

IL CONTROLLO SUGLI INTERMEDIARI FINANZIARI. PROFILI DI RESPONSABILITA' DELLE AUTORITA' DI VIGILANZA. ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

di GIAMPAOLO MORINI

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. L'art. 5 TUB - Identificazione legislativa: indeterminatezza dei fini; 3. Il sistema disciplinare; 4. Il controllo sulla trasparenza; 5. L'attività giustiziale della banca d'Italia; 6. Le finalità della vigilanza bancaria: la *fiducia*; 7. L'esercizio della funzione di vigilanza dal parte della banca d'Italia; 8. Il controllo "sugli intermediari finanziari non bancari" di cui all'art. 106 T.U.B. e sugli intermediari di cui all'art. 107 T.U.B. 6; 9. L'interesse legittimo e la responsabilità aquiliana: introduzione; 10. ... *segue*, Ambito applicativo dell'art. 2043 c.c.; 11. ... *segue*, Cass., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500 - Interesse legittimo; 12. C.C. 3132/2001; 13. *segue*: I limiti del sindacato della giurisdizione ordinari, sulle azioni compiute dalle Autorità di Vigilanza; 14. ... *segue*: conclusione.

1. Gli eventi degli ultimi anni ripropongono in termini pressanti la verifica delle modalità di vigilanza pubblica sugli

intermediari finanziari di cui all'art. 106 e ss. d.lgs. n. 385 del 1993¹ (Titolo V, testo unico bancario, T.U.B.²).

La vigilanza pubblica è ricca di peculiarità sia sotto il profilo teorico riferita alla potestà di certazione³ dell'Autorità cui l'ordinamento ha demandato in materia specifiche funzioni o competenze, sia sotto il profilo della individuazione di eventuali responsabilità di quest'ultima connesse all'espletamento delle sue funzioni.

Rappresenta una conseguenza immediata, la valutazione delle implicazioni a livello di risarcibilità dei danni derivanti da omissioni nell'espletamento della predetta attività di supervisione, tema questo di primario interesse con riguardo all'attuale contesto storico-politico, caratterizzato da una generalizzata rivisitazione dei ruoli e delle funzioni spettanti alle Autorità di Vigilanza del mercato finanziario e al fallimento di quest'ultima⁴.

¹ L'intero Titolo V - già modificato dall'art. 64, D.Lgs. 23 luglio 1996, n. 415, dall'art. 211, D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, dall'art. 4, D.Lgs. 4 agosto 1999, n. 333 (Gazz. Uff. 28 settembre 1999, n. 228), dagli artt. 20, 21 e 22, D.Lgs. 4 agosto 1999, n. 342, dagli artt. 9.34, 9.35, 9.36, 9.37, 9.38, 9.39 e 9.40, D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, dall'art. 1, D.Lgs. 6 febbraio 2004, n. 37, dall'art. 9, D.Lgs. 9 luglio 2004, n.197 (Gazz. Uff. 5 agosto 2004, n. 182), dalla lettera m) del comma 1 dell'art. 1, D.L. 27 dicembre 2006, n.297 come modificata dalla relativa legge di conversione, dai commi 5 e 6 dell'art. 35, D.Lgs. 27 gennaio 2010, n. 11 e dalle lettere m) ed n) del comma 1 dell'art. 1, D.Lgs. 27 gennaio 2010, n. 21 - è stato così sostituito dal comma 1 dell'art. 7, D.Lgs. 13 agosto 2010, n. 141.

² L'intero Titolo V - già modificato dall'art. 64, D.Lgs. 23 luglio 1996, n. 415, dall'art. 211, D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, dall'art. 4, D.Lgs. 4 agosto 1999, n. 333 (Gazz. Uff. 28 settembre 1999, n. 228), dagli artt. 20, 21 e 22, D.Lgs. 4 agosto 1999, n. 342, dagli artt. 9.34, 9.35, 9.36, 9.37, 9.38, 9.39 e 9.40, D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, dall'art. 1, D.Lgs. 6 febbraio 2004, n. 37, dall'art. 9, D.Lgs. 9 luglio 2004, n.197 (Gazz. Uff. 5 agosto 2004, n. 182), dalla lettera m) del comma 1 dell'art. 1, D.L. 27 dicembre 2006, n.297 come modificata dalla relativa legge di conversione, dai commi 5 e 6 dell'art. 35, D.Lgs. 27 gennaio 2010, n. 11 e dalle lettere m) ed n) del comma 1 dell'art. 1, D.Lgs. 27 gennaio 2010, n. 21 è stato così sostituito dal comma 1 dell'art. 7, D.Lgs. 13 agosto 2010, n. 141. Sull'applicabilità del presente articolo vedi, però, i commi 8-bis e 9 dell'art. 10 del citato D.Lgs. n. 141/2010, rispettivamente aggiunto e sostituito dai commi 5 e 6 dell'art. 7, D.Lgs. 14 dicembre 2010, n. 218.

³ Cfr. PUGLIESE, Liberalizzazione dell'attività bancaria e controllo pubblico, in Scritti in onore di Massimo Severo Giannini, vol. II, Milano, 1988, 512.

⁴ Atti parlamentari, XIV, Legisl., Camera dei Deputati, Bollettino delle Giunte e delle Commissioni parlamentari, 5 maggio 2004 ed il più recente testo emendato in aula nella seduta del 21 febbraio 2005.

I profili in esame denotano specifica rilevanza anche in considerazione di un orientamento giurisprudenziale che supera il dogma della non risarcibilità degli interessi legittimi, fornendo una lettura estensiva della regola contenuta nell'art. 2043 c.c., che riflette significativi riflessi sulla tematica della responsabilità delle Amministrazioni di controllo del mercato finanziario.

La necessità di definire puntualmente il sistema di controllo pubblico sul settore bancario è stata, ed è tutt'oggi, al centro delle opzioni disciplinari riguardanti la materia economico finanziaria, con il conseguente rallentamento nell'adozione di efficaci interventi volti a conferire autonoma configurazione al complesso dispositivo destinato a regolare unitariamente l'operatività dei soggetti che concorrono allo sviluppo di ambiti finanziari diversi da quello bancario⁵.

La graduale integrazione economica europea da un lato, e la continua evoluzione dell'operatività finanziaria dall'altro, sono motivo per il legislatore, ma anche per la giurisprudenza, di operare una continua rivisitazione della nozione di ente finanziario, sì da estendere le forme di controllo ad un segmento della erogazione del credito, che potrebbe sfuggire al controllo⁶.

Dunque ogni forma d'intermediazione finanziaria, e in particolare quella non bancaria, postula l'introduzione di regole atte ad assicurare il possesso di **requisiti minimi di serietà**,

⁵ Cfr. tra gli altri FERRARI, *Gli intermediari finanziari non bancari*, Milano, 1981; AA.VV., *Intermediazione finanziaria non bancaria e gruppi bancari plurifunzionali: le esigenze di regolamentazione prudenziale*, in *Temì di discussione del Servizio Studi della Banca d'Italia*, 1989, n. 113; COTTERLI, *La disciplina degli intermediari finanziari nella legge 197 del 5 luglio 1991*, in Banca RA, *Gli intermediari finanziari nel testo unico in materia bancaria*, in *Giur. comm.*, 1995, I, p. 217 ss.; AA.VV., *Studi sugli intermediari finanziari non bancari*, Napoli, 1998; ALLEGRI, *L'attività d'intermediazione finanziaria e la sua disciplina*, in AA.VV., *Diritto della banca e del mercato finanziario*, Bologna, 2000, I, p. 3 ss.; CRISCUOLO, *Gli intermediari finanziari non bancari*, Bari, 2003, p. 13; BELVISO, *Gli intermediari finanziari residuali (tra storia e nomenclatura)*, in AA.VV., *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Belli ed altri, Bologna, 2003, II, 1793.

⁶ Cfr. MERUSI, *Interessi e fini nei controlli sugli intermediari finanziari*, in *Banca e borsa*, 1989, p. 177; SEPE, *Il risparmio gestito*, Bari, 2000, p. 107 ss.; CAPRIGLIONE, *Evoluzione della disciplina di settore*, in AA.VV., *L'ordinamento finanziario italiano*, Padova, 2010, tomo I, p. 99 ss.

professionalità e correttezza da parte dei soggetti che le svolgono⁷.

Quest'ultima, nel tempo, è divenuta oggetto di una articolata regolazione nella quale sono state dettagliatamente definite le **modalità operative e strutturali** delle società finanziarie, muovendo dapprima dalla disciplina del gruppo creditizio recata dal d.lgs. n. 356/1990, per giungere già l'anno successivo (con la legge n. 197/1991) a una disciplina di vigilanza dell'ente finanziario *uti singulo*⁸, e infine alla riforma del Titolo V del Testo unico bancario, entrata in vigore l'11 luglio 2015, che ha stabilito che gli intermediari finanziari sono ora autorizzati dalla Banca d'Italia all'esercizio dell'attività di concessione di finanziamento sotto qualsiasi forma compreso il rilascio di garanzie⁹, purché iscritti in un apposito albo previsto dall'art. 106 del TUB (come modificato dal D.lgs. n. 141/2010, nel seguito *nuovo TUB*); nello stesso albo sono iscritti: i **Confidi** con volumi di attività pari o superiori ai 150 milioni di euro; i **servicer delle operazioni di cartolarizzazione**, ovvero i soggetti che esercitano l'attività di riscossione di crediti ceduti e i servizi di cassa e di pagamento ai sensi della legge n. 130 del 30 aprile 1999; le **società fiduciarie** di cui all'art. 199 del Testo Unico della Finanza (c.d. statiche).

Gli intermediari finanziari sono dunque soggetti diversi dalle banche, ai quali l'ordinamento nazionale consente di erogare credito in via professionale nei confronti del pubblico nel territorio della Repubblica.

Sono dunque soggetti la cui disciplina non è armonizzata a livello europeo e pertanto, fatta eccezione per l'ipotesi di soggetti controllati da banche comunitarie (**art. 18 del TUB**), non è consentito il mutuo riconoscimento in ambito UE.

Esiste quindi una categoria di soggetti destinati a *svolgere un ruolo significativo nell'ordinamento finanziario italiano in ragione della specificità della loro azione che copre un'area*

⁷ Cfr. AA.VV., Intermediazione finanziaria non bancaria e gruppi bancari plurifunzionali: le esigenze di regolamentazione prudenziale, cit., p. 11.

⁸ Cfr. CLEMENTE, Commento sub art. 106 T.U.B., nella precedente ed. di questo Commentario, tomo II, p. 645.

⁹<https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/avvisi-pub/garanzie-finanziarie/index.html>

*talora suppletiva, ma in alcuni casi anche sostitutiva, di quella istituzionalmente propria degli enti creditizi*¹⁰.

Prima della riforma, nell'*ambito del genere "intermediazione finanziaria" si individuano fattispecie differenziati, non solo con riguardo alla specificità del loro agire, quanto per la tipologia dei controlli cui le medesime risultano sottoposte*¹¹.

Sono proprio i cambiamenti che hanno innovato aspetti significativi dell'ordinamento finanziario italiano, dalla soppressione dell'Ufficio Italiano dei Cambi, disposta dal d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231, alla contestuale assegnazione alla Banca D'Italia della tenuta degli Albi concernenti gli intermediari finanziari non bancari, ad aver reso necessario, a livello di sistema, l'esigenza di procedere ad un riordino disciplinare della regolazione in parola.

L'emanazione del D.M. n. 29 del 17 febbraio 2009 (che ha revisionato il quadro dei controlli pubblici sugli intermediari in parola), prima, ed il d.lgs. n. 141 del 2010 (che ha completato l'opera di ridefinizione normativa dell'articolato sistema di vigilanza sui soggetti dianzi indicati) poi, hanno modificato l'architettura che contraddistingue il nuovo impianto ordinatorio della regolazione di cui trattasi.

Si è, quindi, addivenuti ad una stretta correlazione tra forme esplicative della vigilanza (ora orientate verso interventi che recuperano appieno le tecniche e le modalità della vigilanza sugli enti controllati in ambito bancario) e ruolo ascrivito ai soggetti che svolgono un'attività di intermediazione finanziaria inserita nei circuiti tipicamente propri del mercato dei capitali.

2. L'art. 5 co. 1 TUB recita: *Le autorità creditizie esercitano i poteri di vigilanza a esse attribuiti dal presente decreto legislativo, avendo riguardo alla sana e prudente gestione dei*

¹⁰ Cfr. ANTONUCCI, Commento sub art. 106 T.U.B., in AA.VV., Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, Bologna, 2003, vol. II. p. 1809 ss.; ARTALE-CRI- SCUOLO-PANICO, Le attività, i soggetti, i collaboratori esterni, in AA.VV., Diritto delle banche e degli intermediari finanziari, Padova, 2008, p. 305 TROIANO, I soggetti operanti nel settore finanziario, in AA.VV., L'ordinamento finanziario italiano, cit., tomo II, p. 587 ss..

¹¹ V. CAPRIGLIONE-MONTEDORO, Consob, voce in Enc. dir., VI aggiorn., p. 1049.

soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario nonché all'osservanza della disposizioni in materia creditizia.

Prima di procedere ad una analisi dell'art. 5 TUB, è utile dare uno sguardo alla storia per comprendere la reale portata innovativa della norma in commento.

Infatti sin dai primi del '900, la tutela del risparmio è stata alla base dell'azione di vigilanza sulle istituzioni creditizie, trovando tutela a livello disciplinare, una prima volta, con il rr.dd.ll. 7 novembre 1926, n. 1511, e 6 novembre 1926, n. 1830 e, successivamente, nella cd. legge bancaria del 1936.

Mentre la legge del 1926, era preordinata alla fissazione di *controlli all'entrata* nell'ordinamento del credito, con la legge bancaria del 1936 sono state previste forme d'intervento di portata più incisiva volta a raggiungere la supervisione globale sul mercato del credito.

In particolare la riforma del 1936, aveva previsto un iter formativo delle regole caratterizzato da una flessibilità ed elasticità della normativa di settore, caratteristiche queste ultime, capaci di ben conciliarsi con l'ideologia politica del tempo oltre a garantire capacità di adattamento alla mutevolezza della realtà economico finanziaria.

La regolamentazione assumeva dunque il ruolo di *legge quadro, ovvero di normativa in bianco, nella quale sono identificate le autorità competenti ad esercitare poteri di intervento e le materie in relazione alle quali detti poteri trovano esplicazione*¹².

La legge tuttavia non affidava in modo esplicito, alle Autorità di Vigilanza, il compito di perseguire obiettivi particolari, ma solo strumenti da utilizzate per la funzione di loro spettanza, finendo per attribuire loro, poteri tali da legittimare la tesi secondo cui la *relativa indifferenziazione delle finalità*

¹²Cfr. CAPRIGLIONE, Intervento pubblico e ordinamento del credito, Milano, 1978, in particolare Cap. II; AA.VV., La legge bancaria. Note e documenti sulla sua «storia segreta», a cura di Porzio, Bologna, 1981

dell'azione pubblica si sarebbe tradotta in una polivalenza delle stesse¹³, se non addirittura in una loro indeterminatezza¹⁴.

Ciò ha avuto come conseguenza il fatto che la ***direzione del credito*** si sia prestata a forme di utilizzo per governare la liquidità bancaria, dando luogo ad una sorta di deviazione nell'uso degli strumenti di vigilanza creditizia (in vista del conseguimento di obiettivi di politica monetaria); eventualità in concreto verificatasi allorché, come puntualmente è stato sottolineato in dottrina, i poteri di ***manovra insiti nella funzione di banca centrale propria della Banca d'Italia, reagirono su... (quelli)... amministrativi pervenuti alla Banca, in qualità di erede dell'Ispettorato, fino ad annullarli o, in qualche caso, ad indirizzarli verso finalità ben diverse da quelle originarie¹⁵.***

L'attività di vigilanza consentiva alla Banca Centrale di esercitare *una diretta sorveglianza sulle qualità dell'attivo delle banche* (garantendo coordinamento fra politica monetaria e supervisione bancaria), ovvero, stabilità e solvibilità del sistema, garantendo la tutela dei *portatori della moneta bancaria¹⁶.*

Trascorreranno alcuni decenni per riconoscere la necessità di adeguare l'ordinamento bancario ai mutamenti della realtà economico finanziaria.

Fatti i brevi cenni storici, è ora possibile comprendere meglio la portata dell'attuale art. 5 TUB.

La dottrina ha posto una particolare attenzione alla nozione di ***controllo*** che è alla base dell'attività di vigilanza, attribuendo ad esso un ruolo centrale nella valutazione del processo di trasformazione del sistema economico finanziario: a tale scopo è necessario soffermarsi, sulla *verifica dell'adeguatezza dei meccanismi d'intervento rispetto agli obiettivi da perseguire* (Capriglione).

Prima dell'entrata in vigore del testo unico bancario la dottrina aveva denunciato l'esigenza di collegare la ricerca di ***spazi di ottimizzazione*** del sistema creditizio all'adozione di

¹³Cfr. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, 1992, p. 167 ss.

¹⁴Cfr. PORZIO, *Autonomia ed eteronomia nella gestione dell'impresa bancaria*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 1990, I, p. 3 ss.

¹⁵Cfr. MERUSI, *Per uno studio sui poteri della banca centrale nel governo della moneta*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 1431

¹⁶Cfr. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2007, p. 129 ss.

strumenti di vigilanza in grado di aumentarne l'efficienza¹⁷ e di contribuire al superamento del divario che contraddistingue i soggetti della **Comunità europea allargata**.

La *razionalizzazione dei criteri ordinatori* che caratterizzano la vigilanza, ha rappresentato, e rappresenta tutt'oggi, la maggior difficoltà perché deve **conciliare le istanze interventistiche pubbliche e il rispetto dell'autonomia imprenditoriale bancaria**¹⁸, basti pensare alla *funzione correttiva* dei meccanismi di mercato¹⁹, alle soluzioni disciplinari volte a garantire i **principi di ragionevolezza** e all'introduzione di presidi adeguati alla evoluzione dei tempi²⁰.

Orbene a partire dagli anni settanta, il diritto comunitario si inserisce nel processo di definizione del ruolo della vigilanza, dando contenuto normativo alle innovazioni recate dal processo di integrazione economica europea²¹.

La omogeneizzazione dei sistemi finanziari europei, ha favorito gli interventi legislativi di matrice comunitaria, e quindi l'introduzione di meccanismi di controllo autoritativo finalizzati alla stabilità dei sistemi, oltre all'individuazione di *modalità di interazione sul mercato realizzate attraverso l'affermazione di condizioni di parità, anche disciplinare, degli operatori*²².

Sussiste, tuttavia, ancora oggi, la necessità di correlare le ragioni seguite dalla Comunità, al divenire della realtà

¹⁷ Cfr. CIOCCA, Il finanziamento degli investimenti industriali: bilanci e prospettive, in AA.VV., Interesse e profitto, Bologna, 1982, p. 21ss.

¹⁸Cfr. CAPRIGLIONE, L'impresa bancaria tra controllo e autonomia, Milano, 1983, p. 47 ss.

¹⁹Cfr. ONADO, L'attacco alla Banca d'Italia e la politica di vigilanza, in Politica ed economia, 1979, fasc. 3, par. 4

²⁰Cfr. CAMMARANO, La tutela del risparmio bancario, Bologna, 1979, p. 32 ss.

²¹Cfr. tra gli altri ORSELLO, Il diritto dell'Unione europea, in Trattato di diritti amministrativo, diretto da Santaniello, Padova, vol. XXXII, 1999; RIDOLA, Diritti di libertà e mercato nella «costituzione europea», in Quaderni costituzionali, 2000, n. 1, p. 15 ss.; ZILLER, La tutela del risparmio tra obiettivi e competenze dell'Unione europea, in Il diritto dell'economia, 2008, p. 15 ss.; VILLANI, Istituzioni di diritto dell'Unione Europea, Bari, 2008

²²Cfr. MERUSI, Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e autarchia nazionale, Bologna, 2002; GIRAUDI, La regolazione: il concetto, le teorie, le modalità. Verso una tipologia unificante, in Riv. it. polit. pubbl., 2004, n. 1, p. 74 ss.; SICLARI, Contributo allo studio della sussunzione legislativa di regole formate dai privati, in Studi in onore di Vincenzo Atripaldi, Napoli, 2010, p. 275 ss., in particolare pp. 303 e 320

economico finanziaria, primo tra tutti **l'obiettivo di vigilanza europei a principi che assicurino la sana e prudente gestione** degli appartenenti al settore, la **libera competitività, la serietà patrimoniale delle iniziative**, l'assunzione di **modalità organizzative adeguate all'esercizio di un'attività finanziaria** che si presenta oggi significativamente arricchita dato il superamento della sua originaria configurazione connessa alla mera intermediazione creditizia.

L'influenza comunitaria non poteva, inoltre, non interagire sulle **modalità strutturali e funzionali delle amministrazioni di controllo dell'ordinamento finanziario**, delle quali si è resa necessaria una riforma che riflettesse l'intervenuto ampliamento delle finalità di vigilanza²³.

In questo contesto, trovano il proprio fondamento i provvedimenti disciplinari che allargando la sfera del controllo segnando un'apertura verso **nuove frontiere della vigilanza**, caratterizzate da una crescente sburocratizzazione dell'*agere* amministrativo e dal conseguimento di livelli funzionali correlati ad esigenze di valutazioni prudenziali sempre più complesse.

Detto processo è l'effetto degli eventi di globalizzazione che, da un lato conducono alla realizzazione di una più intensa integrazione tra le economie nazionali, dall'altro assurgono a fattore determinante nella trasmissione delle **turbolenze finanziarie** che possono colpire i sistemi dei singoli paesi, consentendo il dilagare di situazioni di crisi²⁴.

*Si delineano nuove forme di dialogo, di partecipazione e di responsabilità per coloro che, intervenendo nel processo suddetto, si propongono il miglioramento degli assetti organizzativi esistenti e più elevati livelli di crescita sociale*²⁵.

²³Cfr. MERUSI, *Le leggi del mercato*, Bologna, 2002; MONTEDORO, *Mercato e potere amministrativo*, Napoli, 2010

²⁴Cfr. REMBOUILLET, *La globalizzazione dell'economia*, Bologna, 1999; STIGLITZ, *La globalizzazione e i suoi oppositori*, Torino, 2002; I., *La globalizzazione che funziona*, Torino, 2006; TREMONTI, *La paura e la speranza: la crisi globale che si avvicina e la via per superarla*, Milano, 2008; CAPRIGLIONE, *Crisi a confronto (1929 2009). Il caso italiano*, Padova, 2009

²⁵Cfr. GUARINO, *Il governo del mondo globale*, Firenze, 2000; FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna 2000, p. 32; IRTI, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 1, p. 625; DI GASPARÉ, *Globalizzazione, mercati e investimenti*, in *Ius*, 2004, n. 2, p. 181 ss.;

L'insorgere dell'attuale crisi, inevitabilmente anche finanziaria, che ha colpito l'intero pianeta, interagisce sulla stabilità dei sistemi economici e finanziari globali, riconducibili anche ad una perdita di fiducia dei mercati e dall'avvio di una recessione che con fasi alterne perdura da diversi anni²⁶.

Appare, oggi, ancor più necessaria l'esigenza, di superare gli attuali squilibri e di evitare che le ripercussioni della crisi sui mercati finanziari conducano ad una situazione irreversibile²⁷; se si pensa che la crisi iniziata nel 2007 ha postulato, per le agenzie di rating, una causa della possibile fine dell'euro quale *ineludibile conclusione di un'incapacità di ripresa dei sistemi economici*,²⁸ oggi l'allarme, appare ancor più concreto che mai.

L'attuale contesto è caratterizzato da incertezze, dovute alla mancanza di *regole valide in ogni spazio del mondo globale* in quanto prive di forza cogente²⁹: *la ricerca di rimedi anticrisi si accompagna ad una innovativa formula disciplinare che fa capo alle indicazioni di networks di regolatori globali dei mercati finanziari*³⁰.

Si delinea una realtà nella quale la accountability di tali regolatori globali appare il risultato del processo partecipativo ad organizzazioni internazionali dalla configurazione flessibile e poco formalizzata, in grado di dar vita ad indicazioni (di tipo

GALGANO, La globalizzazione nello specchio del diritto, Bologna, 2005; ESPOSITO, Istituzioni economiche internazionali e governance globale, Torino, 2009

²⁶Cfr BERNANKE, Speech at the Council on Foreign Relations, Washington, D.C., del 10 marzo 2009; MASERA, La crisi globale: finanza, regolazione e vigilanza alla luce del rapporto de Larosiere, in Riv. trim. dir. ec., 2009, I, p. 147ss.; CAPRIGLIONE, Euro sclerosi e globalizzazione. (Contro un possibile ritorno all'euroscetticismo), ibidem, 2010, I, p. 1 ss.

²⁷Cfr. tra gli altri VENTURI, Globalizzazione, interconnessione dei mercati e crisi finanziaria, in Banca e borsa, 2009, I, p. 84 ss.

²⁸Cfr., tra gli altri, l'editoriale apparso su TISole-24Ore' del 28 novembre 2011 col titolo «Moody's: misure subito o rischio default multipli Paesi euro. Fmi: nessuna trattativa con l'Italia per aiuti»

²⁹Cfr. MONTEDORO, Economia della crisi, trasformazione dello Stato, governo dei giudici, in Riv. trim. dir. ec., 2009, I, p. 66 ss.)

³⁰cfr. BATTINI, Introduzione a AA.VV., La regolazione globale dei mercati finanziari, Quaderno n. 3 della Riv. trim. dir. pubbl., Milano, 2007, p. 7 ss.; CAPRIGLIONE, Misure anticrisi tra regole di mercato e sviluppo sostenibile, Torino, 2010, p. 43 ss; si pensi ai G7, G8, G 20, allo stesso Financial Stability Board.

*normativo) che possono assumere specifico rilievo nella soluzione di problematiche comuni*³¹.

A livello sistematico generale, la globalizzazione, stante la mancata e perdurante coesione politico istituzionale, *supporta e sviluppa nuove tecniche di proceduralizzazione normativa, le quali sono fondate, come si è detto, sull'«accordo» tra i paesi che, sul piano economico, presentano (a livello planetario) maggiore qualificazione.*

Da qui la necessità di individuare obiettivi ascrivibili alla supervisione bancaria caratterizzati da flessibilità del sistema delle fonti, nell'ottica di un ordine giuridico non territorializzato e quindi in grado di esprimere regole da far valere a livello globale.

Fatte le premesse che precedono, si può accogliere la prima conclusione, ovvero, che l'art. 5 TUB, identificando le finalità della vigilanza bancaria, ha chiarito la ratio dei poteri attribuiti dal testo unico alle autorità creditizie collegandone l'esercizio alla funzione di supervisione, infatti il primo comma, determina in modo chiaro gli obiettivi della supervisione, individuandoli **nella stabilità, nell'efficienza e nella competitività del sistema finanziario.**

Le finalità hanno indubbiamente carattere generale, così da potersi ben coordinare con le politiche macroeconomiche, comunque preordinate al principio *sana e prudente gestione* dei soggetti vigilati, *vale a dire alla realizzazione di un fine microeconomico che ha riguardo alla specificità aziendale dei soggetti che si inseriscono in un contesto di mercato*³².

L'indicazione degli obiettivi programmatici³³ caratterizza la **connessione tra fini e poteri**, tale da permettere di valutare l'effettiva capacità di estensione degli interventi delle Autorità di Vigilanza.

Tale impostazione consente di tener conto delle singole entità soggettive che si vogliono inserire sul mercato, entità che potranno essere valutate nel concreto dei singoli casi.

³¹Cfr. LEMMA, Soft law e regolazione finanziaria, in La Nuova Giurisprudenza civile commentata, 2006, 11, p. 600 ss.

³²Cfr. PONTOLILLO, Commento sub art. 5 T.U.B., nella precedente edizione di questo Commentario, 2001, p. 32 ss.

³³Cfr. GUARINO, Relazione al Convegno su «L'armonizzazione della legislazione bancaria», Milano, ottobre 1993.

Il principio della **sana e prudente gestione** consente di valutare le condotte degli intermediari tenendo conto della mutevolezza riscontrabili nelle diverse fattispecie in osservazione.

Data l'impossibilità di determinare a priori la vasta gamma dei comportamenti necessari per raggiungere le finalità che il legislatore si propone, quest'ultimo ha fissato un principio che non ha valore assoluto, e che quindi, ben si presta al processo di storicizzazione.

Tale impostazione, rende il contenuto precettivo del principio della **sana e prudente gestione** conoscibile solo in relazione alle indicazioni dell'autorità ed all'operatività degli appartenenti al settore, *fermo restando che la regolazione, nel rivolgersi agli intermediari vigilati, lascia a questi ultimi piena autonomia nell'effettuare le scelte comportamentali ritenute idonee a porre in essere una gestione sana e prudente*³⁴: l'indicazione degli obiettivi di vigilanza evita l'esercizio di poteri per finalità non ricollegabili a quest'ultima, concorrendo a dare certezza agli operatori.

È evidente, quindi, l'affermazione del **principio di legalità**, caratterizzato dai *vincoli riconosciuti al formalismo ed alla tipicità dell'azione amministrativa*³⁵, che richiama il contenuto di cui all'art. 1 della legge n. 241 del 1990 nel quale si stabilisce che *l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge*³⁶.

Il principio si ricollega, poi, alla **definizione dell'ambito discrezionale riconosciuto all'attività amministrativa**, discrezionalità che deve avere come **proprio presupposto la legge e perseguire i fini d'interesse pubblico previsti dall'ordinamento**: *la discrezionalità si estrinseca nella comparazione tra i diversi interessi che appaiono connessi*

³⁴Cfr. CAPRIGLIONE, L'ordinamento finanziario verso la neutralità, Padova, 1994, Cap. VI.

³⁵Cfr. per tutti SAIJA, Commento sub art. I della legge n. 241 del 1990, in AA.VV., Nuovo procedimento amministrativo, a cura di Caponi e Saia, Roma, 1990, p. 27 ss.

³⁶Cfr. LAMANDA, L'attività di vigilanza, in AA.VV., La nuova legge bancaria, a cura di Ferro Luzzi e Castaldi, Milano, 1996, vol. I, p. 160.

*all'esercizio di un determinato potere, ferma la destinazione del medesimo al raggiungimento del fine pubblico*³⁷.

La sussistenza di una **pluralità di fini nell'azione di vigilanza**, se da un lato amplia la discrezionalità delle autorità di settore, dall'altro si è risolta nell'introduzione di un'ulteriore clausola nel quadro delle condizioni generali che presiedono alle modalità di svolgimento dell'attività amministrativa.

Ne consegue che gli interventi delle Autorità non potranno, essere *accettati* se posti in eccesso rispetto ai **vincoli posti a presidio del perseguimento della stabilità, dell'efficienza e della competitività del sistema, che sono i corollari al principio della sana e prudente gestione**, come espressamente indicato dalla legge.

In altri termini, la previsione di specifici obiettivi nell'azione di vigilanza, se per un verso consente un migliore temperamento tra il principio della libertà d'impresa e il principio di discrezionalità dell'intervento autoritativo, per altro riconduce ai medesimi l'identificazione dei presupposti di legittimità del controllo bancario.

Da quanto detto, si può concludere che: *qualora venga meno la riferibilità tecnica dell'azione posta in essere dall'autorità di settore, si versa in presenza di un'attività fondata su valutazioni di natura squisitamente politica; in questi casi l'intervento pubblico deve ritenersi privo di legittimazione, in quanto, venuta meno la sua essenza caratterizzante, esso appare sfornito delle garanzie derivanti dalla presenza di un adeguato sistema di check and balances (che nei paesi anglosassoni assicura la dialettica necessaria al funzionamento della democrazia di mercato)*³⁸.

Sotto un profilo generale, gli obiettivi dell'azione di vigilanza divengono chiave interpretativa, tali dunque, da ascrivere rilevanza costituzionale all'attività bancaria, rilevanza che si ricava dal collegamento tra tutela del risparmio ed esercizio del credito, quale è dato desumere dal raccordo tra il disposto normativo dell'art. 47 Cost. e quello del precedente art. 41; più precisamente, il riferimento al secondo riporta

³⁷Cfr. per tutti PIRAS, Discrezionalità amministrativa, in Enc. dir., vol. XIII, p.65 ss.

³⁸Cfr. CAPRIGLIONE, Struttura ordinamentale del settore finanziario, in AA.VV., L'ordinamento finanziario italiano, Padova, 2010, tomo I, p. 207.

l'esercizio dell'attività bancaria al *valore ... direttamente qualificante dell'utilità sociale come concreta soddisfazione di bisogni o interessi economici della collettività*³⁹.

Le finalità che si individuano dall'art. 5 T.U.B. consentono di porre **limiti all'iniziativa privata in vista del perseguimento dell'utile sociale**: deve quindi essere garantito il **coordinamento tra competizione, efficienza e stabilità** (l'art. 5 co. 2 specifica inoltre i soggetti che sono destinatari della funzione di vigilanza).

Con l'art. 35, co. 3, d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 1, l'originaria formula dell'art. 5 TUB, è stata ampliata, comprendendo anche gli istituti di moneta elettronica e degli istituti di pagamento, gli uni e gli altri sottoposti a particolare regolazione negli appositi titoli del testo unico bancario ai medesimi dedicati (rispettivamente Titolo V-bis e ter); da ultimo, il co. 3 stabilisce che le autorità creditizie esercitano anche gli altri poteri ad esse attribuiti dalla legge.

3. Il sistema disciplinare sopra sommariamente delineato ha ispirato il quadro delle finalità della vigilanza bancaria inserito nel testo unico bancario connotato.

Il testo unico, è caratterizzato da un impianto sistemico nel quale il conseguimento degli obiettivi di vigilanza si pone in relazione alla predisposizione di forme dell'azione di controllo nuove rispetto al passato.

Ferme restando le limitazioni per i **soggetti portatori d'interessi meritevoli di tutela**, lo svolgimento dell'attività bancaria, con particolare riferimento all'erogazione dei crediti, è ora legato alla presenza di **criteri prudenziali**, che contemplano il mantenimento di **adeguati coefficienti patrimoniali per la gestione sana e prudente** dell'impresa bancaria e, dunque, per la salvaguardia dell'intermediario e dell'intero sistema economico finanziario.

L'art. 5 si pone, dunque, al centro di una importante modifica delle forme di supervisione bancaria: il superamento della visione tradizionale della disciplina dei controlli, segna una

³⁹Cfr. OPPO, Commento sub art. 41 Cost., in AA.VV., Codice commentato della banca, Milano, 1990, tomo I, p. 5.

svolta nella direzione del mutato rapporto che intercorre tra autorità di settore ed intermediari finanziari.

Il sistema finanziario attuale è caratterizzato dal superamento di una visione eccessivamente vincolistica della normativa speciale⁴⁰ mediante *l'introduzione di meccanismi di partecipazione dei destinatari delle prescrizioni normative al processo di formazione delle stesse; la regolazione assurge a presupposto di sagge politiche gestionali e si pone quale strumento di prevenzione avverso i nuovi pericoli derivanti dalla globalizzazione economica e dalla integrazione dei mercati*⁴¹.

La nuova configurazione dei controlli dunque, attribuisce alla Banca d'Italia il compito di recepire le indicazioni contenute in leggi di principio ed a provvedere in merito, previa scelta dei mezzi più appropriati agli scopi da perseguire.

L'organo di vigilanza ha quindi la funzione di coordinamento tecnico dei *fini* cui è protesa la sua attività, al fine di garantire una prospettiva di stabilità e di crescita al settore, tant'è che, nell'ultima parte del primo comma dell' art. 5 T.U.B., c'è un esplicito richiamo *alla osservanza delle disposizioni in materia creditizia*, rivolto alle autorità creditizie; richiamo che, secondo attente dottrina, individua un espresso riferimento non solo *al dovere ...(di rispettare le)... disposizioni relative allo svolgimento dell'attività creditizia, ma anche alla necessità di utilizzare tutti gli strumenti di regolazione normativa (previsti anche in sede diversa dal testo unico) che consentano di realizzare un efficiente sistema di mercato*.

Sotto altro profilo, viene richiesto un maggiore senso di responsabilità da parte dei destinatari degli interventi di supervisione, che, oltre alla ordinaria ottemperanza alle istruzioni dell'organo di vigilanza sono tenuti a predisporre strutture organizzative finalizzate *a gestioni produttive di reddito ed in grado di salvaguardare i valori aziendali*.

La struttura delineata dall'art. 5 è quindi in linea con gli orientamenti del processo di integrazione economica europea, ovvero quello di garantire una **crescita dei livelli di liberalizzazione**, in linea con la logica del mercato e con l'apertura ad un'economia globale; si delinea quindi quello che

⁴⁰Cfr. CIOCCA, La nuova finanza, Torino, 2000, cap. VI.

⁴¹ CAPRIGLIONE op. cit.

la dottrina ha considerato il **passaggio da forme di vigilanza cd. strutturale** ad altre di **tipo prudenziale**⁴².

Si è quindi realizzata una integrazione soggettiva tra aziende ed istituti di credito legata alle modalità dell'agere tipico degli appartenenti al settore realizzando un *controllo del rischio, cui appare strettamente connessa la solvibilità delle medesime; di fondo emergono i riflessi di un consolidato convincimento in ordine alla sussistenza di una stretta interazione tra quest'ultima ed il mantenimento di adeguati livelli di liquidità*⁴³.

Le richieste sul piano internazionale di fissare **regole uniformi sul patrimonio delle imprese bancarie** induce ad adottare criteri disciplinari prudenziali nella valorizzazione dell'adeguatezza patrimoniale.

La garanzia assoluta dai mezzi patrimoniali in rapporto all'assunzione di rischi è considerata strumentale alla stabilità aziendale già a partire da Basilea I⁴⁴, che si è tradotta nell'imposizione dell'*obbligo di rispettare un determinato rapporto, fra il patrimonio e il complesso delle attività ponderate in relazione al rischio*; rapporto che avrebbe dovuto garantire la stabilità finanziaria *in vista della necessità di assorbire le perdite che potrebbero verificarsi nel corso della gestione*⁴⁵.

Il testo unico, pone sullo stesso piano, **competizione, efficienza e stabilità**, obiettivi, che necessitano un intervento attivo delle imprese creditizie che devono, quindi assumere *in via autonoma dimensioni e forme organizzative appropriate alla dinamica dei rapporti concorrenziali*.

Come puntualmente è stato osservato, l'interesse pubblico alla realizzazione degli obiettivi di efficienza allocativa ed operativa ha ora trovato pieno riconoscimento nell'adozione di una formula disciplinare che (eliminando ogni disparità rispetto ai

⁴²Cfr. BRESCIA MORRA, Le forme della vigilanza, in AA.VV., L'ordinamento finanziario italiano, cit., tomo I, p. 303.

⁴³Intesa come «capacità di saldare i debiti alla data dovuta» cfr. REVEL, Rischio e solvibilità delle banche, Milano 1978, p. 16; MASERA, Il rischio e le banche, Milano, 2001, in particolare Cap. II

⁴⁴Cfr. CIAMPI, Intervento all'Assemblea dell'A.B.I. del giugno del 1983, in Bancaria, 1983, p. 233 ss.

⁴⁵Cfr. BOCCUZZI, Introduzione a AA.VV., Il metodo dei rating interni, a cura di Cannata, Roma, 2008, p. 18 ss.

sistemi finanziari più evoluti) fa perno sul carattere imprenditoriale degli intermediari e, dunque, sulla loro *effettiva capacità di produrre reddito*.

Conseguentemente, *l'esaltazione dei profili della responsabilità gestionale si compendia nella capacità di realizzare ottimali assetti strutturali, coerenti cioè con gli obiettivi che gli intermediari si propongono*.

Il concetto di *modello organizzativo efficiente* è un fattore indispensabile per la valutazione del soggetto che esercita l'attività bancaria ed assolve ad una funzione complementare rispetto alla stabilità.

Al riguardo, unitamente all'intervenuta liberalizzazione dell'agere, vengono in considerazione i variegati strumenti di natura prudenziale (tra cui coefficienti patrimoniali, frazionamento dei fidi, trasformazione delle scadenze, partecipazioni detenibili, ecc.) utilizzabili dall'organo di vigilanza per sollecitare le istituzioni creditizie a realizzare una *sana e prudente gestione*.

Assumono importanza peculiare i numerosi provvedimenti di normazione secondaria con cui l'autorità di settore ha predisposto un reticolato di prescrizioni di natura cogente, destinato a realizzare gli indicati obiettivi fissati dalla legge.

Spiccano le disposizioni attuative delle forme di prevenzione dei **rischi legali, operativi e di mercato presi in considerazione negli accordi di Basilea⁴⁶** e *le regole di governance che coinvolgono i diversi aspetti della vita delle imprese bancarie, imponendo a queste ultime specifici obblighi volti ad adeguarne le strutture alle indicazioni della riforma del diritto societario, sì da assicurare elevati livelli di efficienza e di trasparenza dell'operatività aziendale⁴⁷*.

L'organo di vigilanza deve tener conto *delle implicazioni che i provvedimenti adottati possono determinare a livello di*

⁴⁶Cfr. per quanto concerne la specificazione di tali rischi BOCCUZZI, *Rischi e garanzie nella regolazione finanziaria*, Bari, 2006, ma in particolare p. 136 ss.

⁴⁷Cfr. CAPRIGLIONE, *Applicabilità del nuovo diritto societario agli intermediari bancari e finanziari. Problemi e prospettive*, in AA.VV., *Nuovo diritto societario ed intermediazione bancaria e finanziari*, Padova, 2003; MASERA, *La corporate governance nelle banche*, Bologna, 2006; Basel Committente on Banking Supervision, *Rafforzamento del governo societario nelle organizzazioni bancarie*, 2006

sistema; da qui l'opportunità di **un'autolimitazione da parte dell'autorità**, ovvero *riduzione di discrezionalità, da ricercare in modalità che siano in linea con il criterio legislativo che la indica come garante del mercato concorrenziale*⁴⁸.

Da ultimo, va fatto presente che la valorizzazione della libera iniziativa perseguita dal legislatore nelle modalità disciplinari sopra indicate, in quanto volta a realizzare una stabilizzazione del sistema economico, identifica un obiettivo socialmente rilevante.

In definitiva, se da un lato, la normativa di settore consente di individuare i fini e i mezzi di controllo del sistema bancario e finanziario tutto, dall'altro, si risolve nella verifica della validità dell'azione imputabile all'organo di vigilanza; a quest'ultima vanno ricondotti i rimedi esperibili contro l'inerzia dei controlli interni ed esterni alle imprese finanziarie, destinate, tra l'altro, a **contrastare gli abusi di mercato**.

4. Quando si parla di vigilanza da parte delle Autorità preposte, ci si riferisce anche alla trasparenza che, interessando in particolar modo il rapporto tra banche e fruitori di servizi finanziari, *assurge a caposaldo di un **agere improntato a correttezza** e, dunque, contribuisce alla realizzazione di un mercato interno caratterizzato da **elevati standard di efficienza** e da una concorrenza che non rischia di risolversi a danno delle categorie meritevoli di protezione, come quella dei consumatori*⁴⁹.

Per vero, già in tempi ormai lontani era avvertita la **richiesta di trasparenza**, sostenuta dalla tradizionale propensione al risparmio del popolo italiano e dalla notevole **dimensione delle attività e delle passività finanziarie**⁵⁰.

Il governatore della Banca d'Italia Ciampi, in un'audizione avanti al comitato ristretto della commissione finanze della camera (29 settembre 1988), si era espresso così (v. p. 3): . . . *la conoscenza delle condizioni effettive dei rapporti bancari e la leggibilità del contenuto dei contratti stipulati con le aziende di*

⁴⁸CAPRIGLIONE, Commentario TUB, art. 5, CEDAM.

⁴⁹Cfr. ALPA, Il diritto dei consumatori, Bari, 2002, Cap. VII; D., La trasparenza dei contratti bancari, Bari, 2003

⁵⁰Cfr. CIAMPI, Progetti di legge in tema di trasparenza bancaria, in Il pensiero economico moderno, 1989, n. 1-2, p. 11 ss.

credito restano insufficienti . . ., con particolare riferimento (p. 4) alla **mancaza di specifiche regole di chiarezza per le diverse operazioni bancarie**, alla predisposizione unilaterale di **contratti per adesione che la controparte può solo accettare o rifiutare in blocco** e al rinvio agli usi praticati sulla piazza anche per la determinazione degli aspetti negoziali economicamente più rilevanti.

È dunque il governatore che ha il merito di aver tracciato le linee essenziali della nuova normativa.

All'assemblea della Cipa del 5 marzo 1992 (v. al riguardo Il Corriere della Sera del 6 marzo 1992), il Governatore, tornava sull'argomento invitando il sistema bancario a mutare rotta in quanto *non è infrequente che la clientela lamenti la non sufficiente trasparenza nei prezzi e nelle condizioni praticate*.

Di rilievo appare il contenuto attribuito da RESCIGNO, alla *Trasparenza* bancaria, il quale ritiene essere diritto *comune* dei contratti: . . . **le regole sulla trasparenza bancaria si collocano nell'area delle norme di tutela del contraente debole, quale è per definizione il cliente della banca**⁵¹.

È il d.d.l. presentato dall'on. Minervini (il n. 3617 del 24 marzo 1986) a tener conto dei principi informativi della **direttiva del consiglio delle Comunità europee n. 87/102 del 22 novembre 1986**, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo.

Successivamente con disegno n. 467 del 2 luglio 1987 d'iniziativa dell'on. Piro, del disegno n. 520 presentato in pari data ed avente come primo firmatario l'on. Visco, del disegno n. 627 presentato in data 7 luglio 1987 (primo firmatario l'on. Fiandrotti), del disegno n. 698 presentato in data 9 luglio 1987 (primo firmatario l'on. Tassi) e del disegno n. 2798 presentato in data 2 giugno 1988 (primo firmatario l'on. Bodrato).

Tutti i citati lavori parlamentari hanno portato al varo della **legge n. 154 del 17 febbraio 1992** (Le leggi, 1992, I, 836), volta alla disciplina della trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari.

Da precisarsi che la direttiva era stata recepita dal nostro legislatore con l. 19 luglio 1992 n. 142, agli art. 18 ss.; in

⁵¹ Banca, borsa, ecc., 1990, I, 298, spec. 301,

precedenza, per l'attuazione della direttiva, era stata presentata il 14 luglio 1988 una proposta di legge (la n. 3015 avente come primo firmatario l'on. Bellocchio).

Per *trasparenza va intesa la . . . conoscibilità, da parte del consumatore, dei termini dell'operazione . . .*⁵².

Da un lato sta l'esigenza del singolo contraente di poter sapere quali oneri o quali benefici si connettono all'effettuazione dell'operazione bancaria che lo concerne, dall'altro v'è quella di accertarsi che tali oneri o benefici si collochino in sintonia con il trattamento praticato ad altri contraenti in situazioni analoghe.

In questa seconda direzione si affermerebbe l'esistenza di un obbligo di parità di trattamento a carico del sistema bancario: al riguardo un supporto normativo potrebbe rinvenirsi nell'art. 8 l. n. 64 del 1° marzo 1986 sull'intervento straordinario del Mezzogiorno (c.d. emendamento Minervini) che fa obbligo alle aziende e agli istituti di credito di *praticare in tutte le proprie sedi principali e secondarie, filiali, agenzie e dipendenze, per ciascun tipo di operazione bancaria principale o accessoria, tassi e condizioni uniformi, assicurando integrale parità di trattamento nei confronti dei clienti della stessa azienda o istituto, a parità di condizioni soggettive dei clienti, ma esclusa, in ogni caso, la rilevanza della loro località di insediamento e della sfera di operatività territoriale*⁵³.

La *ratio* di questa norma è quella di evitare ingiustificate disparità soggettive di trattamento nei confronti della clientela bancaria, segnatamente quella del meridione del nostro paese, che può vedersi gravata di condizioni più onerose (sul versante del costo del denaro) o meno vantaggiose (dal lato della remunerazione dei depositi) di quelle fissate per gli utenti di tali servizi collocati in altre aree geografiche⁵⁴.

⁵² MARTORANO, Trasparenza e parità di trattamento nelle operazioni bancarie, in Banca, borsa, ecc., 1991, I, 697, spec. 698. Per un esame anche dell'esperienza maturata in altri paesi, v. RAGUSA MAGGIORE, La trasparenza e il mercato del credito, in Dir. fallim., 1989, I, 145.

⁵³ MARTORANO, op. cit., 702, SALANITRO, Tassi e condizioni nei contratti bancari: vincoli di trasparenza e di uniformità, in Banca, borsa, ecc., 1989, I, 489; NIVARRA, La banca fra obblighi di contrarre e regole di trasparenza, in Contratto e impresa, 1988, 145, spec. 150 ss.

⁵⁴ BUSSOLETTI, Norme e progetti in tema di parità di trattamento e trasparenza nelle operazioni bancarie, in Dir. banc., 1989, I, 229, spec. 231 ss.

Non facile però si è rivelato il compito di interpretare e di dare attuazione a questa norma: dubbi sono sorti con riferimento all'individuazione dei rapporti sui quali è destinato ad incidere l'obbligo sancito dalla legge, al contenuto dell'obbligo stesso e, soprattutto, in ordine alla concreta operatività del meccanismo dell'obbligo di praticare tassi e condizioni uniformi in certi tipi di operazioni bancarie, quali i contratti di concessione di credito, la cui onerosità è connessa, non solo alle situazioni di mercato, ma anche al grado di rischiosità delle singole fattispecie.

Una lacuna è stata altresì rilevata nella omessa sanzione della violazione, da parte dell'ente creditizio, dell'obbligo imposto dall'art. 8⁵⁵.

Relativamente alla disciplina interna del credito al consumo, va segnalato, inoltre, che con il d.leg. 63/00 (Le leggi, 2000, I, 1062, emanato in virtù della delega conferita dalla l. 25/99 [legge comunitaria 1998]), è stata data attuazione alla direttiva 98/7/Ce, che modifica la direttiva 87/102/Cee, demandando al comitato interministeriale per il credito e il risparmio il compito di provvedere ai necessari adeguamenti della normativa italiana, con particolare riguardo alla previsione di indicare il tasso annuo effettivo globale (Taeg) mediante un esempio tipico⁵⁶.

Immediatamente dopo l'entrata in vigore della l. n. 64 del 1986, è stata presentata la proposta di legge Minervini, contenente norme sulla *trasparenza* nelle operazioni bancarie, che, come si è detto precedentemente, ha aperto la via alla promulgazione della nuova legge, sia pure attraverso un iter durato quasi sei anni.

Il progetto Minervini riguardava sia le operazioni bancarie principali, attive e passive, sia quelle accessorie, e conteneva, nella parte conclusiva, disposizioni finali e comuni con le quali si imponevano alle banche obblighi di pubblicità e di informazione per determinati servizi resi.

⁵⁵ A, NIGRO, Operazioni bancarie e parità di trattamento, in *Dir. banc.*, 1987, I, 3, spec. 11 e 17; CASTALDI, Trasparenza delle condizioni di finanziamento nei rapporti di credito al consumo, in *La disciplina comunitaria del credito al consumo* a cura di CAPRIGLIONE, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, 1987, n. 15, 90, spec. 92.

⁵⁶ CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE; sezione V; sentenza, 23-03-2000, n. causa C-208/98

Al d.d.l. Minervini, che si segnalava per la sua forte incisività, in quanto abbinava all'obiettivo dell'informazione quello dell'intervento autoritativo del legislatore in materia di tassi ed altre condizioni bancarie, faceva seguito un d.d.l. di fonte governativa dai contenuti normativi più attenuati rispetto al precedente progetto per la tutela del *contraente debole* nel rapporto bancario.

Nessuno dei due disegni di legge aveva un seguito ma, nello stesso tempo, interveniva la direttiva Cee sopracitata, il cui fine era quello di favorire la creazione di una disciplina uniforme del credito al consumo, alla quale gli Stati membri avrebbero dovuto adeguarsi entro il 1° gennaio 1990.

Tale direttiva prevedeva, in particolare, per quanto attiene al profilo dell'informazione del consumatore sulle effettive condizioni dell'operazione, l'adozione della forma scritta per i contratti di credito, l'indicazione in essi del tasso annuo effettivo globale e delle modalità secondo cui detto tasso potesse essere variato⁵⁷.

Successivamente, vennero presentati i nuovi progetti di legge sopra menzionati e, mentre questi erano in discussione, gli istituti di credito aderenti all'Abi davano vita (il 30 novembre 1988) all'accordo interbancario per *la pubblicità e la trasparenza delle condizioni praticate alla clientela*⁵⁸.

L'intesa si sostanziava in una forma di autodisciplina delle aziende sottoscrittrici, riferita a obblighi di informazione – assolti tramite esposizione di avvisi nelle relative dipendenze recanti le condizioni praticate per le principali operazioni bancarie –, di adozione di un unico metodo di calcolo degli interessi, di impostazione uniforme degli estratti conto nonché di comunicazione alla clientela di ogni variazione dei tassi praticati, sia per operazioni attive che passive.

I limiti derivanti dalla natura volontaristica dell'accordo e dall'insufficienza dei contenuti dello stesso hanno indotto il legislatore ad intervenire ugualmente per disciplinare la materia.

⁵⁷ TIDU, La direttiva comunitaria sul credito al consumo e inadempimento dell'obbligazione contrattuale, in *Quadrimestre*, 1987, 289.

⁵⁸ Il testo è pubblicato in *Dir. banc.*, 1989, II, 229. Per un commento v. PORZIO, L'accordo interbancario sulla trasparenza, *id.*, 1990, 374.

Occorreva individuare una soluzione che componesse . . . *la cogenza del quadro normativo con l'esercizio dell'autodisciplina da parte del sistema bancario* . . .(10).

Il riferimento alla realtà di altri ordinamenti basta ricordare: le norme del *Consumer Credit Act inglese del 1974*; quelle sulla trasparenza contenute nella *legge bancaria francese del 1984*; gli inputs derivanti dalle previsioni della direttiva CEE n. 1987/102 sul credito al consumo⁵⁹.

Tutte le esperienze citate hanno fatto sentire ulteriormente l'esigenza di un intervento legislativo volto a dotare anche il nostro Paese di un *adeguato sistema di pubblicità, intesa tale formula in un'accezione (conoscitiva) polisensa che, su un piano letterale, ad essa sembra riconducibile (svincolata, pertanto, dalla riferibilità a specifiche categorie di soggetti)*⁶⁰.

Già la legge 17 febbraio 1992, n. 154, conteneva disposizioni per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancarie finanziari, ed ha consentito di realizzare, almeno in parte, e soprattutto sotto il profilo formale (ma quasi mai sostanziale) detti obiettivi assicurando nel diritto dei contratti la presenza di condizioni oggettive dalle quali dipende una **consapevole manifestazione del consenso**.

La trasparenza assurge, alla funzione di contrastare quelle pratiche che determinino condizioni contrarie alla libera formazione dei processi decisionali; *essa, trascendendo il momento tecnico della comunicazione, diviene fattore centrale nella tutela dei diritti e degli interessi dei risparmiatori*⁶¹.

Il perseguimento del fine della trasparenza del mercato ha comportato anche la predisposizione di regole destinate ad impedire l'utilizzo dei canali bancari e finanziari per fini di *riciclaggio* di ricchezza di provenienza illecita.

Da qui la necessità di far riferimento alla normativa speciale contenuta nella legge n. 197/1991, e così il d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231, e più recentemente dal d.lgs. n. 141 del 2010 e da ultimo, Direttiva n. 2015/849, Direttiva n. 2018/843 UE del

⁵⁹Cfr. cfr. CAPRIGLIONE, Commento della direttiva CEE n. 87/102, in AA.VV., Codice commentato della banca, Milano, 1990, tomo II, p. 2095 ss.

⁶⁰ Cfr. GAGGERO, Commento sub art. 115 T.U.B., in *Disciplina delle banche e degli intermediari finanziari*, a cura di Capriglione, Padova, 2000, p. 475.

⁶¹Cfr. ALPA, *La trasparenza dei contratti bancari*, op. cit.

30.05.2018, d. lgs. 90/2017, d.l. 125/2019 che ha fissato un articolato strumentario di lotta al riciclaggio, incentrato sull'ampliamento degli ambiti della vigilanza pubblica sugli intermediari finanziari, in particolare sottoponendo quelli non bancari a variegate forme di controllo⁶².

*Da tempi ormai lontani in letteratura è stato sottolineato che l'obiettivo della trasparenza è implicito nella proposizione di regole **che impongono alla Banca d'Italia di rendere previamente pubblici i principi ed i criteri della propria attività***⁶³; abbiamo assistito quindi, ad un modo nuovo di perseguire l'equilibrio del mercato finanziario, ora fondato su forme di **raccordo sempre più intense tra stabilità e trasparenza**, *canoni ordinatori la cui valenza si dispiega con modalità generalizzate nei confronti di tutti i soggetti in esso presenti*⁶⁴.

Come già sopra rilevato la consapevolezza delle **asimmetrie informative che caratterizzano il mercato**, nonché dalla difficoltà di attivare processi decisionali scevri da induzioni in grado di ridurre e/o limitare l'autonoma determinazione delle scelte da effettuare, ha incentivato la ricerca di strumenti e procedure in grado di tutelare il consumatore (ma non solo) di servizi finanziari attraverso una azione di vigilanza.

È sempre più necessaria una gestione dell'informativa da parte dell'autorità che garantisca adeguati livelli di chiarezza nei circuiti finanziari.

Appare indispensabile superare gli attuali limiti derivanti da carenze di disciplina determinati dalla difficoltà di tener conto *dell'insieme delle informazioni che supportano la fase cognitiva*

⁶²Cfr. AA.VV., Normativa antiriciclaggio e contrasto della criminalità economica, a cura di Di Brina e Picchio Forlati, Padova, 2002; URBANI, La disciplina di contrasto del riciclaggio e dell'usura, in AA.VV., L'attività delle banche, Padova, 2010, p.489 ss.

⁶³Cfr. CASTALDI, Il testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, relazione al convegno «La nuova legge bancaria nel sistema creditizio e finanziario», Lecce, 1994.

⁶⁴Cfr. CASTALDI, Il testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, relazione al convegno «La nuova legge bancaria nel sistema creditizio e finanziario», Lecce, 1994.

*in sede di determinazione della volontà decisionale degli operatori*⁶⁵.

È necessario raggiungere un livello di effettiva ed efficiente trasparenza, e quindi realizzare *un vasto progetto che mira a rimodulare, su basi diverse, la fitta trama delle relazioni che legano le banche alle diverse componenti della società*⁶⁶.

Per raggiungere tale risultato, in linea con la normativa comunitaria e alla luce degli eventi di crisi che hanno colpito i sistemi finanziari dell'area occidentale dovrà divenire realtà **l'assunzione di responsabilità da parte degli operatori, quale premessa di un agire che eviti distorsioni e conflitti d'interessi.**

5. Il processo evolutivo delle finalità della vigilanza bancaria passa, indubbiamente dalla istituzione dell'Arbitro bancario finanziario, previsto dall'art. 29 della l. n. 262 del 2005 ed introdotto dall'art. 128-bis T.U.B.⁶⁷, organismo, che ha dato vita ad una sorta di **giustizia privata.**

Si è in presenza di un **potere amministrativo**; la natura obbligatoria dell'adesione al sistema in parola (cfr. art. 29 della legge n. 262 del 2005 ed art. 128- bis T.U.B.) unitamente al modello ordinatorio dell'ABF (stabilito con delibera n. 275/2008 del CICR) attribuiscono un ruolo di centralità alla Banca d'Italia, che non si limita ad intervenire in via prevalente nella composizione dei collegi decidenti dell'Arbitro, ma ha anche nella gestione delle cd. *segreterie tecniche* per lo svolgimento delle relative funzioni.

Inoltre, l'intento dichiarato dall'autorità di settore di voler procedere all'*utilizzo delle informazioni contenute negli esposti al fine di valutare il comportamento degli intermediari*⁶⁸ **evidenzia una funzionalizzazione dell'attività**

⁶⁵Cfr. ROSSANO, Le 'tecniche cognitive' nei contratti di intermediazione finanziaria, Napoli, 2011, p. 150.

⁶⁶Cfr. Relazione del Presidente dell'A.B.I. all'Assemblea del 26 giugno 2002, p. 26.

⁶⁷Cfr. PELLEGRINI, Sistemi alternativi di composizione delle controversie bancarie, in AA.VV., L'ordinamento finanziario italiano, Padova, 2010, tomo II, p. 859 ss.

⁶⁸Cfr. CAROSIO, Intervento al Convegno «il rapporto banca-cliente verso nuove forme di tutela», Roma, dicembre 2007.

*svolta dall'Arbitro a scopi diversi da quelli direttamente collegabili a finalità di giustizia*⁶⁹.

Tuttavia, *il meccanismo decisionale in esame, per quanto legittimo su un piano giuridico formale, appare tuttavia incardinato in una realtà nella quale risultano minati (o, comunque, affievoliti) alcuni principi-base (in primo luogo quello della terzietà del giudice) che nel nostro ordinamento contraddistinguono l'espletamento della funzione giurisdizionale (ed al riguardo basti tener conto del peculiare ruolo ascrivibile alle segreterie tecniche del nuovo organo decidente, le quali in base a quanto previsto dalle Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie predispongono «una relazione da rendere a ciascun componente del collegio prima della riunione», per tal via evidenziando un'ampia capacità d'influire sulle valutazioni in atto)*⁷⁰.

Da precisare che la Corte Costituzionale, ha ribadito che ***l'Arbitro Bancario Finanziario non è legittimato a sollevare questioni di legittimità costituzionale, atteso che né è un'autorità giudiziaria, né compie un giudizio*** (⁷¹).

Ne consegue che le decisioni dell'ABF, non essendo riconducibili all'agere giudiziale preordinato all'accertamento del diritto, rappresentano un'azione di natura giustiziale (volta a dare giustizia sia pure in modalità non direttamente coercitive e con riflessi che si registrano essenzialmente a livello reputazionale) tipicamente propria della P.A.: come parte della dottrina ha sostenuto, ci si trova di fronte al caso in cui ***l'amministrazione si fa giudice***⁷².

⁶⁹Cfr. CAPRIGLIONE, «La giustizia nei rapporti bancari finanziari. La prospettiva dell'ADR», in Banca e borsa, 2010, I, p.261 ss.

⁷⁰Cfr. tra gli altri DE CAROLIS, L'Arbitro bancario finanziario come strumento di tutela della trasparenza, in Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale, n. 70; PERASSI, Il ruolo dell'ABF nell'ordinamento bancario: prime riflessioni, in Analisi giuridica dell'economia, 2011, n. 1, p. 144; AA.VV., ABF e supervisione bancaria, a cura di Capriglione e Pellegrini, Padova, 2011.

⁷¹Cfr. ord., 21 luglio 2011, n. 218, in Riv. trim. dir. ec., 2011, II, p. 117 ss., con nota di ANTONUCCI, ABF e accesso al giudizio di legittimità costituzionale.

⁷²Cfr. MONTEDORO Mercato e potere amministrativo, Napoli, 2010, p. 331.

6. Gli obiettivi dell'art. 5 hanno **carattere propositivo** oltre che di **coordinamento** e di **collaborazione tra le autorità**, essi sono: **vigilanza sulle attività finanziarie**, la **salvaguardia della fiducia nel sistema finanziario**, la **tutela degli investitori**, la **stabilità ed il buon funzionamento del sistema finanziario**, la **competitività** di quest'ultimo e **l'osservanza delle disposizioni di diritto speciale**.

L'impianto sistematico dell'art. 5 offre un quadro di interventi di vigilanza nel quale convergono tutte le finalità dell'azione di vigilanza con l'intento di perseguire l'unitario scopo della salvaguardia della *fiducia nel sistema finanziario» e della «tutela degli investitori*⁷³.

È noto che la *fiducia*, da tempo, ha assunto un ruolo decisivo per il funzionamento del sistema finanziario, tanto che **la scienza economica la considera come fondamentale per lo sviluppo dello stesso**⁷⁴ e che **la scienza giuridica ha posto a base dell'affidamento, che è a garanzia degli interessi coinvolti nelle relazioni inter**⁷⁵**soggettive**.

Per far sì che la fiducia generi i propri frutti sono necessari interventi che siano in grado di tutelare in maniera compiuta ed unitaria le posizioni giuridiche degli investitori, in particolar modo se si pensa che l'allocazione del risparmio identifica l'anello debole del processo economico finanziario.

Il potenziamento dell'azione di vigilanza sul settore finanziario è dunque determinato dall'ampliamento della sfera potestativa delle autorità e da una più intensa forma di coordinamento tra queste ultime.

Lo stesso si può dire per la disciplina del mercato assicurativo, settore per il quale la tutela degli assicurati individua l'obiettivo avuto di mira dal legislatore

⁷³Cfr. CAPRIGLIONE, *Intermediari finanziari investitori mercati*, Padova, 2008, p. 316.

⁷⁴Cfr. relazione illustrativa del decreto di attuazione della direttiva MIFID, sub art. 2.modifiche dell'art. 5 T.U.F., ove si precisa che la fiducia nel sistema finanziario, «secondo le teorie economiche più accreditate, il fattore essenziale per la crescita del mercato finanziario».

⁷⁵Cfr. SACCO, *Affidamento*, in *Enc. dir.*, vol. I, p. 661 ss.; PIETROBON, *Affidamento*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. I; PATTI, *Le condizioni generali di contratto ed i contratti del consumatore*, in *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli, nel *Trattato dei contratti*, diretto a Rescigno, Torino, 1999; BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 2000, p.379.

La tutela, di cui al disposto dell'art.3 del codice delle assicurazioni private (d.lgs. n. 209 del 2005), nell'identificare le finalità della vigilanza, persegue attraverso la **sana e prudente gestione delle imprese di assicurazione e di riassicurazione**, richiama la *trasparenza e la correttezza dei comportamenti delle imprese, degli intermediari e degli altri operatori del settore assicurativo, avendo riguardo alla stabilità, all'efficienza, alla competitività ed al buon funzionamento del sistema*.

Come ha rilevato la dottrina, le indicate finalità di vigilanza derivano *da esigenze di coerenza dell'ordinamento assicurativo con quello degli altri settori... (in linea con la)... nuova funzione della vigilanza come .. garante... del mercato nel suo complesso, nel cui ambito si riconosce... (specifico rilievo) ... alle esigenze dei consumatori*⁷⁶: il legislatore ha ricondotto ancora una volta l'obiettivo della supervisione ai canoni tradizionali che regolano lo svolgimento dell'attività d'intermediazione⁷⁷.

Non si deve inoltre sottovalutare come la formulazione del nominato art. 3 esprime esigenze connesse ad **una sempre maggiore integrazione tra il settore del credito e quello assicurativo**, processo a cui si deve prestare molta attenzione e cautela soprattutto con riguardo ai riflessi sulla stabilità del settore finanziario: infatti, da tempo, *le autorità di controllo hanno sottolineato le implicazioni negative derivanti dalle differenze di regolamentazione di settore, da cui deriva la possibilità di un trasferimento dei rischi dall'uno all'altro con ovvia incidenza sui livelli di solvibilità*⁷⁸.

La riferibilità ai valori della solidarietà sottesi all'intento legislativo di garantire adeguati livelli di tutela degli appartenenti alla *categoria consumatori* ha trovato quivi espressione in una sorta di **limitazione (rectius: compressione)**

⁷⁶Cfr. LONGO, Commento sub art. 3 del codice delle assicurazioni private, in AA.VV., Il codice delle assicurazioni private, diretto da Capriglione, Padova, 2006, I, 1, p. 27.

⁷⁷Cfr. DESIDERIO, Aspetti costituzionali del controllo assicurativo, in Diritto ed economia dell'assicurazione, Quaderno n. 5, Milano, 1997.

⁷⁸Cfr. Banca d'Italia Isvap, Il trasferimento del rischio di credito tra il settore bancario e il settore assicurativo. L'esperienza italiana, Roma, 2004.

dell'autonomia privata⁷⁹, cui si è impedito di sconfinare nell'arbitrio e nella sopraffazione⁸⁰.

Consegue il difficile rapporto tra libertà e controllo ravvisabile in tale materia; ed invero se, per un verso, la presenza di regole volte a contenere la proposizione di un libero scambio senza vincoli può apparire negatoria della realtà di mercato, per altro non può trascurarsi di considerare il pericolo connesso al carattere individualista del diritto dei consumatori, è, per certi versi, contrario a politiche che devono *avere intonazione sociale*⁸¹.

7. L'esercizio della funzione di vigilanza, che aveva avuto la sua prima regolamentazione negli artt. 3, 4 e 5 del d.lg.c.p.s. n. 691 del 1947, trova nell'art. 4 TUB una definizione decisamente più compiuta e chiarisce la sfera dei poteri dall'ordinamento attribuiti alla Banca d'Italia.

Infatti, il d.lg.c.p.s. n. 691/1947 si limitava, a prevedere gli strumenti necessari a fronteggiare esigenze di personale (art. 3); l'esclusione dell'attività di vigilanza bancaria dal controllo, tipicamente di legittimità, svolto dal Ministero del Tesoro sull'ente Banca d'Italia e sulle funzioni da quest'ultima svolte in ordine all'emissione di moneta (art. 4); l'esclusione di ogni ingerenza degli organi consiliari della Banca d'Italia dalla materia della vigilanza bancaria (art.5)⁸².

L'art. 4 TUB, oggi è di fatto svuotata di contenuto dal mutato assetto monetario europeo conseguente al **Trattato di Maastricht**, tuttavia, al comma 1, si trova una puntuale indicazione delle diverse forme d'intervento che fanno capo alla Banca d'Italia, realizzando una notevole semplificazione rispetto al contesto normativo previgente.

⁷⁹ G. MORINI, <https://www.altalex.com/documents/news/2015/09/16/i-confini-dell-autonomia-contrattuale>, 2015.

⁸⁰Cfr. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, op. cit.

⁸¹Cfr. MANCALEONI, *Commento sub art. 1 d.lgs. 206 del 2005*, in AA.VV., *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, 2010, p. 53 ss. e, in particolare, p. 55; in argomento v. anche ALPA, *The future of European Contract Law: Some Questions and Answers*, in AA.VV., *The Future of European Contract Law*, a cura di Woelki - Grosheide, 2007, p. 3 ss.

⁸²Cfr. DE VECCHIS, *Commento sub artt. 4 e 5 d.l. C.P.S. n. 691 del 1947*, in AA.VV., *Codice commentato della banca*, Milano, 1990, tomo II, p. 1277.

Come espressamente enunciato nella Relazione al testo unico bancario, compete alla Banca d'Italia **competete formulare proposte al CICR per l'assunzione delle delibere ad esso demandate dalle disposizioni contenute nei titoli II (dedicato alla disciplina delle banche) e III (comprendente le disposizioni che riguardano direttamente la «vigilanza» e le modalità del suo esercizio); emanare regolamenti nei casi previsti dalla legge; impartire istruzioni; adottare i provvedimenti di carattere particolare di sua competenza.**

L'attuale normativa, ha fatto venir meno le distinzioni circa l'identificazione dei poteri delle autorità, che di volta in volta, facevano riferimento al criterio cronologico del momento in cui l'attività di vigilanza veniva espletata⁸³ ovvero al contenuto dei provvedimenti che venivano adottati⁸⁴ o, infine, alle finalità cui erano preordinati (disciplina degli esponenti bancari, acquisizione di dati informativi, sostituzione di organi inerti o inefficienti, repressione, ecc.)⁸⁵.

Detta chiarificazione del complesso potestativo concernente la vigilanza bancaria aggiunge una significativa tappa al processo di evoluzione normativa che ha visto la Banca d'Italia collocarsi al centro del sistema dei controlli sul settore creditizio.

Peraltro, come già detto (§ 2) il legislatore del 1926 aveva riconosciuto alla banca centrale *un ruolo primario e fondamentale nella predisposizione di appositi controlli sulle aziende di credito, cioè sulle banche che nel sistema disciplinare previgente esercitavano il cd. Credito ordinario*⁸⁶, successivamente, poi, con le leggi bancarie degli anni 1936 e seguenti detta funzione di controllo gli fu tolta (almeno formalmente) e devoluta ad un organo dello Stato (l'Ispettorato per la difesa del risparmio e l'esercizio del credito).

Nel dopoguerra, soppressi i cc.dd. organi corporativi (d.lgs. Igt. 14 settembre 1944, n. 226), la vigilanza sulle banche

⁸³Cfr. RUTA, Il sistema della legislazione bancaria, cit. p. 455.

⁸⁴Cfr. MOLLE, La banca nell'ordinamento giuridico italiano, Milano, 1980, p. 217 ss.) o alla funzione che questi ultimi assolvono (provvedimenti autorizzatori, ablativi, atti di certazione ecc., v. COSTI, L'ordinamento bancario, cit. p. 129 ss.

⁸⁵Cfr. DE VECCHIS, Aziende ed istituti di credito, in Enc. giur. Treccani, vol. IV.

⁸⁶Cfr. per tutti MEZZACAPO V., Evoluzione normativa nella disciplina della Banca centrale in Italia, in Impresa ambiente e pubblica amministrazione, 1975, p. 514 ss.

fu riattribuita alla Banca d'Italia, che subentrò nelle funzioni e poteri del cessato Ispettorato (art. 2 del d.lg.c.p.s. n. 691/ 1947), dando origine al primo esempio **ente pubblico titolare di funzioni statali**⁸⁷.

Peraltro l'assegnazione alla Banca d'Italia della funzione di vigilanza ebbe luogo solo dopo che la Sottocommissione per il credito e l'assicurazione della Commissione economica istituita presso il **Ministero della Costituente che affermò l'idoneità e la specifica competenza in materia della banca centrale ritenuta più vicina di altri organi alle aziende e agli istituti di credito... (per cui) .. può provvedere rapidamente ad ogni occorrenza**⁸⁸.

8. Gli intermediari finanziari, comprese le agenzie di prestito su pegno, i **confidi** e i **servicer delle operazioni di cartolarizzazione** iscritti nell'albo ex **art. 106 del nuovo TUB** sono sottoposti a un regime di vigilanza prudenziale equivalente a quello delle banche, al fine perseguire obiettivi di stabilità finanziaria e di salvaguardia della **sana e prudente gestione**, vigilanza governata dal **principio di proporzionalità** così da tener conto della *complessità operativa, dimensionale e organizzativa degli operatori nonché della natura dell'attività svolta*.

Ai sensi dell'**art. 199 TUF**, sono applicate, *in quanto compatibili*, le disposizioni previste dal TUB per le società finanziarie nei confronti delle società fiduciarie iscritte la Banca d'Italia, con l'obiettivo di assicurare il rispetto della normativa in materia di contrasto al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo.

Nei confronti di tali operatori, la Banca d'Italia, nel **rispetto delle specificità**, ha **poteri regolamentari, informativi e impositivi** equivalenti a quelli di cui dispone per gli intermediari finanziari, poteri che si aggiungono a quelli previsti dalla specifica **disciplina di settore in materia di contrasto al riciclaggio e al finanziamento al terrorismo**: il **Ministero dello sviluppo economico** mantiene competenze nel settore.

⁸⁷Cfr. GIANNINI, Sulla natura giuridica e sulle attribuzioni della Banca d'Italia, cit.; Cass., sez. un., 29 marzo 1989, n. 1531, in Giur. it., 1990, I, p. 1440.

⁸⁸Cfr. Rapporto della Commissione economica, vol. IV, Credito e assicurazione, Roma, 1946, p. 8 ss., della Relazione.

È stata inoltre introdotta, per la prima volta, la disciplina dei gruppi finanziari sottoposti a vigilanza su base consolidata: si intende per **gruppo finanziario** quello composto da uno o più intermediari finanziari, da banche extracomunitarie, da società finanziarie e da società strumentali controllate, il cui **capogruppo** può essere un intermediario finanziario, una società finanziaria che controlla direttamente o indirettamente le altre società che appartengono al gruppo.

La riforma quindi ha abrogato il precedente regime di controllo esistente per gli intermediari finanziari, che distingueva, in ragione delle dimensioni, gli intermediari iscritti nell'elenco generale, sottoposti a controlli formali sui requisiti di iscrizione, dagli intermediari iscritti nell'elenco speciale sottoposti a vigilanza prudenziale: detto passaggio è avvenuto attraverso un periodo di transizione che si è concluso il 12 maggio 2016.

In base alla legislazione vigente, quindi, a decorrere dal **12 maggio 2016** possono continuare a esercitare l'attività di concessione di finanziamenti nei confronti del pubblico, come definita dal TUB e dalle relative norme di attuazione (**DM n. 53/2015**), gli intermediari di cui ai precedenti elenchi generale e speciale, che hanno presentato istanza nei termini previsti per l'iscrizione nel nuovo albo ex art. 106 TUB, ed hanno pendente un procedimento amministrativo avviato ai sensi della L. n. 241/90 e non ancora concluso.

Tali soggetti restano sottoposti alle norme, con le relative disposizioni di attuazione, del vecchio TUB abrogate o sostituite dal d.lgs. n. 141/2010 fino alla conclusione del procedimento di iscrizione⁸⁹.

L'art. 106 è dunque il **fulcro** del disegno legislativo che trova negli articoli successivi, le diverse forme di supervisione divenute attuabili anche nei confronti di intermediari che fino alla riforma erano relegati in un ambito residuale⁹⁰: oggi la disciplina sugli intermediari rappresenta un vero e proprio

⁸⁹ Cfr. Decreto Legislativo 13 agosto 2010 n. 141, di recepimento della Direttiva U.E. n. 48/2008, D.M. Ministero Economia e finanze del 2 aprile 2015, n. 53 e Istruzioni di Vigilanza della Banca d'Italia, Circolare n. 288 del 3 aprile 2015.

⁹⁰ Cfr. tra gli altri ANTONUCCI, Gli intermediari finanziari «residuali» dalla legge antiriciclaggio al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, in Rass. econ., 1994, p. 248.

sottosistema regolamentare che recupera, o almeno estende, la formula ordinatoria disposta in via generale per i soggetti bancari.

La conseguenza più importante dell'unificazione dei due precedenti elenchi, generale e speciale, in un unico albo degli intermediari finanziari (art. 106 TUB, come sostituito dall'art. d.lgs. n. 141/2010), **fatti salvi il cd. Microcredito (art. 111 TUB) e Confidi (art. 112 TUB), per i quali sono stati istituiti appositi elenchi**⁹¹, è l'aver eliminato la distinzione tra diversi regimi di controllo, **adottando per tutti il regime più intenso**, simile a quello vigente per le banche; ai sensi dell'art. 108 TUB, l'intermediario finanziario, dovrà dunque ottenere un provvedimento autorizzativo per l'iscrizione all'albo (non più elenco).

Infatti, con la novella del 2010, il legislatore ha distinto l'autorizzazione che necessita una indagine peculiare sui requisiti prescritti dagli artt. 106 e seg. TUB, dalla iscrizione (art. 106, comma 1; art. 107), che diversamente, avviene senza esercizio dei poteri di vigilanza e determina il rilascio d'ufficio del provvedimento autorizzatorio, assumendo dunque, l'iscrizione, una mera funzione di **pubblicità-notizia**⁹².

La differenza è evidente nell'art. 132 TUB sul **reato di abusiva attività finanziaria**⁹³, che riconduce la fattispecie

⁹¹ ANTONUCCI, L'intermediazione finanziaria non bancaria nel d.lgs. 141/2010. Profili di sistema, in Riv. trim. dir. pen. ec., 2011, p. 39 ss.

⁹² GIANNINI, Albo, Enc. dir., Milano, I 1958, p. 1014).

⁹³ L'**abusiva** attività finanziaria è il reato commesso da chi *svolge, nei confronti del pubblico, una o più delle attività finanziarie previste dal D.Lgs. n. 385 del 1993, art. 106 comma 1, senza essere iscritto nell'elenco previsto dal medesimo articolo*", come stabilito dal D.Lgs. n. 385 del 1993, art. 132. Il D.Lgs. n. 385 del 1993, art. 106, comma 1 delimita l'ambito di applicazione del D.Lgs. n. 385 del 1993, art. 132, e definisce le attività il cui esercizio è riservato a "intermediari finanziari iscritti in apposito elenco tenuto dall'UIC": lo svolgimento di quelle attività da parte di soggetti non abilitati, poiché non iscritti nel suddetto registro, costituisce il reato sancito dal D.Lgs. n. 385 del 1993, art. 132. Le attività finanziarie riservate ai soggetti abilitati, sono: "assunzione di partecipazioni, **concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma, prestazione di servizi di pagamento e intermediazione in cambi**". Lo stesso D.Lgs. n. 385 del 1993, art. 106, integrato dal Decreto del Ministro del Tesoro del 2 aprile 1999 (D.M. 6 luglio 1994 G.U. n. 170 del 22.7.1994) ha stabilito che possono chiedere l'iscrizione nei registri UIC le imprese che rispondono ai seguenti requisiti:

a) l'attività in relazione alla quale viene chiesta l'iscrizione deve essere specificata e deve essere prevalente;

b) deve essere esercitata "nei confronti del pubblico";

c) non deve necessariamente essere esclusiva, di modo che l'aspirante all'iscrizione può contemporaneamente svolgere anche altre attività;

d) l'impresa aspirante all'iscrizione deve essere costituita in forma di società per azioni, società in accomandita per azioni, società a responsabilità limitata o società cooperativa, e deve aver interamente versato un capitale non inferiore al quintuplo di quello minimo prescritto per la costituzione delle società per azioni.

Il D.Lgs. n. 385 del 1993, art. 108 stabilisce inoltre, che i titolari di quote di partecipazione devono avere particolari requisiti di onorabilità (**D.M. 30 dicembre 1998, n. 517**). Come prescrive il successivo prescrive l'art. 109, devono avere i requisiti di onorabilità e specifica professionalità i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso gli intermediari finanziari; tali requisiti devono altresì essere detenuti, ai sensi del D.Lgs. n. 385 del 1993, art. 113, anche da coloro che esercitano prevalentemente attività finanziaria **non** nei confronti del pubblico. Come noto il D.Lgs. n. 385 del 1993 *regola un'attività finanziaria svolta in forma imprenditoriale da professionisti stimati e credibili, che si presentino al pubblico per offrire servizi finanziari con struttura ed apparenza di impresa, tali da offrire ragionevole affidamento ed adeguate garanzie; è evidente allora che in questa ottica assumono rilevanza qualificante organizzazione e professionalità.* (**Cassazione penale sez. V 17 settembre 2009 n. 46074; Ex multis, Cassazione penale sez. V 17 settembre 2009 n. 43046**). Affinché possa configurarsi il reato di abusiva attività finanziaria, di cui all'art. 132 d.lgs. 1 settembre 1993 n. 385 (t.u. leggi in materia bancaria e creditizia), è indispensabile che l'agente ponga in essere una delle condotte indicate dall'art. 106 del medesimo decreto (concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma, assunzione di partecipazioni, prestazione di servizi a pagamento, intermediazioni in cambi) in forma professionale, organizzata, su scala imprenditoriale e rivolgendosi al pubblico, atteso che solo tali modalità attuative della condotta, in quanto idonee a indurre un rilevante fattore di turbativa nel mercato finanziario, realizzano quella latitudine di gestione che ne evidenzia la pericolosità e la rilevanza penale. In questa prospettiva, deve escludersi che la condotta di affiliati ad associazione di tipo mafioso che offrano prestiti di modiche somme a tassi usurari possa integrare, di per sé, il reato "de quo", non potendosi ritenere che la partecipazione all'associazione illecita integri, per ciò solo, l'elemento dell'organizzazione, che costituisce uno dei requisiti essenziali che devono caratterizzare la condotta del reato di abusiva attività finanziaria. Diversamente opinando, del resto, si arriverebbe alla non condivisibile affermazione secondo cui ogni usuraio, se affiliato a un sodalizio illecito, debba essere chiamato a rispondere sempre e comunque del reato di esercizio di abusiva attività finanziaria (da queste premesse, la Corte ha annullato senza rinvio, limitatamente al reato di abusiva attività finanziaria, l'ordinanza in materia cautelare adottata per tale reato, oltre che per quello di partecipazione ad associazione di tipo mafioso, nei confronti di un indagato cui era stata contestato di curare, appunto quale partecipe a un'associazione di tipo mafioso, l'attività di erogazione di prestiti di denaro). La sanzione di cui al D.Lgs. n. 385 del 1993, art. 132 è pertanto rivolta ai soggetti non abilitati dall'apposita iscrizione all'UIC. La condotta sanzionata è costituita dall'esercizio abusivo dalla attività di intermediazione finanziaria ovvero di offerta al pubblico del servizio di finanziamento in forma professionale, organizzata e su scala imprenditoriale (**Cass. Sez. 2 n. 5285 del 2 ottobre 1997; Sez. 6 n. 5118 del 12.2.1999; Sez. 1 n. 36051 del 3.6.2003; Sez. 5 n. 10189 del 6.2.2007**), in quanto, tali modalità

delittuosa **alla assenza di autorizzazione** per le attività finanziarie previste dall'art.106, e di iscrizione, per le attività di cui agli artt. 111 e 112, per le quali, vige ancora il sistema basato sull'iscrizione in appositi elenchi.

È venuta meno anche la diversa finalità assegnate, in passato, all'intervento delle rispettive autorità di settore (U.I.C. e Banca d'Italia), e come in passato, il testo dell'art. 107, comma 2 ss., andava letto in collegamento con l'art. 5 del TUB, così occorre fare oggi per il nuovo art. 108.

Come autorevole dottrina ha sostenuto (GUARRACINO) *la parificazione di disciplina non deve farsi dipendere tanto dal fatto che gli ex intermediari finanziari iscritti (soltanto) nell'abrogato elenco generale possano essere divenuti portatori, in sé, di un rischio sistemico che non presentavano in precedenza, quanto piuttosto dagli abusi commessi dietro quella figura, che, come si è ..., in numerosi casi ha celato realtà imprenditoriali ed operative diverse da quelle che ne potevano rivestire le vesti, a danno della clientela, dei terzi (creditori, soggetti eventualmente garantiti, ecc.) e della credibilità e stabilità complessiva del sistema*⁹⁴.

Tutela del consumatore e tutela della stabilità del sistema si fondono, invero, nella riforma del Titolo V del testo unico bancario, come concorre a dimostrare la circostanza che la emanazione del d.lgs. n. 141 del 2010 è stata autorizzata da una norma di delega che non aveva finalità esclusivamente prudenziali mirando anzi espressamente alla tutela dei consumatori.

L'estensione agli intermediari finanziari in questione di forme vigilanza bancaria è avvenuta, infatti, in attuazione della delega

attuative della condotta, idonee ad indurre turbativa nel mercato finanziario, esplica la pericolosità e la rilevanza penale, sancita per l'appunto dalla Legge Bancaria. L'elemento fattuale costituito dall'offerta al pubblico, è elemento essenziale come evidenziato dalla Corte di cassazione nella **sentenza n. 5118 del 12.2.1999** e nella **sentenza n. 10189 del 6.2.2007** che si riferiscono la prima ad una attività di sconto di assegni cambiari esercitata in una casa da giuoco, e la seconda ad attività di sconto di assegni e cambiali esercitata in un supermercato: in entrambi i casi sussisteva l'apparenza di un aspetto organizzativo che si presentava al pubblico in guisa di esercizio di attività imprenditoriale.

⁹⁴ Cfr. AMOROSINO, I controlli della Banca d'Italia sulle imprese finanziarie bancarie e «non bancarie», Dir. banc., 1999, I, p. 472 ss., Scritti in memoria di Pietro De Vecchis Roma, 1999, p. 21 ss., in part. p. 26 s..

per l'attuazione della direttiva relativa ai contratti di credito ai consumatori (**dir. 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2008**), che ha previsto che il Governo, in sede di attuazione della direttiva comunitaria, intervenisse a modificare ed integrare il testo unico bancario (anche) rimodulando la disciplina delle attività e dei soggetti di cui al Titolo V sulla scorta di criteri direttivi che, pur funzionali a finalità prudenziali (è il caso del criterio della rideterminazione dei requisiti di iscrizione per assicurare l'affidabilità dell'iniziativa imprenditoriale), sono stati dettati dalla legge di delega esplicitamente *a tutela dei consumatori* (**art. 33, comma 1, lett. d, legge 7 luglio 2009, n. 88**).

9. Venendo adesso, al profilo della responsabilità, il TUB non fa alcun riferimento ad ipotesi di responsabilità delle autorità creditizie, e in particolare della Banca d'Italia per quanto concerne l'esercizio della funzione di vigilanza e la giurisprudenza, rinvenibile sulla base della legislazione previgente, ha escluso in molteplici occasioni la configurabilità di ipotesi di responsabilità sulla base di motivazioni diverse,.

La prima difficoltà, come sopra argomentato, sta nel fatto che **l'attività di vigilanza ha natura amministrativa ed è caratterizzata dalla discrezionale dell'azione di vigilanza svolta dalla Banca d'Italia⁹⁵**.

La vigilanza dalla Banca d'Italia, tutelando **l'interesse generale**, si sottrae al sindacato dell'autorità giudiziaria ordinaria, per cui **la salvaguardia degli interessi privati coinvolti nell'attività degli operatori vigilati⁹⁶ assume rilevanza indiretta**.

⁹⁵Cfr. Trib. Roma, 27 aprile 1977, in Banca e borsa, 1978, II, p. 90, con nota di CAPRIGLIONE, Discrezionalità del provvedimento amministrativo di messa in liquidazione c.a. di un'azienda di credito e pretese risarcitorie del socio; Trib. Roma, 12 febbraio 1987, pubbl. in GALANTI, La crisi degli enti creditizi nella giurisprudenza: la liquidazione coatta amministrativa, in Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, 1991; Cass., sez. un., 23 marzo 1989, n. 1531, in Giur. it., 1990, I, p. 440, con nota di VELLA, Proposta da avvio della procedura di liquidazione c.a. nei confronti delle imprese bancarie e responsabilità degli organi di vigilanza.

⁹⁶Cfr. Trib. Milano, 9 gennaio 1986, in Giur. comm., 1986, II, p. 427, con nota di CERA, Insolvenza del Banco Ambrosiano e responsabilità degli organi pubblici di vigilanza; App. Roma, 19 marzo 1990, in GALANTI, op. ult. cit.

L'assenza di un diritto soggettivo farebbe escludere dunque, la configurabilità di un diritto al risarcimento del danno che si assume subito⁹⁷.

Ad aprire le porte alle ipotesi di risarcibilità di danni arrecati dalla vigilanza delle Autorità, soccorre la sentenza della **Cass. Sez. Un., 99/500** (che verrà esaminata nel dettaglio più avanti) che accoglie la tesi che **il danno ingiusto non è solo quello che si produce in violazione di un diritto soggettivo⁹⁸ ma anche dell'interesse legittimo nella fattispecie della responsabilità aquiliana.**

La portata innovativa delle S.U. sta nella **configurabilità di una responsabilità civile della P.A. per gli atti che risultino emanati in violazione di norme di azione e, dunque, non comportanti lesione di un diritto soggettivo.**

10. Data l'attenta questione legata ai poteri di controllo e ispettivi da parte dell'Autorità di Vigilanza, si pone adesso il problema di valutare la quando e se la condotta di quest'ultima configura ipotesi di responsabilità, ovvero: **responsabilità aquiliana della pubblica amministrazione.**

Rappresenta un punto di partenza per l'analisi delle ipotesi di responsabilità dell'Autorità di Vigilanza, la tesi da tempo prospettata dalla dottrina [16], poi adottata dalla giurisprudenza nel 1999, secondo cui: ***in presenza di un atto illegittimo della P.A. — posto in essere con dolo o colpa e che sia stato causa di un danno ingiusto — il destinatario dell'atto ha diritto al risarcimento dei danni anche se non è titolare di un diritto soggettivo ma si versi in presenza di un interesse legittimo giuridicamente rilevante⁹⁹.***

Per la configurabilità della responsabilità civile, non rileva la qualificazione formale della posizione giuridica vantata dal

⁹⁷Trib. Roma, 30 aprile 1963, in Banca e borsa, 1964, II, p. 106; Cass., sez. un., 25 marzo 1988, n. 2579, in Foro it., 1988, I, p. 3328.

⁹⁸Cfr. tra gli altri DELFINO, Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi: verso una soluzione «sistematica», in Dir. proc. amm., 1996, p. 515; BUSNELLI, Lesione di interessi legittimi: dal «muro di sbarramento» alla «rete di contenimento», in Danno e responsabilità, 1997, p. 269; FOLLIERI, Lo stato dell'arte della tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Possibili profili ricostruttivi, in Dir. proc. amm., 1998, p. 253 ss.

⁹⁹GUARRACINO, Commentario al TUB diretto da Francesco Capriglione, Cedam, 2012, Vol III, comm. all'art. 106.

soggetto, **poiché la tutela risarcitoria viene assicurata esclusivamente in relazione all'ingiustizia del danno**¹⁰⁰.

Prima della **Cass., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500**, l'obbligo del risarcimento dei danni aveva una funzione sanzionatoria e il danno doveva essere risarcito solo se conseguenza di una condotta riprovevole, ovvero oggettivamente antiggiuridica e soggettivamente colpevole (art. 2043 c.c.).

Prima di procedere all'esame della evoluzione giurisprudenziale dell'art. 2043 c.c., è utile riepilogare i caratteri generali della norma.

La lettura tradizionale, dell'art. 2043 c.c. vede la responsabilità aquiliana come sanzione di un illecito, basandosi sulle seguenti affermazioni:

(1) l'art. 2043 c.c. prevede l'obbligo del risarcimento del danno quale sanzione per una condotta qualificabile illecita, sia perché contrassegnata dalla colpa del suo autore, sia perché lesiva di una posizione giuridica della vittima tutelata *erga omnes* da altra norma primaria;

(2) l'ingiustizia richiamata dall'art. 2043 c.c. è *male riferita al danno, dovendo piuttosto essere considerata attribuito della condotta, ed identificata con l'illiceità, da intendersi nel duplice senso suindicato*; la responsabilità aquiliana è quindi invocabile quando *il danno inferto presenti la duplice caratteristica di essere contra ius, e cioè lesivo di un diritto soggettivo (assoluto), e non iure, e cioè derivante da un comportamento non giustificato da altra norma*.

La **S.C. con la sentenza n. 174/71**, in aderenza con la dottrina prevalente, ha tuttavia affermato: *che non emerge dal tenore letterale dell'art. 2043 c.c. che oggetto della tutela risarcitoria sia esclusivamente il diritto soggettivo*, e che la scissione della formula *danno ingiusto*, riferibile alla condotta, *costituisce*

¹⁰⁰ Cfr. PRINCIGALLI, *La responsabilità civile degli organi di vigilanza bancaria*, Bari, 1992; DELFINO, *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi: verso una soluzione "sistemica"*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 515 ss.; CAFAGNO, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Milano, 1996; BUSNELLI, *Lesione di interessi legittimi: dal muro di sbarramento alla "rete di contenimento"*, in *Danno e resp.*, 1997, 269. In senso contrario v. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 3 ss.

indubbia forzatura della lettera della norma, secondo la quale l'ingiustizia è requisito del danno.

Da quanto affermato dalla dottrina e della giurisprudenza, ***risulta netta la centralità del danno***, del quale viene previsto il risarcimento qualora sia "ingiusto", mentre la colpevolezza della condotta (in quanto contrassegnata da dolo o colpa) attiene all'imputabilità della responsabilità.

L'illecito, dunque, in quanto fatto lesivo di ben determinate situazioni ritenute dal legislatore meritevoli di tutela, assume connotati di **tipicità**, poiché l'area della risarcibilità non è definita da altre norme recanti divieti e quindi costitutive di diritti ma da una *clausola generale*, espressa dalla formula "danno ingiusto", in virtù della quale è risarcibile il danno che presenta le caratteristiche dell'ingiustizia, e cioè il **danno arrecato non iure**, da ravvisarsi nel danno inferto in difetto di una causa di giustificazione (non iure), che si risolve nella **lesione di un interesse rilevante per l'ordinamento** (altra opinione ricollega l'ingiustizia del danno alla violazione del **limite costituzionale di solidarietà, desumibile dagli artt. 2 e 41, comma 2, Cost.**, in riferimento a preesistenti situazioni del soggetto danneggiato giuridicamente rilevanti, e sotto tale ultimo profilo le tesi sostanzialmente convergono).

Dai pochi cenni sull'art. 2043 c.c. si ricava subito che la norma sulla **responsabilità aquiliana non è norma secondaria**, volta a sanzionare una condotta vietata da altre norme primarie, **ma norma primaria volta ad apprestare una riparazione del danno ingiustamente sofferto da un soggetto per effetto dell'attività altrui.**

Dunque, è pacifico che ai fini della configurabilità della responsabilità aquiliana **non rileva la qualificazione formale della posizione giuridica vantata dal soggetto**, dal momento che **la tutela risarcitoria è assicurata solo in relazione alla ingiustizia del danno**, ovvero fattispecie autonoma, caratterizzata dalla **lesione di un interesse giuridicamente rilevante.**

Ciò che rende l'art. 2043 c.c. una norma ad ampio spettro è che, riferendosi agli **interessi meritevoli di tutela**, essi non possono essere oggetto di una mera elencazione: la caratteristica del fatto illecito delineato dall'art. 2043 c.c., che è **norma primaria di protezione**, è infatti la sua atipicità.

Compito del giudice, chiamato ad attuare la tutela ex art. 2043 c.c., è quindi quello di *procedere ad una selezione degli interessi giuridicamente rilevanti, poiché solo la lesione di un interesse siffatto può dare luogo ad un "danno ingiusto", ed a tanto provvederà istituendo un giudizio di comparazione degli interessi in conflitto, e cioè dell'interesse effettivo del soggetto che si afferma danneggiato, e dell'interesse che il comportamento lesivo dell'autore del fatto è volto a perseguire, al fine di accertare se il sacrificio dell'interesse del soggetto danneggiato trovi o meno giustificazione nella realizzazione del contrapposto interesse dell'autore della condotta, in ragione della sua prevalenza.*

Sia la comparazione che la valutazione, non sono tuttavia rimesse alla discrezionalità del giudice, ma *vanno condotte alla stregua del diritto positivo, al fine di accertare se, e con quale consistenza ed intensità, l'ordinamento assicura tutela all'interesse del danneggiato, con disposizioni specifiche (così risolvendo in radice il conflitto, come avviene nel caso di interesse protetto nella forma del diritto soggettivo, soprattutto quando si tratta di diritti costituzionalmente garantiti o di diritti della personalità), ovvero comunque lo prende in considerazione sotto altri profili (diversi dalla tutela risarcitoria), manifestando così una esigenza di protezione (nel qual caso la composizione del conflitto con il contrapposto interesse è affidata alla decisione del giudice, che dovrà stabilire se si è verificata una rottura del "giusto" equilibrio intersoggettivo, e provvedere a ristabilirlo mediante il risarcimento).*

Nell'ipotesi di conflitto tra interesse individuale perseguito dal privato, ed interesse ultraindividuale perseguito dalla P.A., la soluzione non è rinvenibile nella diversa qualità dei contrapposti interessi, poiché *la prevalenza dell'interesse ultraindividuale, con correlativo sacrificio di quello individuale, può verificarsi soltanto se l'azione amministrativa è conforme ai principi di legalità e di buona amministrazione, e non anche quando è contraria a tali principi (ed è contrassegnata, oltre che da illegittimità, anche dal dolo o dalla colpa, come più avanti si vedrà).*

11. La Cass., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500. muovono da premesse ben precise:

a) il radicale dissenso sempre manifestato dalla quasi unanime dottrina, che ha criticato i presupposti la tradizionale lettura dell'art. 2043 c.c. e denunciato come iniqua la sostanziale immunità della P.A. per l'esercizio illegittimo della funzione pubblica che essa determina;

b) il progressivo formarsi di una giurisprudenza di legittimità volta ad ampliare l'area della risarcibilità ex art. 2043 c.c., sia nei rapporti tra privati, incrementando il novero delle posizioni tutelabili, che nei rapporti tra privati e P.A., valorizzando il nesso tra interesse legittimo ed interesse materiale sottostante (elevato ad interesse direttamente tutelato);

c) le perplessità più volte espresse dalla Corte Costituzionale circa l'adeguatezza della tradizionale soluzione fornita all'arduo problema (**sent. n. 35/1980; ord. n. 165/1998**);

d) gli interventi legislativi di segno opposto alla irrisarcibilità, culminati nel d.lgs. n. 80 del 1998, che, nell'operare una cospicua redistribuzione della competenza giurisdizionale tra giudice ordinario e giudice amministrativo, in base al criterio della giurisdizione esclusiva per materia, ha attribuito in significativi settori al giudice amministrativo, investito di giurisdizione esclusiva (comprensiva, quindi, delle questioni concernenti interessi legittimi e diritti soggettivi), il potere di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del *danno ingiusto*.

La giurisprudenza ha superato il principio che vedeva risarcibile, ex art. 2043 c.c., soltanto la lesione del diritto soggettivo, dilatando la portata della norma nei rapporti tra privati.

Il primo passaggio, si ha con la sentenza sent. Cass.n. 174/71, poi confermata dalle sentenze della Suprema Corte n. 2105/80; n. 555/84; n. 5699/86; n. 9407/87, che hanno esteso la risarcibilità non soltanto dei **diritti assoluti**, ma anche dei **diritti relativi**.

L'estensione della tutela aquiliana anche ai diritti relativi ha quindi condotto al riconoscimento della risarcibilità di altre situazioni giuridiche non rispondi nell'alveo del diritto soggettivo come è il caso del **c.d. diritto all'integrità del patrimonio o alla libera determinazione negoziale**, che ha

trovato il suo primo accoglimento nelle sentenze della **Suprema Corte n. 2765/82; n. 4755/86; n. 1147/92; n. 3903/95**, per arrivare al risarcimento del **danno da perdita di chance**, intesa come **probabilità effettiva e congrua di conseguire un risultato utile, da accertare secondo il calcolo delle probabilità o per presunzioni**. è il caso delle sentenze della Suprema Corte sent. n. 6506/85; n. 6657/91; n. 781/92; n. 4725/93).

Il passaggio, tuttavia, epocale lo si ha con il riconoscimento, già avvenuto in dottrina, della **risarcibilità della lesione di legittime aspettative (purché legittime e non di mera aspettativa**, legittimità non fondate necessariamente ed esclusivamente su precetti normativi ma a **principi etico - sociali di solidarietà familiare e di costume) di natura patrimoniale** nei rapporti familiari con le sentenze della Suprema Corte **n. 4137/81; n. 6651/82; n. 1959/95**, ed anche nell'ambito della famiglia di fatto sent. **n. 2988/94**.

La giurisprudenza, quindi, se da un lato ha riaffermava il **principio dell'identificazione del danno ingiusto con la lesione del diritto soggettivo**, dall'altro lo ha aggirato sempre più spesso *mascherando da diritto soggettivo situazioni che non avevano tale consistenza, come il preteso diritto all'integrità del patrimonio, le aspettative, le situazioni possessorie*.

La dottrina, tuttavia ha sempre avuto una visione più radicale ritenendo che l'art. 2043 c.c. *non è norma secondaria (di sanzione) rispetto a norme primarie (di divieto), ma racchiude in sé una clausola generale primaria, espressa dalla formula "danno ingiusto", in virtù della quale è risarcibile il danno che presenta le caratteristiche dell'ingiustizia, in quanto lesivo di interessi ai quali l'ordinamento, prendendoli in considerazione sotto vari profili (esulanti dalle tematiche del risarcimento), attribuisce rilevanza*.

12. Fatte le dovute premesse pubblicistiche e privatistiche, la valutazione delle ipotesi di **responsabilità dell'Autorità di Vigilanza**, non può prescindere neppure dalla nota sentenza **n. 3132 del 2001, con la quale la Corte di Cassazione¹⁰¹**,

¹⁰¹ Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, pubblicata in Banca, Borsa e Titoli di Credito, *Rivista*, 2000, II, 10 ss., con nota di CAPRIGLIONE, *Responsabilità*

riconoscendo la responsabilità civile CONSOB, definisce in nuovi termini il rapporto tra detto organo ed il pubblico dei risparmiatori-investitori.

La Suprema Corte, conclude che il **comportamento omissivo, per carente attività di vigilanza**, da parte dell'autorità competente integra i presupposti per la configurabilità di una **responsabilità civile**, ma non solo: la S.C., ritiene ammissibile ricorrere alla **prova presuntiva** di responsabilità dell'A. di V., **nell'ipotesi in cui essa ometta di attivarsi in modalità adeguate al conseguimento dei fini istituzionali che ledono le finalità demandate dal legislatore**¹⁰².

Dello stesso avviso è il **Consiglio di Stato, che con la decisione 6 agosto 2001, n. 4239**¹⁰³, che fa propria la posizione della Cassazione sottolineando che **per l'illecito delineato dagli artt. 2043 ss. c.c. devono trovare applicazione, peculiari criteri di specificazione della colpa, basati su elementi obiettivi riferibili all'ente nella sua complessiva struttura**: il C. di S. ritiene dunque che l'accertamento della illegittimità dell'atto ritenuto lesivo dell'interesse dell'amministrato rappresenta, nella generalità dei casi, indice presuntivo della colpa dell'Amministrazione, **ponendo a carico di quest'ultimo l'onere di provare la sussistenza, invece, di un errore scusabile (ex art. 1218 c.c.)**¹⁰⁴.

ed autonomia delle autorità di controllo del mercato finanziario di fronte alla "risarcibilità degli interessi legittimi".

¹⁰² Cfr. sul punto CARUSO, *Nell'adozione di provvedimenti illegittimi la colpa dell'amministrazione si presume*, in *Guida al diritto*, 8 settembre 2001, n. 34, 90 ss.

¹⁰³ Cfr. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte dei terzi*, Milano, 1964; VISINTINI, *La responsabilità civile nella giurisprudenza*, Padova, 1967; TUCCI, *Il danno ingiusto*, Napoli, 1970.

¹⁰⁴ Cfr. Cass., 3 marzo 2001, n. 3132, in *Foro it.*, 2001, I, 1139 ss., con nota di PALMIERI, *Responsabilità per omissione o insufficiente vigilanza: si affievolisce l'immunità della pubblica amministrazione*; per altri commenti v. CAPRIGLIONE, *Poteri dell'A.G. in presenza di azioni per danni nei confronti della Consob*, in *Mondo bancario*, 2001, n. 3; ANELLO e RIZZINI BISINELLI, *Responsabilità della Consob per omissione di vigilanza e risarcibilità del danno*, in *Società*, 2001, 577 ss.; GIACALONE, *Prospetto non veritiero della Consob*, in *Giust. civ.*, 2001, I, 914 ss.; MONTEDORO (nt. 54), 33 ss.; NASTASI, *La responsabilità delle autorità indipendenti per omissione di vigilanza*, in *Contr. e impr.*, 2003, n. 3, 1266 ss.; CLARICH, *La responsabilità della Consob*

Ciò che rileva per il Consiglio è la **peculiarità della funzione amministrativa** che si ricava non solo dalla specifica disciplina dettata dall'ordinamento sulle modalità di esercizio della stessa ma anche dalle oggettive caratteristiche del *c.d. contatto giuridico* che si instaura tra la P.A. e soggetti privati che sono coinvolti nell'attività di diritto pubblico¹⁰⁵.

A tal fine è preliminare individuare i **criteri indicativi della colpa che troveranno la corrispondenza nella violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione**¹⁰⁶.

Alla stessa conclusione giunge successivamente la S.C. Sez. III con la **sentenza 23 marzo 2011 n. 668**, la quale ha sancito la responsabilità della Consob per **violazione del principio di diligenza nello svolgimento della propria attività di controllo**; nella sentenza si legge: *l'attività della pubblica amministrazione, ed in particolare della Consob, ente pubblico di garanzia di controllo e vigilanza sul mercato dei valori mobiliari e sulla raccolta finanziaria del risparmio, deve svolgersi nei limiti e con l'esercizio dei poteri previsti dalle leggi speciali che la istituiscono, ma anche della norma primaria del neminem laedere, in considerazione dei principi di legalità, imparzialità e buona amministrazione dettati dallo art. 97 della Costituzione in correlazione con l'art. 47 prima parte della Costituzione; pertanto la Consob è tenuta a subire le conseguenze stabilite dall'art. 2043 c.c. atteso che tali principi di garanzia si pongono come limiti esterni alla sua attività discrezionale, ancorché il sindacato di questa rimanga precluso al giudice ordinario.*

*L'illecito civile, per la sua struttura, segue le comuni regole del codice civile anche per quanto concerne l'imputabilità soggettiva, la causalità, l'evento di danno e la sua quantificazione*¹⁰⁷.

nell'esercizio delle funzioni di vigilanza: due passi oltre la sentenza della Cassazione n. 500/1999, in Danno e responsabilità, 2002, n. 2.

¹⁰⁵ Cfr. Cass., sez. un., 2 maggio 2003, n. 6719, in questa *Rivista*, 2004, II, 401.

¹⁰⁶ G. Morini, *Abuso del diritto: i recenti orientamenti giurisprudenziali: Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 27/04/2015 n° 2064*. <https://www.altalex.com/documents/news/2015/09/29/abuso-del-diritto>

¹⁰⁷ Cfr. Cons. Stato, 6 agosto 2001, n. 4239, in *Urbanistica e appalti*, 2001, 1211.

Di diverso orientamento è parte della dottrina¹⁰⁸ che ravvisa la necessità di temperare la posizione della S.C.: *Pur apprezzando il percorso intrapreso dalla Suprema Corte, volto a contribuire alla costruzione di un sistema concorrenziale attraverso l'affermazione di una posizione paritaria tra i soggetti (pubblici, dotati di poteri autoritativi, e privati) presenti sul mercato — così “configurando ... un sistema di pesi e contrappesi in cui la responsabilità delle autorità di vigilanza è il contraltare dell'indipendenza” —, al fine di evitare che si realizzi una sorta di “irrealistica presunzione di responsabilità” delle Amministrazioni di controllo del mercato finanziario occorre procedere ad una congiunta verifica del possibile concorso colposo del danneggiato/ investitore.*

La gravità della colpa di questi nell'ipotesi di errate scelte di investimento potrebbe circoscrivere la responsabilità dell'amministrazione di controllo del mercato finanziario ed al contempo incentivare gli investitori ad incrementare il livello di diligenza imposto al loro agire, garantendo una maggiore composizione tra interesse danneggiato e funzione di tutela collegata all'azione dell'autorità.

Sulla base di tale riscontro diviene possibile circoscrivere le eventuali richieste di danno degli utenti in un settore, qual è quello dell'intermediazione finanziaria non bancaria, nel quale “la vigilanza non può essere configurata come servizio pubblico reso direttamente ai risparmiatori”¹⁰⁹.

13. La responsabilità dell'Autorità di Vigilanza, sussiste non solo in caso di omissione, ma anche nelle ipotesi di insufficienza delle attività di controllo espletate.

Per tali ragioni, è necessario, adesso procedere ad una indagine diversa, ovvero, sin dove, il sindacato della giurisdizione ordinaria può spingersi per valutare l'opportunità delle azioni compiute dalle Autorità di Vigilanza.

¹⁰⁸Mirella Pellegrini, *Il controllo sugli intermediari finanziari non bancari. Aspetti problematici ed orientamenti giurisprudenziali*, Banca Borsa e Titoli di Credito, 2006.

¹⁰⁹ Cfr. Cons. Stato, 6 agosto 2001, n. 4239, in *Urbanistica e appalti*, 2001, 1211.

La Cass. civ., 25-02-2020, n. 4957 ha affermato: a) che la valutazione dell'opportunità dell'esercizio dei poteri di indagine resta rimessa all'autorità competente; **il giudice non può sostituirsi dunque all'organo addetto al controllo nel valutare l'opportunità dell'esercizio dei poteri di indagine per riscontrare la sussistenza dell'illecito**, ma può e deve apprezzare, in base alle deduzioni dell'amministrazione ed all'esame degli atti relativi all'accertamento, se sia stato osservato il tempo ragionevolmente necessario per giungere alla completa conoscenza dell'illecito, **tenendo conto della maggiore o minore difficoltà del caso concreto** e della necessità comunque che tali indagini, pur nell'assenza di limiti temporali predeterminati, avvengano entro un termine congruo (così ad es. Cass. 08 agosto 2005, n. 16642 e 30 maggio 2006, n. 12830, ove richiamati; v. anche Cass. 13 dicembre 2011, n. 26734 e 03 settembre 2014, n. 18574).

Senza entrare nel merito dell'opportunità di atti di indagine, il giudice deve limitarsi a rilevare se vi sia stata una ingiustificata e protratta inerzia... durante o dopo la raccolta dei dati di indagine, tenuto anche conto che *ragioni di economia possono indurre... a raccogliere ulteriori elementi atti a dimostrare la sussistenza, accanto a violazioni già risultanti dagli atti raccolti, di altre violazioni amministrative, al fine di emettere un unic(o) provvedimento sanzionatorio* (così Cass. n. 16642 del 2005) che la valutazione della superfluità degli atti di indagine va effettuata con un giudizio ex ante.

È anche necessario prendere in considerazione l'effettiva assunzione da parte dell'Autorità di Vigilanza di provvedimenti, anche sanzionatori, che però vengono impugnati da parte dell'intermediario finanziario.

A questo proposito occorre **richiamare la giurisprudenza costituzionale secondo cui il principio della legalità della pena è ricavabile anche per le sanzioni amministrative dall'art. 25 Cost., comma 2, in base al quale è necessario che sia la legge a configurare, con sufficienza adeguata alla fattispecie, i fatti da punire** (sentenza n. 78 del 1967).

La Corte Costituzionale ha anche precisato in tempi più recenti che dall'art. 25 Cost., data l'ampiezza della sua formulazione, è desumibile il principio secondo cui **"tutte le**

misure di carattere punitivo - afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto" (sentenza n. 196 del 2010; in identico senso anche le sentenze n. 276 del 2016 e n. 104 del 2014) e che corollario di tale principio è quello di tassatività e sufficiente determinatezza delle norme sanzionatorie.

Principio, quest'ultimo, il quale, per un verso, vuole evitare che, in contrasto con il principio della divisione dei poteri, l'autorità amministrativa o "il giudice assuma(no) un ruolo creativo, individuando, in luogo del legislatore, i confini tra il lecito e l'illecito" (sentenza n. 327 del 2008; sul punto anche ordinanza n. 24 del 2017)

Sotto altro profilo, non diversamente dal principio d'irretroattività, è necessario *garantire la libera autodeterminazione individuale, permettendo al destinatario della norma penale di apprezzare a priori le conseguenze giuridico - penali della propria condotta* (ancora sentenza n. 327 del 2008).

Con riferimento ad ogni tipo di sanzioni amministrative, il principio di legalità, prevedibilità e accessibilità della condotta sanzionabile deriva non soltanto dai principi costituzionali, **ma anche da quelli del diritto convenzionale e sovranazionale Europeo**, in base ai quali è illegittimo sanzionare comportamenti posti in essere da soggetti che non siano stati messi in condizione di *conoscere*, in tutte le sue dimensioni tipizzate, la illiceità della condotta omissiva o commissiva concretamente realizzata. (Corte Cost. n. 121 del 2018).

La S. C. ha più volte ha affermato che (da ultimo **Cass. civ., 25-02-2020, n. 4963**), il giudizio di opposizione a sanzione amministrativa è strutturato dalla legge, nelle sue linee essenziali, in conformità al processo civile ordinario ed è pertanto retto dal principio della domanda, con conseguente divieto per il giudice di pronunciarsi su motivi di opposizione o su eccezioni non dedotte dalle parti (**Cass. n. 1173 del 2007; Cass. 23284 dei 2006; Cass. n. 217 del 2006**).

Detto criterio non può però essere applicato in maniera acritica ed automatica, ma deve essere coordinato con i principi informativi della disciplina posta dalla legge in materia di sanzioni amministrative, in particolare con il principio di legalità espresso dalla L. n. 689 del 1981, art. 1, in forza del quale

nessuno può essere assoggettato a sanzione amministrativa se non in forza di una legge che sia in vigore al momento in cui ha commesso il fatto.

Il principio di legalità, come già detto, costituisce invero cardine dell'intero sistema normativo di settore ed ha valore ed efficacia assoluta, essendo direttamente riferibile alla tutela di valori costituzionalmente garantiti (artt. 23 e 25 Cost.), sicché la sua attuazione non può rimanere, sul piano giudiziario, affidata alla mera iniziativa dell'interessato, ma deve essere garantita dall'esercizio della stessa funzione giurisdizionale.

Uno dei corollari che possono farsi discendere dal principio di legalità può essere espresso con l'affermazione secondo cui lo stesso **potere di irrogazione della sanzione amministrativa deve trovare il suo fondamento giuridico ineliminabile nella disposizione di legge che vieta e punisce la condotta sanzionata**; ciò equivale a dire che l'indagine in ordine alla esistenza e vigenza della norma di legge che vieta e quindi sanziona il comportamento ascritto al ricorrente nel provvedimento amministrativo investe il tema della sussistenza, in generale, dello stesso potere sanzionatorio e, quindi, del fondamento giuridico stesso del provvedimento opposto e non si risolve, pertanto, nell'accertamento di una mera causa di illegittimità dell'atto.

Ciò è confermato dal fatto che il giudice, quando pronuncia sulla fondatezza o infondatezza dell'opposizione, non può non pronunciarsi anche sulla esistenza e sull'applicazione della norma che sanziona quel determinato comportamento e che, specularmente, gli stessi motivi di opposizione investono sempre anche il tema dell'accertamento dell'esistenza della norma di legge su cui l'Autorità che ha adottato l'ordinanza ingiunzione giustifica la sanzione irrogata.

L'indagine circa la esistenza della norma di legge sanzionatoria costituisce pertanto un presupposto - **logico e giuridico insieme** - implicito di qualsiasi decisione giudiziaria in materia di opposizione a sanzione ed è operazione manifestamente diversa da quella che si svolge ai fini dell'accertamento dei vizi del provvedimento sanzionatorio, la quale, risolvendosi nella verifica della presenza di cause di difformità del provvedimento opposto rispetto allo schema delineato dalla legge, presuppone pur sempre la sussistenza di

un modello legale cui ricondurre il contenuto del provvedimento.

Ne è conferma la stessa possibilità per il giudice, sulla cui esistenza non può certo sorgere questione, di sollevare di propria iniziativa, anche senza sollecitazioni della parte, la questione di illegittimità costituzionale della norma di legge che punisce il comportamento sanzionato (**Sez. II, Sent. n. 17403 del 2008**).

Si possono inoltre porre casi, in cui le violazioni da parte dell'intermediario finanziario, siano oggetto di sanzioni in virtù di norme sulla quale è intervenuta, nel contenuto della fattispecie e in quello sanzionatorio, la Corte Costituzionale o il legislatore.

È l'ipotesi La L. 28 dicembre 2005, n. 262, art. 39: essa (Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari) stabilì in via generale, al comma 1, il raddoppio delle pene previste per i reati di cui al D.L.vo 1 settembre 1993, n. 385 (T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia), dal t.u. finanza e dalla L. 12 agosto 1982, n. 576 (Riforma della vigilanza sulle assicurazioni), e al comma 5 la quintuplicazione di tutte le sanzioni amministrative pecuniarie previste in tali corpi normativi.

Per effetto di tale riforma, dunque, la sanzione amministrativa pecuniaria prevista per l'illecito amministrativo di cui al D.L.vo n. 58 del 1998, art. 187-ter fu innalzata a centomila Euro nel minimo e a venticinque milioni di Euro nel massimo; con la L. n. 154 del 2014 delegò il Governo a rivedere le cornici edittali delle sanzioni pecuniarie amministrative previste dal t.u. bancario e dal t.u. finanza (art. 3, comma 1, lett. i e m), con il compito, tra gli altri, di *valutare l'estensione del principio del favor rei ai casi di modifica della disciplina vigente al momento in cui è stata commessa la violazione* (art. 3, comma 1, lett. m, n. 1).

In sede di attuazione della delega, il D.L.vo n. 72 del 2015, art. 6, comma 3, dispose che *(a)le sanzioni amministrative previste dal D.L.vo 24 febbraio 1998, n. 58, non si applica la L. 28 dicembre 2005, n. 262, art. 39, comma 3*: con un effetto, dunque, di ripristino della cornice edittale originariamente stabilita dalla L. n. 62 del 2005 per gli illeciti amministrativi da essa previsti, al netto della quintuplicazione introdotta, appunto, dalla L. n. 262 del 2005.

Per effetto dunque del D.L.vo n. 72 del 2015, art. 6, comma 3, l'illecito amministrativo previsto dal D.L.vo n. 58 del 1998, art. 187-ter tornava a essere punito con una sanzione amministrativa pecuniaria da ventimila a cinque milioni di Euro, salva la possibilità di procedere agli aumenti di cui allo stesso art. 6, comma 5.

Il D.L.vo n. 72 del 2015, art. 6, comma 2, stabilì, tuttavia, che *(I) le modifiche apportate alla parte V del D.L.vo 24 febbraio 1998, n. 58, si applicano alle violazioni commesse dopo l'entrata in vigore delle disposizioni adottate dalla Consob e dalla Banca d'Italia secondo le rispettive competenze (...). Alle violazioni commesse prima della data di entrata in vigore delle disposizioni adottate dalla Consob e dalla Banca d'Italia continuano ad applicarsi le norme della parte V del D.L.vo 24 febbraio 1998, n. 58 vigenti prima della data di entrata in vigore del presente D.L.vo*

In tal modo, il legislatore delegato non soltanto escluse implicitamente che alle modifiche apportate alla Parte V (relativa alle disposizioni sanzionatorie) del t.u. finanza potesse essere attribuita efficacia retroattiva rispetto ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore del D.L.vo n. 72 del 2015, ma addirittura rinviò l'applicabilità delle nuove disposizioni al momento dell'entrata in vigore dei regolamenti che la Banca d'Italia e la Commissione nazionale per le società e la borsa (CONSOB) avrebbero dovuto adottare in forza del D.L.vo medesimo.

Tali regolamenti furono, in effetti, adottati dalla CONSOB con la Delib. 24 febbraio 2016, n. 19521 (Modifiche al regolamento sul procedimento sanzionatorio della Consob ai sensi della L. 28 dicembre 2005, n. 262, art. 24 adottato con Delib. 19 dicembre 2013 e successive modificazioni, n. 18750), che modificò il vigente regolamento sul procedimento sanzionatorio della stessa CONSOB, e poi dalla Banca d'Italia con provvedimento del 3 maggio 2016, che parimenti modificò il proprio procedimento sanzionatorio.

Per quanto riguarda il principio della applicabilità del principio di retroattività della disciplina più favorevole (cd principio della *lex mitior* Corte Cost. sentenza n. 393 del 2006 e sentenza n. 236 del 2011) la Corte Costituzionale ribadisce che

a tale principio deve assegnarsi un duplice, e concorrente, fondamento.

L'uno riconducibile allo spettro di tutela del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., nel cui alveo peraltro la sentenza n. 393 del 2006, in epoca immediatamente precedente alle sentenze gemelle n. 348 e n. 349 del 2007, aveva già fatto confluire gli obblighi internazionali derivanti dall'art. 15, comma 1, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici e dall'art. 49, paragrafo 1, CDFUE, considerati in quell'occasione come criteri interpretativi (sentenza n. 15 del 1996) delle stesse garanzie costituzionali.

L'altro, di origine internazionale, ma avente ora ingresso nel nostro ordinamento attraverso l'art. 117 Cost., comma 1, riconducibile all'art. 7 CEDU, nella lettura offertane dalla giurisprudenza di Strasburgo (**Scoppola, Corte Europea dei diritti dell'uomo, decisione 27 aprile 2010, Morabito contro Italia; sentenza 24 gennaio 2012, Mihai Toma contro Romania; sentenza 12 gennaio 2016, Gouarré Patte contro Andorra; sentenza 12 luglio 2016, Ruban contro Ucraina**), nonché alle altre norme del diritto internazionale dei diritti umani vincolanti per l'Italia che enunciano il medesimo principio, tra cui lo stesso artt. 15, comma 1, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici e art. 49, paragrafo 1, CDFUE, quest'ultimo rilevante nel nostro ordinamento anche ai sensi dell'art. 11 Cost..

A tale pluralità di basi normative nel testo costituzionale fa, peraltro, da contraltare **la comune ratio della garanzia in questione**, identificabile in sostanza nel diritto dell'autore del reato a essere giudicato, e se del caso punito, in base all'apprezzamento attuale dell'ordinamento relativo al disvalore del fatto da lui realizzato, anziché in base all'apprezzamento sotteso alla legge in vigore al momento della sua commissione.

Comune è altresì il limite della tutela assicurata, assieme, dalla Costituzione e dalle carte internazionali a tale garanzia: tutela che la giurisprudenza costituzionale ritiene non assoluta, **ma aperta a possibili deroghe, purché giustificabili al metro di quel *vaglio positivo di ragionevolezza* richiesto dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 393 del 2006, in relazione alla necessità di tutelare interessi di rango**

costituzionale prevalenti rispetto all'interesse individuale in gioco.

Per quanto riguarda l'applicabilità del principio della retroattività *della lex mitior* anche alle sanzioni amministrative la Corte Costituzionale richiama quanto affermato nella sentenza n. 193 del 2016 e afferma nuovamente che, **rispetto a singole sanzioni amministrative che abbiano natura e finalità punitiva, il complesso dei principi enucleati dalla Corte di Strasburgo a proposito della "materia penale" - ivi compreso, dunque, il principio di retroattività della *lex mitior*, nei limiti appena precisati - non può che estendersi anche a tali sanzioni.**

La S.C. fa anche un'altra importante precisazione allorché afferma che a tale conclusione non osta l'assenza di precedenti specifici nella giurisprudenza della Corte EDU, perché *è da respingere l'idea che l'interprete non possa applicare la CEDU, se non con riferimento ai casi che siano già stati oggetto di puntuali pronunce da parte della Corte di Strasburgo (sentenza n. 68 del 2017).*

L'estensione del principio di retroattività della *lex mitior* in materia di sanzioni amministrative aventi natura e funzione *punitiva* è, del resto, conforme alla logica sottesa alla giurisprudenza costituzionale sviluppata, sulla base dell'art. 3 Cost., in ordine alle sanzioni propriamente penali.

Infatti, perché la sanzione amministrativa abbia natura *punitiva*, di regola non vi sarà ragione per continuare ad applicare tale sanzione, **qualora il fatto sia successivamente considerato non più illecito**; né per continuare ad applicarla in una misura considerata ormai eccessiva (e per ciò stesso sproporzionata) rispetto al mutato apprezzamento della gravità dell'illecito da parte dell'ordinamento, e ciò salvo che sussistano ragioni cogenti di tutela di controinteressi di rango costituzionale, tali da resistere al medesimo *vaglio positivo di ragionevolezza*, al cui metro debbono essere in linea generale valutate le deroghe al principio di retroattività *in mitius* nella materia penale.

Non si pone alcun dubbio sul fatto che le sanzioni amministrative previste dal D.L.vo n. 58 del 1998, art. 187-bis e art. 187-ter abbiano natura punitiva, e soggiacciono, pertanto, alle garanzie che la Costituzione e il diritto internazionale dei

diritti umani assicurano alla materia penale, ivi compresa la garanzia della retroattività della *lex mitior*.

Tali sanzioni non possono essere considerate come misure meramente ripristinatorie dello *status quo ante*, né semplicemente miranti alla prevenzione di nuovi illeciti.

Si tratta, infatti, di sanzioni dall'elevatissima carica afflittiva, che possono giungere, oggi, sino a cinque milioni di Euro (a loro volta elevabili sino al triplo ovvero al maggior importo di dieci volte il profitto conseguito o le perdite evitate), e che sono comunque sempre destinate, nelle intenzioni del legislatore, a eccedere il valore del profitto in concreto conseguito dall'autore, a sua volta oggetto, di separata confisca.

Tale pena afflittiva si spiega soltanto in chiave di punizione dell'autore dell'illecito in questione, in funzione di una finalità di deterrenza, o prevenzione generale negativa, che è certamente comune anche alle pene in senso stretto.

Infatti, proprio in considerazione della "finalità repressiva" di queste sanzioni amministrative e del loro "elevato carico di severità", ne è già stata riconosciuta l'evidente logica punitiva (con riferimento all'art. 187 ter vedi: **Corte Europea dei diritti dell'uomo (sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia, paragrafi 94-101), Corte di giustizia UE (Grande sezione, sentenza 20 marzo 2018, Garlsson e altri, in causa C-537/16, paragrafi 34-35) e Corte di Cassazione (sezione quinta civile, sentenza 30 ottobre 2018, n. 27564).**

Tali problematiche, possono, inevitabilmente ripercuotersi sulla natura della condotta dell'intermediario, poiché potrebbe interrompere il nesso causale tra condotta ed evento dannoso arrecato all'utente finale per effetto del venire meno della norma oggetto di violazione

14. Per poter valutare la sussistenza della responsabilità dell'Autorità di Vigilanza per condotte omissive o insufficienti, e quindi la possibilità di convenire in giudizio quest'ultima per ottenere il risarcimento danni ex art. 2043 c.c., dovrà procedere, in ordine successivo, a svolgere le seguenti indagini:

a) in primo luogo, dovrà accertare la **sussistenza di un evento dannoso**;

b) procederà quindi a stabilire **se l'accertato danno sia qualificabile come danno ingiusto**, in relazione alla sua incidenza su un interesse rilevante per l'ordinamento, che può essere indifferentemente un interesse tutelato **nelle forme del diritto soggettivo (assoluto o relativo)**, ovvero nelle forme **dell'interesse legittimo** (quando, cioè, questo risulti funzionale alla protezione di un determinato bene della vita, poiché è la lesione dell'interesse al bene che rileva ai fini in esame), o **altro interesse** (non elevato ad oggetto di immediata tutela, ma) **giuridicamente rilevante** (in quanto preso in considerazione dall'ordinamento a fini diversi da quelli risarcitori, e quindi non riconducibile a mero interesse di fatto);

c) dovrà inoltre accertare, sotto il **profilo causale**, facendo applicazione dei noti criteri generali, se l'evento dannoso sia riferibile ad una condotta (positiva o omissiva) della A. di V.;

d) provvederà, infine, a stabilire se il detto **evento dannoso sia imputabile a dolo o colpa della A. di V.**

La colpa (unitamente al dolo) costituisce infatti componente essenziale della fattispecie della responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c.

Non sarà invocabile, ai fini dell'accertamento della colpa, il principio secondo il quale la colpa della struttura pubblica sarebbe *in re ipsa* nel caso di esecuzione volontaria di atto amministrativo illegittimo, poiché tale principio, enunciato dalla giurisprudenza di questa S.C. con riferimento all'ipotesi di attività illecita, per lesione di un diritto soggettivo, secondo la tradizionale interpretazione dell'art. 2043 c.c. (**sent. n. 884/61; n. 814/67; n. 16/78; n. 5361/84; n. 3293/94; n. 6542/95**), non è conciliabile con la più ampia lettura della suindicata disposizione, svincolata dalla lesione di un diritto soggettivo.

L'imputazione non potrà quindi avvenire sulla base del mero dato obiettivo della illegittimità dell'azione amministrativa, ma **il giudice ordinario dovrà svolgere una più penetrante indagine, non limitata al solo accertamento dell'illegittimità del provvedimento in relazione alla normativa ad esso applicabile, bensì estesa anche alla valutazione della colpa, non del funzionario agente (da riferire ai parametri nella negligenza o imperizia), ma della A. di V. intesa come apparato (in tal senso, v. sent. n. 5883/91)** che sarà configurabile nel caso in cui l'adozione e l'esecuzione dell'atto

illegittimo (lesivo dell'interesse del danneggiato) sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi e che il giudice ordinario può valutare, in quanto si pongono come limiti esterni alla discrezionalità.

Rispetto al giudizio che, nei termini suindicati, può svolgersi davanti al giudice ordinario, non sembra ravvisabile la necessaria pregiudizialità del giudizio di annullamento.

Questa è stata infatti in passato costantemente affermata per l'evidente ragione che solo in tal modo si perveniva all'emersione del diritto soggettivo, e quindi all'accesso alla tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c., riservata ai soli diritti soggettivi, e non può quindi trovare conferma alla stregua del nuovo orientamento, che svincola la responsabilità aquiliana dal necessario riferimento alla lesione di un diritto soggettivo.

E l'autonomia tra le due giurisdizioni risulta ancor più netta ove si consideri il diverso ambito dei giudizi, ed in particolare l'applicazione, da parte del giudice ordinario, ai fini di cui all'art. 2043 c.c., di un criterio di imputazione della responsabilità non correlato alla mera illegittimità del provvedimento, **bensì ad una più complessa valutazione, estesa all'accertamento della colpa, dell'azione amministrativa denunciata come fonte di danno ingiusto.**

Qualora (in relazione ad un giudizio in corso) l'illegittimità dell'azione amministrativa (a differenza di quanto è avvenuto nel procedimento in esame) non sia stata previamente accertata e dichiarata dal giudice amministrativo, il giudice ordinario ben potrà quindi svolgere tale accertamento al fine di ritenere o meno sussistente l'illecito, poiché l'illegittimità dell'azione amministrativa costituisce uno degli elementi costitutivi della fattispecie di cui all'art. 2043 c.c.