

**Legalità e buon funzionamento del sistema finanziario.
Roma – 4 Febbraio 2014**

Ruolo della Banca d'Italia e della Autorità Giudiziaria nel preservare l'integrità del sistema economico finanziario ⁽¹⁾

Intervento dell'Avv. Marino Perassi
Avvocato generale della Banca d'Italia

Premessa.

Rispetto a un settore, quale quello bancario-finanziario, che da ormai più di un ventennio è luogo privilegiato di una costante sperimentazione di soluzioni normative e istituzionali, la Banca d'Italia e la Magistratura hanno rappresentato e tuttora rappresentano punti fermi nel sistema degli organi di garanzia preposti alla tutela del risparmio e dei risparmiatori. La pluralità di attori che nel tempo è venuta ad assumere competenze in materia non ha interrotto il rapporto tra queste due istituzioni che – nella diversità dei ruoli – hanno sviluppato forme di interlocuzione, fino ad elaborare vere e proprie strategie di collaborazione e coordinamento, in un settore dove la regolazione è stratificata e non sempre chiara, come ha ricordato il Vice Presidente Vietti nel precedente intervento.

Il Convegno di quest'oggi credo rappresenti l'occasione per tornare a riflettere sulle caratteristiche e sulle forme di detto rapporto funzionale e nel fare questo, dal punto di vista della Banca d'Italia, mi riferisco a quanto è stato detto dal Governatore nell'apertura di questo convegno.

L'ordinamento assegna alla Banca d'Italia una pluralità di finalità istituzionali, un complesso di attività da svolgere in quadro di riferimento del tutto particolare, dove vengono in considerazione sia le norme dei Trattati europei, sia le previsioni del legislatore nazionale, tanto che l'assetto istituzionale ed operativo della Banca d'Italia non ha eguali nel nostro ordinamento.

Un esempio può essere utile per chiarire questo concetto. I poteri autoritativi assegnati alla Banca per l'espletamento delle sue funzioni sono per alcuni aspetti strettamente legati alla gestione della politica monetaria, compito fondamentale dell'Eurosistema e delle banche centrali che vi partecipano sulla base dello Statuto del SEBC/BCE (art. 3). Ma non bisogna pensare che il governo della moneta confini necessariamente le relative attività al campo della regolazione della liquidità complessiva; in realtà la tutela del valore del segno monetario e la garanzia della sicurezza del suo utilizzo si estendono al campo dei pagamenti fra privati ed investono in primo luogo l'emissione delle banconote ed il controllo sulla loro circolazione. Ma non si fermano qui, per arrivare a disciplinare la c.d. moneta scritturale ed i mezzi di pagamento alternativi al contante (penso alle carte di pagamento, mezzo ampiamente diffuso ed utilizzato); la

⁽¹⁾ Un particolare ringraziamento agli Avv.ti Stefano Montemaggi e Raffaele D'Ambrosio per il prezioso contributo offerto alla redazione dell'intervento.

fiducia in tali strumenti è elemento centrale nella funzione di sorveglianza sul sistema dei pagamenti, disciplinata dall'art. 146 del Testo Unico Bancario, i cui contenuti si ispirano ai principi europei (cfr. l'art. 22 dello Statuto SEBC/BCE).

Il tema degli strumenti di pagamento ampiamente utilizzati ci porta sul terreno delle relazioni fra banca e la clientela, dove si nota la significativa evoluzione delle finalità della vigilanza.

Fra pochi mesi entrerà in funzione il meccanismo unico di vigilanza europeo, disciplinato dal Regolamento UE n. 1024/2013 del 15 ottobre 2013. Si tratta di normativa europea secondaria adottata sulla base della c.d. *enabling clause* contenuta all'art. 127.6 del TFUE, nel testo rimasto immutato sin dall'epoca del Trattato di Maastricht del 1992, una disposizione che prevede l'assegnazione alla Banca Centrale Europea di compiti di *vigilanza prudenziale*. Questa è la ricognizione del concetto di vigilanza all'epoca comunemente riconosciuto, tanto da venire trasfuso in un trattato internazionale.

Se confrontiamo la norma con le previsioni del TUB aggiornate alle modifiche più recenti, che orientano le funzioni delle Autorità creditizie e della Banca d'Italia (articoli 5, 127, co.1 ed il già citato art. 146), notiamo come l'ordinamento consideri oggi trasparenza, correttezza e tutela del cliente dei servizi bancari e dell'utente degli strumenti di pagamento come obiettivi importanti dell'attività di vigilanza, in aggiunta, da un lato, alla vigilanza prudenziale in senso classico e, dall'altro, alle finalità tradizionali dell'*oversight*, sostanzialmente confinate alla dimensione macro-prudenziale ⁽²⁾.

Proprio sul terreno della azione di vigilanza finalizzata ad assicurare la trasparenza e la correttezza si misura il rapporto fra autorità di supervisione ed autorità giudiziaria nei termini più attuali del rapporto storico fra funzione amministrativa e giurisdizionale.

La prospettiva rimediale come punto di osservazione.

Se questo è il contesto generale di riferimento, innumerevoli sono le prospettive attraverso le quali guardare al rapporto tra Autorità Giudiziaria e Banca d'Italia, nella sua veste di autorità di vigilanza.

Sotto un profilo storico, non può tacersi il tentativo compiuto da una parte della dottrina italiana – all'indomani dell'istituzione di una molteplicità di autorità amministrative indipendenti dall'esecutivo, sovente sul modello della Banca d'Italia – di declinare la relazione tra magistratura e c.d. *Authorities* in termini di continuità funzionale e strutturale. In particolare, vi è chi – muovendo dalla constatazione delle ampie garanzie procedurali accordate agli amministrati dinanzi alle Autorità amministrative indipendenti, nonché dall'osservazione delle loro specificità ordinamentali e del ruolo neutrale rivestito rispetto agli interessi in gioco – non ha esitato a parlare di Magistrature economiche e di esercizio di funzioni paragiurisdizionali ⁽³⁾, con ciò ipotizzando una sorta

² M. MANCINI, *Commento all'art. 146 Tub*, sub art. 35, comma 18, d.lgs. n. 11/2010, in *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, a cura di Mancini, Rispoli Farina, Santoro, Sciarrone Alibrandi e Troiano, Torino, 2011, p. 621.

⁽³⁾ cfr. V. CAIANIELLO, *Il difficile equilibrio delle autorità indipendenti*, in *Il diritto dell'economia*, 1998, p. 258; V. CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 1997, p. 37.

di avvicinamento ai modelli tipici dell'esercizio della funzione giurisdizionale che avviene attraverso il processo.

Magistrature economiche costituite da autorità dotate di adeguata specializzazione (essendo chiamate ad operare in settori tecnicamente molto complessi) e di indipendenza dalle forze politiche e dalle pressioni del mercato, chiamate ad applicare regole imparziali per la tutela delle imprese e degli utenti ⁽⁴⁾. Un modo di procedere non lontano da quello del giudice, tanto che Natalino Irti, nel 1995, invitava ad essere cauti sull'agire di tali autorità, preferendo affidare la tutela degli interessi in gioco a norme di legge che legittimassero gli operatori ad agire per la tutela giurisdizionale delle loro posizioni ⁽⁵⁾.

Come noto, alla paragiurisdizionalità è stata negata dignità giuridica dalla Corte di Cassazione ⁽⁶⁾ prima, dal Consiglio di Stato ⁽⁷⁾ dopo, sul presupposto dell'incompatibilità di detta categoria con l'attuale assetto costituzionale, che non ammetterebbe un *tertium genus* tra amministrazione e giurisdizione. Senza entrare nel merito del dibattito, preme qui rilevare come le innegabili garanzie, anzitutto sotto il profilo del contraddittorio, proprie del procedimento davanti alle *Authorities*, creino i presupposti per una più diretta sinergia tra simili Autorità e la Magistratura, in quanto attraggono più facilmente al processo il provvedimento amministrativo risultante all'esito di quel procedimento e soprattutto il suo contenuto di accertamento dei fatti ⁽⁸⁾. Da questo punto di vista, la questione dei rapporti tra Banca d'Italia e Autorità Giudiziaria può essere tradotta in termini di ricerca di un equilibrio tra *administrative* e *judicial enforcement* ⁽⁹⁾ delle molteplici norme poste a regolazione degli intermediari creditizi e finanziari nonché delle attività a questi riservate. Del resto, il profilo funzionale/rimediale pare oggi quello più coerente con la maturata svolta culturale che ha spostato l'attenzione dal concetto di potere (pubblico) su quello di servizio (ai cittadini) ⁽¹⁰⁾ e al tempo stesso il più idoneo a cogliere le potenzialità di ulteriore sviluppo della collaborazione tra le due istituzioni.

⁴ F. DONATI, *Le autorità indipendenti tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2006/I, p. 56.

⁵ N. IRTI, *Persona e mercato*, in *Rivista di diritto civile*, 1995, I, p. 295; cfr. anche G.B. FERRI, *Divagazioni di un civilista intorno alla costituzione europea*, in *Europa e diritto privato*, 2005, I, p. 20.

⁽⁶⁾ Cass., 20 maggio 2002, n. 734.

⁽⁷⁾ Cons. Stato, 21 settembre 2007, n. 4888.

⁽⁸⁾ Indicazioni in tal senso possono essere, ad esempio, ricavate da quella recente giurisprudenza che – con riferimento ai numerosi giudizi civili promossi da consumatori finali per il risarcimento dei danni conseguenti a condotte anticoncorrenziali poste in essere da alcune imprese nel mercato assicurativo – ha riconosciuto un particolare valore probatorio al provvedimento sanzionatorio adottato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (cfr. Cass., 20 giugno 2011, n. 13486). Più di recente, la Corte di Cassazione ha letteralmente ribadito che “*gli atti del procedimento, in esito al quale l'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato ha accertato la sussistenza di un'intesa orizzontale tra compagnie assicuratrici ed irrogato al professionista una sanzione, costituiscono una prova privilegiata, nel senso che al professionista è consentito fornire la prova contraria dei fatti accertati, senza che sia possibile nel giudizio civile rimettere in discussione i fatti costitutivi dell'affermazione di sussistenza della violazione della normativa in tema di concorrenza in base allo stesso materiale probatorio od alle stesse argomentazioni già disattesi in quella sede*” (così Cass. 4 marzo 2013, n. 5327).

⁽⁹⁾ Spunti interessanti si trovano in CAFAGGI – MICKLITZ, *Administration and judicial enforcement in consumer protection: the way forward*, EUI, 2008.

⁽¹⁰⁾ cfr. M. Vietti, discorso tenuto il 28 ottobre 2010, in occasione del Convegno “*Organizzare la giustizia. Modelli di gestione delle procure distrettuali ed efficienza della giurisdizione*”.

La tutela dei risparmiatori.

Seguendo questa impostazione spazi molto significativi, ma ancora non del tutto esplorati, per un coordinamento tra l'azione della Banca d'Italia e quella della Magistratura, sussistono in relazione alla tutela degli utilizzatori (siano essi consumatori-persone fisiche o imprese) di servizi bancari e/o di pagamento nei loro rapporti con gli intermediari.

La tutela dei consumatori risulta, del resto, uno degli ambiti su cui maggiormente si è concentrata la recente riflessione dottrinale in tema di complementarietà tra azione amministrativa e attività giurisdizionale, sul presupposto dell'insufficienza dell'una e dell'altra, se isolatamente considerate, a raggiungere risultati pienamente soddisfacenti.

La stessa Commissione Europea ha di recente promosso un ampio studio relativamente alle interconnessioni tra *public* e *private enforcement* nella materia delle violazioni della normativa antitrust⁽¹¹⁾, giungendo – da ultimo – a formulare una proposta di direttiva sulle azioni civili per danni intentate dai consumatori a fronte di dette violazioni⁽¹²⁾. Tra gli strumenti individuati al fine di migliorare la combinazione dei meccanismi di *enforcement* vi è, tra l'altro, il riconoscimento del valore vincolante per il giudice nazionale (avanti al quale sia stata promossa l'azione risarcitoria) dell'accertamento dell'infrazione risultante da un provvedimento definitivo⁽¹³⁾ adottato da una qualunque delle autorità (amministrative) deputate – a livello nazionale – alla tutela della concorrenza sul mercato⁽¹⁴⁾. Tutto ciò al fine di completare il circuito della tutela dell'interesse finale sotteso alla normativa *antitrust*, riconducibile all'interesse dei consumatori stessi a determinarsi nelle proprie scelte all'interno un mercato concorrenziale⁽¹⁵⁾.

⁽¹¹⁾ Commissione Europea, Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, Bruxelles, 2.4.2008.

⁽¹²⁾ Commissione Europea, *Proposta di direttiva relativa a determinate norme che regolamentano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi della legislazione nazionale a seguito della violazione delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea*, Strasburgo, 11 giugno 2013 (COM(2013) 404 final), Testo integrale disponibile all'indirizzo: <http://www.ipex.eu/IPEXL-WEB/dossier/document/COM20130404.do>.

⁽¹³⁾ Le decisioni di tali autorità sono considerate *definitive* quando non possono più essere impugnate, ossia se non è stato presentato ricorso entro i termini applicabili, ovvero ancora se le decisioni sono state confermate in sede di controllo giurisdizionale sulla loro legittimità.

⁽¹⁴⁾ cfr. art. 9 della proposta di direttiva (v. nota precedente). L'art. 16, paragrafo 1, del Regolamento (CE) n. 1/2003 già prevede che quando le giurisdizioni nazionali si pronunciano su accordi, decisioni e pratiche ai sensi dell'articolo 101 o 102 del trattato che sono già oggetto di una decisione della Commissione, non possono prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione. Le giurisdizioni nazionali devono inoltre evitare decisioni in contrasto con una decisione contemplata dalla Commissione in procedimenti da essa avviati. A tal fine le giurisdizioni nazionali possono valutare se sia necessario o meno sospendere i procedimenti pendenti dinanzi ad esse.

⁽¹⁵⁾ Riprendendo le parole delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella sentenza n. 2207 del 4 febbraio 2005, "oggetto immediato della tutela della legge [antitrust] non è il pregiudizio del concorrente ancorché questo possa essere riparato dalla repressione dell'intesa, bensì un più generale bene giuridico. (...) La legge antitrust non è legge degli imprenditori soltanto, ma è legge dei soggetti del mercato, ovvero di chiunque abbia interesse alla conservazione del suo carattere competitivo, al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere". Come sottolineato anche dalla Commissione Europea nella *Comunicazione sulle linee direttrici sull'applicazione dell'articolo*

Analogamente alla normativa *antitrust*, anche la disciplina in tema di trasparenza delle condizioni dei contratti bancari facente parte della più ampia regolazione del settore creditizio/finanziario, e come tale attratta alle competenze della Banca d'Italia, ha subito – storicamente – un'evoluzione sul piano teleologico, nella direzione di una progressiva emersione dell'interesse dei clienti. Rispetto alla concezione iniziale, che considerava il corretto e puntuale rispetto delle regole di trasparenza, quale strumento per tutelare l'interesse collettivo dei clienti a compiere scelte consapevoli pur a fronte dell'oggettiva complessità dei prodotti/servizi bancari, e ciò al fine ultimo di assicurare la competitività del sistema finanziario nel suo complesso (art. 5 TUB), l'evoluzione dell'ordinamento è stata significativa ⁽¹⁶⁾.

Nell'attuazione dei principi delle c.d. regole di Basilea II, la precisa osservanza della normativa nelle relazioni con la clientela, riducendo i rischi legali e reputazionali nei confronti di gruppi omogenei di clientela, contribuisce alla sana e prudente gestione dell'azienda bancaria.

Si è poi introdotto, senza ambiguità, il concetto di correttezza nelle relazioni con i risparmiatori.

Il passaggio è stato sancito a livello normativo attraverso l'ampliamento delle finalità dell'azione di vigilanza e di controllo rimessa alla Banca d'Italia. L'art. 127 del Testo Unico Bancario, come emendato nel 2010, prevede ora che le Autorità creditizie – tra cui ovviamente la Banca d'Italia – esercitino le verifiche e i controlli avuto riguardo, oltre agli obiettivi tradizionali della supervisione prudenziale di cui all'art. 5 del Testo Unico (sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, stabilità complessiva, efficienza e competitività del sistema finanziario nonché osservanza delle disposizioni in materia creditizia), alla “*trasparenza delle condizioni contrattuali e alla correttezza dei rapporti con la clientela*”. In modo ancor più diretto, il già citato art. 146 del TUB stabilisce che la Banca d'Italia esercita la sorveglianza sul sistema dei pagamenti avendo riguardo al suo regolare funzionamento, alla sua affidabilità ed efficienza nonché alla “*tutela degli utenti di servizi di pagamento*”.

L'ampliamento delle finalità ha trovato corrispondenza in un'estensione dei poteri e degli strumenti a disposizione dell'Autorità, nel senso di una loro maggiore diversificazione e duttilità. Ai classici poteri sanzionatori, rafforzati per ambito di applicazione e limiti edittali, sono stati affiancati veri e propri poteri inibitori, ablativi, ingiuntivi da esercitare in presenza di violazioni delle norme primarie e secondarie sulla trasparenza e correttezza dei rapporti con la clientela.

Poteri, questi ultimi, che vanno ad aggiungersi ad altri, già previsti nel testo unico bancario del 1993, ma utilizzati di regola restrittivamente, forse proprio in ragione della mancata espressa previsione della finalità suddetta di assicurare la correttezza nei rapporti banca-cliente. Si pensi, in particolare, ai poteri conformativi dei contratti bancari, previsti

81, paragrafo 3, del Trattato (GUCE 2004, C 101/97), “*la concorrenza sul mercato [è] strumento per incrementare il benessere dei consumatori e per assicurare un'allocazione efficiente delle risorse. La concorrenza e l'integrazione del mercato contribuiscono entrambe alla realizzazione di tali obiettivi, in quanto la creazione e il mantenimento di un mercato unico aperto promuovono un'allocazione efficiente delle risorse nell'intera Comunità, a vantaggio dei consumatori*”.

⁽¹⁶⁾ In ordine a questa evoluzione, sia consentito rinviare a M. PERASSI, *Il ruolo dell'ABF nell'ordinamento bancario: prime riflessioni*, in *Analisi giuridica dell'economia*, n. 1/2011, p. 143 e ss., ivi p. 149-151.

dall'articolo 117, comma 8, del TUB, secondo cui la Banca d'Italia può prescrivere che determinati contratti abbiano un contenuto tipico predeterminato ⁽¹⁷⁾. Tali poteri sono stati tradizionalmente intesi, anche in dottrina, come diretti al fine esclusivo di impedire che denominazioni comunemente adoperate sul mercato per contratti con un contenuto socialmente tipizzato venissero impiegate per contrassegnare altri contratti con caratteristiche differenti. In un'ottica in parte diversa sembra, invece, inquadrarsi l'intervento della Banca d'Italia in materia di conto corrente semplice. In questo caso abbiamo, infatti, la prefigurazione di un nuovo schema contrattuale "disegnato sulle esigenze di base dei consumatori" che consenta a questi ultimi "di usufruire, verso il pagamento di un canone annuo fisso, di un rapporto di conto corrente che prevede un numero determinato di operazioni di scritturazione contabile e di servizi" ⁽¹⁸⁾; ancorché il numero di tali operazioni è poi determinato dalla Banca d'Italia sulla base di un accordo tra l'ABI e le associazioni facenti parte del Consiglio Nazionale dei Consumatori e degli Utenti ⁽¹⁹⁾, il cambio di marcia è evidente. Non ci limita, infatti, più soltanto a "regolamentare" l'utilizzo di contratti già socialmente tipizzati, ma ci si spinge fino a prefigurare, in collaborazione con le associazioni di categoria delle parti interessate, nuove tipologie contrattuali. Un approccio diverso all'utilizzo dei poteri di cui all'art. 117, comma 8, TUB oggi corroborato proprio dall'inclusione della trasparenza e correttezza tra le finalità tipiche della vigilanza.

Anche le autorità di vigilanza dell'Unione dispongono di taluni poteri in materia di attività finanziarie ⁽²⁰⁾. In particolare, ai sensi dell'art. 9(5) del relativo regolamento istitutivo, l'EBA può "proibire o limitare temporaneamente talune attività finanziarie che mettono a repentaglio il corretto funzionamento e l'integrità dei mercati finanziari o la stabilità generale o parziale del sistema finanziario dell'Unione nei casi e alle condizioni specificati negli atti legislativi di cui all'articolo 1, paragrafo 2, oppure, se così richiesto, in caso di necessità dovuta a situazioni di emergenza in conformità e a norma delle condizioni di cui all'articolo 18". A quanto risulta, tale potere non è stato, tuttavia, ancora utilizzato. Gli stessi, recenti, interventi dell'EBA sui cc.dd. "Bitcoin" sono per il momento limitati ad un semplice *Warning* ⁽²¹⁾.

¹⁷ Un potere analogo di tipizzare gli strumenti finanziari ammessi è previsto per la Consob dall'art. 95, comma 4, TUF.

¹⁸ Istruzioni della Banca d'Italia in materia di "Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari", sez. III, § 4, del 25.9.2009.

¹⁹ L'accordo, siglato dalle predette associazioni il 28 ottobre 2009 è poi "validato" dal provvedimento della banca d'Italia del 27 novembre 2009.

²⁰ In linea con i suggerimenti del rapporto de Larosière di introdurre (§ 41) "changes in regulation that are required to strengthen financial stability and the protection of customers" ciascuna delle ESAs (si fa qui riferimento alla numerazione degli articoli del regolamento istitutivo dell'EBA che però coincide con quella dei regolamenti istitutivi dell'ESMA e dell'EIOPA): contribuisce ad "aumentare la protezione dei consumatori" (art. 1, comma 5, lett. f); "promuove la tutela di depositanti e investitori/degli investitori/dei titolari di polizze assicurative, degli aderenti e dei beneficiari di schemi pensionistici" (art. 8, comma 1, lett. h); "assume un ruolo guida nella promozione della trasparenza, della semplicità e dell'equità nel mercato per i prodotti o servizi finanziari destinati ai consumatori" (art. 9, comma 1); "contribuisce a rafforzare il sistema europeo dei sistemi nazionali di garanzia dei depositi/di indennizzo degli investitori... con l'obiettivo di assicurare" che i medesimi forniscano "un elevato livello di protezione per tutti i depositanti/investitori" (art. 26).

²¹ Cfr. EBA, *Warning to Consumers on Virtual Currencies* del 12.12.2013.

In particolare, sono state introdotte nuove fattispecie sanzionatorie, con il risultato che oggi non solo le norme in materia di pubblicità dei prodotti/servizi bancari, ma gran parte delle norme relative al contenuto/forma dei contratti, modifica unilaterale delle condizioni contrattuali, comunicazioni periodiche al cliente, ecc.. sono assistite dal meccanismo della sanzione amministrativa nei confronti degli esponenti aziendali dell'intermediario ⁽²²⁾.

Parallelamente, in virtù di quanto sancito dall'art. 128-ter TUB, la violazione di una o più delle disposizioni sulla trasparenza e correttezza può divenire il presupposto per l'adozione da parte della Banca d'Italia di provvedimenti potenzialmente alquanto incisivi sull'autonomia imprenditoriale dell'intermediario: provvedimenti che possono andare dal divieto di specifiche forme di offerta, promozione o conclusione di contratti all'inibizione di singole aree o sedi secondarie, sino all'inibitoria riguardante interi settori di attività. Ove particolari esigenze cautelari lo giustificano, l'Autorità di vigilanza potrà adottare le medesime misure in via d'urgenza attraverso provvedimenti provvisori di sospensione, all'esito di un'istruttoria necessariamente semplificata e connotata dalla compressione degli spazi di contraddittorio. L'apparato di *administrative enforcement* della normativa a tutela dei clienti delle banche viene ad essere così integrato anche dai provvedimenti sospensivi di tipo cautelare, che del resto non rappresentano una novità assoluta nell'ordinamento nazionale essendo già stati sperimentati in campi affini, come quelli della tutela della concorrenza sul mercato ⁽²³⁾ e della repressione delle pratiche commerciali scorrette.

Finalità precipua dei richiamati provvedimenti inibitori di cui all'art. 128-ter TUB è di evitare la reiterazione da parte dell'intermediario di condotte o atti ritenuti oggettivamente incompatibili con le disposizioni primarie e/o secondarie sulla trasparenza e correttezza, senza dunque che l'azione dell'amministrazione sia subordinata al previo accertamento di uno stato soggettivo di colpa riferibile ai responsabili dell'intermediario.

Del resto, i provvedimenti inibitori ex art. 128-ter TUB sono stati concepiti – nell'economia complessiva degli strumenti di *public enforcement* a disposizione della Banca d'Italia – come privi di natura sanzionatoria ⁽²⁴⁾. Vero è infatti che l'inosservanza del

⁽²²⁾ Tuttavia, gli indici di rilevanza di siffatte fattispecie sanzionatorie (ex art. 144, comma 8, TUB) risentono ancora in gran parte dell'influsso delle finalità tradizionali della vigilanza Cfr. le *Disposizioni di vigilanza in materia di sanzioni e procedura sanzionatoria amministrativa del 18 dicembre 2012*, sez. II, § 1.1.: "Nell'esame delle fattispecie relative alla trasparenza delle condizioni contrattuali e alla correttezza dei rapporti con i clienti di cui all'art. 144, commi 3 e 3-bis del T.U., ai fini dell'avvio della procedura sanzionatoria, la rilevanza delle violazioni può essere desunta: - dall'idoneità della condotta a esporre l'intermediario a significativi rischi legali o reputazionali; - dal carattere diffuso o sistematico delle violazioni in relazione all'articolazione territoriale o all'operatività dell'intermediario; - dalla mancata ottemperanza a richiami o indicazioni dell'Autorità di Vigilanza; - dall'inadeguatezza dei presidi organizzativi e di controllo adottati dall'intermediario ad assicurare il rispetto della normativa in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari e correttezza delle relazioni con la clientela".

⁽²³⁾ M. LIBERTINI, *Le misure cautelari amministrative nella disciplina antitrust*, Relazione presentata al convegno sul tema «*Poteri e garanzie nel diritto antitrust: l'esperienza italiana nel sistema della modernizzazione*», organizzato dall'Assonime a Roma il 23 luglio 2007.

⁽²⁴⁾ Lo dimostra l'interpretazione sistematica, e in particolare l'assenza di qualunque rinvio nell'art. 128-ter alle norme del Testo Unico che specificamente si occupano di sanzioni (artt. 144 e 145) o alla legge 24 novembre 1981 n. 689, così come il fatto che per opinare diversamente si dovrebbe ammettere la possibilità di una sanzione amministrativa a fronte dell'inottemperanza di un'altra sanzione amministrativa.

provvedimento inibitorio integra una fattispecie punibile ai sensi dell'art. 144, comma 4, TUB, il quale espressamente contempla in relazione a detta ipotesi una sanzione pecuniaria fino a euro 258.225 nei confronti dei soggetti che svolgano funzioni di amministrazione o di direzione e/o dei dipendenti dell'intermediario inadempiente.

A una logica preventiva, prima ancora che aggiudicativa, risponde anche l'Arbitro Bancario Finanziario (ABF) attraverso la formazione di orientamenti di cui gli intermediari sono poi chiamati a tener conto nella gestione dei reclami presentati dalla clientela. A questo riguardo ricordo la suggestiva tesi di chi sostiene che il sistema dell'ABF offre ai soggetti interessati la possibilità di ottenere una "...*early evaluation*..." della controversia, una sorta di "valutazione di tipo prognostico sull'esito finale di una lite (ancora potenziale) tra cliente ed intermediario"⁽²⁵⁾

Da questo punto di vista, le decisioni dell'ABF non si esauriscono nella risoluzione stragiudiziale di *n* singole controversie, ciascuna avente come parti un intermediario e un cliente, ma – in quanto assunte secondo diritto, dunque anche attraverso l'applicazione delle norme di trasparenza e correttezza dettate dal Testo Unico e integrate a livello secondario dalle Disposizioni emanate della Banca d'Italia – vengono a costituire strumenti informativi che l'intermediario è tenuto a considerare sistematicamente e costantemente al fine di conformare la propria attività al rispetto delle regole in esame. Un elemento fondamentale di questo circuito è rappresentato dagli uffici reclami delle banche⁽²⁶⁾, che, come detto, funzionano alla stregua di terminali diretti degli *input* promananti dall'Arbitro e che sono, a loro volta, soggetti all'attività di controllo svolta dalla Banca d'Italia. Traspare da quanto accennato un principio ormai consolidato della politica di vigilanza relativa al rispetto delle regole di trasparenza e correttezza (e non solo), ossia il principio per cui un'efficace prevenzione delle condotte irregolari presuppone la creazione di presidi organizzativi interni all'intermediario idonei ad assicurare l'aggiornamento alle interpretazioni giurisprudenziali e agli indirizzi amministrativi e il conseguente adeguamento delle prassi.

Nel già ampio quadro di strumenti di *enforcement* attivabili dalla Banca d'Italia, vi è poi una misura all'apparenza più difficile da collocare nel sistema, ma – a ben vedere – rispondente a una funzione ripristinatoria, ovvero di riaffermazione delle condizioni antecedenti a una violazione massiva/diffusa di una o più regole di trasparenza e correttezza. Il riferimento è all'ordine impartibile nei confronti dell'intermediario di "*restituzione delle somme*", contemplato dall'art. 128-ter del Testo Unico, che – ove ottemperato – consente l'eliminazione dei profitti derivati a favore dell'intermediario da violazioni della normativa in questione e, nel contempo, produce l'effetto indiretto di compensare i clienti per spese o costi indebitamente sostenuti.

La breve rassegna delle misure adottabili dalla Banca d'Italia in materia di tutela della trasparenza e correttezza nei rapporti tra intermediari e clienti credo sia sufficiente a confermare l'esistenza e il progressivo consolidamento di una tendenza normativa da tempo rilevata dalla dottrina, che ha parlato e riflettuto sul sempre maggiore potere di

⁽²⁵⁾ Così C. CONSOLO E M. STELLA, *Il funzionamento dell'ABF nel sistema delle ADR*, in *Analisi giuridica dell'economia*, n. 1/2011, p. 121 e ss. .

⁽²⁶⁾ Cui andranno, fra breve, aggiunti i meccanismi, previsti dalla Direttiva 36/2013/UE del 26 giugno 2013 sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento in materia di *whistleblowing* (art. 71.3).

intervento accordato alle Autorità amministrative indipendenti in spazi un tempo riservati al solo giudice civile: il contratto e il rapporto contrattuale, così come le fasi *pre* e *post*-contrattuali.

Ciò, a mio avviso, non equivale a una limitazione del ruolo del giudice rispetto ai contratti del mercato ⁽²⁷⁾, né riduce le esigenze di dialogo e di collaborazione tra autorità amministrativa e autorità giudiziaria.

L'imprescindibilità della tutela giurisdizionale.

Si potrà anzitutto notare – per quanto ovvio – la centralità dell'attività giurisdizionale ogniqualvolta si tratti di assicurare piena tutela (cautelare, di cognizione ed esecutiva) ai diritti soggettivi o comunque alle posizioni individuali che risultino essere state concretamente lese da condotte violative della normativa di trasparenza e correttezza. Assume rilievo paradigmatico, sotto questo profilo, il rimedio risarcitorio, capace di assommare in sé funzioni di *compensation* e *deterrence*, e che appare difficilmente “delegabile” (se così si può dire) a un'autorità amministrativa per la complessità delle prove sovente richieste ai fini della dimostrazione e, più ancora, della quantificazione del danno.

Le potenzialità dei tradizionali rimedi civilistici risultano oggi accresciute in virtù dell'esperibilità, da parte dei consumatori, della c.d. azione di classe *ex art 140-bis* del D.Lgs. 206/2005 (codice del consumo), idonea – almeno in teoria – a superare le inadeguatezze e inefficienze dell'azione del singolo allorquando gli effetti di un comportamento scorretto (si passi la semplificazione) si siano propagati in modo omogeneo su una vasta molteplicità di rapporti interprivati. Se oltre agli stringenti requisiti di ammissibilità dell'azione di classe, si considera la mancata attribuzione al giudice del potere di liquidare risarcimenti di natura assimilabile ai c.d. *punitive damages* di tradizione anglossassone, la cui estraneità all'ordinamento italiano è stata più volte ribadita dalla Suprema Corte di Cassazione ⁽²⁸⁾ in linea con alcune recenti raccomandazioni della Commissione Europea, ad avviso della quale “dovrebbero essere vietati i risarcimenti detti punitivi” ⁽²⁹⁾, si comprendono forse – come sostenuto da gran parte della dottrina – le ragioni dello scarso successo sinora riscontrato da questo strumento di tutela.

⁽²⁷⁾ Il rischio di una “*degiurisdizionalizzazione*” delle vicende economiche collegato al ruolo crescente attribuito in diversi e rilevanti settori dell'economia dalle sempre più numerose Autorità amministrative indipendenti è stato segnalato dal c.d. *Gruppo di lavoro, economia, lavoro, diritti*, interno a Magistratura Democratica nel documento “*Economia, diritto e giurisdizione entro e oltre i confini nazionali*” predisposto in occasione del XIX Congresso di Magistratura Democratica “*Quale giustizia al tempo della crisi*” (Roma, 31 gennaio/3 febbraio 2013).

⁽²⁸⁾ cfr. Cass., 8 febbraio 2012, n. 1781: “*nel vigente ordinamento il diritto al risarcimento del danno conseguente alla lesione di un diritto soggettivo non è riconosciuto con caratteristiche e finalità punitive, ma in relazione al pregiudizio subito dal titolare del diritto leso, né il medesimo ordinamento consente l'arricchimento se non sussista una causa giustificatrice dello spostamento patrimoniale da un soggetto ad un altro. Rimane estranea al sistema interno l'idea della punizione e della sanzione del responsabile civile ed è indifferente la valutazione a tal fine della sua condotta*”.

⁽²⁹⁾ Commissione Europea, Raccomandazione dell'11 giugno 2013, *relativa a principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli Stati membri che riguardano violazioni di diritti conferiti dalle norme dell'Unione* (2013/396/UE). Si veda, in particolare, il paragrafo 31.

Prima ancora che sul piano della “somministrazione” concreta dei rimedi, l’imprescindibilità dell’azione del giudice civile appare evidente in relazione all’interpretazione evolutiva del diritto sostanziale. Detta funzione è tanto più rilevante quanto maggiore è il ricorso da parte della normativa a clausole generali o comunque a concetti elastici che postulano un processo di concretizzazione. Ora è innegabile come la normativa sui rapporti tra banca e cliente, e dunque anche la disciplina sulla trasparenza e correttezza all’interno del TUB, annoveri significativi esempi di eteroregolazione dell’assetto contrattuale, attraverso disposizioni che – a tutela della parte debole – impongono al contratto uno specifico contenuto, muovendo dall’idea che la dinamica concorrenziale e una adeguata informazione siano insufficienti a riequilibrare le posizioni: ultimo esempio in ordine di tempo è forse la norma che disciplina le commissioni bancarie applicabili nei confronti della clientela per la remunerazione degli affidamenti e degli sconfinamenti (art. 117-*bis* TUB).

D’altra parte, non può dimenticarsi come la stessa normativa faccia talora ricorso a clausole generali di particolare ampiezza: penso al giustificato motivo oggettivo, cui l’art. 118 del Testo Unico subordina l’esercizio del *jus variandi* da parte dell’intermediario; penso al concetto di adeguatezza dei chiarimenti che l’intermediario, ai sensi dell’art. 124, comma 5, TUB, è tenuto a fornire al consumatore in modo che questi possa valutare se il contratto di credito proposto sia adatto alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria; penso ovviamente alla “*correttezza dei rapporti*” tra banca e clientela che – come già ricordavo – viene indicata dall’art. 127 del Testo Unico come una delle finalità dell’azione di vigilanza.

Tutti esempi della sempre maggiore consapevolezza che “*l’informativa sulle condizioni contrattuali, per quanto rappresenti il presupposto essenziale di una relazione corretta e trasparente con il cliente, non è da sola sufficiente a realizzare appieno gli obiettivi di tutela sostanziale*”⁽³⁰⁾; una consapevolezza – quella relativa all’importanza di clausole generali che consentano di portare in emersione e risolvere, di volta in volta, conflitti non componibili secondo modalità definibili *ex ante* – che pare sempre più diffusa anche a livello sovranazionale, se è vero che la proposta di *Mortgage Credit Directive* ⁽³¹⁾ prevede che gli intermediari, quando concedono prestiti ai consumatori o forniscono loro servizi di intermediazione o di consulenza relativi a prestiti, e, se del caso, servizi accessori “*agiscano in maniera onesta, equa e professionale, nel migliore interesse dei consumatori*” (art. 5), o se si preferisce, nella versione inglese, “*honestly, fairly and professionally in accordance with the best interests of the consumer*”.

Ora è a tutti noto il ruolo che la giurisprudenza civile ha avuto nella valorizzazione della clausola generale della buona fede oggettiva/correttezza, anche con riguardo ai rapporti tra banca e cliente. Basterà qui ricordare, a mero titolo esemplificativo, le sentenze in tema di recesso dal contratto di apertura di credito ovvero le pronunce sulla validità della fidejussione *omnibus*, o ancora le sentenze in materia di obblighi informativi di tipo

⁽³⁰⁾ Così C. BARBAGALLO, “*La vigilanza bancaria tra presente e futuro*”, intervento svolto nell’ambito del seminario “*Vigilanza bancaria e correttezza nelle relazioni con la clientela*” presso l’Università LUISS Guido Carli a Roma, 23 gennaio 2014.

⁽³¹⁾ Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio in merito ai contratti di credito relativi ad immobili residenziali - COM(2011) 142 definitivo.

precontrattuale. Discorso analogo vale per il criterio della diligenza professionale, declinato con riguardo ai molteplici servizi in cui si scompone l'attività bancaria.

Al tempo stesso, la regolazione di settore – nel momento in cui ricorre a dette clausole generali – impone all'interprete un ampliamento della prospettiva, secondo un'ideale progressione dalla dimensione microeconomica del singolo contratto banca-cliente all'attività d'impresa sino al mercato, inteso come “*il risultato di miriadi di negoziazioni contemporanee*”⁽³²⁾, ovvero “*processo dinamico di aggregazione di contratti*”⁽³³⁾. In termini più concreti, la valutazione di scorrettezza/negligenza di un comportamento o di assenza del giustificato motivo rispetto a una modifica unilaterale del contratto non può restare confinata al singolo contratto/rapporto, considerato alla stregua di monade, dovendo assumere quale oggetto di esame il complesso dei contratti e, più in generale, degli atti tipologicamente simili, posti in essere dall'imprenditore bancario nei confronti di un numero potenzialmente indefinito di controparti⁽³⁴⁾.

Spunti per un maggiore “coordinamento”.

Le minime osservazioni sin qui svolte credo rendano l'idea degli spazi di potenziale interconnessione tra l'azione portata avanti dalla Banca d'Italia nel settore della tutela dei clienti e l'attività della Magistratura civile in sede di decisione delle controversie tra privati. Del resto, la necessità di un dialogo su dette tematiche – di cui il convegno di oggi rappresenta un'importante manifestazione – si coglie facilmente riflettendo sull'incertezza che verrebbe a gravare sugli operatori professionali, sulla loro clientela e di conseguenza sul sistema tutto, ove Autorità di vigilanza e Autorità Giudiziaria procedessero in modo fortemente divergente in sede applicativa. L'ordinamento, allo stato, non conosce procedure formali che consentano di scongiurare il rischio di un “conflitto” (in senso atecnico) tra i risultati dell'azione amministrativa, da un lato, e dell'attività giurisdizionale condotta dal giudice ordinario, dall'altro. Ciò deriva, in larga misura, dall'essere l'azione amministrativa della Banca d'Italia sottoposta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Allo stesso tempo, è di tutta evidenza come il giudice civile non sia in alcun modo vincolato ai fini dello *juris dicere* sulla controversia tra banca e cliente o viceversa dall'eventuale provvedimento sanzionatorio, inibitorio, restitutorio assunto dalla

⁽³²⁾ L'espressione è di R. SACCO, *Il contratto* (a cura di R. SACCO, G. DE NOVA) in *Trattato di Diritto Civile* (diretto da SACCO), Torino, 2004, tomo I, p. 19.

⁽³³⁾ La definizione è di R. PARDOLESI, *Il contratto e il diritto della concorrenza*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti* (a cura di G. GITTI), Bologna, 2006, p.164. Analogamente si è espresso G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Torino, 2004, p.152, secondo il quale *il mercato non è altro che un insieme di relazioni contrattuali*.

⁽³⁴⁾ Un esempio evidente di detto approccio metodologico si rinviene in una decisione assunta dal collegio ABF di Roma (decisione n. 3981 del 2012) in materia di giustificato motivo ai fini dell'esercizio, da parte della Banca, dello *jus variandi*. In quell'occasione il collegio aveva osservato che “*la variazione – in negativo – degli indici economici, che potrebbe risultare del tutto irrilevante per il singolo rapporto contrattuale, spesso assume effetti economicamente insopportabili per l'intermediario, che si vede moltiplicare per “n” volte il “micro” squilibrio di segno, ad esso, negativo. Lo ius variandi, dunque, è istituto finalizzato a conservare l'equilibrio (sinallagmatico) tra le singole prestazioni contrattuali, passando attraverso il mantenimento dell'equilibrio sinallagmatico dell'intero complesso delle prestazioni contrattuali, tipologicamente simili, effettuate dall'imprenditore nei confronti di un numero indefinito di controparti*”

Banca d'Italia sul presupposto dell'esistenza di una violazione della normativa a tutela dei consumatori/clienti, né dall'eventuale pronunciamento del giudice amministrativo su simili provvedimenti.

Anche la Commissione Europea in una recente Raccomandazione relativa ad alcuni principi comuni per le azioni collettive di tipo inibitorio/risarcitorio in caso di violazione di diritti conferiti da norme dell'Unione ha segnalato l'importanza di garantire una coerenza tra l'attività amministrativa (in materia, ad esempio, di protezione dei consumatori) e gli esiti dell'azione giurisdizionale a tutela degli interessi dei singoli ⁽³⁵⁾. È stato, in particolare, raccomandato agli Stati membri di *“provvedere affinché, nei settori del diritto in cui a un'autorità pubblica è conferito il potere di adottare decisioni che accertano l'avvenuta violazione di norme dell'Unione, le azioni di ricorso collettivo siano, di regola, avviate solo dopo che l'eventuale procedimento dell'autorità pubblica, aperto prima dell'inizio dell'azione privata, si sia definitivamente concluso. Se il procedimento dell'autorità pubblica è aperto dopo l'inizio dell'azione di ricorso collettivo, il giudice dovrebbe evitare di emettere una pronuncia che contrasti con la decisione contemplata dall'autorità pubblica. A tal fine il giudice può sospendere l'azione di ricorso collettivo sino alla conclusione del procedimento dell'autorità pubblica”*⁽³⁶⁾. Si ispira ad un simile principio l'art. 2 del d.lgs. n. 198/2009 (in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici), ove si prevede che il ricorso in oggetto non può essere proposto se un organismo con funzione di regolazione e di controllo ha istituito e non ancora definito un procedimento volto ad accertare le medesime condotte oggetto del ricorso.

A ben vedere, anche un altro strumento raccomandato dalla Commissione potrebbe consentire di mitigare il rischio di una divergenza tra azione amministrativa e attività giurisdizionale a tutela dei diritti soggettivi: trattasi della c.d. “azione rappresentativa” di tipo inibitorio o risarcitorio dinanzi all'Autorità giudiziaria che – ad avviso della Commissione – dovrebbe essere esperibile anche da parte di un'Autorità pubblica, in rappresentanza di due o più persone fisiche o giuridiche che alleghino di aver subito un pregiudizio in una situazione di danno collettivo ⁽³⁷⁾.

La Raccomandazione si inserisce in un quadro normativo limitatamente armonizzato a livello europeo, caratterizzato da soluzioni giuridiche significativamente eterogenee tra i vari Stati Membri, sia sotto il profilo degli strumenti di tutela che del rapporto tra *administrative* e *judicial enforcement* ⁽³⁸⁾.

Non è evidentemente questa la sede per condurre approfondimenti di diritto comparato. Mi limito semplicemente a osservare come alcuni ordinamenti abbiano elaborato specifiche strategie al fine di garantire, nel pieno rispetto dell'indipendenza dell'Autorità Giudiziaria, un'effettiva “stabilità” degli esiti dell'azione amministrativa allorquando incida in via diretta sui rapporti tra intermediario e consumatori/clienti.

⁽³⁵⁾ Commissione Europea, Raccomandazione dell'11 giugno 2013 (2013/396/UE), cit., considerando n. 22.

⁽³⁶⁾ cfr. par. 33 della Raccomandazione, cit.

⁽³⁷⁾ cfr. paragrafi 3. d) e 7 della Raccomandazione, cit.

⁽³⁸⁾ Per un'agevole rassegna dello *status quo* nei diversi ordinamenti dell'Unione, cfr. Parlamento Europeo, *Overview of existing collective redress schemes in EU Member States*, IP/A/IMCO/NT/2011-16, luglio 2011.

Un esempio interessante, al riguardo, è rappresentato dai c.d. *redress schemes* promossi dalla *Financial Conduct Authority* (FCA), l'autorità che nell'ordinamento britannico è investita, tra l'altro, della funzione di protezione dei consumatori del mercato bancario/finanziario ⁽³⁹⁾. In estrema sintesi, la procedura in questione ⁽⁴⁰⁾ consente all'intermediario responsabile di una violazione della normativa di settore, previamente accertata dalla FCA, di elaborare – sotto la supervisione della stessa Autorità pubblica – un “piano di rimborsi” da sottoporre all'approvazione della clientela danneggiata, contenente l'individuazione dei casi astratti che danno titolo al “risarcimento”, nonché la definizione dei criteri per la sua liquidazione, fermo l'importo complessivo massimo che l'impresa bancaria/finanziaria si impegna a restituire ⁽⁴¹⁾. Una volta approvato da una maggioranza qualificata di clienti, il piano è quindi sottoposto al controllo dell'Autorità Giudiziaria, chiamata a verificarne la legalità, oltre al corretto svolgimento della procedura che ha portato alla sua formazione. A partire dal momento della registrazione del provvedimento giurisdizionale, il piano acquista piena efficacia vincolante, anche nei confronti dei clienti che non abbiano espresso il proprio voto. Residuando solitamente la possibilità per il singolo cliente di attivare un meccanismo di *alternative dispute resolution* (più precisamente, il *Financial Ombudsman Service*) per contestare, alla luce di quanto previsto in linea generale dal piano di rimborso, l'eventuale esclusione in concreto dal piano stesso ovvero per contestare eventualmente il *quantum* effettivamente riconosciuto. In questo esempio, dunque, autorità amministrativa e giurisdizionale, ferma la reciproca indipendenza, si trovano a concorrere in momenti e con ruoli diversi nell'ambito di un'unica procedura, in ossequio a un principio di massima concentrazione dei passaggi che dall'accertamento dell'irregolarità conducono al riconoscimento della tutela nei confronti del singolo.

Prospettive europee.

La creazione, a livello di Unione europea, di una nuova architettura della vigilanza sui mercati finanziari (SEVIF), l'espansione delle competenze anche normative dell'Unione in vista della realizzazione dell'armonizzazione massima del diritto bancario e finanziario, il conseguente contrarsi della disciplina nazionale di settore ⁽⁴²⁾ accrescono in

⁽³⁹⁾ La *Financial Conduct Authority* è stata istituita dal *Financial Services Act 2012* (entrato in vigore il 1° Aprile 2013), assumendo alcune funzioni che fino ad allora erano in capo alla *Financial Services Authority*, nell'occasione soppressa.

⁽⁴⁰⁾ La base normativa dell'intera procedura è rappresentata dal *Companies Act 2006, Part 26*.

⁽⁴¹⁾ La procedura è già stata esperita in più di un'occasione. Tra i precedenti più rilevanti figura il *redress scheme*, per un valore complessivo superiore a un miliardo di sterline, promosso dalla FCA per il “risarcimento” di circa 7 milioni di clienti cui erano state vendute, mediante tecniche decettive, polizze assicurative collegate a contratti di carta di credito. Il *redress scheme* ha coinvolto l'impresa assicurativa CPPGroup Plc nonché 13 banche. Maggiori informazioni possono essere reperite sul sito web della FCA, in particolare all'indirizzo <http://www.fca.org.uk/news/consumer-redress-agreed-for-mis-sold-cpp-insurance>.

⁽⁴²⁾ Le autorità nazionali devono, infatti, astenersi dal dettare disposizioni secondarie, ove siano adottate dalla Commissione norme tecniche di regolazione o di attuazione su proposta delle autorità comunitarie. In altri termini, man mano che sono emanate tali norme, non sono consentiti innesti dagli ordinamenti nazionali, pena la compromissione dell'uniforme applicazione del diritto comunitario. Secondo la giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, avallata da quella della Corte Costituzionale, “l'efficacia diretta dei regolamenti comunitari implica che la loro entrata in vigore e la loro applicazione nei confronti

misura prima inimmaginabile il ruolo della giustizia europea quale interprete ultimo del diritto sostanziale applicabile. Processo ancora *in fieri* cui contribuisce ora anche il recente trasferimento di puntuali compiti di vigilanza prudenziale sulle banche dalle autorità nazionali alla BCE.

In questo settore, che impegnerà intensamente gli interpreti, è opportuno allargare brevemente il campo di indagine anche al di là dei rapporti fra autorità di vigilanza e giudice dei rapporti interprivati.

Il meccanismo di vigilanza unico, istituito dal regolamento del Consiglio 1024/2013, d'ora in poi SSM (*Single Supervisory Mechanism*) ripartisce le competenze di vigilanza prudenziale sulle banche tra la BCE e le autorità nazionali, secondo un criterio generale fondato sulla significatività della banca. Generale, perché trova applicazione alla stragrande maggioranza dei provvedimenti in ambito SSM: a quelli di vigilanza in senso stretto come, a quanto pare (nonostante il non chiarissimo tenore letterale dell'art. 18 reg. cit.), a quelli sanzionatori.

A tale criterio di riparto di competenze fanno eccezione unicamente i provvedimenti in materia di autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria e all'acquisizione di partecipazioni rilevanti nelle banche (pressoché tutti di competenza BCE) nonché quelli in materia macro-prudenziale (spettanti in prima battuta alle autorità nazionali e in via sostitutiva alla BCE e perciò secondo un criterio che prescinde del tutto dalla significatività della banca).

Il riparto di competenze per l'adozione degli atti di vigilanza in ambito SSM si riflette ovviamente sulla tutela giurisdizionale. In linea generale la giurisdizione spetta, infatti, alla giustizia dell'Unione europea (in prima battuta, avanti il Tribunale), per i ricorsi avverso i provvedimenti della BCE, e ai giudici nazionali (nel nostro caso al plesso TAR/Consiglio di Stato), per quelli avverso i provvedimenti delle autorità nazionali.

In concreto il discorso però è un po' più complesso.

Può darsi, infatti, innanzitutto, il caso che un atto di un'autorità di vigilanza nazionale sia adottato sul presupposto di un atto BCE. In tale ipotesi, ove si contesti, ad esempio, la validità o l'interpretazione dell'atto presupposto, trova applicazione la c.d.

dei singoli non abbisognano di alcun atto di ricezione nel diritto interno. Gli Stati membri sono tenuti, in forza degli obblighi che derivano dal Trattato, a non ostacolare l'efficacia diretta propria dei regolamenti e di altre norme comunitarie. L'osservanza scrupolosa di tale obbligo è una condizione indispensabile per l'applicazione simultanea e uniforme dei regolamenti comunitari nell'intera Comunità. Di conseguenza, gli Stati membri non possono emanare, né consentire agli enti nazionali muniti di potestà normativa di emanare, atti che nascondano agli amministrati la natura comunitaria di una norma giuridica e gli effetti che ne derivano" (sentenza 2 febbraio 1977, causa C-50/76, Amsterdam Bulb B.V. c. Produktschop Voor Siergewassen). Ancora, secondo tale giurisprudenza, "gli Stati membri devono astenersi dall'adottare provvedimenti atti a sminuire la competenza della Corte a pronunciarsi su qualsiasi questione di interpretazione del diritto comunitario o di validità degli atti emanati dalle istituzioni della Comunità" (sentenza del 10 ottobre 1973, causa C-34/73, Fratelli Variola s.p.a. c. Amministrazione italiana delle finanze). Quello che sembra consentito, in caso di difficoltà d'interpretazione, è l'adozione da parte dell'amministrazione nazionale di "norme" di attuazione che chiariscano i dubbi sorti, ma "*soltanto nel rispetto delle norme comunitarie e senza poter dettare norme d'interpretazione aventi carattere obbligatorio*" (sentenza del 31 gennaio 1978, causa C-94/77, § 1 della massima).

pregiudiziale comunitaria, perché competente a giudicare dell'atto BCE può essere solo la Corte di giustizia (art. 267 TFUE).

Ma può darsi anche il caso contrario, in cui, cioè, il provvedimento finale della BCE si basa su di una fase procedimentale che si è svolta dinanzi all'autorità nazionale. È l'ipotesi dei procedimenti cc.dd. "misti", di cui abbiamo esempi in materia di autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria (e relativa revoca) e di autorizzazione all'acquisto di partecipazioni rilevanti in una banca.

Prendiamo il caso della revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria. Quest'ultima può avvenire anche su proposta dell'autorità nazionale, di cui la BCE deve tener pienamente conto (art. 14, comma 5, reg. SSM). Nel formulare la propria proposta alla BCE, l'autorità nazionale deve rispettare le proprie regole procedimentali e, in ogni caso, i principi del giusto procedimento. Ma cosa succede nel caso di un vizio endoprocedimentale della sub-fase nazionale che si riflette sull'atto finale? Qui c'è il problema dell'ambito della giurisdizione del giudice europeo, se cioè essa investa a ritroso anche la sub-fase nazionale⁽⁴³⁾.

In materia sanzionatoria, poi, il riparto di giurisdizione (giudice nazionale/giudice europeo, a seconda dell'autorità competente all'adozione dell'atto finale) può addirittura tradursi in un diverso livello di tutela degli interessati.

In molti ordinamenti nazionali, ad esempio, la giurisdizione in materia sanzionatoria è estesa al merito. La giurisdizione della Corte di giustizia è, invece, normalmente di sola legittimità (art. 263 TFUE, richiamato dal considerando 60 reg. SSM). Può essere, è vero, eccezionalmente estesa al merito proprio in caso di sanzioni (art. 261 TFUE), ma il reg. 1024/2013 cit. (art. 18) non fornisce indicazioni chiare sul punto.

A meno che non si ritenga, per le sanzioni aventi, per il loro carattere particolarmente afflittivo (quali quelle BCE ex art. 18 reg. SSM), natura "sostanzialmente penale", alla luce della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo⁽⁴⁴⁾ e della Corte di giustizia⁽⁴⁵⁾, secondo cui l'estensione al merito della giurisdizione possa farsi discendere dal "*right to an effective remedy*" previsto dalla Carta dei diritti e delle libertà fondamentali dell'Unione (art. 47).

Se ci spostiamo nell'ambito delle conseguenze civili riconducibili all'attività di vigilanza in ambito SSM, emergono problemi ulteriori.

Per gli atti (e le omissioni) della BCE è ovviamente la BCE che risponde civilmente. La giurisdizione è della giustizia dell'Unione. Per gli atti (e le omissioni) delle autorità nazionali il discorso, invece, si complica, perché queste ultime possono aver agito su richiesta della BCE. In tal caso, se l'autorità nazionale non ha alcun margine di apprezzamento discrezionale circa l'atto da adottare, la responsabilità dovrebbe ricadere ancora sulla BCE⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴³⁾ Al riguardo non c'è un chiaro orientamento giurisprudenziale sulla questione: la sentenza Borelli, ECJ, C-97/91, esclude la possibilità di questo sindacato, ma sembra contraddette da alcune decisioni successive

⁽⁴⁴⁾ Caso *Engels*, appl. 5100/71, ecc.

⁽⁴⁵⁾ Caso *Bonda*, C-489/10.

⁽⁴⁶⁾ Secondo i principi sanciti in altri campi del diritto dell'Unione: cfr. ECJ, C-175/84, Krohn. Casi problematici sono, sotto questo profilo, quelli previsti dagli articoli 9(1), terzo subpar., e 18(5) reg. SSM.

La questione della giurisdizione s'interseca poi con quella del regime sostanziale della responsabilità, che è diverso a seconda che responsabile sia la BCE sottoposta alla norma generale dell'art. 340 TFUE anche per i suoi compiti di vigilanza, come chiarito dal considerando 61 del reg. cit. o invece l'autorità nazionale sottoposta a regimi di responsabilità differenziati, che spaziano (a seconda delle giurisdizioni) da un'immunità pressoché totale almeno con riguardo alle eventuali azioni dei risparmiatori all'applicazione della regola generale della responsabilità anche per colpa lieve, senza cioè limitazione alcuna di responsabilità.

Nel corso dell'attività di vigilanza in ambito SSM possono inoltre emergere elementi suscettibili di integrare la fattispecie di un qualche reato in materia bancaria.

Le autorità nazionali continueranno a seguire le regole stabilite nei rispettivi ordinamenti circa l'obbligo di denuncia del *fumus* di reati all'Autorità Giudiziaria.

Con l'attrazione di competenze di vigilanza presso la BCE il discorso si complica. Il regolamento SSM non prevede alcuna disposizione in merito, contrariamente a quanto previsto invece da altri regolamenti dell'Unione; ad es., l'art. 23e del Regolamento (EU) n°1069/2009, come emendato dal Regolamento (EU) n°513/2011 sulle Agenzie di Rating prevede che l'ESMA comunichi alle autorità nazionali gli elementi da cui risulti il *fumus* di reati.

La questione è rilevante perché ha anche un risvolto sostanziale. C'è, infatti, il rischio che per lo stesso fatto vengano applicate due sanzioni, una penale e una amministrativa.

Nel caso in cui quest'ultima abbia carattere sostanzialmente afflittiva, secondo i criteri stabiliti dalla citata giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e della Corte di giustizia, si pone un problema di *ne bis in idem*.

La BCE applica le sanzioni solo alle banche e non anche ai relativi esponenti aziendali. La possibilità di cumulo tra sanzione penale e sanzione formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale, può verificarsi così nel caso in cui l'ordinamento nazionale ammetta la responsabilità penale della banca persona giuridica (è il caso proprio dell'Italia), ovvero laddove essa consenta al giudice penale l'applicazione di una sanzione alla banca per non essersi dotata di un'organizzazione idonea a impedire la commissione di reati da parte dei relativi esponenti aziendali. In questi casi un cumulo ingiustificato di sanzioni sarebbe ben possibile.

Il diritto europeo tenta di evitarlo prevedendo due soluzioni alternative. La prima si basa sull'applicazione del *ne bis in idem*, il citato regolamento sulle Agenzie di Rating prevede, ad esempio, oltre al meccanismo di comunicazione di cui sopra, anche l'obbligo dell'ESMA di astenersi dall'applicare una sanzione amministrativa in caso di giudicato penale, di assoluzione o di condanna, sul medesimo fatto.

La seconda segue la strada del cumulo temperato dal principio di proporzionalità; in altri termini la sanzione amministrativa massima che l'amministrazione comunitaria può applicare, dopo aver sospeso il procedimento amministrativo in attesa della definizione di quello penale, deve tenere conto della sanzione già irrogata dal giudice penale⁽⁴⁷⁾.

Un ultimo profilo.

⁽⁴⁷⁾ Art. 6 reg. del Consiglio 2988/95; ECJ, C-14/68, *Walt Wilhelm*, § 11.

In taluni ordinamenti, quali il nostro, l'attività di vigilanza beneficia di una protezione penale. L'ostacolo alle funzioni di vigilanza costituisce nel nostro ordinamento reato ai sensi del 2638 cc. Quest'ultimo non individua tuttavia una lista delle autorità di vigilanza.

Cosicché, siccome il diritto europeo direttamente applicabile (nel nostro caso il reg. SSM) è legittimato a produrre effetti sul diritto penale nazionale allo stesso modo in cui è a ciò legittimato l'ordinamento interno, la BCE può farsi rientrare tra i soggetti passivi del reato di ostacolo.

In conclusione, il prossimo avvio del meccanismo unico di vigilanza europeo riproporrà in scala transnazionale molte problematiche che nel nostro ordinamento hanno trovato utile soluzione grazie all'impegno comune della Banca d'Italia e della magistratura e quindi anche per le sfide future, volendo riassumere il senso di quanto sin qui detto, potrà richiamarsi la lezione del teorico dello Stato moderno, ad avviso del quale i "*poteri dovrebbero rimanere in stato di riposo [...]. Ma siccome, per il necessario movimento delle cose, sono costretti ad andare avanti, saranno costretti ad andare avanti di concerto*"⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁸⁾ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, I, lib. XI, cap. VI (tr. it. di B. Boffito Serra, Milano 1999, 318).

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, I, lib. XI, cap. VI (Paris Garnier Frères, Libraires-Editeurs, 150): "*(Ces trois) puissances devoient former un repos ou une inaction. Mais, comme par le mouvement nécessaire des choses elles sont contraintes d'aller, elles seront forcées d'aller de concert*".