizzazione nasce funzionalmente ad uno scopo, in considerazione delle peculiarità dell'attività bancaria e degli interessi che la stessa mira a perseguire, gli assetti organizzativi assumono una particolare rilevanza.

³⁵ G. SCOGNAMIGLIO, *Recenti tendenze in tema di assetti organizzativi degli intermediari finanziari (e non solo)*, in *Studi in onore di Umberto Belviso*, vol. III, 2011Bari, , Cacucci, I, 1733; ID, *Gli assetti organizzativi degli intermediari finanziari*, in M. De Mari (a cura di), *La nuova disciplina degli intermediari dopo le direttive MiFID: prime valutazioni e tendenze applicative*, Padova, Cedam, 2009, 17, sostiene che «l'adeguatezza organizzativa [...], che gli organi sociali sono tenuti a curare, valutare e verificare s'identifica, in buona sostanza, con l'adeguatezza del sistema dei controlli interni: quanto meno, si può sostenere che, nelle imprese di una certa dimensione e complessità operativa, il sistema dei controlli interni costituisce parte integrante di quell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile, della cui adeguatezza il consiglio d'amministrazione da un lato e il collegio sindacale dall'altro [...] sono a vario titolo responsabili».

³⁶ Così, M. RABITTI, *Responsabilità da deficit organizzativo*, in M. Irrera (diretto da), *Assetti adeguati e modelli organizzativi. Nella corporate governance delle società di capitali* Bologna, Zanichelli, 2015, 957; M. MOZZARELLI, *Appunti in tema di rischio organizzativo e proceduralizzazione dell'attività imprenditoriale*, in AA. VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, cit., 728; A. MINTO, *Gli assetti in ambito bancario*, in M. Irrera (diretto da), *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, cit., 623; G. SCOGNAMIGLIO, *Recenti tendenze in tema di assetti organizzativi degli intermediari finanziari (e non solo)*, cit., 1742 ss.

Ed è per tali ragioni che l'evoluzione del regime dell'impresa bancaria, verso una dimensione pubblicistica, ha visto una crescente valorizzazione della adeguatezza degli assetti organizzativi e, conseguentemente, dell'esercizio dell'attività di regolazione da parte della Banca d'Italia.

Attraverso una pluralità di interventi normativi, il regolatore si preoccupa di individuare assetti organizzativi e governi societari efficaci, funzionali agli interessi dell'impresa, che consentono il perseguimento degli obiettivi dell'autorità di regolazione. Difatti le istruzioni di vigilanza chiariscono che gli assetti organizzativi e di governo societario delle banche rispondono, non solo agli interessi dell'impresa, ma “devono assicurare condizioni di sana e prudente gestione, obiettivo essenziale della regolamentazione e dei controlli di vigilanza”³⁷.

3.1 L'organizzazione finanziaria

Gli interventi del regolatore sull'organizzazione finanziaria rappresentano un terreno proficuo sul quale esaminare gli effetti della regolazione.

Il nuovo Testo unico del 1993 attribuisce alla Banca d'Italia il potere di emanare, in un'ottica prudenziale, disposizioni di carattere generale sull'adeguatezza patrimoniale, sul contenimento del rischio nelle diverse configurazioni, sulle partecipazioni detenibili, sul governo societario, sull'organizzazione amministrativa e contabile, nonché sui controlli interni e sui sistemi di remunerazione di incentivazione e sulle informative da rendere al pubblico (art. 53 Tub)³⁸.

La vigilanza strutturale viene, così, sostituita da misure di supervisione prudenziale che mirano a controllare i rischi dell'attività bancaria attraverso l'imposizione di livelli minimi di patrimonializzazione, in rapporto all'operati-

³⁷ Circolare 285/2013 (Titolo IV – Capitolo I Governo societario - Sezione I disposizioni di carattere generale). In questo senso rilevano, ad esempio, le *Disposizioni in materia di organizzazione, procedure e controlli interni in materia antiriciclaggio*, adottate dalla Banca d'Italia il 26 marzo 2019 e aggiornate con provvedimento del Provvedimento del 1° agosto 2023, la cui parte II è dedicata appunto agli *Assetti organizzativi a salvaguardia dei rischi di riciclaggio*.

³⁸ C. DI MARZIO e F. FIAMMA, sub art. 53, in C. Costa – A. Mirone (a cura di), *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, tomo 1, Torino, Giappichelli, 2024, 603, ss; M.E. SALERNO, sub art. 53, in S. Bonfatti (a cura di), G. Falcone (diretto da) *Commentario al Testo unico bancario*, Pisa, Pacini 2021, 272 ss.; G. GIORDANO, sub art. 53, in R. Costi e F. Vella (a cura di) *Commentario breve al Testo unico bancario*, Padova, Cedam, 2019, 253 ss.; C. CLEMENTE e L. LA ROCCA, sub art. 53, in F. Capriglione (a cura di), *Commentario al Testo Unico delle Leggi in materia bancaria e creditizia*, 2018, I, Padova, Cedam, 605.

vità dell'intermediario³⁹.

Il regolatore interviene sulla disciplina del capitale⁴⁰, assoggettandola a interventi invasivi nella fissazione dei requisiti patrimoniali, stabilendo un rapporto minimo tra patrimonio di vigilanza e ammontare delle esposizioni ai rischi, al fine di prevedere una composizione qualitativa di mezzi patrimoniali che consenta di tutelare gli interessi sottesi. Sotto questo punto di vista gli effetti della regolazione sono, non solo di carattere normativo, ma anche di controllo prudenziale sulla adeguatezza patrimoniale, consentono di verificare i requi-

39 Le crisi degli ultimi 15 anni hanno influito in maniera importante sulle scelte di composizione del capitale sociale bancario. Il Rapporto de Larosière nel 2009 aveva individuato gli ambiti di miglioramento sulle regole del capitale sollecitando un riesame delle norme di Basilea 2 per aumentare gradualmente i requisiti patrimoniali minimi; ridurre la prociclicità; introdurre norme più severe in materia di voci fuori bilancio; inasprire le norme sulla gestione della liquidità; rafforzare le norme sul controllo interno delle banche e la gestione dei rischi; invitare l'unione europea ad adottare una definizione comune di patrimonio di vigilanza. La letteratura giuridica ed economica sul tema è vastissima, cfr. *ex multis* AA.VV., *Mercato e banche nella crisi: regole di concorrenza e aiuti di Stato*, G. Colombini, M. Passalacqua (a cura di), Napoli, 2012, dove v., in particolare, F. CAPRIGLIONE, *Globalizzazione, crisi finanziaria e mercati: una realtà su cui riflettere*; M. CERA, *Crisi finanziaria, interventi legislativi e ordinamento bancario*, in S. Amoroso, G. Apa, V. Troiano, M. Sepe, G. Conte, M. Pellegrini, A. Antonucci (a cura di), *Studi in onore di Francesco Capriglione*, Padova, Cedam, 2010, 1195; V. SANTORO, *I limiti del mercato e i fallimenti della regolamentazione*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2012, 1; D. SICLARI, *Crisi dei mercati finanziari, vigilanza, regolamentazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 45; F. VELLA, *Il rischio: questo sconosciuto*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2009, 161; ID., *Capitalismo e Finanza*, Bologna, Il Mulino, 2011, 39 e ss.; G. DI GASPARE, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria. Dinamiche del potere finanziario e crisi sistemiche*, Padova, Cedam, 2011; A. RESTI, A. SIRONI, *La crisi finanziaria e Basilea 3: origini, finalità e struttura del nuovo quadro regolamentare*, WP Carefin, Università Bocconi, n. 1/2011; F. CANNATA, M. QUAGLIARELLO, *L'impatto di Basilea2 sulla crisi finanziaria: fra tanti indiziati, un solo colpevole?*, in *Bancaria*, 2009, 38; A. DELL'ATTI, F. MIGLIETTA, A.P. IANNUZZI, *Il sistema bancario e la crisi finanziaria, Il sistema bancario e la crisi finanziaria*, Bari, Cacucci, 2019. Per un ulteriore approfondimento sui riflessi della crisi sull'organizzazione finanziaria dell'impresa bancaria, sia consentito il rinvio a R. CALDERAZZI, *La funzione organizzativa del capitale nell'impresa bancaria*, Torino, Giappichelli, 2020, 7 ss.

40 Vastissima è la letteratura su Basilea: cfr. tra i tanti, F. CANNATA, M. QUAGLIARELLO, *L'impatto di Basilea2 sulla crisi finanziaria: fra tanti indiziati, un solo colpevole?*, in *Bancaria*, 2009, p. 38; C. COSTA, *Le regole di Basilea II tra tutela del capitale delle banche e comportamenti virtuosi delle imprese*, in *Dir. fall.*, 2008, 98; C. GOODHART, *The Basel Committee on Banking Supervision. A History of the Early Years 1974-1997*, New York, Cambridge University Press, 2011; A. RESTI, *L'implementazione di Basilea 2: le nuove regole cambiano il gioco*, in *Bancaria*, 2007, p. 30; AA.VV., *Basilea 2 e piccole banche. Organizzazione, gestione e scelte strategiche*, Stefano Dell'Atti (a cura di), Roma, Bancaria editrice, 2007; M. LAMANDINI, *Nuove prospettive in materia di vigilanza bancaria: il "secondo pilastro" del Nuovo Accordo di Basilea*, in *Il rischio di credito e le implicazioni di Basilea 2*, Milano, 2004, p. 3 e ss.; A. RESTI, A. SIRONI, *La crisi finanziaria e Basilea 3: origini, finalità e struttura del nuovo quadro regolamentare*, WP Carefin, Università Bocconi, n.1/2011; A. RESTI, *L'implementazione di Basilea 2: le nuove regole cambiano il gioco*, in *Bancaria*, 2007, p. 30; ID., *Ma Basilea 2 non c'era*, in *www.lavoce.info*; A. VICARI, *La nuova disciplina di Basilea tra obblighi di capitalizzazione delle banche, costo medio del passivo e obiettivo di riduzione dei tassi di finanziamento per le imprese*, in I. Demuro (a cura di), *Le operazioni di finanziamento alle imprese. Strumenti giuridici e*

siti minimi e l'applicazione di politiche e procedure organizzative per la misurazione del governo dei rischi⁴¹.

Gli interventi volti a garantire un capitale rafforzato e commisurato ai rischi perseguono l'obiettivo di rafforzare l'adeguatezza patrimoniale e di rendere resilienti gli enti creditizi agli *shock* finanziari; la previsione di coefficienti patrimoniali minimi obbligatori e di requisiti aggiuntivi, in funzione della qualità del capitale e del rischio a cui è soggetta tutta la disciplina bancaria, nasce dalla preoccupazione di tutelare una pluralità di interessi che necessitano un costante intervento di regole per la loro tutela⁴².

Le regole del capitale diventano, per tali ragioni, risultato di un processo evolutivo che si inserisce in un contesto economico e sociale mutevole.

La circolare 285/2013 impone alle banche di dotarsi di processi e strumenti per determinare il livello di capitale interno adeguato a fronteggiare ogni tipologia di rischio, attraverso un processo strutturato di autovalutazione dei processi interni di valutazione dell'adeguatezza patrimoniale (ICAAP) e dei processi interni di valutazione dell'adeguatezza della liquidità (ILAAP), al fine di consentire alla Banca centrale europea e alla Banca d'Italia di effettuare una valutazione dell'adeguatezza del proprio capitale complessivo rispetto all'esigenza di copertura di tutti i rischi aziendali e sul sistema di governo e gestione del rischio di liquidità. Nell'ambito del processo di revisione e valutazione prudenziale la Banca centrale europea e la Banca d'Italia dispongono di tutti i poteri necessari di intervento sull'attività delle banche, potendo imporre requisiti patrimoniali aggiuntivi rispetto a quelli di primo pilastro.

Tale meccanismo attribuisce agli organi aziendali l'autonomia di definire i processi: è prevista una supervisione da parte del consiglio di amministrazione

prassi, Torino, Giappichelli, 2010, 11; M. SCIUTO, *Organizzazione e merito di credito delle società a responsabilità limitata alla luce di "Basilea 2"*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2007, 702; F. ACCETTELLA, *L'Accordo di Basilea III: contenuti e processo di recepimento all'interno del diritto dell'UE*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2013, I, 477; M. ORTINO, *The Basel Committee on Banking Supervision in the Post-crisis International Governance of Banking Regulation*, in P. Delimatsis, S. Bijlmakers, M. K. Borowicz (eds.), *The Evolution of Transnational Rule-Makers through Crises*, Cambridge, Cambridge University Press, 2023, 116 ss.

41 Il Comitato di Basilea e il *Financial Stability Board* individuano i requisiti prudenziali di capitale che le banche devono adottare, regole recepite dall'Unione europea con una pluralità di interventi che definiscono un framework regolamentare complesso e pervasivo.

42 Sul rapporto tra requisiti patrimoniali e rischi, v. da ultimo M. PASSALACQUA, *Profili giuridici del governo del rischio*, in A. Brozzetti (a cura di), *L'ordinamento bancario europeo alla ricerca di un assetto stabile*, Bologna, Il Mulino, 2012, 39 e ss.

che deve, innanzitutto, individuare tutti i rischi che la banca gestisce, successivamente misurarli e valutarli e prevedere una mappatura dei processi e il loro monitoraggio.

Per completare il processo il regolatore deve esaminare il processo di autovalutazione patrimoniale della banca, facendo le proprie valutazioni in considerazione degli strumenti informativi disponibili, attraverso il processo di SREP, e accertare che le banche abbiano presidi di natura patrimoniale organizzativa e di gestione appropriati ai rischi.

La determinazione del capitale complessivo diventa, in tal modo, frutto di un processo organizzativo attraverso il confronto sinergico tra la Banca d'Italia (la BCE per le banche *significant*) e l'intermediario che consente di avere una visione dettagliata della pianificazione patrimoniale, dell'esposizione complessiva e dei rischi.

L'approfondimento sulla funzione del capitale nell'impresa bancaria genera, altresì, un'ulteriore considerazione se si opera un raffronto con la disciplina societaria codicistica: la previsione di regole specifiche per il capitale bancario disvela non tanto una insufficienza delle norme di diritto comune, quanto un vero e proprio stravolgimento della disciplina del diritto societario. Nel diritto societario emerge un diverso approccio con la previsione di una disciplina del capitale più flessibile, quasi in contraddizione con quella bancaria, considerato l'arretramento del ruolo del capitale nelle società di diritto comune.

Mentre nelle banche si assiste alla costante preoccupazione di rafforzare la componente patrimoniale dell'impresa bancaria e di individuare in misura, sempre più dettagliata, le tipologie di rischio, attraverso una inarrestabile normazione, nelle società di diritto comune gli interventi normativi ne sminuiscono progressivamente la rilevanza, vuoi attraverso la riduzione dell'ammontare minimo necessario, vuoi allentando la rigidità della sua disciplina⁴³.

43 M. CAMPOBASSO, *Il futuro delle società di capitali*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2019, 138 afferma che il legislatore nel diritto societario comune sembra «celebrare l'ufficio funebre del capitale sociale», una sorta di declino del sistema fondato sul capitale sociale. Sul ruolo del capitale nel diritto societario, cfr. G. B. PORTALE, *La parabola del capitale sociale nella s.r.l. (dall'«importancia quasi-sacramental» al ruolo di «ferro vecchio»?)*, in *Riv. soc.*, 2015, 815; ID., *Società a responsabilità limitata senza capitale sociale e imprenditore individuale con «capitale destinato» (capitale sociale quo vadis?)*, in *Riv. soc.* 2010, 1237; G. FERRI JR, *Prime considerazioni in tema di società a responsabilità limitata semplificata e di società a responsabilità limitata a capitale ridotto*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, II, 135 ss.; A. PACIELLO, *La funzione normativa del capitale sociale*, in *Riv. dir. soc.*, 2010, 2 ss.; C.

Non è questa la sede per soffermarsi sulle ragioni di tale approccio, dovendosi solo rilevare che la coerenza delle scelte, in ambito bancario, viene – ancora una volta – giustificata dalla esigenza di garantire la tutela di interessi diversi e più ampi rispetto all'impresa non bancaria⁴⁴.

Nel diritto bancario la disciplina del capitale acquista rilievo, innanzitutto, ai fini dell'accesso alle attività: l'art. 14 Tub subordina l'autorizzazione⁴⁵ all'attività bancaria alla presenza di un capitale versato di ammontare non inferiore a quello determinato dalla Banca d'Italia; la dotazione minima del capitale è costituita interamente da capitale versato, è legata al tipo di attività esercitata o alla forma giuridica adottata, non è correlata agli impieghi e ai rischi assunti.

Il capitale assume un rilievo anche durante la vita della società, ai fini del calcolo del patrimonio di vigilanza, rappresentando una componente essenziale tra gli elementi patrimoniali di qualità primaria: i fondi propri della banca rappresentano la misura minima richiesta per l'esercizio dell'attività e diventano un presidio di fronte ai rischi connessi all'attività bancaria, ma anche parametro di riferimento per le analisi del regolatore.

Infine, il patrimonio rileva per una valutazione sulla impossibilità della prosecuzione dell'attività bancaria e l'attivazione delle misure di intervento⁴⁶.

Il potere dell'autorità di regolazione di incidere sulla definizione dei requisiti patrimoniali e, quindi, il confine entro il quale deve muoversi nella compressione della libertà di formazione del capitale, trova la sua legittimazione

MONTAGNANI, *Prime (e ultime) osservazioni su s.r.l. ordinaria e semplificata quasi senza (ma con) capitale*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, I, 395 ss.; F. BRIOLINI, *Verso una nuova disciplina delle distribuzioni del netto?*, in *Riv. soc.*, 2016, 64; G. DELL'ATTI, *Brevi note sull'applicabilità in quanto compatibile della disciplina sulla riduzione del capitale nelle s.r.l. alla s.r.l. a capitale ridotto e alla s.r.l. semplificata*, in G. Giannelli e A. Dell'Atti (a cura di), *Il ruolo del capitale tra regole bancarie e disciplina societaria*, Milano, Giuffrè, 2012, 97. Per le critiche al ruolo del capitale v. L. ENRIQUES E J.R. MACEY, *Raccolta di capitale di rischio e tutela dei creditori*, in *Riv. soc.*, 2002, 78. Per una risposta v. F. DENOZZA, *A che serve il capitale? (piccole glosse a L. Enriques – J. R. Macey, Creditor versus capitale formation: the case against the european legal capital rules)*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 585.

⁴⁴ Per un approfondimento sulla funzione organizzativa del capitale dell'impresa bancaria e sul raffronto con la disciplina del capitale nelle imprese non bancarie sia consentito il rinvio a R. CALDERAZZI, *La funzione organizzativa del capitale nell'impresa bancaria*, Giappichelli, Torino, 2020, *passim*; EAD., *L'organizzazione del capitale nell'impresa bancaria*, in questa *Rivista*, 2020, 143; EAD., *Il ruolo del capitale*, in *Studi in onore di Sabino Fortunato*, Bari, Cacucci, 2023, 2629.

⁴⁵ Sull'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria v., da ultimo, S. ANTONIAZZI, *Autorizzazione bancaria, procedimento composto e controllo giurisdizionale*, in *Banca impresa società*, 1, 2024, 81 ss.

⁴⁶ Si pensi all'imposizione di un requisito di fondi propri aggiuntivo ai sensi dell'art. 53-bis, co. I, lett. d), Tub, novellato dal d.lgs. 8 novembre 2021, n. 182, di recepimento della CRD 5 (Direttiva 2019/878/UE).

nell'alveo della sana e prudente gestione, che si pone come una clausola che determina i limiti alla libertà operativa dell'intermediario, diventando, al contempo, criterio che conforma la vigilanza regolamentare.

L'analisi della disciplina del capitale delle banche, sin qui compiuta, offre all'interprete una prima conferma della funzione della regolazione.

La previsione di un capitale rafforzato risponde alla necessità di garantire, non solo la serietà dell'iniziativa o un principio organizzativo dell'attività, ma anche interessi diversi e più ampi rispetto all'impresa non bancaria.

Da questo punto di vista la regolazione assolve alla funzione, attraverso una normazione abbondante, di assicurare una corretta organizzazione di valori finanziari, indispensabili per la tutela degli interessi contenuti nell'art. 47 Cost.

L'esercizio della funzione di regolazione che, come si è visto, porta ad un irrigidimento della disciplina del capitale diventa lo strumento attraverso il quale la banca fronteggia i rischi, in un contesto nel quale gli interessi da tutelare non sono solo quelli degli azionisti o dei creditori, non solo perché l'azionista è titolare di una pretesa aggiuntiva rispetto a quella tipica del diritto comune o perché i creditori finiscono per essere considerati come «*componenti interne alle società o all'impresa, di cui perciò deve immediatamente tenersi conto nelle scelte gestionali*»⁴⁷, ma anche perché si operano scelte che mirano alla tutela del risparmio.

La sana e prudente gestione diventa «*il nuovo paradigma per la concretizzazione*

47 Così. C. ANGELICI, *Introduzione*, 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. 769. Sul rapporto tra interessi, D. ROSSANO, *Nuove strategie per la gestione delle crisi bancarie: il bail-in e la sua concreta applicazione*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2015, p. 269; ID., *L'esclusione dell'interesse pubblico nell'interpretazione delle autorità europee*, in *Riv. trim. dir. econ.*, supplemento al n. 3, 2017, p. 93; G. SANTONI, *Osservatorio la nuova disciplina della gestione delle crisi bancarie: da strumento di contrasto a generatore di sfiducia sistemica?*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2016, p. 619; nonché M. SEMERARO, *Principio di condivisione degli oneri e tutela del risparmio. Scritto per il convegno "salvataggio bancario e tutela del risparmio"*, in *Riv. dir. banc.*, 2016, 1 ss.; EAD., *Rischio d'impresa e discipline recenti*, in *Giust. civ.*, 2016, 857, l'Autrice evidenzia che la ragionevolezza della regola che impone di accollare il rischio di dissesto ad azionisti e creditori va valutata rispetto ai principi di tutela della proprietà, tutela del risparmio, tutela dell'affidamento. Per un approfondimento recente sui temi sollevati dalle crisi bancarie cfr., L. FARENGA, *Crisi bancarie e disciplina della risoluzione. In particolare il bail-in*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2019, 412; AA.VV., *La gestione delle crisi bancarie. Strumenti processuali implicazioni nei rapporti con la clientela*, a cura di V. Troiano, G. Uda, Milano, 2018, in particolare, F. CAPRIGLIONE, *La nuova gestione delle crisi bancarie tra complessità normativa e logiche di mercato*, 3 e S. AMOROSINO, *Individuazione e tutela dell'interesse pubblico nella regolazione delle crisi bancarie*, 165.

ne dell'interesse sociale»⁴⁸ e la stessa rigorosa predisposizione della disciplina stringente sui requisiti di capitale ha proprio l'obiettivo di consentire lo svolgimento di una gestione sana e prudente.

Se si condivide tale impostazione le limitazioni che le pretese degli azionisti incontrano non negano la presenza di quella pretesa, ma la condizionano ad un controllo – del regolatore – che serve a tutelare le pretese di tutti quei soggetti (compresi gli azionisti) che potrebbero vedere lesi i propri diritti costituzionali se non vi fosse quel tipo di intervento.

Dunque, la presenza di queste più ampie pretese giustifica la previsione incisiva delle regole del capitale in ambito bancario⁴⁹.

Ciò significa che la limitazione dell'autonomia privata può essere spiegata con l'esigenza di impedire che i soci possano, organizzando liberamente i propri rapporti, pregiudicare gli interessi che si puntualizzano sull'impresa bancaria e che si focalizzano sulla tutela del risparmio.

3.2 La regolazione sul governo societario e sul controllo

Un altro ambito dal quale trarre conferma del ruolo della funzione di regolazione è rappresentato dal governo societario e dal sistema dei controlli interni.

È stato efficacemente osservato che il controllo interno, nel settore bancario, rappresenta “il polo di attrazione del pensiero del regolatore” poiché serve a controllare e gestire i rischi e ad assicurare il rispetto del principio della sana e prudente gestione⁵⁰; il sistema dei controlli interni viene istituzionalizzato, nella consapevolezza che la crescente valorizzazione dell'adeguatezza degli assetti or-

48 G. GUIZZI, *Interesse sociale e governance 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, 798; ID., *Appunti in tema di interesse sociale e governance delle società bancarie*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, 241.

49 Si sostiene (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, 806) che la presenza, in capo all'azionista, di una pluralità di pretese incide su alcune delle sue prerogative patrimoniali e amministrative che, in alcuni casi, risultano affievolite in conseguenza dell'attribuzione all'autorità di vigilanza di poteri incisivi: l'investimento e la sua tutela finiscono per svolgere un ruolo marginale e meramente strumentale rispetto a quanto accade nella disciplina delle società di diritto comune dove invece la tutela dell'investimento appare predominante.

50 S. SCOTTI CAMUZZI, *Le nuove disposizioni di vigilanza sul sistema di controlli interni delle banche. Un commento introduttivo*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2014, 147.

ganizzativi per gli intermediari finanziari mira al perseguimento degli obiettivi che si identificano con quelli assegnati alla Banca d'Italia⁵¹.

La Banca d'Italia, nell'esercizio della funzione di regolazione, assegna al sistema dei controlli interni un ruolo centrale nell'organizzazione aziendale, in quanto diventa punto di riferimento per valutare il modello di governo societario adottato, in relazione al rispetto degli obiettivi della sana e prudente gestione⁵², della stabilità patrimoniale e contenimento del rischio, della correttezza e trasparenza nei rapporti con i clienti e gli investitori.

Per tali ragioni il regolatore incide sugli assetti organizzativi interni della banca, in modo efficace, tanto da dedicare un intero capitolo al ruolo dei controlli nella circolare 285 (parte I, titolo IV capitolo 3) e da predisporre una iper-regolazione che comprime, in modo più evidente rispetto ad altri ambiti, l'autonomia delle parti.

Sono almeno tre i segmenti di disciplina che possono essere assunti come esempio per corroborare la tesi che si sta cercando di sostenere.

3.2.1 Ruoli e responsabilità dei soggetti deputati al controllo

Innanzitutto, si ritiene interessante soffermarsi sull'attenzione che il regolatore dedica alla individuazione di ruoli e responsabilità tra i soggetti deputati al controllo.

Il regolatore avverte l'esigenza di distinguere ruoli e responsabilità nell'esercizio della funzione del controllo: rispetto al diritto comune, dove normalmente la funzione di controllo viene indagata nell'ambito della distribuzione dei poteri all'interno della *governance*, nel diritto bancario, il regolatore fissa i ruoli di ciascun organo secondo un approccio per funzioni (funzione di supervisione strategica, funzione di gestione, funzione di controllo), più che per identificazione di singoli compiti.

Per esempio, all'interno del consiglio di amministrazione, il regolatore si preoccupa di assicurare il riparto di funzioni, al fine di evitare concentrazioni di potere che possano alterare una corretta dialettica interna.

⁵¹ In tal senso G. SCOGNAMIGLIO, *Recenti tendenze in tema di assetti organizzativi degli intermediari finanziari (e non solo)*, cit., 1742; ID, *Gli assetti organizzativi degli intermediari finanziari*, in M. DE MARI (a cura di), *La nuova disciplina degli intermediari dopo le direttive MiFID: prime valutazioni e tendenze applicative*, Padova, Cedam, 2009, 17.

⁵² Così G. B. PORTALE, *La corporate governance delle società bancarie*, in *Riv. soc.*, 2016, 48.

In particolare, assicura un bilanciamento dei poteri prevedendo *i)* che vi sia una netta distinzione tra funzione con supervisione strategica e funzione di gestione; *ii)* che il presidente del cda assuma un ruolo non esecutivo e non svolga, neppure di fatto, funzioni di gestione; *iii)* che vi sia un numero adeguato di componenti non esecutivi con ruoli e compiti ben definiti che svolgano, efficacemente, la funzione di contrappeso nei confronti degli esecutivi e del *management* della banca; *iv)* che sia assicurata la nomina di amministratori indipendenti che vigilino, con autonomia di giudizio, sulla gestione sociale e assicurino che la stessa sia svolta nell'interesse della società e in modo coerente con gli obiettivi di sana e prudente gestione.

Ad una più attenta analisi emerge come il regolatore, pur ritenendo importante l'esatta definizione dei ruoli, la consapevolezza dei compiti, la formalizzazione delle procedure, lo scambio di informazioni tra tutti i soggetti deputati al controllo (dalle funzioni aziendali agli organi aziendali), funzionalizzi l'esercizio del controllo, consentendo il superamento dei singoli compiti a favore della funzione che diventa permanente, in quanto è permanentemente funzionalizzata ad un interesse⁵³.

Questo approccio colloca il sistema dei controlli interni in un orizzonte più ampio in quanto la funzione del controllo non diventa un mero adempimento di obblighi, ma essa stessa capacità giuridica e dovere permanente dell'intermediario.

I controlli, così come regolati dalla Banca d'Italia, funzionalizzano le competenze, con la finalità di tutelare l'interesse dei soggetti destinatari dell'azione.

3.2.2 L'integrazione della disciplina

Un secondo esempio, sempre nell'ambito del sistema dei controlli inter-

⁵³ Sul concetto di funzione in senso giuridico e sulla distinzione tra funzione e compito, v. F. BENVENUTI, *Semantica di funzioni*, in *Scritti giuridici*, vol. V, *Articoli e altri scritti* (1984/1999), 3875; ID., *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1950, 1; ID., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 126, eppoi, ID., *Funzione. I) Teoria generale*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1989, XIV, 1; L.R. PERFETTI, *Funzione e compito nella teoria delle procedure amministrative. Metateoria su procedimento e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 57, nt. 10; ID., *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 99 – 141.

ni, che consente di confermare la prospettiva adottata, può essere rintracciato nei numerosi interventi di regolazione con i quali la Banca d'Italia avverte l'esigenza di integrare dettagli di disciplina.

Rispetto alla disciplina del codice civile, il regolatore individua i criteri di composizione degli organi sociali, non soltanto ribadendo il principio generale della adeguatezza della composizione, rispetto alle dimensioni e alla complessità dell'assetto organizzativo della banca, ma introducendo profili quantitativi e qualitativi fin qui estranei alla logica d'impresa.

Neppure nel codice di autodisciplina delle società quotate viene previsto un simile dettaglio: per gli intermediari bancari il regolatore (attraverso il Ministero dell'economia e delle finanze, con il d.m. n. 169 del 2020⁵⁴ e poi con gli Orientamenti in materia di valutazione dei requisiti e criteri di idoneità allo svolgimento dell'incarico degli esponenti aziendali⁵⁵) fissa limiti stringenti per i requisiti di nomina degli esponenti aziendali, mentre stabilisce, nella circolare 285, che, nella composizione complessiva degli organi societari, sia assicurato un adeguato grado di diversificazione, anche in termini di età, genere e provenienza geografica, per favorire la pluralità di approcci e prospettive nell'analisi dei problemi e nell'assunzione delle decisioni ed evitare, così, comportamenti di mero allineamento a posizioni prevalenti.

Non solo, da un punto di vista qualitativo, il regolatore chiede agli organi con funzioni di supervisione strategica, di gestione e di controllo la piena consapevolezza dei poteri e degli obblighi inerenti alle funzioni alle quali ciascuno di essi è chiamato; la capacità di contribuire, effettivamente, a individuare e perseguire idonee strategie, assicurando un governo efficace dei rischi in tutte le aree della banca; la capacità di indirizzare le azioni al perseguimento dell'interesse complessivo della banca; la disponibilità di tempo e risorse alla complessità dell'incarico, anche rispettando il limite al cumulo degli incarichi.

⁵⁴ Per un approfondimento sul d.m. n. 169 si rinvia, tra gli altri, a R. LENER, *Il coraggio, la convinzione e la forza dell'amministratore bancario*, in *Banca Impresa Società*, 1, 2022, 471 ss.; G. PRESTI, *Requisiti e criteri di idoneità degli amministratori di banche: il consiglio come giudice di se stesso*, ivi, 3 ss.

⁵⁵ Gli Orientamenti chiedono che il verbale della riunione dell'Organo competente debba fornire puntuale e analitico riscontro delle valutazioni effettuate nonché delle motivazioni in base alle quali si ritengono soddisfatti i requisiti e criteri previsti dal decreto ministeriale n. 169 e che è buona prassi che gli enti vigilati si dotino di un'apposita *policy* interna a governo delle procedure di valutazione che disciplini, tra l'altro, la raccolta delle informazioni richieste in base alle norme vigenti.

L'esercizio della funzione di regolazione, attraverso la previsione di tali requisiti, non solo rappresenta una preconditione per l'assunzione della carica dell'esponente, ma produce effetti durante l'intero mandato dell'esponente, essendo prevista una verifica nel *continuum*, e infatti si richiede che, nei verbali degli organi aziendali relativi alle verifiche di idoneità, vengano formalizzate, in modo puntuale e analitico, le proprie considerazioni, evidenziando tempo per tempo gli elementi informativi a supporto dei giudizi formulati⁵⁶.

Non vi è dubbio che tale pervasività comprima, ancora una volta, la libertà contrattuale dei soci⁵⁷, incidendo sulla loro autonomia organizzativa e confinando le loro scelte entro parametri rigidi.

In tal modo si innesca un rapporto dialettico tra autonomia delle parti e poteri dell'autorità, nel quale le pretese dei privati (siano essi amministratori o soci) non vivono nello spazio libero della autonomia privata, nella direzione classica del rapporto società - azionisti e società - terzi in generale⁵⁸, ma assumono dimensioni collettive, nel senso che diventano portatrici di pretese più generali.

Come già evidenziato parlando del ruolo del capitale nelle società bancarie, le pretese dei singoli soci sono inserite in un contesto più ampio e più articolato dove ciascuna pretesa individuale racchiude in sé una molteplicità di pretese.

Quando il regolatore si preoccupa, nello svolgimento dell'attività bancaria, di presidiare il conflitto di interessi, sia nelle procedure interne della banca sia considerando il ruolo degli amministratori (per i quali è prevista la figura

⁵⁶ Così l'orientamento n. 2 degli Orientamenti di Banca d'Italia, in materia di valutazione dei requisiti e criteri di idoneità allo svolgimento dell'incarico degli esponenti aziendali.

⁵⁷ Sull'invasione degli spazi di autonomia e libertà delle parti sia consentito il riferimento a R. CALDERAZZI, *La decisione e le scelte economiche oltre i concetti tradizionali di potere e autonomia privata*, in questa *Rivista*, 2017, 338.

⁵⁸ Si è sostenuto che la disciplina della società bancaria comprima, insieme alle prerogative dei soci (ai quali viene riconosciuta una pretesa patrimoniale residuale), anche lo stesso significato di investimento (così 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*, cit. 812) e, contestualmente, accentui la funzione della società stessa in termini di forma di organizzazione dell'impresa. A. NIGRO, *Il nuovo ordinamento bancario e finanziario europeo: aspetti generali*, in *La banca nel nuovo ordinamento europeo: luci e ombre*, in P. Montalenti, M. Notari (a cura di), *Quaderni giur. comm.*, 2018, 15 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, 836, parla di autentico "appassimento" del paradigma imprenditoriale e di sostanziale (quanto "feroce") nuova pubblicizzazione.

dell'amministratore indipendente, al pari delle società non bancarie, ma anche un requisito di indipendenza di giudizio), esercita la funzione di regolazione (fissando regole stringenti in tema di conflitto di interessi) proprio per assicurare una gestione della società bancaria sana e prudente.

Quindi le pretese dei singoli vedono limitata la prerogativa individuale e la propria libertà contrattuale, la loro autodeterminazione negoziale è compressa a tal punto da privarli della libera scelta nella nomina degli amministratori o sindaci, in quanto le loro pretese assumono valore collettivo e si manifestano verso dimensioni collettive e sociali. Anche in questo caso per la finalità di garantire un modello di *governance* in grado di assicurare una gestione sana e prudente⁵⁹.

3.2.3 La rigidità interpretativa del regolatore

Infine, un altro esempio che consente, ancora una volta, di confermare la prospettiva assunta è offerto dall'approccio del regolatore sui ruoli degli esponenti, valutati con un grado di severità importante che si estrinseca, ad esem-

⁵⁹ A livello europeo, il rapporto guidato da De Larosière (J. DE LAROSIERE, The High-level Group on Financial Supervision in the EU, Report, Brussels, 25 febbraio 2009, in https://www.esrb.europa.eu/shared/pdf/de_larosiere_report_it.pdf?bb9e09f377e0aba84c62fc2616eab30f), nel 2009, su richiesta della Commissione Europea, evidenzia che «spesso i consigli di amministrazione non hanno compreso né la natura né l'entità dei rischi che dovevano affrontare [...] l'assenza di reali meccanismi di controllo ha pesantemente contribuito all'eccessiva assunzione di rischi da parte degli istituti finanziari [...] Questa constatazione di carattere generale è tanto più inquietante in quanto il governo societario, negli ultimi dieci anni, è assunto a simbolo di numerose virtù, per la sua funzione regolatrice della vita delle imprese. Pertanto, o il regime di governo societario adottato dagli istituti finanziari non era adeguato, oppure non è stato correttamente applicato. Spetta quindi al consiglio di amministrazione - sotto il controllo degli azionisti, dare il là e definire la strategia, il profilo di rischio e la propensione al rischio dell'istituto che esso dirige». Il Libro Verde del 2010 della Commissione Europea avverte che «i consigli di amministrazione degli istituti finanziari non sono stati in grado di esercitare un controllo effettivo sulla direzione. L'incapacità di individuare, comprendere e controllare i rischi a cui erano esposti i loro istituti finanziari è stata al centro dell'origine della crisi finanziaria». La Commissione UE ha individuato le principali ragioni che hanno provocato un cattivo funzionamento dei consigli di amministrazione: «gli amministratori senza incarichi esecutivi non hanno dedicato allo svolgimento dei propri compiti né le risorse né il tempo necessari»; i componenti non provenivano da ambienti sufficientemente diversificati, in termini di genere, origine sociale e culturale e di istruzione; i consigli di amministrazione, non hanno saputo vigilare sull'adeguatezza del quadro di gestione dei rischi; non hanno saputo riconoscere il carattere sistemico di alcuni rischi e di conseguenza non sono stati capaci di informare, tempestivamente, le proprie autorità di vigilanza. Sul tema, v. C. AMATUCCI, *Vigilanza, gestione dei rischi e responsabilità degli amministratori*, in *Atti dei seminari celebrativi per i 40 anni dall'istituzione della Commissione Nazionale per la Società e la Borsa*, G. Mollo (a cura di), *Quaderni giuridici Consob*, Roma, 2015, 53. Sul ruolo della *governance*, più in generale, v. R. LENER, *Il ruolo della "corporate governance" nell'economia globale*, in *Banca Impresa e Società*, 2017, 3.

pio, in una più rigida interpretazione del dovere di agire in modo informato da parte degli amministratori non esecutivi⁶⁰.

Sul punto la circolare 285 assegna agli amministratori non esecutivi un ruolo determinante per assicurare una gestione sana e prudente: innanzitutto si aspetta una partecipazione attiva dei componenti non esecutivi ai lavori del consiglio; dispone che i componenti non esecutivi acquisiscano informazioni sulla gestione e sull'organizzazione aziendale, dal *management*, dalla revisione interna e dalle altre funzioni aziendali di controllo; che siano fattivamente impegnati nei compiti loro affidati, anche sotto il profilo della disponibilità di tempo; che partecipino ai processi di nomina e revoca dei responsabili delle funzioni aziendali di controllo.

Tale irrigidimento, peraltro, trova conferma anche nella lettura della giurisprudenza di legittimità, ormai consolidata⁶¹, che evidenzia la natura pubblicistica della responsabilità che gli amministratori di società bancarie hanno verso il regolatore, natura che impone un livello di diligenza, nell'adempimento dei propri doveri, particolarmente stringente. Sul punto la giurisprudenza evidenzia come gli amministratori di banche «vengono nominati in ragione della loro specifica competenza anche nell'interesse dei risparmiatori»⁶², e devono «assumere ogni opportuna iniziativa per assicurare che la società si uniformi ad un comportamento diligente, corretto e trasparente»⁶³.

In considerazione della natura dell'incarico attribuito all'amministratore

60 Sul tema, cfr. V. CALANDRA BUONAURA, *Il ruolo dell'organo di supervisione strategica e dell'organo di gestione nelle Disposizioni di vigilanza sulla corporate governance e sui sistemi di controllo interno delle banche*, in *Banca impresa e società*, 2015, I, 19; P. MONTALENTI, *La corporate governance degli intermediari finanziari: profili di diritto speciale e riflessi sul diritto societario generale*, in M. Campobasso, V. Cariello, V. Di Cataldo, F. Guerrera, A. Sciarrone Alibrandi (diretto da), *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, vol. 3, Torino, Utet, 2014, 2176; P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nelle società per azioni tra codice civile e ordinamento bancario*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2015, I, 713.

61 Da ultimo Cass. novembre 2024 n. 29844, in *dirittobancario.it*, che afferma che «Il dovere di agire informati dei consiglieri non esecutivi delle società bancarie - inoltre - non va rimesso, nella sua concreta operatività, alle segnalazioni provenienti dai rapporti degli amministratori delegati, giacché anche i primi devono possedere ed esprimere costante e adeguata conoscenza del business bancario e, essendo compartecipi delle decisioni di strategia gestionale assunte dall'intero consiglio, hanno l'obbligo di contribuire ad assicurare un governo efficace dei rischi di tutte le aree della banca e di attivarsi in modo da poter efficacemente esercitare una funzione di monitoraggio sulle scelte compiute dagli organi esecutivi non solo in vista della valutazione delle relazioni degli amministratori delegati, ma anche ai fini dell'esercizio dei poteri, spettanti al consiglio di amministrazione, di direttiva o avocazione concernenti operazioni rientranti nella delega».

62 Cass. 20, novembre 2024 n. 29844.

non esecutivo il dovere di agire in formato, nelle società bancarie, non deve essere rimesso alle segnalazioni provenienti dai rapporti degli organi delegati in quanto, dovendo tali amministratori possedere adeguate conoscenze del business bancario e dovendo contribuire ad assicurare un governo efficace dei rischi in tutte le aree della banca, devono esercitare una funzione dialettica e di monitoraggio sulle scelte compiute dagli organi esecutivi attraverso un costante flusso informativo⁶⁴.

Questa lettura porta a ritenere che la Banca d'Italia, in caso di irrogazioni di sanzioni amministrative, ha l'onere di dimostrare soltanto l'esistenza di segnali di allarme che avrebbero dovuto indurre gli amministratori non esecutivi, rimasti inerti, a esigere un supplemento di informazioni⁶⁵.

L'interpretazione del ruolo degli amministratori non esecutivi, nei predetti termini, porta la Banca d'Italia ad affermare che *«gli amministratori non esecutivi possono essere chiamati a rispondere per non aver adempiuto ai doveri di controllo e propulsivi connessi con l'obbligo di vigilare sull'andamento generale della gestione che la disciplina societaria e quella bancaria impongono loro...il generale dovere di "agire informati" dei consiglieri non esecutivi si atteggia in modo particolarmente stringente in materia di organizzazione e governo societario delle banche. Ciò anche in ragione degli interessi protetti*

63 Cass. 4 febbraio 2021, n. 2620; Cass., 31 luglio 2023 n. 23192, in *dirittobancario.it*; cfr. pure Cass., 22 marzo 2019, n. 8237, in *Giustizia Civile Massimario*, 2019; Cass. 31 agosto 2016, n. 17441 in *Giur. comm.*, 2017, II, 835; Cass., 5 febbraio 2013, n. 2737, in *Giur. comm.*, 2015, I, II, 24, con nota di A. MINTO, *La speciale natura dell'incarico amministrativo in banca tra limitazioni alla discrezionalità organizzativa e vincoli sull'agire in modo informato*; Cass., 9 novembre 2015, n. 22848, in *Giur. comm.* 2017, 3, II, 546, con nota di F. RIGANTI, *Cassazione civile e amministratori non esecutivi di banca: una questione di «sistema»?;* Cass., 18 aprile 2018, n. 9546, per la quale *«Il dovere di agire informati dei consiglieri non esecutivi delle società bancarie, sancito dall'art. 2381 c.c., commi 3 e 6 e art. 2392 c.c., non va rimesso, nella sua concreta operatività, alle segnalazioni provenienti dai rapporti degli amministratori delegati, giacché anche i primi devono possedere ed esprimere costante e adeguata conoscenza del business bancario e, essendo compartecipi delle decisioni di strategia gestionale assunte dall'intero consiglio, hanno l'obbligo di contribuire ad assicurare un governo efficace dei rischi di tutte le aree della banca e di attivarsi in modo da poter efficacemente esercitare una funzione di monitoraggio sulle scelte compiute dagli organi esecutivi, non solo in vista della valutazione delle relazioni degli amministratori delegati, ma anche ai fini dell'esercizio dei poteri, spettanti al consiglio di amministrazione, di direttiva o avocazione concernenti operazioni rientranti nella delega»;* nello stesso senso, Cass., 9 novembre 2015, n. 22848, in *Diritto & Giustizia*, 2015.

64 Cass., 5 febbraio 2013, n. 2737, in *Giur. comm.*, 2015, I, II, 24, con nota di A. MINTO, *La speciale natura dell'incarico amministrativo in banca tra limitazioni alla discrezionalità organizzativa e vincoli sull'agire in modo informato*.

65 Cass., 9 novembre 2015, n. 22848, in *Giur. comm.* 2017, 3, II, 546, con nota di F. RIGANTI, *Cassazione civile e amministratori non esecutivi di banca: una questione di «sistema»?.*

dall'art. 47 della Costituzione - tutela del risparmio ed esercizio del credito - che sostanziano la specialità dell'impresa bancaria»⁶⁶.

La rigidità con la quale il regolatore richiama i doveri che incombono in capo agli amministratori non esecutivi trova la sua giustificazione nella esigenza di comporre un sistema dei controlli in grado di assicurare una sana e prudente gestione.

L'irrigidimento del regolatore trova conferma anche nell'esercizio dei poteri di intervento (art. 53-bis Tub⁶⁷), esercitati secondo un criterio di intensità crescente in relazione al grado di criticità della gestione aziendale⁶⁸.

Tutti i poteri individuati nell'art. 53 bis normalmente, nelle società di diritto comune, rientrano negli atti di disposizione dell'autonomia privata che, in questo caso, invece, vengono limitati e indirizzati da un soggetto esterno⁶⁹, la Banca d'Italia, la quale interviene su quelle vicende societarie che possono immediatamente riflettersi sull'attività imprenditoriale⁷⁰.

Conseguentemente la Banca d'Italia ha il potere di fissare i limiti all'importo totale della parte variabile delle remunerazioni nella banca, quando ciò sia necessario per il mantenimento di una solida base patrimoniale, in ossequio al principio di prudenza della gestione bancaria⁷¹, o il potere di vietare la

66 C. BARBAGALLO, *Doveri e responsabilità degli amministratori delle banche: il punto di vista della Banca d'Italia*, Roma, 26 marzo 2014.

67 Sulla natura dei poteri di intervento, cfr. M.E. SALERNO, sub art. 53-bis, in *Commentario al Testo unico bancario*, S. Bonfatti, Pisa, Pacini, 2021, 281 ss.; S. FERRARA, sub art. 53-bis, in *Commento al Testo unico bancario*, C. Costa e A. Mirone, Torino, Giappichelli, 2024, 671 ss.; G. GIORDANO, sub art. 53-bis, in *Commentario breve al Testo unico bancario* Costi Vella, Padova, Cedam, 2019,

68 S. Cicchinelli, sub art. 53, in C. Costa (a cura di) *Commento al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, Cedam, 2013, 578, definisce l'assunzione di tali provvedimenti "a geometria variabile", a seconda della tipologia di intervento effettuato dalla Banca d'Italia con effetti diversi sulla organizzazione societaria o sul patrimonio della banca.

69 Sul rapporto tra diritto speciale e diritto generale cfr. A. MIRONE, *Regole di governo societario e assetti statutari delle banche tra diritto speciale e diritto generale*, in *Banca Impresa Società*, 2017, 42 ss.

70 C. ANGELICI, *Introduzione*, in *Società bancarie e società di diritto comune. Elasticità e permeabilità dei modelli. Incontro di studio del 23 giugno 2016*, cit., 759, distingue tra disciplina della società e dimensione dell'impresa.

71 C. ANGELICI, *Introduzione*, in *Società bancarie e società di diritto comune. Elasticità e permeabilità dei modelli. Incontro di studio del 23 giugno 2016*, cit., 763, sottolinea che tale approccio vede nella previsione della parte variabile della remunerazione un pericolo per l'eventuale solidità della base patrimoniale della banca, pericolo che non deriva solo dalla dimensione quantitativa (e ciò spiega la ragione per la quale quel potere non riguarda anche la parte fissa), ma dalle caratteristiche specifiche e qualitative della parte variabile.

distribuzione degli utili⁷² o altri elementi del patrimonio, in ossequio rispetto del principio della sana e prudente gestione (qui l'interesse dei soci alla remunerazione del proprio investimento cede di fronte alla necessità di una sana e prudente gestione imprenditoriale).

Tra i vari poteri di intervento previsti diventa particolarmente interessante, nell'ambito dell'*escalation* dell'azione della Banca d'Italia, richiamare il cosiddetto potere di *removal* che attribuisce al regolatore la possibilità di rimuovere uno o più esponenti aziendali, «qualora la loro permanenza in carica sia di pregiudizio per la sana e prudente gestione della banca» (lett. e) art. 53 -bis⁷³).

Tale rimozione (che si concretizza in un provvedimento ablatorio personale⁷⁴) sottrae all'esponente rimosso la titolarità di una posizione giuridica soggettiva e priva l'assemblea dei soci della possibilità di scegliere gli amministratori, prerogativa tra le più rilevanti per attuare le strategie imprenditoriali.

Qui il potere di revocare gli amministratori non è più legato alla ricorrenza di gravi irregolarità gestionali che giustificerebbero la sottoposizione della banca a procedure liquidatorie, ma ad una valutazione preventiva (che ha funzione prudenziale e ripristinatoria) con la quale la Banca d'Italia verifica l'idoneità, *ex ante*, a garantire condizioni di stabilità alla banca⁷⁵.

Si tratta di una ingerenza⁷⁶ che comprime pesantemente gli spazi di autonomia patrimoniale e che attribuisce all'autorità di regolazione, attraverso l'esercizio di questo potere, la partecipazione anche al momento della elabora-

⁷² È quanto ha raccomandato di fare la Banca d'Italia (e prima ancora la BCE) durante la pandemia, nel rispetto di una gestione sana e prudente.

⁷³ Presupposti differenti sono previsti, invece, per l'omonima misura d'intervento precoce, di cui all'art. 69-*octiesdecies*, Tub; un'ulteriore fattispecie è poi prevista dall'art. 16, par. 2, lett. m), del Reg. (UE), 1024/2013.

⁷⁴ In tal senso, S. AMOROSINO, *La regolazione pubblica delle banche*, cit., 144.

⁷⁵ T.A.R. Lazio, Roma, 7 agosto 2018, n. 8868, in banca dati *Dejure*, sottolinea che la necessità per la Banca d'Italia di agire celermente giustifica l'omessa comunicazione di avvio del procedimento all'interessato e la mancata partecipazione dello stesso all'*iter* decisorio.

⁷⁶ Per un ampio esame della questione, v. A. ANTONUCCI, *I poteri di removal degli esponenti aziendali nell'ambito del Single Supervisory Mechanism*, in *Banca impresa società*, 2016, 21; S. CICCINELLI, *Il governo dell'impresa bancaria (riflessioni a margine del decreto legislativo n. 72 del 2015)*, in *Riv. dir. comm.*, 2016, 423; F. CIRAIOLO, *Il removal alla prova dei fatti. Note minime intorno al caso Credito di Romagna s.p.a.*, in *Riv. dir. banc.*, 2017, 3; ID., *La Banca d'Italia ed il potere di rimozione degli esponenti aziendali, tra vigilanza prudenziale e disciplina della crisi*, in *Banca impresa società*, 2016, 51; G. GIORDANO, sub art. 53 bis, in *Commentario breve al Testo unico bancario*, R. Costi, F. Vella (a cura di), Padova, 2019, 265.

zione strategica che si attiva quando considera la permanenza dell'esponente un pregiudizio per la sana e prudente gestione della banca⁷⁷.

Pure in questo secondo ambito tutti gli interventi del regolatore, normativi, di integrazione, di interpretazione portano alla previsione di assetti organizzativi diversi da quelli tradizionali che vedono la loro giustificazione nella esigenza di assicurare una gestione dell'attività bancaria sana e prudente nonché di garantire la tutela del risparmio.

3.3 La regolazione sulla sostenibilità

Infine, si presenta di particolare interesse la disamina degli effetti dell'esercizio della funzione di regolazione nell'ambito della sostenibilità⁷⁸.

Il regolatore, in aggiunta alla copiosa produzione normativa europea prevista per tutte le attività imprenditoriali che posseggono determinate dimensioni, detta una pluralità di regole, attraverso aspettative, linee guida, raccomandazioni, alle quali gli intermediari devono sottostare.

L'aspetto interessante del perseguimento di uno scopo sostenibile in un'impresa bancaria è dato dalla circostanza che la banca deve integrare al proprio interno i fattori ESG, al pari di qualunque altra attività d'impresa, ma, al tempo stesso, deve integrarli nel processo di concessione del credito che coinvolge la propria clientela. Come già rilevato a proposito dell'organizzazione finanziaria, le pretese coinvolte nell'esercizio dell'attività bancaria non sono con-

⁷⁷ G. GUIZZI, *Interesse sociale e governance bancaria*, cit., 797. Consiglio di Stato, 19 luglio 2022, n. 6254, cit. 82 chiarisce che “lo scopo cui mira il legislatore, invero, è arginare il processo degenerativo in corso (altrimenti destinato all'irreversibilità) e, possibilmente, ricondurre la banca ad una sana e prudente gestione, imponendo l'estromissione degli organi responsabili del declino”.

⁷⁸ Per un approfondimento sulla sostenibilità bancaria, cfr. L. AMMANNATI, *I nuovi paradigmi dell'impresa bancaria in epoca di transizione*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica*, Banca d'Italia, n. 99, 2024, 21, ma vedi anche, *Dimensioni “eccentriche” dell'impresa bancaria nell'era della sostenibilità*, in *Riv. regol. merc.*, 2023, 2; V. BEVIVINO, *L'attività ESG delle banche e la prospettiva di riforma della regolazione prudenziale delle informazioni*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2022, 484 ss.; R. CARATOZZOLO, *L'integrazione della sostenibilità ambientale nel sistema delle banche*, in *Riv. regol. merc.*, 2024, 177; F. RIGANTI, *Regolazione del mercato e “fine di lucro”. Spunti per una ricerca aggiornata in tema di sostenibilità*, in *Dialoghi di Diritto dell'Economia*, 2022, 129; E. BERNARDINI - I. FAIELLA - L. LAVECCHIA - A. MISTRETTA - F. NATOLI, *Banche centrali, rischi climatici e finanza sostenibile*, in *Questioni di Economia e Finanza (Occasional papers) della Banca d'Italia*, n. 608, marzo 2021; M. SEMERARO, *Fattori di sostenibilità ambientale e politiche creditizie*, in M. Passalacqua (a cura di), *Diritti e Mercati nella transizione ecologica e digitale*, Padova, Cedam, 2021, 253 ss. Sia, altresì, consentito il rinvio a R. CALDERAZZI, *Appunti sullo studio della sostenibilità bancaria*, in *Riv. trim. dir. econ.*, supplemento al n. 1, 2024, 639; EAD, *La sostenibilità bancaria nell'impresa bancaria*, in *Riv. trim. dir. econ.*, supplemento al n. 4, 2022, 168.

finite al binomio soci /creditori, ma ad una più ampia platea di destinatari. Se non che, nel caso della sostenibilità, l'allargamento dei soggetti coinvolti si presenta di particolare interesse.

Banca d'Italia, con l'Aspettativa n. 1, chiede all'organo di amministrazione di svolgere «un ruolo attivo di indirizzo e governo nell'integrare i rischi climatici e ambientali nella cultura e nella strategia aziendale nonché nel risk appetite framework aziendale e nei limiti di rischio dei portafogli gestiti, declinando in modo coerente le principali policy aziendali e l'adattamento dei sistemi organizzativi e gestionali. In tale ottica l'organo di amministrazione approva un appropriato piano di iniziative»⁷⁹.

Per realizzare tali obiettivi la Banca d'Italia chiede, all'organo con funzione di supervisione strategica, di disporre di competenze adeguate a valutare le implicazioni dei rischi climatici e ambientali, sul modello di business e sulla strategia, e di assegnare ruoli e responsabilità a singoli membri o a comitati endoconsiliari già esistenti o a nuovi appositi comitati⁸⁰. L'organo con funzione di supervisione strategica, nella definizione della strategia aziendale, deve individuare i rischi climatici e ambientali (fisici e di transizione), capaci di incidere sul contesto aziendale, ma anche valutarne la materialità, cioè la loro capacità di influenzare la sostenibilità dei rendimenti e dei portafogli, nonché gli impatti delle attività di investimento sull'ambiente⁸¹.

Il regolatore esorta gli intermediari a identificare, misurare, prevenire e attenuare i rischi climatici ambientali, e a considerare gli impatti che determinano sui rischi prudenziali tradizionali⁸²: la maggiore vulnerabilità ai rischi fisici di alcune aree geografiche o di determinati settori economici potrebbe influenzare il peggioramento del merito creditizio della controparte, con aumento del

79 Banca d'Italia, *Aspettative di vigilanza sui rischi climatici e ambientali*, 2022 e, anche, Banca Centrale Europea, *Guida sui rischi climatici e ambientali. Aspettative di vigilanza in materia di gestione dei rischi e informativa*, novembre 2020.

80 L'Aspettativa n. 3 chiede all'organo di amministrazione di modulare i diversi interventi sull'organizzazione e sui processi operativi a fronte dei rischi climatici e ambientali in modo coerente e proporzionale alle valutazioni formulate in merito alla loro materialità.

81 L'Aspettativa n. 2 chiede agli intermediari di individuare i rischi climatici e ambientali capaci di incidere sul contesto aziendale e di essere in grado di comprenderne e misurarne gli impatti, al fine di assicurare la resilienza del modello di business e orientarne le prospettive di sviluppo.

82 Con l'Aspettativa n. 4 il regolatore chiede agli intermediari di effettuare una mappatura degli eventi che potrebbero manifestarsi per effetto dei rischi climatici e ambientali (fisici e di transizione) e di integrare il sistema di gestione dei rischi, identificando i rischi che ne risulterebbero potenzialmente influenzati e le implicazioni di natura prudenziale.

rischio di credito; eventi climatici sfavorevoli potrebbero causare perdite alle controparti più esposte, incrementando la volatilità del *pricing* dei titoli emessi, con conseguenti rischi di mercato; gli eventi climatici estremi potrebbero compromettere la continuità operativa degli intermediari, con relativo rischio operativo e reputazionale; l'evento climatico sfavorevole potrebbe innescare un rischio di liquidità, in quanto potrebbe costringere i propri clienti ad attingere ai propri depositi o determinare un *repricing* di alcuni strumenti finanziari.

Una volta misurati gli impatti, gli amministratori devono essere in grado di orientare le scelte strategiche e le prospettive di sviluppo in modo da assicurare la resilienza del modello di business: il regolatore chiede, agli intermediari, di integrare i fattori di sostenibilità nei processi decisionali sugli investimenti, sviluppando politiche creditizie basate sui fattori ESG, e di elaborare una strategia coerente con il processo di pianificazione strategica, in grado di soddisfare le attese degli investitori.

Diventa fondamentale individuare un orizzonte temporale di medio e lungo periodo nella pianificazione strategica, al fine di orientare le prospettive di sviluppo, secondo un obiettivo di sostenibilità, e integrare i fattori di sostenibilità nei processi decisionali sugli investimenti.

Anche lo svolgimento dell'attività bancaria è assoggettato a una serie di regole, basti pensare alla mappatura dei rischi climatici ambientali in tutte le fasi del processo del credito.

L'EBA, già nel 2020, nelle Linee guida in materia di concessione monitoraggio dei prestiti⁸³, aveva richiesto l'incorporazione dei fattori ESG e i rischi associati nella propensione al rischio di credito nelle politiche di gestione dei rischi e nelle procedure relative al rischio di credito: nella valutazione delle controparti in fase di concessione e nel processo di valutazione delle garanzie reali bisogna considerare l'impatto dei rischi climatici e ambientali, l'ubicazione geografica e le caratteristiche dell'immobile posto a garanzia.

Il ricorso alla finanza sostenibile ha, secondo il regolatore, un impatto notevole sul modello di business bancario, non solo sull'attività di finanziamen-

⁸³ Sia consentito il rinvio a R. CALDERAZZI, *Le Finalità delle Linee Guida EBA sulla concessione e monitoraggio del credito*, in A. Albanese, M. Franzoni, E. Gabrielli, G. Grisi, L. Nivarra (a cura di), *La responsabilità patrimoniale "sostenibile"*, Torino, Giappichelli, 2023, 251.

to, ma anche sull'attività di gestione del risparmio. Per tali ragioni, secondo Banca d'Italia, bisogna integrare i fattori di sostenibilità nei processi decisionali sugli investimenti, sia a livello di entità sia di prodotti finanziari offerti; sotto il profilo dell'attività di finanziamento sviluppare politiche creditizie basate sui fattori ESG per l'indirizzo strategico degli impieghi della banca (ciò significa che occorre attuare politiche creditizie restrittive verso imprese *brown* ed espansive verso imprese *green*, aumentando il costo dei finanziamenti nei confronti delle attività progettuali *brown*).

In altri termini gli intermediari, dopo aver definito l'approccio verso la sostenibilità, devono tradurre tali obiettivi nelle politiche di investimento, elaborando una strategia che sia coerente con il processo di pianificazione strategica e in grado di soddisfare le attese degli investitori.

Infine, secondo le Aspettative di Vigilanza, gli intermediari devono dotarsi di infrastrutture di dati e processi per comunicare le modalità con cui integrano i *driver* di rischio e ambientale nella strategia aziendale, nella organizzazione interna e nei meccanismi di gestione del rischio⁸⁴.

Nell'ambito poi del Meccanismo Unico di Vigilanza, la Banca d'Italia contribuisce alla valutazione e al monitoraggio dei piani di adeguamento delle banche significative alle aspettative di vigilanza, emanate dalla BCE sui rischi climatici e ambientali, e allo svolgimento di esercizi di stress test climatico.

La predisposizione di tutte queste regole fornisce un'ulteriore conferma dell'approccio del regolatore. Infatti, anche in quest'ambito, le norme sulla sostenibilità regolano prepotentemente gli assetti organizzativi e lo svolgimento dell'attività, incidono sulla strutturazione dei processi, sulla definizione delle linee strategiche, sulla rendicontazione dell'attività d'impresa.

La struttura organizzativa bancaria deve esprimere regole che consentano di produrre atti compatibili con il rispetto della sostenibilità, gli assetti organizzativi prescelti e l'insieme dei compiti e delle funzioni decisionali devono essere funzionali al perseguimento della sostenibilità.

⁸⁴ L'Aspettativa 5 chiede agli intermediari di creare «una base dati sui profili di rischio climatico e ambientale completa e di elevata qualità nonché integrata in un sistema informativo idoneo a supportare lo sviluppo di metriche per la valutazione dei rischi climatici e ambientali».

In questo caso la mappatura e la misurazione dei rischi climatici e ambientali e, più in generale, la richiesta di predisporre regole organizzative – diverse e aggiuntive – per il perseguimento della sostenibilità delle banche non rappresenta soltanto adempimento di un dovere, rispetto agli obblighi di rendicontazione che derivano dalla normativa primaria e che sono comuni ad altre attività d'impresa, ma diventa funzionale all'assolvimento delle funzioni tipiche dell'attività bancaria, di raccolta del risparmio ed erogazione del credito, che consentono di tutelare le dimensioni fondamentali dei diritti protetti dall'art. 47 Cost. e che, come si è detto, non possono essere perseguite con l'autodeterminazione delle parti, ma necessitano – per il loro pieno godimento – dell'intervento dell'autorità.

Le numerose disposizioni che la Banca d'Italia prevede sulla sostenibilità delle banche sono tutte orientate a realizzare una gestione sana e prudente e, conseguentemente, a soddisfare il dettato costituzionale declinato nell'art. 47.

Anche in questo caso la Banca d'Italia interviene per approntare strumenti di tutela dell'interesse pubblico che l'impresa bancaria persegue.

Attraverso la loro applicazione si consente di realizzare un interesse sociale che non si esaurisce nell'interesse dei singoli soci, non solo perché la pretesa individuale di ciascun socio contiene, strutturalmente, un segmento di interesse pubblico (nel senso che le pretese dei singoli assumono valore collettivo), ma anche perché, attraverso il perseguimento della sostenibilità (che presuppone una visione di medio lungo periodo⁸⁵), si assiste all'applicazione di regole nuove, capaci di garantire la pluralità di interessi coinvolti dall'esercizio dell'attività bancaria.

In tale circostanza l'esercizio della funzione che pure interviene comprimendo l'autonomia dei destinatari, dettagliando regole e procedure di sostenibilità, non crea una contrapposizione tra interessi interni ed esterni all'attività d'impresa o tra i differenti interessi esterni all'impresa.

⁸⁵ Sul punto, tra gli altri, P. MONTALENTI, *Impresa, sostenibilità e fattori ESG: profili generali*, in *Giur. it.*, 2024, 1190 ss., nonché F. DENOZZA, *Sostenibilità e corporate governance: dagli investitori agli stakeholder*, in *Riv. soc.*, 2023, 301 ss.; M. STELLA RICHTER JR., *Long termism*, in *Riv. Società*, 2021, 29, ss.; E. BARCELLONA, *La sustainable corporate governance nelle proposte di riforma del diritto europeo: a proposito dei limiti strutturali del c.d. stakeholderism*, *ivi*, 1, 2022, 101 ss.; A. BASSI, *La CSR doctrine di fronte ai creditori, stakeholders di prima istanza*, in *Giur. comm.*, 2022, 175 ss.; M. MAUGERI, *Sostenibilità ed Engagement degli azionisti istituzionali*, in *Riv. soc.*, 2021, 1353.

Anche in questo caso gli interventi previsti dal regolatore hanno la funzione di perseguire un comune interesse sociale – in una visione di medio lungo periodo – che porta alla realizzazione di un interesse che non si esaurisce nel tradizionale interesse dei soci, ma contiene una pluralità di interessi che trovano la loro composizione nella prospettiva dei diritti delle persone.

4. Qualche riflessione conclusiva

L'indagine sin qui condotta, seppure circoscritta solo a qualche segmento di intervento del regolatore, consente di individuare alcuni nuclei tematici utili per successivi approfondimenti sulla regolazione della Banca d'Italia.

La prima considerazione è che la regolazione bancaria continua a rappresentare il paradigma storico sul quale si è riscontrato l'intervento pubblicistico e, poiché il diritto bancario rappresenta «un laboratorio avanzato di soluzioni»⁸⁶, lo studio della regolazione bancaria può offrire una interessante chiave di lettura anche in altri ambiti.

La seconda riflessione è che l'esercizio dell'impresa bancaria, espressione della più generale iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost. (che fissa il limite oltre il quale l'attività economica non può compiersi liberamente⁸⁷), non può svolgersi in modo da contrastare la dimensione immediatamente godibile dei diritti, quindi, quando la dimensione dei diritti non è immediatamente godibile, interviene l'art. 41 comma 3⁸⁸.

In questa prospettiva la Banca d'Italia esercita la propria funzione di re-

⁸⁶ P. MONTALENTI, *La corporate governance degli intermediari finanziari: profili di diritto speciale e riflessi sul diritto societario generale*, cit., 176, attribuisce la funzione di laboratorio avanzato di soluzioni alla disciplina delle società quotate e a quella bancaria.

⁸⁷ Per un commento sul nuovo art. 41 Cost. v. S.A. CERRATO e C. SARTORETTI, *Fattori ESG: profili costituzionali e riflessi applicativi diretti*, in *Giur. It.*, 5, 2024, 1201; S. A. CERRATO, *Appunti per una via italiana all'ESG. L'impresa costituzionalmente solidale (anche alla luce dei nuovi artt. 9 e 41, comma 3, Cost.)*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2022, 63 ss.; G. LEMME, *Articolo 41 Cost. e sviluppo sostenibile: contrasto o concordanza?*, in *Gazzetta Ambiente*, 2007, 85; L. CASSETTI, *Salute e ambiente come limiti "prioritari" alla libertà di iniziativa economica?*, in *Federalismi.it*, 16, 2021; G. DI PLINIO, *L'insostenibile evanescenza della costituzionalizzazione dell'ambiente*, in *Federalismi.it*, 16, 2021.

⁸⁸ Sulla riserva di legge ai sensi dell'art. 41, 3° comma, M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1977, 129 ss.; D. SORACE, *Il governo dell'economia*, in *Manuale di diritto pubblico*, G. Amato, A. Barbera (a cura di), vol. III, Bologna, Il Mulino, 1997, 794; L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, Cedam, 2001, 175 ss.; ID., *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 61; ID., *Potere amministrativo come funzione dei diritti fondamentali. Per una teoria giuridica del pubblico interesse*, in questa Rivista, 2023, 45 ss.

golazione ponendo vincoli alla libertà d'impresa delle banche, incidendo sugli spazi di autonomia dei privati, limitando le opzioni organizzative dei destinatari, affievolendo le prerogative dei soci e degli amministratori.

L'intervento del regolatore innesca il binomio autorità / libertà, intervento pubblico / autonomia privata che diventano una costante di tutta la disciplina del diritto bancario, tuttavia, seppure non si possa non riconoscere una compressione della libertà contrattuale ad opera di interventi eteronomi da parte del regolatore, dal punto di vista della tutela degli interessi cade la contrapposizione. Conseguentemente, perde di rilevanza il loro bilanciamento: la funzione di regolazione della Banca d'Italia consente la realizzazione dei diritti che quella determinata organizzazione privata di interesse pubblico persegue⁸⁹ e trova la sua legittimazione nella esigenza di protezione del risparmio.

Se si assume questa prospettiva, tutti gli interventi (pubblici) del regolatore – sulla organizzazione bancaria – devono essere letti come strumenti per consentire il godimento di diritti che – diversamente – non vedrebbero la medesima realizzazione, in quanto le società bancarie, nella loro autonoma organizzazione, non sono in grado, con le sole norme del diritto comune, di assicurare le prestazioni necessarie per il godimento dei diritti fondamentali, nel contempo, la funzione stessa della regolazione delle banche, nel suo più complesso sistema di poteri amministrativi, si legittima nella misura in cui massimizza quei diritti.

89 Come ha affermato L. PERFETTI, *Crisi di impresa ed interesse pubblico tra amministrazione e giurisdizione*, in *Riv. dir. banc.*, 2023, 231, invero «l'amministrazione pubblica, [...] persegue sì l'interesse pubblico (che è il suo scopo), ma l'interesse pubblico è l'interesse dei cittadini alla massimizzazione del godimento dei diritti fondamentali ed all'uguaglianza – quindi, ben considerando, si tratta dell'interesse delle parti coinvolte nella decisione, non dell'interesse dello Stato».