RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO DELL'ECONOMIA

RASSEGNA
DI
DOTTRINA
E
GIURISPRUDENZA

DIREZIONE SCIENTIFICA

G. ALPA - M. ANDENAS - A. ANTONUCCI
F. CAPRIGLIONE - R. MASERA - R. Mc CORMICK
F. MERUSI - G. MONTEDORO - C. PAULUS

1 / 2015

ISSN: 2036 - 4873

RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO DELL'ECONOMIA

WWW.RTDE.LUISS.IT

La sede della Rivista è presso
la Fondazione G. Capriglione Onlus,
Università Luiss G. Carli,
Viale Romania 32, 00197 Roma.

Direzione Scientifica

G. Alpa - M. Andenas - A. Antonucci - F. Capriglione - R. Masera

F. Merusi - R. McCormick - G. Montedoro - C. Paulus

Direttore Responsabile

F. Capriglione

Comitato di Redazione

A. Tucci - V. Lemma - E. Venturi - D. Rossano - N. Casalino - A. Troisi

I contributi pubblicati in questa Rivista potranno essere riprodotti dalla Fondazione G. Capriglione Onlus su altre proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

Autorizzazione n. 136/2009, rilasciata dal Tribunale di Roma in data 10 aprile 2009.

COMITATO SCIENTIFICO PER LA VALUTAZIONE

G. Alpa, M. Andenas, A. Antonucci, S. Amorosino, E. Bani, P. Benigno, A. Blandini, C. Brescia Morra, E. Cardi, N. Casalino, M. Clarich, A. Clarizia, F. Colombini, G. Conte, P.E. Corrias, L. De Angelis, M. De Benedetto, P. De Carli, C. De Caro, M. De Poli, G. Desiderio, L. Di Brina, L. Di Donna, G. Di Taranto, L. Foffani, C. Fresa, P. Gaggero, V. Lemma, R. Lener, F. Maimeri, A. Mangione, R. Masera, R. McCormick, F. Merusi, F. Moliterni, G. Montedoro, G. Niccolini, P. Passalacqua, C. Paulus, M. Pellegrini, N. Rangone, P. Reichlin, R. Restuccia, A. Romano, C. Rossano, C. Russo, A. Sciarrone, M. Sepe, D. Siclari, G. Terranova, G. Tinelli, V. Troiano, A. Tucci, A. Urbani, P. Valenzise, A. Zimatore

REGOLE DI AUTODISCIPLINA PER LA VALUTAZIONE DEI CONTRIBUTI

I contributi inviati alla Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia sono oggetto di esame da parte del «Comitato scientifico per la valutazione» secondo le presenti regole.

1. Prima della pubblicazione, tutti gli articoli, le varietà, le note e le osservazioni a sentenza inviati alla *Rivista* sono portati all'attenzione di due membri del *Comitato*, scelti in ragione delle loro specifiche competenze ed in relazione all'area tematica affrontata nel singolo contributo.
2. Il contributo è trasmesso dalla *Redazione* in forma anonima, unitamente ad una scheda di valutazione, ai membri del *Comitato*, perché i medesimi – entro un congruo termine – formulino il proprio giudizio.
3. In ciascun fascicolo della *Rivista* sarà indicato, in ordine alfabetico, l'elenco dei membri del *Comitato* che hanno effettuato la valutazione dei contributi pubblicati.
4. In presenza di pareri dissenzienti, la *Direzione* si assume la responsabilità scientifica di procedere alla pubblicazione, previa indicazione del parere contrario dei membri del *Comitato*.
5. Ove dalle valutazioni emerga un giudizio positivo condizionato (a revisione, integrazione o modifica), la *Direzione* promuove la pubblicazione solo a seguito dell'adeguamento del contributo alle indicazioni dei membri del *Comitato,* assumendosi la responsabilità della verifica.

I CONTRIBUTI DEL PRESENTE FASCICOLO SONO STATI VALUTATI DA:

S. Amorosino - E. Bani - L. Di Brina- L. Di Donna - F. Moliterni
R. Restuccia - M. Sepe - D. Siclari - V. Troiano - A. Urbani

PARTE PRIMA

ARTICOLI

FRANCESCO CAPRIGLIONE – *La riforma delle "banche popolari"* (The reform of "popular banks").....1

MIRELLA PELLEGRINI – *Equilibrio di genere negli intermediari "finanziari"* (Gender diversity in the "financial "intermediaries) 26

VALERIO LEMMA – *Fondi sanitari integrativi tra gestione del rischio e risparmio* (Private health funds in the middle of risk management and savings).....43

VARIETA'

GIANCARLO MONTEDORO - MARIANA GIORDANO – *Nota introduttiva al seminario su: "La legge di stabilità: le politiche economiche possibili fra diritto costituzionale e diritto europeo"* (Introduction to the seminar on "The Italian financial stability act: potential economic policies between Public law and European law).....66

PARTE SECONDA

NOTE ED OSSERVAZIONI A SENTENZA

BRUNELLA RUSSO – *Ancora una pronuncia della Suprema Corte sul riconoscimento degli interessi anatocistici* (Another opinion of the Italian Supreme Court on the compound interest calculation).....1

ANDREA SACCO GINEVRI – Ruolo del presidente di società bancaria e gestione dei servizi di investimento (Role of the Chairman of the bank entities in the investment services' management).....30

PARTE PRIMA

ARTICOLI

LA RIFOMA DELLE "BANCHE POPOLARI"

(*The reform of "popular banks"*)

ABSTRACT: *This paper examines the contents of the Law 24 March 2015, n. 33, which amended the organizational model of the popular banks, now restricted only to cooperative societies with an asset side of the balance sheet in the limit of eight billion euro. It analyzes the position of the Italian banking system in which the most significant popular banks have lost the protection of the 'voto capitario' (i.e. one person one vote); it shows that this reform opens to important structural changes within a large part of the credit sector, whose effects impact primarily on the size of its members.*

Therefore this article explains the reasons which made anachronistic the intent to preserve the cooperative regime for all the banks of this category . It is clear that behind the defense of the 'ancien regime' were hidden interests aimed at not modifying old favorable positions, unacceptable today in facing the need to optimize a relevant part of the Italian financial system.

SOMMARIO: 1. Nuova ipotesi disciplinare delle 'banche popolari'. - 2. Processo evolutivo delle 'popolari' ed indicazioni per un mutamento di «tipo». - 3. *Segue*: la riforma del diritto societario di inizio millennio e la regolazione della *specificità* cooperativa. - 4. Il rinnovamento sistemico delle banche popolari nell'orientamento dell'autorità di controllo. - 5. La logica ordinatoria seguita nel d.l. n. 3/2015. - 6. Contenuti della riforma delle 'popolari': introduzione di limiti nell'applicazione del modello cooperativo. - 7. *Segue*: talune valutazioni critiche e loro confutazione. - 8. La condivisione dell'impegno riformatore... - 9. *Segue*: ... e le residue perplessità. - 10. Conclusioni.

1. Le considerazioni qui formulate si propongono soltanto di puntualizzare le implicazioni giuridiche ed economiche delle disposizioni contenute nel d.l.

n. 3/2015.

Volendo richiamare i tratti distintivi della normativa introdotta dal menzionato d.l., va subito detto che lo snodo della riforma va individuato nella previsione secondo cui l'attivo delle banche popolari «non può superare 8 miliardi di euro», stabilendosi al riguardo che «in caso di superamento del limite … l' organo di amministrazione convoca l'assemblea per le determinazioni del caso». Inoltre, rileva l'ulteriore precisazione che «se entro un anno dal superamento del limite l'attivo non è stato ridotto al di sotto della soglia, ne è stata deliberata la trasformazione in società per azioni … o la liquidazione, la Banca d'Italia … può adottare il divieto di intraprendere nuove operazioni … o proporre alla BCE la revoca dell'autorizzazione all'attività bancaria e al Ministero dell'Economia e delle Finanze la liquidazione coatta amministrativa» (art. 1, comma 1, lett. *b*).

Si è in presenza di un'ipotesi disciplinare che segna un profondo cambiamento degli enti creditizi in questione, prescrivendo la traslazione di alcuni di loro nell'ambito delle società di capitali. In particolare, il d.l. si preoccupa di introdurre norme che vanno: (i) dalla limitazione del diritto al rimborso delle azioni nel caso di recesso «secondo quanto previsto dalla Banca d'Italia, anche in deroga a norma di legge, laddove ciò è necessario ad assicurare la computabilità delle azioni nel patrimonio di vigilanza»; (art. 1, comma 1, lett. *a*); (ii) alla regolazione delle «trasformazioni di banche popolari in società per azioni» e delle «fusioni a cui prendono parte banche popolari e da cui risultino società per azioni» (art. 1, comma 1, lett. *c*); (iii) alla permanente validità, *in subiecta materia*, del disposto degli articoli 56 e 57 *tub* (art. 1, comma 3); (iv) alla introduzione di opportune modifiche al disposto dell'articolo 150 *bis tub*, riguardante le forme di coordinamento in tema di banche cooperative tra la disciplina speciale e quella comune (art. 1, comma 3, lett. *d*).

È evidente come, a livello sistemico, dette modifiche della vigente disci-

plina speciale incidono sulla formula organizzativa della «cooperazione di credito». Ciò avviene, tuttavia, in un contesto nel quale il disegno del Governo - pur recuperando talune istanze rappresentate dagli studiosi al fine di un più adeguato raccordo dello schema normativo delle 'popolari' all'effettiva operatività delle medesime - lascia insoluti alcuni aspetti della problematica relativa alle «banche cooperative».

2. Volendo delineare un compiuto quadro dei profili tematici da chiarire, ritengo opportuno muovere dalle indicazioni rinvenibili in letteratura con riguardo alle ragioni che hanno indotto alcuni studiosi da tempi lontani a valutare criticamente l'applicazione alle 'popolari' della formula organizzativa delle società cooperative.

Al riguardo, mi si consenta un ricordo personale di quando - vent'anni or sono, valutando l'equiparazione disposta dal testo unico bancario (d.lgs. n. 385/1993) tra le due tipologie di banche cooperative ivi previste - sostenni la tesi della incongruente riferibilità alle banche popolari del modello di *governance* riservato alle società riconducibili nell'ambito della cooperazione costituzionalmente protetta.[1] La mia analisi si fondava sulla constatazione che, da oltre mezzo secolo, le banche popolari avevano dismesso lo scopo sociale proprio delle «cooperative», tant'è che autorevoli studiosi (tra i quali ricordo Giuseppe Ferri, negli anni 50 del novecento) avevano sostenuto che le popolari non *riproducevano* più la *sostanza* di queste ultime.[2]

Il venir meno del collegamento di tali banche al valore *causale* proprio della società cooperativa, implicita conseguenza del loro processo evolutivo, mi induceva a ritenere che la conservazione del relativo schema, disposta dal legi-

[1] Cfr. *Cooperazione di credito e testo unico bancario*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n. 39, Roma, 1995.
[2] Cfr. FERRI, *Banca popolare*, in *Enc. dir*., Vol. V, p.13.

slatore del testo unico bancario, era dovuta essenzialmente alla finalità di garantire forme di pluralismo soggettivo all'interno del settore creditizio.[3]

Sotto altro profilo, detta conclusione mi appariva avvalorata dall'intento dei soggetti che utilizzano tale modello di fruire delle peculiarità che connotano la cd. gestione democratica (*i.e*. il noto principio *una testa un voto*), la quale evita la contendibilità delle banche in parola (*rectius*: la possibilità della loro scalata e, dunque, l'inserimento in gruppi bancari). A ciò si aggiunga poi la possibilità, consentita dallo schema cooperativo, di assicurare al *management* il governo dell'azienda bancaria sulla base del *consenso* formulato da soggetti che non necessariamente detengono significative quote del capitale sociale (possibilità tanto più verosimile in quanto, spesso, correlata alle carenze del sistema delle deleghe).

Successivamente, all'inizio di questo millennio, di fronte alla prospettiva di significative innovazioni del sistema bancario, ravvisai opportuno valutare con favore la possibilità di un cambiamento di «tipo» da parte delle 'popolari', la cui attività si connotava per un sempre maggiore allontanamento dal modello della 'società cooperativa a fondamento mutualistico'. Ritenni, infatti, ipotizzabile la trasformazione di tali banche in società per azioni, nel convincimento che tale operazione avrebbe consentito ad esse l'acquisizione di uno *status* coerente con le loro caratteristiche funzionali.[4]

Tale ipotesi ricostruttiva mi appariva realistica anche per il fatto che, nella sua realizzazione, sarebbe stato possibile evitare la dispersione di alcuni significativi aspetti della *specificità* cooperativa. Ciò, previa adozione - in sede di cambiamento del «tipo» societario - di una particolare normativa statutaria volta a delineare l'assetto organizzativo ed operativo delle nuove entità bancarie in

---

[3] Tale tesi sostenuta nel saggio citato nella precedente nota n.1, venne poi da me puntualizzata nel lavoro monografico *Banche popolari. Metamorfosi di un modello*, Bari, 2001, p. 26 ss.
[4] Cfr. CAPRIGLIONE *Banche popolari. Metamorfosi di un modello*, cit., cap. VI.

modalità idonee a salvaguardare i pregressi segni distintivi delle 'popolari'. Mi riferivo, in particolare, alla valorizzazione delle prerogative che queste ultime avevano sviluppato nel tempo, consentendo il conseguimento di livelli particolarmente elevati di efficienza e produttività.

In tale logica, ipotizzavo che dovesse ritenersi del tutto legittima la formulazione di regole - che la società bancaria può darsi in base ai noti criteri di autonomia statutaria[5] - recanti la prescrizione di «limiti» alle ordinarie modalità di disciplina delle società per azioni; normativa statutaria che, di certo, sarebbe stata in grado di salvaguardare la continuità del legame (economico) delle 'popolari' col territorio nel quale erano allocate ed operavano, nonché la possibilità di un azionariato diffuso.

Da qui la configurabilità di disposizioni statutarie destinate ad evidenziare forme di operatività preferenziale con soggetti residenti nei luoghi di insediamento della banca ovvero a stabilire condizioni speciali per le contrattazioni poste in essere in determinati territori. Analogamente, prendevo in considerazione la possibilità d'introdurre un limite al «possesso azionario», correlato al mantenimento di una compagine sociale particolarmente segmentata, oltre che preordinato ad ostacolare eventuali forme di prevaricazione da parte di pochi soci, che - da soli o in aggregazione con altri (facendo ricorso a 'patti di sindacato') - fossero riusciti ad esprimere posizioni di controllo.[6]

Naturalmente, non mancavo di sottolineare, nell'occasione, che ciascuna 'popolare' restava libera di graduare nelle modalità ritenute più opportune il ri-

---

[5] Cfr. per tutti CERA, *Autonomia statutaria delle banche e vigilanza*, Milano, 2001, *passim*.

[6] In particolare, la presenza di una clausola siffatta costituiva, a mio avviso, un valido deterrente a fronte di possibili disegni di *scalata* (così recuperandosi, in via di autoregolamentazione, un tipico criterio ordinatorio della formula cooperativa); ciò, nonostante la presenza di alcune riserve in passato sollevate *in subiecta materia*, da parte della dottrina e della giurisprudenza, con riguardo alla questione relativa alle modalità d'introduzione delle clausole in parola (*i.e.* alla possibilità di una loro adozione a maggioranza).

corso alla predetta forma di regolazione (particolarmente indicata per gli enti creditizi interessati alla conservazione dei loro originari elementi funzionali).

3. Per intendere appieno il significato delle proposizioni del d.l. in esame, ritengo necessario far presente che la riforma del diritto societario di inizio millennio - nel riscrivere le norme concernenti la struttura e/o il funzionamento delle cooperative - ha ritenuto che l'elemento causale di tale tipologia societaria, individuato nell'essenza mutualistica delle stesse,[7] deve essere considerato suscettibile di modifica, nel senso che detto originario scopo può essere ridimensionato, sì da renderlo non «prevalente».[8]

Si è, dunque, proceduto ad una sorta di presa d'atto dei profondi cambiamenti che, nel tempo, hanno interessato alcune società cooperative, nonché dello specifico rilievo ascrivibile alla formula organizzativa di tali enti. L' unitarietà del fenomeno è stata, quindi, incentrata soprattutto nella peculiarità della relativa struttura (legata ai tradizionali elementi dello schema cooperativistico), la quale viene ritenuta adeguata al conseguimento di una funzione sociale, da ricercare peraltro in un contesto diverso dalla «gestione di servizio», fino a quel momento considerata dalla prevalente dottrina idonea a rappresentare l' essenza giuridica della mutualità.[9]

---

[7] Cfr. per tutti OPPO, *L'essenza della cooperativa e gli studi recenti*, in *Riv. dir. div.*, 1959, I, p. 369 ss.

[8] Cfr. MARASÀ, *La mutualità nelle banche di credito cooperativo dopo la riforma del diritto societario*, in AA.VV., *Le banche cooperative e il nuovo diritto societario*, Firenze, 2004, p. 69 ss.

[9] Cfr., tra gli altri, OPPO, *L'essenza della cooperativa e gli studi recenti*, cit.; BUTTARO, *Sulla «non diversa natura» delle casse rurali e delle banche popolari*, in *Banca e borsa*, 1973, II, p. 187; MARASÀ, *Le società senza scopo di lucro*, Milano, 1984; SCHIRÒ, *Mutualità cooperativa ed atti di scambio*, in *Il contratto. Silloge in onore di Oppo*, II, Milano, 1992, p. 719; BUONOCORE, *Diritto della cooperazione*, Bologna, 1997, p. 145; GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 1998-1999, p. 418; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, II, Torino, 1999, p. 531; TATARANO, *L'impresa cooperativa*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2002, p. 46.

Orbene, se si ha riguardo all'inquadramento giuridico delle banche popolari, deve sottolinearsi come - all'epoca della riforma del diritto societario - a fronte dell' esenzione dai controlli sulle cooperative previsti dalla disciplina codicistica, esse erano sottratte a talune prescrizioni introdotte da leggi speciali (come il d.lgs. n. 1577 del 1947, c.d. legge Basevi). In tale contesto si iscrive il regime normativo - e, in particolare, le previsioni della legge n. 59 del 1992 (recante modifiche alla regolazione delle cooperative), dichiarata dal legislatore non applicabile alle «popolari» - che esclude gli enti in esame dalla disciplina generale sulla cooperazione, consentendo di circoscrivere il senso della loro qualificazione societaria all'utilizzo dello schema organizzativo proprio degli appartenenti alla tipologia di cui trattasi.

A ben considerare, può dirsi che la peculiare evoluzione delle «popolari» ha fatto da presupposto nell'affermazione di un sistema di regole che, non essendo ricollegabile al valore *causale* proprio della cooperativa, risulta essere fine a se stesso.[10] In altri termini, il legislatore della riforma societaria - consapevole dell'intervenuto cambiamento della configurazione cooperativa delle banche in parola - ha disposto una regolazione volta a recuperarne il modello, che - come si è dianzi sottolineato - era stato ritenuto dal TUB idoneo ad integrare e garantire il pluralismo che contraddistingue la soggettività creditizia.

Da qui la ravvisata compatibilità delle 'popolari' con un innovativo scopo mutualistico (ora identificato nell'impegno socio economico di tali enti), attuato mediante l'adozione della «forma» cooperativa, che fonda la *parità* tra i soci e la *particolarità della gestione* su alcuni requisiti morfologici (numero minimo dei soci, gradimento degli amministratori per l'acquisto della qualità di socio, capitale variabile, limite al possesso azionario, principio della porta aperta, voto ca-

[10] Cfr. CAPRIGLIONE, *Cooperazione di credito e Testo Unico bancario*, cit. p. 9 ss.; ID., *Banche popolari. Metamorfosi di un modello*, cit, p. 39 ss.

pitario). E' evidente come la conservazione del modello cooperativo nella fattispecie bancaria in osservazione dia spazio ad una forma di mutualità che si ricollega alle modalità di gestione della banca, il cui schema ordinatorio è ritenuto particolarmente idoneo a valorizzare gli interessi dei soci.

Alla luce delle considerazioni che precedono, all'indomani della riforma del diritto societario, sottolineavo la funzione chiarificatrice svolta dall'opzione normativa del legislatore che aveva lasciato ferma la possibilità alle «popolari» di assecondare liberamente la loro tendenza evolutiva verso il modello della società per azioni.[11]

4. In tale contesto si comprendono le ragioni per cui già da qualche anno l'Autorità di settore ha ritenuto *maturi* i tempi per procedere ad un rinnovamento sistemico delle banche popolari previa loro trasformazione in s.p.a. Ciò risulta chiaro dalle indicazioni formulate da esponenti della Banca d'Italia e, precisamente, da quanto venne puntualizzato nel 2011 da un membro del Direttorio di quest'ultima nel rappresentare la realtà dei mercati locali del credito fondati sul decisivo apporto delle banche cooperative. Ed invero, pur sottolineandosi il rilievo ascrivibile in tali istituzioni creditizie «alla persona prima ancora che al capitale» - e, dunque, la prevalenza che le medesime danno «al socio-cliente e al territorio di riferimento» -, veniva dalla nominata autorità precisato che «nel caso di banche di ampie dimensioni, quotate in borsa» è dato riscontrare forme di disincentivazione dei soci a partecipare «alla vita aziendale», una ridotta «capacità di controllo sulle condotte manageriali», un peculiare *favor*

[11] Cfr. CAPRIGLIONE, *Applicabilità del nuovo diritto societario agli intermediari bancari e finanziari. Problemi e prospettive*, in AA.VV., *Nuovo diritto societario ed intermediazione bancaria e finanziaria*, a cura di Capriglione, Padova, 2003, p. 42 ss.

per «situazioni di autoreferenzialità dei vertici aziendali».[12]

Da qui la ravvisata opportunità di procedere a necessari cambiamenti dell' attuale regime normativo delle banche in esame; esigenza, tuttavia, non disgiunta dalla considerazione secondo cui le modifiche della regolazione devono tener conto del fatto che solo nel «caso di cooperative di contenute dimensioni … è significativo il controllo svolto dalla collettività».[13] L'Organo di vigilanza bancaria si mostra, inoltre, pienamente consapevole della realtà delle banche popolari, molte delle quali sono «organizzate in complessi gruppi bancari, aperte al mercato, con basi proprietarie diversificate e operanti al di fuori delle aree di tradizionale insediamento»; donde la difficoltà di pervenire a forme di «giusto equilibrio tra la necessità di assicurare stabilità agli assetti di governo e quella di evitare il rischio di una eccessiva autoreferenzialità».[14]

5. Nel presente, le profonde modifiche dell'ordinamento finanziario europeo intervenute a seguito della recente crisi - nel determinare linee di più intensa coesione tra le componenti del medesimo sottoposte ad unitarie forme di supervisione - giustificano, forse più che nel passato, l'applicazione del modello della s.p.a. alle 'banche popolari'. Ed invero, è innegabile l'esigenza di predisporre, all'interno delle singole realtà nazionali, meccanismi idonei a superare i vincoli (strutturali) che sono di ostacolo all'integrazione tra gli appartenenti al settore o, comunque, ne impediscono l'evoluzione operativa verso mercati di dimensioni crescenti.

E' evidente come, in una prospettiva siffatta, appaia insufficiente ed inadeguato l'ancoraggio delle banche in parola all'«integrazione cooperativa», rav-

---

[12] Cfr. TARANTOLA, *La riforma delle banche popolari*, 'Audizione' presso la Commissione VI finanze e tesoro del senato del 22 giugno 2011, p. 6.
[13] Cfr. TARANTOLA, *op.cit.*, *loc. cit*
[14] Cfr. TARANTOLA, *op.cit*, p. 3.

visandosi opportuno l'abbandono della relativa *veste* e la presa d'atto del processo che, da oltre mezzo secolo, ha mutato la connotazione di tali banche. Come si è accennato in apertura di discorso, la via prescelta oggi dal Governo è stata quella di legare la necessità del cambiamento all'esistenza di una determinata soglia degli «attivi» degli enti creditizi in parola, optando così per un criterio dimensionale.

Tale assunto è avvalorato da alcune considerazioni relative all' attenuazione dei vincoli che, nella definizione di *banca locale*, è dato riscontrare proprio con riguardo al dato dimensionale. A ben riflettere, nel raccordo tra localismo e mutualità - una volta riconosciuta la non essenzialità della 'gestione di servizio' quale elemento integratore della fattispecie -, il riferimento della formula cooperativa al solo dato strutturale si risolve, in via prioritaria, nell'interazione dell'ente con un determinato territorio; ciò non esclude, peraltro, l'ulteriore possibilità di estendere al di fuori di questo l'attività dell'ente. Va da sé che la maggiore o minore grandezza del dato dimensionale (della banca) dipende anche dalle moderne tecniche di distribuzione dei prodotti finanziari ovvero dall'affermazione di nuove tipologie operative (si pensi all'attività svolta *on line).* In tale ordine di idee, diviene possibile far rivivere alle banche cooperative una ormai superata valenza «sociale», in linea con le indicazioni della riforma del diritto societario che, come si è detto, presenta un'inequivoca opzione per l'apertura operativa di tali enti all'esterno della cerchia dei soci.

Si comprende, pertanto, la logica ordinatoria seguita nel d.l. che, atteso il carattere locale delle 'popolari', non ritiene che quest'ultimo costituisca un fattore impediente ai fini dell'assunzione di una struttura societaria - quella della società per azioni - idonea a favorire lo sviluppo operativo delle medesime verso orizzonti che vanno al di là di quelli originari.

6. Nella valutazione dei contenuti del d.l. n. 3/2015, va in via preliminare fatto presente che la 'riforma' appare, sul piano sistematico, consequenziale vuoi alle innovazioni disciplinari del diritto societario, vuoi al processo evolutivo delle banche in parola.

Come si è sottolineato in apertura, il decreto prevede che per conservare lo *status* di 'popolari' l'attivo degli enti oggi rientranti in tale categoria «non può superare 8 miliardi di euro». Il regolatore ha ritenuto, quindi, che il 'salto di qualità' sul piano funzionale si realizza al conseguimento di un livello dimensionale contraddistinto, per l'appunto, dall'indicato ammontare dell'attivo.

Al riguardo, va in primo luogo tenuto presente che la formulazione della norma appare volta a riconoscere un principio di piena «autonomia» delle banche popolari nel decidere se addivenire o meno ad un mutamento di tipo. Ed invero, solo nel caso in cui «entro un anno dal superamento del limite l'attivo non è stato ridotto al di sotto della soglia né è stata deliberata la trasformazione in società per azioni», gli enti creditizi in parola potranno essere sottoposti ai provvedimenti di rigore della Banca d'Italia. Ciò significa che il regolatore consente alle 'popolari' intenzionate a restare nella categoria, nonostante abbiano un attivo più elevato rispetto agli 8 miliardi previsti dal decreto, di porre in essere le operazioni necessarie per un opportuno ridimensionamento del medesimo. Da qui la possibilità per dette banche di dar corso ad operazioni variegate (dalla cessione, alla cartolarizzazione, ecc.) che - trasferendo parte degli attivi (in particolare gli impieghi) in ambiti posti al di fuori del perimetro di consolidamento - assicurino il rispetto delle prescrizioni di cui trattasi.

A ben considerare, la significativa novità del decreto in esame va ravvisata proprio nel fatto di aver determinato una sorta di progressione logica del modello societario cooperativo verso la formula della s.p.a.

Può dirsi, pertanto, che è stato dato riscontro positivo alla tesi, da tempo

rappresentata in letteratura, secondo cui lo schema ordinatorio della società di capitali - neutralizzando gli elementi che possono determinare un irrigidimento del *management* ovvero ostacolare la circolazione della proprietà azionaria - deve ritenersi formula particolarmente adeguata alla specificità del peculiare oggetto sociale rappresentato dall'esercizio dell'attività bancaria. Soluzione, quest'ultima, che denota significativa valenza soprattutto con riguardo alle imprese medio-grandi, nelle quali la vocazione al mercato si traduce vuoi nell' esigenza di ridefinire nel *continuum* la propria consistenza patrimoniale, vuoi in un progressivo distacco dal localismo.

Conseguentemente, ritengo possa esprimersi apprezzamento per l' iniziativa del Governo di sottoporre a revisione la disciplina relativa alle 'popolari'. Ciò, nonostante taluni limiti che il d.l. in esame presenta, mostrando esitazioni nell'affrontare e risolvere nella loro interezza le problematiche di queste ultime e, più in generale, perdendo una *buona occasione* per addivenire ad una compiuta sistemazione della materia, eliminando cioè talune incongruenze che tuttora permangono nella regolazione delle 'banche di credito cooperativo'.

7. Passando all'analisi delle tesi critiche sollevate nell'intento di svalutare le misure del menzionato intervento governativo, segnalate dalla stampa specializzata e dai *mass-media,* occorre muovere dalle reazioni che ravvisano, nella fattispecie, un improprio utilizzo del decreto legge, in quanto quest'ultimo per sua natura prevede requisiti di *necessità* e *urgenza*; donde la presumibile *incostituzionalità* del provvedimento in parola.[15]

Si aggiungano, poi, il richiamo ad una paventata violazione dell' autono-

[15] Cfr. tra gli altri SAPELLI, *La riforma delle Popolari? È incostituzionale*, visionabile in *Economia|www.avvenire.it*, il quale a sostegno della sua tesi tiene a precisare: «non è pensabile che si modifichino con un decreto legge gli statuti di banche private. In ogni caso, le banche popolari svolgono talmente bene il loro ruolo di sostegno al territorio che non c'è proprio nulla da riformare».

mia statutaria delle 'popolari'[16] e l' avversione alla proposta di eliminare il voto capitario (che, comportando la scalabilità di tali banche, verrebbe ad incidere negativamente sui diritti dei soci - investitori nelle azioni di queste ultime).[17] Ciò, a tacer d'altro: dal fantomatico sospetto che il d.l sia alla base di «una sorta di *do ut des* con la Commissione Ue e la Banca Centrale Europea»,[18] all' affermazione secondo cui «tutte le crisi bancarie degli ultimi tempi sono quasi tutte crisi di grandi banche Spa…(sicchè).. l'idea di trasformare delle banche a voto capitario in grandi banche Spa è un controsenso».[19]

A ben considerare, tali critiche denotano poca consistenza sul piano giuridico, a partire da quella concernente la presunta incostituzionalità del d. l. n.3/2015. Al riguardo, va tenuto presente che nel nostro Paese, soprattutto nell'ultimo decennio, è stato dato ampio spazio alla «*logica* della deroga costante alle forme ordinarie del *processo legislativo*», come è stato sottolineato dalla stesso Presidente della Repubblica Mattarella nel discorso d'insediamento.

L'esigenza di tener fermo «il rispetto delle garanzie procedurali di una corretta dialettica parlamentare», in tale autorevole sede ribadita, non può tradursi, peraltro, in una generalizzata bocciatura dei provvedimenti normativi adottati nella forma del d.l., da considerare comunque *necessari* quando - come è dato riscontrare nel nostro caso - il riferimento al passato evidenzia l' insuccesso dei numerosi disegni di riforma avviati in materia su sollecitazione della

---

[16] Cfr. l'editoriale dal titolo *Riforma delle Popolari a rischio costituzionalità, basta un socio per bloccarla*, visionabile su *www.adnkronos.com.*

[17] Cfr. CARUCCI, *Popolari, la battaglia comincia dal voto capitario*, visionabile su *www.avvenire.it*, ove si precisa che «Stefano Fassina, esponente della minoranza del Pd, … ha criticato il decreto e ha annunciato la presentazione di un emendamento che ripristinerebbe il voto capitario».

[18] Cfr. GUISO, *Banche popolari, perché la riforma non convince*, visionabile su *www.linkiesta.it*

[19] Cfr. l'editoriale *Riforma banche popolari. Becchetti: scelta incomprensibile*, visionabile su *www.radiovaticana.va*

Banca d'Italia e dell'Autorità Garante della Concorrenza,[20]nonché *urgenti* in considerazione della recente applicazione dell'SSM, che nel nostro Paese fa emergere i limiti rivenienti dalla frammentazione soggettiva del settore bancario e, dunque, incide sull'assetto morfologico di quest'ultimo.

In tale contesto si collocano le affermazioni del Ministro Padoan il quale ha puntualizzato che l'obiettivo del governo è quello di «rafforzare il sistema per essere pronti alle sfide europee», scegliendo di procedere con un d.l. «per dare un segnale di urgenza».[21] Nello stesso ordine logico è anche la posizione del Governatore della Banca d'Italia, il quale - nel ribadire l'opportunità della trasformazione delle 'popolari' in società per azioni - ha sottolineato come tale riforma risponda ad «esigenze da tempo segnalate da noi, dal Fondo monetario internazionale e dalla Commissione europea, e rese ora più pressanti dal passaggio al sistema di vigilanza unica»; ciò, avendo riguardo al fatto che essa consente l' acquisizione di «un assetto societario che accresce la capacità di ricorso al mercato dei capitali», ed una riduzione del «rischio di concentrazioni di potere in capo a gruppi organizzati di soci minoritari».[22]

Con riguardo, poi, alla presunta violazione dell'autonomia statutaria delle banche in questione va fatto presente che la dottrina giuridica, da quasi mezzo secolo, concorda nel ritenere che gli *elementi di specificità* delle banche (deri-

---

[20] Nel corso della XVI legislatura, l'attenzione del legislatore si è concentrata a lungo su progetti di riforma delle banche popolari (con i progetti di legge nn. 437, 709, 799, 926, 940 e 1084 esaminati dalla Commissione Finanze del Senato), progetti che tenevano conto dei rilievi delle autorità di settore che avevano più volte rappresentato la necessità di una riforma della disciplina delle banche popolari, in relazione alle caratteristiche di tali enti.

[21] Cfr. GIRARDO, *Banche popolari, riforma sbagliata*, visionabile su *www.avvenire.it*

[22] Cfr. VISCO, *Intervento al 21° Congresso ASSIOM FOREX*, Milano, 7 febbraio 2015, p. 11 ss. Tale tesi è stata, poi, ribadita anche dal direttore generale della Banca d'Italia il quale ha sul punto fatto presente che «per intermediari della dimensione e della complessità delle 10 maggiori popolari italiane la forma societaria cooperativa è un *handicap* che va rimosso al più presto», così ROSSI, *Audizione nell'ambito dell'istruttoria legislativa sul disegno di legge C. 2844, di conversione in legge del decreto-legge n. 3 del 2015, recante misure urgenti*, Camera dei Deputati, Commissioni riunite Finanze e Attività Produttive, Commercio e Turismo, Roma 17 febbraio, 2015.

vanti dagli interessi pubblicistici connessi alla funzione svolta) incidono sull' assetto organizzativo ed operativo di tali enti e sono rappresentati dalle norme da cui sono disciplinati.[23]

Da qui la possibilità, che il legislatore si è riservato di controllare e – ove necessario – di disegnare lo statuto societario degli enti che esercitano l'attività bancaria. In tal senso rilevano le disposizioni della cd. legge Amato di riforma delle banche pubbliche (l. n. 218 del 1990 e d.p.r. n. 356 s.a.), che ha comportato l'adozione obbligata del modello della società per azioni da parte di dette istituzioni, all'epoca numerose nel settore; schema disciplinare poi assunto come prioritario nella regolazione del TUB, che confina le disposizioni speciali «nel perimetro segnato dalle esigenze di stabilità e solvibilità», come puntualmente è stato precisato in letteratura.[24] Pertanto, la trasformazione prevista dal d.l. n. 3/2015 non limita, né ridimensiona il potere dei soci nella definizione della normativa statutaria, al di là del rispetto dovuto ai principi di natura prudenziale che impongono a tutti gli enti creditizi l'osservanza di una 'sana e prudente gestione'.[25]

Con riferimento, poi, alla tesi contraria all'eliminazione del 'voto capitario' - evidentemente mossa dall'intento di assicurare la presenza dei piccoli azionisti e la conservazione di un significativo ruolo ai medesimi all'interno della società bancaria -, è bene, in via preliminare, ricordare quanto sul punto recentemente ha evidenziato il Presidente della Consob sottolineando che «la presenza del voto capitario… frenando le evoluzioni negli assetti di controllo, limita

---

[23] Cfr., tra gli altri, VISENTINI, *Disciplina delle società e legislazione bancaria*, Milano, 1971, *passim*, ma in particolare p. 76 ss; FERRI, *La posizione dell'azienda nelle società esercenti un'attività bancaria*, in *Banca e borsa*, 1975, I, p. 11; VITALE, *La disciplina speciale dell'impresa bancaria: tecniche ed effetti di un esperimento di «pianificazione», di settore*, in AA.VV., *L'ordinamento del credito tra due crisi*, Bologna, 1977, p. 171 ss.
[24] Cfr. CERA, *Autonomia statutaria delle banche e vigilanza*, cit., p. 5.
[25] Cfr. CERA, *op. cit*., p. 12.

l'efficienza del mercato del controllo societario quale utile strumento di pressione sugli amministratori»; affermazione senz'altro condivisibile ove si abbia riguardo ad altri fattori (tra i quali rileva lo scarso ricorso a deleghe) che disincentivano la partecipazione di tutti i soci.

Desta, pertanto, perplessità la soluzione relativa alla possibilità di una «ponderazione del voto di capitale, con particolare favore per i soci con possesso azionario limitato/durevole».[26] Si propone, infatti, di introdurre lo strumento delle 'azioni a voto multiplo', grazie al quale i piccoli azionisti (o quelli che detengano le azioni per un certo periodo) avrebbero la facoltà di esercitare più di un voto in assemblea, come del resto per altre fattispecie societarie è già previsto dalla normativa vigente.[27] E' evidente come si tenti, in tal modo, di *forzare* la costruzione disciplinare delle società bancarie realizzate a seguito della riforma per 'far rientrare dalla finestra quel che è uscito dalla porta'. Ciò, dando vita ad un contesto ordinatorio che non risulta rispondente ai canoni propri delle s.p.a, nelle quali l'uguaglianza del valore delle azioni è presupposto *«dell'uguaglianza dei diritti che competono al titolare di ogni singola unità partecipativa»* nella so-

---

[26] Cfr. SACCÒ, *Popolari, voto multiplo per correggere la riforma*, visionabile su *www.avvenire.it*

[27] Ci si riferisce alla statuizione dell'art. 2351, quarto comma, c.c., come novato dalla conversione in legge del d.l. 24 giugno 2014, n. 91 (cd. Decreto Competitività), convertito con modificazioni nella l. 11 agosto 2014, n. 116. In essa si regola la possibilità di prevedere negli statuti delle società non quotate l'emissione di 'azioni con diritto di voto plurimo', con un massimo di tre voti per ogni azione, anche «per particolari argomenti o subordinato al verificarsi di determinate condizioni non meramente potestative».

Analogamente per le società quotate, la disciplina del TUF prevede l'introduzione, nel nostro ordinamento, delle *loyalty shares* che attribuiscono un diritto di voto maggiorato a coloro che posseggono azioni della società per un determinato periodo di tempo (art. 127 *quinquies*) e l'esclusione della possibilità di emettere azioni a voto plurimo ai sensi dell'art. 2351, comma 4, c.c., facendo salve le caratteristiche ed i diritti delle azioni a voto plurimo già in circolazione anteriormente all'inizio delle negoziazioni in un mercato regolamentato (consentendo comunque di emettere, sebbene con disposizione derogabile dallo statuto, nuove azioni a voto plurimo con le medesime caratteristiche di quelle già in circolazione soltanto nei casi tassativamente indicati) (art. 127 *sexies*).

cietà.[28]

E' appena il caso di far presente che la prevalente dottrina da tempi lontani ha riconosciuto all'azione delle s.p.a. «valenza di unità di misura della partecipazione sociale», ad essa riconducendo la determinazione dei diritti che competono al socio.[29] A ciò si aggiunga, poi, l'inevitabile difficoltà di coordinare le differenziate posizioni d'interesse collegabili alla variegata tipologia partecipativa per tal via attivata, con l'ovvia conseguenza di dare spazio all'emersione di conflitti di interesse o, comunque, alla difficile conciliabilità delle posizioni in campo. Ciò a prescindere dalla considerazione secondo cui il *voto plurimo* può risolversi in «uno strumento per rafforzare la presa sulle società da parte degli azionisti di controllo, isolandoli non tanto dal rischio di scalate quanto dall'influenza dei soci di minoranza».[30]

Da qui la conclusione di non ritenere traumatica la perdita del 'voto capitario' nella trasformazione in s.p.a delle popolari che superano la soglia dianzi citata, laddove è bene che esso resti nelle altre banche della categoria per le quali rimane inalterato il regime della «gestione democratica».

8. In un'angolazione di sterile critica si collocano, poi, i menzionati giudizi negativi sulla riforma, nei quali ora se ne identifica la *ratio* in un rapporto di scambio tra il nostro Paese e l'UE e la BCE, ora se ne svaluta la portata riconducendo univocamente alle s.p.a. «tutte le crisi bancarie degli ultimi tempi».

---

[28] Così STAGNO D'ALCONTRES, *Commento* sub *art. 2348 c.c.*, in AA.VV., *Società di capitali, Commentario*, a cura di Niccolini e D'Alcontres, Napoli, 2004, vol. I, p. 273.

[29] Cfr., tra gli altri, OPPO, *Uguaglianza e contratto nella società per azioni*, in *Scritti giuridici*, vol. II, Padova, 1992, p. 347; CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale*, 2. *Diritto delle società*, Torino, 2002, p. 204; MARTORANO, *Commento sub art. 2348*, in AA.VV., *La riforma delle società*, a cura di Sandulli - Santoro, 2003, p. 135; SPADA - SCIUTO, *Il tipo della società per azioni*, in AA.VV., *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, Torino, 2004.

[30] Cfr. l'editoriale *Zingales, il voto plurimo e il rischio di fuga capitali dall'Italia*, visionabile su *www.wallstreetitalia.com*

E' evidente come si sia in presenza di valutazioni prive di qualsivoglia fondamento, che si connotano per carenza di approfondimento e mero spirito polemico. Ed invero, se tra le motivazioni a fondamento della riforma dovesse rinvenirsi l'esigenza di una migliore ridefinizione degli assetti organizzativi delle banche italiane - esigenza avvertita a seguito delle indicazioni rivenienti dall'UE e dalla BCE (si pensi da ultimo agli esiti degli *stress test* che hanno interessato le banche a rischio sistemica, tra cui alcune popolari) - non resta che esprimere apprezzamento per l' impegno con cui l'Italia vive il suo processo di europeizzazione, introducendo misure che rendano il proprio sistema finanziario più coerente sul piano strutturale e maggiormente efficiente e produttivo su quello funzionale. Ciò, prescindendo dalla considerazione che il nostro Paese è stato in passato sottoposto più volte a procedure d'infrazione, *ex* art. 226 del Trattato CE (a titolo esemplificativo ricordo la procedura n. 2002/4715), per l' inadeguatezza della normativa nazionale relativa alle banche popolari (artt. 29-32 t.u.b.), ritenuta (in alcune sue disposizioni) lesiva del diritto comunitario.[31]

Infine non mi sembra meritevole di considerazione la tesi che vede nell'assunzione del modello della s.p.a. il presupposto di una possibile criticità aziendale e, dunque, ne rifiuta l'adozione in vista della salvaguardia di ottimali livelli di stabilità sistemica. Tale tesi, infatti, generalizza con superficialità il modo in cui, in ambito bancario, trovano estrinsecazione i casi di patologia aziendale, senza tener conto che la sana gestione delle banche, in un contesto ordinamentale pluralistico, è legata al rispetto delle regole prudenziali da parte della

[31] In particolare, ad avviso della Commissione, i limiti legislativi all'acquisto di partecipazioni in una banca popolare individuano un ostacolo potenziale all'esercizio del diritto di stabilimento di cui all'art. 43 del Trattato CE, in materia di diritto di stabilimento, e 56, relativo alla libera circolazione dei capitali. Tale tesi è stata costruita nel riferimento alla direttiva n. 88/361/CEE, emanata il 24 giugno 1988 per dare attuazione all'art. 67 del Trattato (cfr. GUCE n. L 178 dell'8 luglio 1988). In particolare, si ha riguardo all'Allegato I di tale direttiva, nel quale i movimenti di capitale sono considerati la tipologia d'investimenti che vengono ostacolati dalla normativa nazionale italiana in tema di banche popolari.

governance e non anche alla tipologia dell'ente creditizio.[32] Inoltre, in essa non si tiene conto di quanto concretamente è avvenuto soprattutto negli ultimi anni nel nostro ordinamento finanziario (basti pensare all'ingente numero di banche cooperative commissariate a partire dal 2013).[33]

9. La condivisione del d.l., ora all'esame del Parlamento, non mi esime dall'evidenziare alcune perplessità in ordine ai contenuti del medesimo. Queste sono sintetizzabili in tre punti: *a*) individuazione della *ratio* del limite degli «otto miliardi di attivo» rilevante ai fini della trasformazione del 'tipo' societario; *b*) identificazione del complesso autoritativo di vertice competente *in subiecta materia*; *c*) opportunità di un qualche raccordo con la regolazione delle BCC, in vista di una più compiuta disciplina della «cooperazione di credito».

a) In primo luogo, non può sottacersi l'interrogativo concernente l'individuazione delle modalità con cui, nel decreto, si è pervenuti alla fissazione dell'ammontare che connota l'anzidetto limite.

Sul punto, occorre premettere che non sorgono dubbi in ordine alle motivazioni che hanno indotto il Governo ad utilizzare l'attivo di bilancio come metro di valutazione della dimensione aziendale di una banca, escludendo conseguentemente altre misure (quali, ad esempio, il «patrimonio netto»).[34] Probabilmente, si è voluto applicare un *principio di proporzionalità*, quale criterio di

---

[32] Tale posizione critica è pienamente smentita dalla riflessione riportata nell' editoriale di PAVESI, *Quelle 33 banche con crediti malati sopra il 20%*, visionabile su *www.ilsole24ore.com*, ove si sottolinea l'attuale situazione di difficoltà in cui versa un rilevante numero di banche cooperative.

[33] Per tale verifica cfr. l'elenco delle banche commissariate pubblicato sul sito *www.bancaditalia.it*; si veda anche l'editoriale *Banche, sono 16 le commissariate. Etruria l'unica quotata*, pubblicato sul sito *www.ilsole24ore.com*

[34] La riferibilità al patrimonio netto avrebbe, del resto, determinato una correlazione tra l'obbligo di trasformazione in s.p.a. e una misura che, alla luce del ruolo determinante che assolve nel garantire la determinazione degli equilibri sistemici del settore, non doveva essere resa suscettibile di nessun genere di variazione, per motivazioni (come la volontà di evitare la trasformazione in s.p.a.) ben lontane da una logica strettamente prudenziale.

uguaglianza formale e sostanziale, particolarmente diffuso in ambito europeo. Da qui l'intento normativo di dare priorità ad un canone generale di ragionevolezza, finalizzato alla realizzazione di equo trattamento giuridico, che tenga conto della possibile diversità delle posizioni dei destinatari. L'osservanza di questo parametro dovrebbe, infatti, garantire che la misura adottata dai pubblici poteri non gravi in maniera eccessivamente onerosa sugli interessati, assicurando un risultato accettabile da tutti gli appartenenti al settore.[35]

Non rientra nelle mie competenze la valutazione delle modalità con cui è stata effettuata l'analisi dei dati quantitativi presi in considerazione nella fattispecie; ritengo, tuttavia, che in sede parlamentare, dovrebbe essere dedicata attenzione particolare a tale profilo disciplinare. In tal senso, rilevano gli esiti dell'Audizione del Direttore generale della Banca d'Italia, il quale ha precisato che «il valore di otto miliardi appare ragionevole alla luce dei dati … sulla dimensione delle 37 banche popolari oggi presenti …(in relazione al)…. *salto netto* fra le prime 10, con attivi almeno a doppia cifra, e le restanti 27».[36] Una diversa valutazione potrebbe, infatti, condurre ad una rivisitazione dell'ambito di applicazione della riforma, circoscrivendolo alle sole 'popolari' quotate in borsa, come da taluno è stato prospettato.[37]

b) Il d.l. n. 3/2015, precisando che «la Banca d'Italia detta disposizioni di attuazione», sembra orientato a riconosce a quest'ultima la competenza esclusiva a regolare e sovraintendere all'attuazione della riforma.

Perplessità sorgono in argomento ove si abbia riguardo alla mappa dei poteri d'intervento attribuiti alla BCE a seguito dell'entrata in vigore dell'SSM. Ed invero, l'analisi del regolamento UE 15 ottobre 2013, n. 1024, che ha dato vi-

---

[35] Cfr., per tutti, in argomento, COGNETTI *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, *passim*.
[36] Cfr. ROSSI, *Audizione*, *op.cit.*, cit., p. 12
[37] Cfr. l'editoriale *Riforma delle banche popolari: ma il decreto che c'entra?*, visionabile su *www.panorama.it*

ta alla 'vigilanza unica', mette in evidenza il rilievo ascritto dal regolatore europeo alla *unicità del comando* riconosciuto a detta Autorità.[38] Non a caso, un attento studioso ha ravvisato, nella specie, una «sostanziale centralizzazione della vigilanza prudenziale... in capo alla predetta istituzione comunitaria, che assumerebbe una competenza esclusiva... per l'assolvimento di una serie di compiti».[39]

In particolare, l'azione di vigilanza della BCE è articolata in direzioni diverse che tengono conto dei differenti profili (da quelli costitutivi alle possibili patologie) che caratterizzano l'*iter vitae* degli intermediari significativi. Nell'ambito di tali interventi presenta peculiare importanza l'attenzione che la BCE deve dedicare alla diversità degli enti creditizi stessi, alle loro dimensioni ed al «loro modello societario» (*considerando* n.17). Da qui, l'esigenza di tener conto che «la sicurezza e la solidità di un ente creditizio dipendono …dalla disponibilità di strutture organizzative interne e di dispositivi di governo societario appropriati», nonché il compito ad essa assegnato di «applicare requisiti che assicurino la presenza, negli enti creditizi degli Stati membri partecipanti, di solidi dispositivi, processi e meccanismi di governo societario» (*considerando* n.25).

Consegue l'attribuzione di specifici poteri alla BCE, tra cui l'imposizione agli enti creditizi di «requisiti che assicurino la presenza di solidi dispositivi di governo societario» (art. art. 4, comma 1, lett. *e*, del menzionato reg. n. 1024); poteri che rilevano soprattutto in sede di «autorizzazione» all'accesso all'attività creditizia, che viene rilasciata dalla BCE per tutte le costituende banche europee (siano esse significative o non), a termine di un procedimento nel quale è comunque coinvolta l'Autorità nazionale dello Stato membro nel quale l'ente cre-

---

[38] Cfr. CAPRIGLIONE, *L'unione bancaria europea*, Torino, 2013, p. 60.
[39] Cfr. GUARRACINO, *Dal meccanismo di vigilanza unico (ssm) ai sistemi centralizzati di risoluzione delle crisi e di garanzia dei depositi: la progressiva europeizzazione del settore bancario*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2012, I, p. 208.

ditizio avrà sede (artt. 14 e seguenti).

Orbene, come è dato desumere da puntuali indicazioni fornite dalla stessa BCE, la correttezza delle domande presentate dagli interessati è verificata sulla base di una intervento *complementare* dell'Autorità di controllo nazionale e di quella europea, verifica che si compendia in una «valutazione ...intesa a garantire che tutte le parti coinvolte abbiano una comprensione approfondita del modello societario e della sua sostenibilità».[40] Trattasi, quindi, di un'analisi che ha riguardo alla 'sostenibilità dello schema societario adottato', indagine che presenta profili di stretta analogia con quella che dovrà dare contenuto alla regolazione attuativa della riforma.

A ciò si aggiungano talune previsioni contenute nel regolamento BCE n. 468/2014 (c.d. 'regolamento quadro' per l'attuazione dell'SSM), nel quale sono disciplinate le procedure che connotano il quadro della 'vigilanza unica'. Di particolare rilievo, al riguardo, appaiono le norme che prescrivono ai soggetti vigilati significativi l'obbligo di «una nuova richiesta, notifica o domanda alla BCE» in caso «di variazioni sostanziali rispetto all'autorizzazione concessa» (art. 95); laddove a quelli *non* significativi la «BCE detta criteri generali per determinare quali informazioni sono notificate e relativamente a quali soggetti vigilati… in particolare tenendo conto della situazione di rischio e dell'impatto potenziale sul sistema finanziario nazionale dei soggetti interessati» (art.97).

Da qui le perplessità in precedenza evidenziate che, ovviamente, potranno essere emendate in sede di conversione del decreto in esame, coinvolgendo nel procedimento anche la nominata Autorità europea, se del caso interpellandola prima dell'approvazione della legge di conversione. Ciò eviterà ogni possibile dubbio in ordine alla piena conformità delle disposizioni assunte in materia dalla Banca d'Italia agli orientamenti decisionali della BCE.

---

[40] Cfr. BCE, *Guida alla vigilanza bancaria*, settembre 2014, p. 29.

c) Da ultimo, va segnalata la mancanza nel provvedimento disciplinare di cui trattasi di qualsivoglia raccordo normativo con l'altra categoria di 'banche cooperative' prevista dalla nostra regolazione speciale. Non si comprende, infatti, la ragione per cui l'adozione di un criterio dimensionale ai fini dell' identificazione dello spartiacque tra le banche cooperative destinate a conservare la relativa tipologia societaria e quelle ricondotte dall'attuale riforma nello schema della s.p.a. non debba aver riguardo anche alle BCC, vincolate dalla riforma societaria alle regole della mutualità prevalente nell'esercizio della loro attività.

Le banche di credito cooperativo - caratterizzate per la coerente riferibilità ai presupposti economici di una funzione socialmente utile - esprimono una progettualità orientata alla realtà locale ed alla soddisfazione di un bisogno di credito che altrimenti resterebbero insoddisfatti. Per esse assume rilievo problematico la modalità con cui viene osservato il principio dell'operatività rivolta «prevalentemente a favore dei soci». Mi riferisco, in particolare, alla prassi seguita da tali enti nel consentire con estrema liberalità (*rectius*: facilità) l' assunzione della qualità di socio al solo scopo di rispettare i condizionamenti posti dalla normativa (che impedisce di esercitare l'attività nei confronti dei terzi oltre determinati livelli quantitativi); da qui l'esigenza di una verifica riguardante la mutualità effettiva nell'operatività di tali banche.

Di certo, il riferimento alla 'mutualità prevalente' non può costituire, per le motivazioni espresse in precedenza, un'esimente che giustifica la sottrazione al processo di trasformazione della BCC di Roma, il cui attivo supera abbondantemente i 10 miliardi di euro.

L'esigenza di una più ampia rivisitazione della regolazione concernente il credito cooperativo - tale, cioè, da ricomprendere anche gli enti creditizi della categoria oggi non considerata dalla riforma - appare evidente in considerazione delle indicazioni date dalle autorità tecniche ai rappresentanti delle associazioni

di categoria sollecitando l'avvio di fusioni tra le BCC,[41] aggregazioni rese necessarie dal fatto che la lunga recessione degli ultimi anni ha «scalfito… (il)… modello della banca di credito cooperativo, banca locale solida e virtuosa e immune dai contraccolpi finanziari».[42]

Si delinea, quindi, una prospettiva di cambiamento per le banche di credito cooperativo; da qui l'ipotizzabile crescita dimensionale di queste ultime che potrebbe sfociare nel raggiungimento (da parte dei nuovi soggetti risultanti da tale processo) del noto limite dell'attivo, finora superato dalla sola BCC di Roma.

10. Alla luce di quanto precede, è evidente l'opportunità di un confronto in sede politica volto al conseguimento ad una soluzione condivisa. Accettare il cambiamento, abbandonare posizioni *tout court* contrarie alla riforma in esame - nelle quali la conservazione di interessi corporativi finisce con l'essere di supporto a talune forme di contestazione - sono gli obiettivi che razionalmente devono proporsi quanti hanno a cuore il miglioramento del nostro sistema finanziario. Ciò, nella consapevolezza che oggi è stata raggiunta una prima, significativa tappa nel percorso che dovrebbe portare ad una completa ridefinizione della «cooperazione di credito».

Naturalmente, una compiuta valutazione del provvedimento in esame non potrà prescindere dal riferimento agli effetti benefici che la trasformazione in spa (delle banche popolari) produce a livello di sistema.

Mi riferisco, in particolare, alla possibilità che alla realizzazione della riforma possano far seguito fusioni tra banche che hanno cambiato tipologia societaria ed altre già attive sul mercato, ma attualmente in difficoltà.

---

[41] Cfr., tra gli altri, IODINI, *Popolari, Visco insiste e chiede fusioni tra le BCC*, in *Avvenire*, 8 febbraio 2015, p. 9

[42] Cfr. PAVESI, *Quelle 33 banche con crediti malati sopra il 20%*, cit.

Francesco Capriglione

EQUILIBRIO DI GENERE

NEGLI INTERMEDIARI "FINANZIARI".*

(*Gender diversity in the "financial "intermediaries*)

ABSTRACT: *The financial crisis and the economic crunch have highlighted the difficulties of financing the real economy. To overcome these difficulties, the European regulator introduced to the listed companies, especially in the financial sector, measures to guide the composition of the management, now formed by people with relevant skills and culture, which are diversified by age, sex, geographical origin and experiences. This diversity improves the will formation process of administration and control board. It's possible because it takes place the comparison between contributions articulated and differentiated.*

Hence the need to clarify some rules of Directive 2013/36/EU on credit institutions and investment firms and Regulation 575/2013 / EU (cd. CRD IV and CRR), and in Council Directive 2014 / 65 / EU on markets in financial instruments, (cd. MIFID 2), where it is confirmed that "greater diversity fuels the debate, promotes alertness and the questioning of certain decisions within the board of directors and potentially improves the quality of decisions. "

SOMMARIO: 1. L'esigenza di un effettivo confronto dialettico nei meccanismi di governo societario. – 2. Delimitazione del campo d'indagine. – 3. Nuove regole di governance per l'attività bancaria e finanziaria. – 4. La gender policy come risposta macroeconomica alla crisi dei mercati. – 5. Conclusioni.

1. Sono lieta di partecipare a questo convegno dove si parla di donne e ruolo (importante) delle donne nella finanza.

* Relazione al Convegno su "Diversity e parità di genere nelle banche: dalla soft law all'attuazione della CRD IV", Roma, Università La Sapienza, 17 aprile 2015. Contributo approvato dai revisori.

E' questo un incontro che riflette una grande trasformazione in atto in molti paesi (tra cui anche il nostro) e che vuole porre un primo sguardo sulle azioni intraprese dal regolatore europeo e nazionale per garantire l'esistenza di meccanismi di governo societario più robusti ed efficienti.

E' nell'ambito della disciplina sulla *governance*, infatti, che si sviluppano le norme riguardanti la materia oggetto della nostra discussione, dal momento che la qualità delle decisioni assunte ha un impatto fondamentale sull'efficienza delle strutture organizzative (*rectius*: dell'attività bancaria) e, conseguentemente, sul buon andamento della nostra piazza finanziaria (che oggi più di ieri necessità di competitività, serietà e capacità di soluzioni innovative in armonia al contesto attuale sempre più partecipativo e sociale).

La crisi finanziaria, la recessione economica e il nuovo quadro regolamentare di riferimento, hanno messo in evidenza la difficoltà di supportare il finanziamento dell'economia e, quindi, la ripresa dello sviluppo economico del sistema Italia. E proprio in vista del superamento di tali difficoltà le imprese italiane, specie se di rilevanti dimensioni, evidenziano un'opzione disciplinare orientata verso un management composto da persone dotate di rilevante professionalità e capacità gestionali, ma anche differenziate e complementari per età, sesso, provenienza geografica ed esperienze e tali che il processo di formazione della volontà collegiale sia il risultato di contributi e confronti il più possibile articolati e differenziati (come tali più aperti a soluzioni innovative). Si registra, quindi, la necessità di evitare in ogni modo, al fine di assicurare la corretta ed efficiente funzionalità degli organi collegiali, che all'interno di questi si radichi un'assenza di dialogo e di effettivo confronto dialettico.

E' questa – forse - la via per stimolare uno sviluppo *virtuoso* dell'*agere* economico in linea con l'affermazione di una tipologia imprenditoriale contraddistinta da maggiore trasparenza e maggiore attenzione alla gestione (corretta)

del rischio di quanto non sia dato riscontrare oggi, sì da improntare le gestioni a criteri di effettivo equilibrio decisionale.

In tale premessa, ritengo opportuno muovere queste mie brevi considerazioni dalle puntualizzazioni contenute in alcune direttive richiamate anche dai relatori che mi hanno preceduto (mi riferisco alla direttiva 2013/36/UE in materia di enti creditizi e imprese di investimento, al Regolamento 575/2013/UE cd. CRD IV/CRR, nonché alla direttiva 2014/65/UE, in materia di mercati degli strumenti finanziari, cd. MIFID 2)[1]. Esse attestano l'importanza di "capacità e punti di vista diversi, nonché esperienze professionali adeguate", già sottolineata nel Libro verde della Commissione europea in materia di governo societario (2011); confermano che "una maggiore diversità alimenta il dibattito, favorisce la vigilanza e la messa in discussione di talune decisioni all'interno del consiglio di amministrazione e, potenzialmente, migliora la qualità delle decisioni".

Con l'introduzione di organi di gestione più diversificati si intende contrastare il "fenomeno della mentalità di gruppo", attraverso la rappresentazione di "una varietà di punti di vista e di esperienze"; in altri termini si ha di mira lo scopo di "migliorare la supervisione del rischio e la resilienza degli enti", cioè la loro capacità di far fronte agli eventi traumatici e di riorganizzare in maniera positiva il loro *agere* (considerando 60, Direttiva 2013/36/UE).

E' questo un significativo criterio guida, riaffermato nelle disposizioni del-

[1] La Direttiva 2013/36/UE, recepita anche in Italia, nel definire il nuovo regime europeo sui requisiti patrimoniali del sistema bancario, ha chiesto a Stati membri e ad autorità competenti di imporre agli enti e ai rispettivi comitati per le nomine di attenersi a un'ampia gamma di qualità e competenze nella selezione dei membri dell'organo di gestione e di predisporre a tal fine una politica che promuova la diversità in seno all'organo di gestione.
Le autorità competenti sono dunque tenute a trasmettere dette informazioni all'EBA, che dovrà confrontare le pratiche relative alla diversità a livello di Unione per adottare entro il 31 dicembre 2015 orientamenti anche su «la nozione di diversità di cui tener conto per la selezione dei membri dell'organo di gestione".

la Banca d'Italia di recepimento della disciplina di *governance* europea[2], peraltro noto agli studiosi ed operatori del settore (ed io stessa ad esso mi sono spesso richiamata in miei lavori degli anni passati) dal quale non ci si deve discostare nella progettazione di imprese efficienti e di mercati connotati da un elevato livello di liquidità, trasparenza e correttezza operativa; criterio destinato a rappresentare la migliore garanzia per gli investitori che accedono al mercato dei capitali, configurandosi quindi come essenziale per il suo buon funzionamento.

2. Da quanto finora è stato detto ritengo che non sia il caso di soffermarmi a ribadire che la parità di genere risponda in primo luogo all'esigenza di soddisfare i principi di equità sostanziale tra i cittadini, prescritti dalla ns. Costituzione in particolare negli artt. 3 e 51.

Né intendo ribadire in questa sede le indicazioni comunitarie sul bilanciamento di genere negli organi di governo delle imprese. E' nota al riguardo anche la Proposta di direttiva (che mi risulta attualmente arenata) volta ad assicurare uguaglianza e parità di requisiti tra uomini e donne, pur lasciando liberi gli Stati membri di determinare i modi e le regole per realizzare questo obiettivo programmatico.

Non mi soffermo altresì sulla valutazione dei livelli di produttività che caratterizzano le strutture aziendali nelle quali sono presenti alcune donne (richiamate dalle relatrici precedenti); limitandomi a ribadire che la disparità di genere interagisce negativamente sulla *performance* delle gestioni in quanto in tali strutture, qualora il numero delle donne sia significativamente contenuto, è dato poco accesso a soluzioni improntate a logiche equitative, da considerare indispensabili per ottimizzare le forme redistributive.

---

[2] Cfr. Circolare Banca d'Italia n. 285/2013, VI aggiornamento del 6 maggio 2014, sez. Titolo IV, capitolo 1 "Governo societario".

Tale assunto trova conferma, del resto, in un recente studio effettuato presso il Max Planck Institute di Jena da un gruppo di sperimentalisti dell'Università (cui appartengo) Luiss Guido Carli di Roma (laboratorio di Economia Sperimentale "Cesare") che si è proposto di verificare l'ipotesi che nella contrattazione le donne siano più "sospettose" degli uomini. Tale ipotesi si basa sull'evidenza che le persone che appartengono a gruppi che storicamente sono stati discriminati, come le minoranze etniche e le donne, si fidano di meno delle controparti e conseguentemente si comportano in modo maggiormente strategico[3]. Questa sarebbe la ragione per cui le donne si sono evolute più avverse al rischio, ma con maggiore capacità di verificare l'affidabilità degli altri e di adottare comportamenti strategici[4].

La ricerca ha, tuttavia, messo in evidenza il fatto che le donne si muovono in un contesto di *underconfidence* (diversamente dagli uomini i quali solitamente si caratterizzano per essere *overconfidence*) che spesso causa l'accettazione (da parte delle prime) di opzioni decisionali non completamente condivise[5]. In generale, gli esperimenti di laboratorio, effettuati in diversi paesi e con differenti campioni di soggetti, hanno tutti evidenziato alcune caratteristiche ricorrenti: le donne risultano in media più avverse al rischio, meno confidenti nelle proprie capacità e più disposte ad accettare compiti non promozionali e guadagni più

---

[3] Così ALESINA - LA FERRARA, *Who trusts others?*, in *Journal of Public Economics*, vol.85, 2002, p. 207 ss.

[4] Cfr. DI CAGNO – GALLIERA – GUETH - PACE - PANACCIONE, *Make-Up and Suspicion in bargaining with cheap talk. An experiment controlling for gender and gender constellation*, in *Theory and Decision*, in corso di stampa, 2015.

[5] Esiste vasta evidenza sperimentale di differenze di genere sia nelle scelte in condizioni di rischio e di incertezza, ECKEL - GROSSMAN, *Men, Women and Risk Aversion: Experimental Evidence*, 2008, in *Handbook of experimental economics results*, Vol. 1, Ch.113, 2008, p. 1061 ss., sia nella contrattazione, AYRES - SIEGEKMAN, *Race and Gender Discrimination in Bargaining for a New Car*, in *The American Economic Review*, Vol. 85, n.3, Giugno 1995, p. 304 ss.; NIEDERLE - VESTERLUNG, *Do women shy away from competition? Do men compete too much?*, in *The Quarterly Journal of Economics*, Agosto 2007, p. 1067 ss.

contenuti degli uomini[6].

Al contempo, è stato riscontrato che – nonostante un atteggiamento sulla carta di *underconfidence* – le donne sono più inclini al cambiamento e imparano ad adottare comportamenti "dominanti" molto velocemente, riuscendo ad applicarli con grande successo; laddove, situazioni che esprimono il risultato di adeguati addestramenti e integrazioni /collaborazioni (per es. quando le donne "fanno squadra" tra loro) mostrano risultati di alto livello, in grado cioè di superare il limite di un *agere* influenzato dal timore e dal sospetto di donne che avvertono il peso della loro appartenenza ad una minoranza.

Tali caratteristiche tendono a smorzarsi con l'esperienza e spesso sono da attribuire a condizionamenti e divari di ordine sociale e culturale piuttosto che ad eterogeneità genetica.

Al riguardo sembra meritevole di segnalazione il caso di Generali Investments Europe, società che ha deciso per il 2015 di dedicare risorse per valorizzare la diversità di genere che ritiene un progetto strategico. Pertanto, essa ha scelto di sostenere la rappresentanza femminile al proprio interno[7], decidendo al contempo di impegnarsi attivamente nel promuovere la crescita professionale delle donne[8]. Ciò nel preciso intento di costruire un modello inclusivo e che supporti tutti i talenti ad esprimersi puntando sulla meritocrazia: gioco di squadra e valorizzazione della diversità per la moltiplicazione di qualità, ricchezza di

---

[6] Cfr. GNEEZY - RUSTICHINI, *Gender and Competition at a Young Age*, in *American Economic Review*, 2004, p. 377 ss.

[7] Di seguito alcuni dati sulla presenza femminile nel Gruppo: il 15% dei primi livelli composto da donne (3 su 20). Sui secondi livelli scendiamo un pochino e ci posizioniamo al 35% (29 su 84). Complessivamente la presenza femminile nella Società è pari al 33% della forza lavoro (129 su 390). Inoltre vi sono 2 donne presenti nel CdA.

[8] Ciò attraverso varie iniziative: percorsi formativi di *empowerment* femminile rispetto a due diversi target: donne giovani e in sviluppo di carriera, formazione sulla comunicazione di genere, organizzazione di incontri in azienda con *role model*, cioè modelli a cui ispirarsi, ripensare ad alcuni processi di risorse umane (quali ad es. *recruitment*) volti a favorire un *mix* di genere, ove possibile. In questo impegno è prioritaria la volontà di coniugare parità di genere e meritocrazia (per fare in modo che la prima non diventi prioritaria e "solitaria" a discapito della seconda).

idee e di soluzioni.

Tralascio ogni considerazione in ordine alla prevedibile, auspicabile fine del fenomeno che ci occupa, la cui valenza in un circoscritto arco temporale sembra desumibile dalla notevole espansione numerica della presenza del genere femminile negli studi universitari e, quello che più conta, dal risconto di una migliore *performance* delle studentesse in termini di preparazione e risultati.

Intendo, invece, soffermarmi ad analizzare se il principio di cui ci stiamo occupando trova una particolare modalità di applicazione in ambito bancario e finanziario, settore nel quale tradizionalmente alle donne sono stati riservati spazi marginali, impedendo ad esse di dare un costruttivo contributo all'esercizio di un'attività che, come si cerca di dimostrare, può avvantaggiarsi della specificità intellettiva e culturale che caratterizza il genere femminile.

Ebbene, l'iter logico per testare la validità della presenza della donna nei contesti bancari e finanziari deve muovere dalla considerazione che tutta la regolazione di tale settore coinvolge i principi generali della civile convivenza nell'intento di migliorarne le modalità esplicative. *In primis*, la tutela del risparmio (sancito all'art.47 Cost.) e, dunque, la sottoposizione a controllo pubblico dei soggetti che esercitano attività bancaria e finanziaria sono da considerare momenti prioritari di un più ampio complesso dispositivo che ha di mira la dignità della persona, valutata nella sua unitaria configurazione uomo/donna, cioè senza discriminazioni di sorta[9].

---

[9] Cfr. Circolare Banca d'Italia n. 285, modificata il 6 maggio 2014, Titolo IV – Capitolo 1, Sez. I, secondo cui "Gli assetti organizzativi e di governo societario delle banche, oltre a rispondere agli interessi dell'impresa, devono assicurare condizioni di sana e prudente gestione, obiettivo essenziale della regolamentazione e dei controlli di vigilanza".
Inoltre, alla Sez. IV : Sotto il profilo qualitativo, il corretto assolvimento delle funzioni richiede che negli organi con funzioni di supervisione strategica e gestione siano presenti soggetti: con competenze diffuse tra tutti i componenti e opportunamente diversificate, in modo da consentire che ciascuno dei componenti, sia all'interno dei comitati di cui sia parte che nelle decisioni collegiali, possa effettivamente contribuire, tra l'altro, a individuare e perseguire idonee strategie e ad assicurare un governo efficace dei rischi in tutte le aree della banca". La nota 1) precisa che

Dignità, equità, parità sono presidi sociali che l'ordinamento bancario conosce sin dagli anni trenta del secolo scorso e che si rivolgono all'esterno, ai fruitori del servizio, ai risparmiatori… Naturalmente l'evoluzione dei tempi incide anche sulla modalità d'interpretare i valori sottesi alla costruzione sistematica della realtà finanziaria. Tali principi stanno per essere ricondotti all'interno dell'organizzazione aziendale e la parità di genere e la diversificazione diventano un presidio per garantire la sana e prudente gestione, presidio quasi paritetico agli altri già noti, quali i *chinese walls* per i conflitti d'interesse, la trasparenza, la correttezza operativa.

E' evidente allora che se la parità di genere costituisce un dato intrinseco dell'essenza propria dell'attività bancaria, non sembra ipotizzabile in alcun modo l'ammissione di ruoli differenziati con riguardo all'individuazione dei modelli organizzativi attraverso cui detta attività viene esercitata.

È questa la premessa su cui va costruito il dibattito riguardante la legittimità - o più esattamente la giustificazione - del riconoscimento alle donne di una più adeguata collocazione all'interno del settore[10]; non è ammissibile la cristallizzazione di modelli organizzativi incentrati sull'ammissione di presupposti diversi da quelli qui in esame.

3. Passando poi all'identificazione delle ragioni che legittimano un più

"Un adeguato grado di diversificazione, anche in termini di età, genere e provenienza geografica, favorisce tra l'altro la pluralità di approcci e prospettive nell'analisi dei problemi e nell'assunzione delle decisioni, evitando il rischio di comportamenti di mero allineamento a posizioni prevalenti, interne o esterne alla banca. La diversificazione può indurre ad un grado di coinvolgimento più intenso di ciascun componente su materie o decisioni più affini e alle proprie caratteristiche. Ciò non deve tuttavia pregiudicare il principio della partecipazione attiva di tutti gli esponenti ai lavori e alle decisioni consiliari; ogni componente deve quindi essere in grado di analizzare e formulare valutazioni sul complesso delle materie trattate e delle decisioni assunte in consiglio.

[10] Settore nel quale, per troppo lungo tempo, sono state adibite unicamente all'espletamento di mansioni secondarie (cd. di ordine) e non anche chiamate all'esercizio di funzioni dirigenziali e/o di responsabilità.

appropriato posizionamento della donna nell'impresa bancaria e finanziaria occorre sottolineare la necessità di una particolare qualificazione tecnica dell'attività svolta dai *board* amministrativi e di controllo degli enti appartenenti a tale settore. Ed invero, le opzioni di vario genere (da quelle organizzative a quelle di investimento) per l'assunzione di decisioni improntate alla sana e prudente gestione richiedono capacità di equilibrata valutazione dei dati informativi/conoscitivi rimessi agli organi di amministrazione e controllo nei report che la struttura periodicamente rassegna.

Trattasi, dunque, di un'attività che si qualifica per capacità di intuizione non disgiunta dal riferimento ai dati analitici che connotano le variegate fattispecie in osservazione; requisiti tutti che, nell'immaginario collettivo, vengono considerati come tipicamente propri delle donne in quanto facilmente correlabili alle qualità psico-fisiche che ne connotano la personalità[11]; requisiti ai quali è bene aggiungere anche la presenza di una modalità di visionare la realtà in osservazione sempre attenta e puntuale (ma anche capace di muoversi in senso multidirezionale), sì come è necessario per comprenderne la complessità e, dunque, per prevenire eventuali effetti degenerativi dei processi portati all'esame dei border.

Va da sé che un compiuto espletamento di tale attività richiede dedizione e impegno assorbente,

e si potrebbe rivelare impegnativo conciliare con il ruolo nell'immaginario collettivo riconosciuto alla donna nell'ambito della società.

Ciò costituisce, sul piano delle concretezze, un fattore di disparità intrinseco e spiega la ragione per cui le donne cd. "in carriera" conoscono, talora, la tristezza di un isolamento familiare e, nella gran parte dei casi - specie nel no-

---

[11] Si rinvia allo studio di MACCOBY - JACKLIN, *The psychology of sex differences*, Vol. II, Standford University Press, 1974.

stro Paese - possono ricoprire ruoli primari solo in età avanzata.

Detto questo, mi sembra poi opportuno sottolineare che nelle più moderne tecniche conoscitive, esperibili nella realtà del mercato finanziario (tecniche fondate essenzialmente su valutazioni di correttezza psicologica), decisivo deve ritenersi l'apporto della donna nell'identificare idonei rimedi alle asimmetrie del mercato[12]; compito che la donna è in grado di svolgere grazie alla sua specifica capacità di relazionarsi con gli altri, alla sua sensibilità nel tener conto delle istanze che provengono dagli altri.

In sostanza, l'intuizione – o più esattamente la naturale capacità della donna di contrapporre alla razionalità deduttiva dell'uomo una linea decisionale particolarmente sensibile nel percepire l'orientamento altrui – fa sì che la parità di genere (e/o la diversificazione) divenga strumentale al conseguimento di gestioni più profittevoli, le quali grazie all'intervento delle donne possono trarre beneficio dall'attitudine alla mediazione nelle situazioni conflittuali e ad una naturale limitazione dei rischi, che notoriamente identifica un tratto caratteriale tipico della personalità femminile (come dimostrato dall'analisi scientifica)[13]. Ciò senza rinunciare all'ascolto, alla percezione del consiglio altrui, in breve ad accettare criteri innovatori dell'*agere* valutati nella interezza della loro essenza e, dunque, ponendo particolare cura nell'evitare che i medesimi siano riconducibili a mere logiche di potere (per natura le donne sono multitasking, tendono ad essere più collaborative nell'affrontare situazioni di problem solving e sono motivatrici dei gruppi di lavoro). In particolare, la parità di genere si configura idonea ad introdurre nelle gestioni forme di equilibrio connesse **a**lla peculiare indipendenza degli esponenti aziendali e, dunque, correlate alla sottrazione delle scelte

---

[12] Cfr., al riguardo, tra gli altri MORERA, *Sulle ragioni dell'equilibrio di genere negli organi delle società quotate e pubbliche*, su *www.associazionepreite.it.*

[13] Così MORERA, *op. cit.*, che richiama gli studi di BRIZENDINE, *Il cervello delle donne*, Milano, 2007; ID., *Il cervello dei maschi*, Milano, 2010.

del board da interferenze rivenienti dalla scarsa indipendenza dei suoi esponenti[14].

In tale contesto logico va collocata - a mio avviso - l'interpretazione del divieto di *interlocking* e di *multiple directorships* recentemente introdotto in ambito bancario-finanziario (art. 36 d.l. 201/2011, c.d. decreto "Salva Italia")[15], al fine di ribadire - in modalità diverse e su piani diversi rispetto alla CRD IV - la necessità della non sussistenza di vincoli o limiti nell'identificazione degli appartenenti ai border amministrativi e di controllo; entrambi, a mio avviso e con tutta evidenza, intendono incentivare la pluralità di approcci e prospettive nell'analisi dei problemi e nell'assunzione delle decisioni nonché, attraverso una equilibrata composizione degli organi, premiare la professionalità (evitando il rischio di comportamenti di mero allineamento a posizioni prevalenti, interne o esterne alla banca).

Il divieto di *interlocking*, mira ad evitare connessioni tra imprese concorrenti del mercato bancario, finanziario e assicurativo realizzate attraverso la presenza di stessi esponenti aziendali. Un mercato concorrenziale sano deve

---

[14] Cfr. BIANCO - CIAVARELLA - SIGNORETTI, *Women on Boards in Italy*, in *Quaderni di Finanza della Consob*, 2011, p. 7, consultabile su *www.consob.it*, e *ivi* ampia bibliografia.

[15] L'art. 36 del d.l. 201/2011 (c.d. decreto "Salva Italia"), convertito dalla legge n. 214/2011, ha introdotto il divieto di assumere o esercitare cariche tra imprese o gruppi di imprese concorrenti operanti nei mercati del credito, assicurativo e finanziario (c.d. "divieto di interlocking"). Se i titolari di cariche incompatibili non optano per una di esse entro il termine previsto, decadono da entrambe e la decadenza è dichiarata dai competenti organi aziendali. In caso di inerzia di questi ultimi, la decadenza è pronunciata dall'Autorità di vigilanza di settore competente.
Per chiarire le modalità di applicazione del divieto e risolvere i dubbi interpretativi emersi con riferimento alla nuova norma, le Autorità di vigilanza alle quali spetta assicurarne l'osservanza (Banca d'Italia, Consob e Isvap - ora Ivass - in coordinamento con l'Autorità garante della concorrenza e del mercato) hanno condiviso e reso pubblici i criteri ai quali si atterranno nell'esame delle situazioni previste dall'art. 36 (cfr. documento del 20 aprile 2012, disponibile sul sito web della Banca d'Italia all'indirizzo *www.bancaditalia.it* e i relativi chiarimenti). Le medesime Autorità hanno successivamente definito in un protocollo di intesa i criteri e le modalità per coordinare le rispettive attività e procedure ai fini dell'analisi delle situazioni di interlocking e dell'eventuale dichiarazione di decadenza dalle cariche incompatibili, con particolare riguardo ai casi in cui le cariche incrociate coinvolgano la competenza di più Autorità.

evitare la cristallizzazione dell'elenco di coloro che possono avere la responsabilità della gestione.

Invece, la direttiva CRD IV, per ragioni "interne" di sana e prudente gestione delle banche di grandi dimensioni, attraverso la diversificazione mira a garantire anche la *time devotion* (ulteriore criterio guida delle nuove regole di *governance*).

Si è in presenza, dunque, di una *voluntas legis* volta ad affermare una logica meritocratica: evitando la proliferazione degli incarichi in capo a pochi soggetti si finisce con l'ampliare la platea dei potenziali destinatari dei *board* e - al contempo - si introduce un limite all'accaparramento degli stessi da parte di soggetti che possano essere in vario modo legati ai centri di produzione ovvero alle sedi del potere. Da qui il prevedibile vantaggio riveniente dalla politica della parità di genere/diversity nel ridefinire la composizione dei cda in base ai parametri imposti da tale regolazione[16].

4. Un'ultima riflessione *in subiecta materia* mi sembra desumibile dalle indicazioni fornite dalla recente crisi finanziaria. Quest'ultima ha dimostrato l'esigenza di migliorare l'efficienza delle strutture organizzative cui è riconducibile l'ottimalizzazione dei servizi finanziari.

Nel contempo, è emersa la necessità di introdurre elementi di equilibrio

[16] E se è vero che le imprese in esame devono impegnarsi per reclutare più donne, è altrettanto vero che il mercato del lavoro deve essere tale da poter rispondere adeguatamente a questo sforzo. In altri termini, l'ampio dibattito sulla parità di genere dal punto di vista dell'impresa, deve essere accompagnato da una adeguata riflessione sul fatto che non sempre ci sono donne sul mercato pronte a rispondere alla richiesta.
Se la domanda di lavoro non si modifica si rischia di assistere a un processo che negli ultimi tempi, più che in passato, si sta cercando di evitare per tutti (uomini e donne), ossia il cumulo di cariche e la ripetitività di nomi e persone nei vari cda; evenienza di certo da evitare. E questo non va bene. Un modo per modificare la domanda sul mercato del lavoro potrebbe essere, come avviene in altri campi, l'informazione e la formazione; cfr. RINALDI - TODESCO, *Financial literacy and money attitudes: do boys and girls really differ? A study among italian preadolescents*, in *Italian journal of sociology of education*, vol. 11, n.2, 2012, p. 143 ss.

nelle gestioni, evitando per un verso comportamenti di *moral hazard*, per altro suggerendo l'opportunità di rivisitare la materia dei compensi da corrispondere agli esponenti aziendali.

Non c'è dubbio che una risposta efficace in tal senso potrà venire da un' intensificazione in ambito UE della gender policy come risposta macroeconomica alla crisi dei mercati e al fallimento dei relativi modelli di funzionamento.

La presenza delle donne nei cda e nei collegi sindacali potrà sviluppare comportamenti virtuosi (e, dunque, un'azione più trasparente ed equilibrata delle imprese finanziarie) e consentirà potenziali risparmi di costi connessi ad una ridefinizione del sistema di retribuzioni (grazie all'ampliamento della platea dei destinatari degli incarichi). Per vero, è verosimile una generalizzata propensione delle donne all'accettazione di compensi più contenuti atteso che l'assunzione di ruoli di responsabilità per esse assume un valore premiante sul piano della gratificazione personale, in considerazione di un riscatto generazionale che per tale via viene consentito al genere femminile.

Se questo può accadere in un primo momento, non deve rappresentare l'effetto del cambiamento, perché sarebbe inaccettabile una scelta incentrata sulla ridotta retribuzione che creerebbe una nuova gender gap ("sceglieteci perché costiamo meno"). Il risultato finale dovrà e potrà essere solo : "scegliete noi donne perché siamo bravissime".

Occorre quindi una riflessione in termini di prospettica parità di retribuzione oltre che di rappresentanza nei cda.

5. Concludo con un'ulteriore precisazione sulla distinzione tra il principio di *gender parity* da quello più ampio di *diversity*. Il primo (desumibile da noti documenti europei, quali la "Strategia per la parità tra donne e uomini", ed il "Patto europeo per la parità di genere"), ha trovato espressione nella proposta di di-

rettiva sugli amministratori senza incarichi esecutivi delle società quotate; in base ad esso entro il 2020, il 40% di questi ultimi dovrà essere costituito da esponenti del sesso sottorappresentato, cui va attribuita priorità rispetto a candidati del sesso opposto, a parità di qualifiche.

Il secondo - riguardante il criterio della diversificazione negli organi di gestione, per "età, sesso, provenienza geografica e percorso formativo e professionale" - è enunciato, come si è detto, nella direttiva 2013/36/UE in materia di enti creditizi e imprese di investimento (cd. CRD IV), nonché nella direttiva 2014/65/UE in materia di mercati degli strumenti finanziari (cd. MIFID 2).

In sostanza, mentre la *gender parity* viene perseguita attraverso un meccanismo automatico connesso a quote percentuali predefinite, la valorizzazione della *diversity*, tra cui quella di genere che qui interessa, richiede la trasparente valutazione comparativa di profili eterogenei, svolta in base alle specificità aziendali. Tale valutazione comparativa, quale pratica di talent management finalizzata a una migliore efficienza aziendale, ovviamente investe parimenti gli uomini e le donne e deve essere obiettivo paritario alla *gender parity*.

Più di recente, la direttiva 2014/95/UE in materia di informazioni di carattere non finanziario e di diversità nella composizione degli organi sociali[17], è andata oltre, mettendo in luce l'esistenza di un nesso funzionale tra *diversity* e *disclosure*: l'introduzione di forme più adeguate di trasparenza nella gestione della problematica in esame dovrebbe incoraggiare le imprese a riflettere maggiormente sulla problematica in parola, orientandole verso una maggiore attenzione alla necessità di garantire livelli più elevati di diversità nei loro con-

[17] Cfr. Direttiva 2014/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2014 , recante modifica della direttiva 2013/34/UE per quanto riguarda la comunicazione di informazioni di carattere non finanziario e di informazioni sulla diversità da parte di talune imprese e di taluni gruppi di grandi dimensioni Testo rilevante ai fini del SEE.

sigli[18]. Se ne deduce che la definizione di un sistema trasparente serve non soltanto a rendere il mercato informato (sulle pratiche di governo societario) ma anche a "creare una pressione indiretta sulle imprese per spingerle a diversificare la composizione del proprio consiglio" (così la direttiva 2014/95/UE)[19].

Da qui il rilievo ascrivibile alla cd. *saving clause*, in base alla quale le società quotate di grandi dimensioni dovranno pubblicare i criteri di politica gestionale adottati in materia di diversità (estesi a ricomprendere gli obiettivi, le modalità di attuazione ed risultati conseguiti) oppure le motivazioni a sostegno della mancata predisposizione dei medesimi[20].

E' chiaro che si tratta di un nuovo impulso all'accettazione della validità della diversificazione; per tal via, si giunge ad un regime disciplinare che consente (attraverso la chiarificazione e pubblicizzazione delle regole relative alla gestione) di pervenire ad un ordine sistematico caratterizzato sempre più dall'affermazione di una reale parità di genere.

Nel delineato contesto, ritengo altresì apprezzabile la previsione contenuta nelle Disposizioni di vigilanza della Banca d'Italia (Circolare 285/2013 come aggiornata in attuazione della direttiva CRD IV)[21] di un legame tra politiche di di-

---

[18] Cfr. *Action Plan*, 2012.

[19] Al riguardo, cfr. AZZOLINI, *Dopo le quote rosa, la gestione dei talenti*, su *www.lavoce.info*, 2015.

[20] Cfr. CALVOSA - ROSSI, *Gli equilibri di genere negli organi di amministrazione e controllo delle impre*se, in *Osservatorio dir. civ. e comm.*, 1, 2013, p.7.

[21] Il comitato nomine svolge funzioni di supporto agli organi con funzione di supervisione strategica e di gestione nei seguenti processi: — nomina o cooptazione dei consiglieri secondo quanto specificato al paragrafo 2.1. Con riferimento all'esigenza di assicurare un adeguato grado di diversificazione nella composizione collettiva dell'organo, il comitato - fermi restando gli obblighi posti dalla disciplina delle banche quotate (12) - fissa un obiettivo (target) in termini di quota di genere meno rappresentato e predispone un piano per accrescere questa quota sino al target fissato [L'obiettivo di genere individuato (target), il piano e la sua attuazione sono resi pubblici nell'ambito dell'informativa che le banche devono rendere ai sensi del "terzo pilastro" (cfr. CRR, art. 435)].
Sez VII: Obblighi di informativa. Le banche, in aggiunta agli obblighi informativi derivanti dalle disposizioni regolamentari dell'Unione Europea e dalle disposizioni prudenziali della Banca d'Italia, rendono pubbliche in modo chiaro e circostanziato e curano il costante aggiornamento

versificazione e obblighi di trasparenza. A ben considerare, tale previsione era già contenuta nelle Raccomandazioni del Codice di autodisciplina redatto dal comitato per la Corporate Governance per Borsa Italiana; è evidente come talora l' autoregolazione sia in grado di anticipare le migliori soluzioni riguardanti il buon andamento aziendale. Ritengo doveroso, peraltro, rappresentare sul punto la mia personale sfiducia in una rinuncia a radicati *status* professionali, ruoli manageriali, remunerazioni nonché alla conservazioni di altro tipo di soddisfazioni, rimessa alla volontaria iniziativa del mercato e dei suoi agenti; ciò specie ove si abbia riguardo a quello finanziario nel quale noi donne, anche se chiamate a partecipare al processo decisionale e gestionale degli enti del settore, ci troviamo talvolta costrette ad adeguarci a logiche maschili consolidate.

Ben venga, dunque, l'imposizione regolamentare (e mi riferisco alle direttive UE e normativa nazionale, già in vigore con la legge n. 120/2011) della diversificazione attuata mediante misure vincolanti per quanto concerne la rappresentanza femminile; diversamente da quel che è dato desumere dall'approccio internazionale adottato dallo IOSCO, che rimette all'iniziativa volontaria un cambiamento (una rivoluzione culturale) che dovrebbe rivelarsi epocale[22]. Orientamento che qui propongo considerandolo pienamente giustificato dalla circostanza che gli Stati membri fino ad ora non hanno mostrato significativi progressi se questi sono lasciati alla loro autonoma scelta. Del pari mi sembra opportuno concordare appieno sul carattere temporale delle misure intro-

---

delle seguenti informazioni : … — numero complessivo dei componenti degli organi collegiali in carica e motivazioni, analiticamente rappresentate, di eventuali eccedenze rispetto ai limiti fissati nelle linee applicative della Sezione IV. Ripartizione dei componenti almeno per età, genere e durata di permanenza in carica. …
Le informazioni da pubblicare sul sito web della banca, inclusa l'informativa sulle linee generali degli assetti organizzativi e di governo societario, possono essere rese anche per rinvio ad altri documenti disponibili sul sito web medesimo, compreso lo statuto, purché l'informazione rilevante sia agevolmente consultabile e raggiungibile mediante un link puntuale ed evidente.

[22] Cfr. *Gender quotas in management boards*, 2012.

dotte, rispondente ai desiderata di chi - come me - crede in un sistema meritocratico.

L'importante è non cadere nella falsa applicazione delle regole, come giustamente veniva sottolineato qualche anno fa sul quotidiano l'*Avvenire* precisando "il falso valore della *non-discriminazione* impedisce di pensare, valutare, discernere ed esprimere, così come quello della *trasparenza* che spesso è estranea alla ricerca della verità."

E' la versione moderna di quanto già sostenuto da Tomasi di Lampedusa quasi sessanta anni fa quando scriveva: se vogliamo che tutto rimanga com'è, è necessario che tutto cambi.

Cerchiamo di impedirlo…

Mirella Pellegrini

Ordinario di Diritto dell'Economia
nell'Università Luiss Guido Carli di Roma

FONDI SANITARI INTEGRATIVI

TRA GESTIONE DEL RISCHIO E RISPARMIO. *

(*Private health funds in the middle of risk management and savings*)

ABSTRACT: *This paper analyses the regulatory framework underlying the Italian industry of private health funds, focusing on the perspective that a reform will correct certain market failures, and then improve the social impact of their action.*

In this perspective, we will investigate the legal structure of the 'Fondi integrativi del servizio sanitario nazionale' (ex art. 9, legislative decree 502 of 1992), by considering that these funds can afford additional health cares (to the standard ones provided by the public service). This leads to the definition of two sets of (fundamental or supplementary) kinds of cares, linked to human dignity or to well-being of people. Undoubtedly, this possibility (of supplementary cares) requires raising capital from the funds' participants and, consequently, their safe and sound management, under an efficient regulatory framework.

Our analysis shows that a special form of saving is managed by these health funds. We reach, then, the conclusion that a public intervention is required to regulate the procedures for the constitution of the fund, the relations with participants, the policies of asset management, and the internal decision making processes. To summarize, the compliance of these funds (together with the proper performing of their internal audit and risk management functions) requires specific legal innovations, under advanced systems of governance and public supervision.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il quadro normativo di riferimento. - 3. La natura dei 'Fondi inte-

* Contributo approvato dai revisori.

grativi del SSN'. - 4. Le opzioni del regolamento ministeriale. - 5. La vigilanza. - 6. La prospettiva di riforma del settore. - 7. Conclusioni.

1. Sostenibilità finanziaria e convenienza economica sono principi che stentano a trovare applicazione nel campo delle politiche destinate ad attuare il diritto alla salute costituzionalmente previsto. Tale situazione è determinata, oltreché dalla tradizionale problematica del reperimento delle risorse necessarie al finanziamento delle politiche sanitarie, dall'esigenza di assicurare l'equilibrio dei conti pubblici con il contenimento dei costi della P.A. (problematica frequente nella definizione dei provvedimenti normativi in materia).[1]

Non v'è dubbio, infatti, che le recenti turbolenze finanziarie hanno indotto il legislatore a riconsiderare i meccanismi di 'tutela della salute', ferma l'esigenza di contenere il ricorso alla 'spesa pubblica' e all'indebitamento. È chiaro, altresì, che - dopo la recente modifica dell'art. 81 della Costituzione[2] - gli

---

[1] Cfr. CAPRIGLIONE, *Crisi a confronto (1929 e 2009). Il caso italiano*, Padova, 2009; ID., *Mercato regole democrazia*, Torino, 2013, cap. II; ID., *L'unione bancaria europea*, Torino, 2013; nonché CAPRIGLIONE - SEMERARO, *Crisi finanziaria e dei debiti sovrani*, Torino, 2012, in particolare cap. II; CAPRIGLIONE - TROISI, *L'ordinamento finanziario dell'UE dopo la crisi*, Torino, 2014, in particolare cap. I.
Si veda inoltre, per una interpretazione della problematica indicata nel testo formulata durante le fasi iniziali della crisi, BERNANKE, *Speech at the Council on Foreign Relations*, Washington,10 marzo 2009; TRICHET, *The ECB's response to the crisis*, Paris, 20 febbraio 2009, consultabile su *www.ecb.int*; MASERA, *The Great Financial Crisis. Economics, Regulation and Risk*, Roma, 2009; DRAGHI, Speech at Wirtschaftstag 2012 *«Kapitalismus in der Krise? Die Zukunft der Marktwirtschaft»*, der Volksbanken Raiffeisenbanken, Frankfurt am Main, 7 Novembre 2012; più di recente, si veda DRAGHI, *Structural reforms, inflation and monetary policy*, ECB Forum on Central Banking, Sintra, 22 Maggio 2015.
[2] Quanto indicato nel testo si ricollega all'opera della legge cost. 1 del 2012, Tale legge, nell'introdurre il principio del pareggio di bilancio nella nostra Carta costituzionale, recepisce i contenuti del Fiscal Compact e, quindi, riconosce una collocazione peculiare alla normativa di recepimento dei nuovi vincoli europei, destinati quindi ad incidere sulla risoluzione del tradizionale problema di quantificazione del fabbisogno finanziario del sistema sanitario nazionale e, più in generale, delle esigenze poste dagli obblighi di tutela della salute posti in capo alla Repubblica; Cfr. CLARICH - MATTARELLA, *Un nuovo sistema regolatorio per lo sviluppo economico*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2013, p. 363 ss.; TOSATO, *La riforma costituzionale sull'equilibrio di bilancio alla luce della normativa dell'Unione: l'interazione fra i livelli europeo e interno*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, p. 5 ss.; FORTE, *La recente giurisprudenza costituzionale in tema di art. 81 Cost.*, in *Rassegna Parlamentare*, 2014, p. 177 ss.

interventi di finanza pubblica, nel bilanciare entrate ed uscite in un contesto di difficoltà economiche, devono render sostenibile il finanziamento dei 'livelli di assistenza' essenziali per assicurare il benessere dei cittadini.

A ciò si aggiunga la necessità di valutare eventuali scelte di rigore (nella ricerca della stabilità), cui potrebbe conseguire l'impiego di una quantità limitata (rectius: decrescente) di risorse pubbliche e, quindi, il rischio di una minore tutela della salute (che l'art. 32 della nostra Costituzione qualifica come fondamentale diritto dell'individuo ed interesse della collettività, donde l'obbligo di garantire cure gratuite agli indigenti). Va da sé che tale rischio deve esser adeguatamente gestito dalle competenti autorità, in quanto l'adozione di politiche sane e sostenibili di finanza pubblica (volte a perseguire finalità di stabilità nell'Eurozona) non possono condurre ad una sfavorevole rideterminazione delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (che, in base all'art. 117 della Costituzione, comma secondo, lett. m, devono essere equamente garantiti su tutto il territorio nazionale).

Se, come si è potuto osservare nel corso della crisi dei debiti sovrani[3], esistono condizionamenti allo sviluppo in relazione al nesso tra l'andamento spesa pubblica e la stabilità di uno Stato membro (dell'UEM), è altrettanto vero che dovrà correlarsi l'impegno sociale con possibili formule innovative e complementari di assistenza alla persona.[4] Pertanto, il nuovo assetto della finanza pub-

---

Più di recente, LUPO, *Il controllo parlamentare sui Governi degli Stati membri dell'Unione europea, tra trasparenza e privacy*, in *federalismi.it*, 2015, fasc. 3 p. 37 ss. Più in generale, FABBRINI, *The Fiscal Compact, the 'Golden Rule' and the Paradox of European Federalism*, *in Boston College International and Comparative Law Review*, Vol. 36, p. 1 ss.; BIONDI, *Governmental Accounting and Austerity Policies: Accounting Representations of Public Debt and Deficit in Europe and Abroad*, in *8th International EIASM Public Sector Conference*, Edinburgh (UK), 2-4 Settembre, 2014.

[3] Cfr. CAPRIGLIONE - SEMERARO, *Crisi finanziaria e dei debiti sovrani*, cit., p. 22.

[4] A ben considerare, la normativa speciale appare destinata ad assicurare che i nuovi limiti economici (posti alla amministrazione del sistema sanitario nazionale) non si risolvano in un danno per i cittadini (e, quindi, in una violazione dell'art. 32 Cost.); per una analisi generale del pro-

blica induce a guardare con rinnovato interesse le soluzioni che, nel tempo, sono state proposte dal legislatore per costituire forme di partenariato tra pubblico e privato in subiecta materia. In particolare, appare necessario soffermarsi ad analizzare i meccanismi previsti per integrare e completare le prestazioni erogate dal sistema pubblico con risorse alternative a quelle provenienti dal bilancio dello Stato.[5]

Centrale, in tale prospettiva, è la posizione dei 'Fondi integrativi del servizio sanitario nazionale', i quali consentono di prestare servizi ulteriori rispetto a quelli assicurati dallo Stato e dalle Regioni. Va da sé che l'erogazione di risorse per prestazioni sanitarie (destinate a soddisfare il crescente bisogno di assistenza dei cittadini) necessita di un quadro normativo in grado di assicurare la sana e prudente gestione delle iniziative così promosse, nonché la tutela del risparmio immesso nel circuito finanziario che per tal via si realizza.[6]

2. L'impianto ordinatorio che disciplina la materia dei fondi sanitari integrativi si delinea a seguito del riassetto normativo della materia, recato dal d. lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, adottato in attuazione della delega contenuta nella legge 23 ottobre 1992, n. 421. Ai fini della presente indagine è bene aver presente l'originaria opzione normativa di porre il compito della tutela della sa-

---

blematico rapporto tra rigore e solidarietà, si veda LEMMA - HAIDER, *The Difficult Journey Towards European Political Union: Germany's Strategic Role*, in *Law and Economics Yearly Review*, 2012, p. 390 ss.

[5] Cfr. KRUGMAN, *A Country is not a company*, Boston, 2009, p. 20 ss.; BERNSTEIN, *Capital ideas evolving*, Hoboken (NJ), 2009, p. 237 ss.

[6] Ciò in quanto sembra possibile ritenere che le somme accantonate per pagare eventuali prestazioni sanitarie integrative sono dirette a soddisfare un bisogno futuro e non a far fronte a rischi imprevedibili. Da qui, la necessità di strumenti in grado di assicurare il corretto accumulo del risparmio privato, destinato a tale bisogno e, quindi, al pagamento di prestazioni ulteriori rispetto a quelle erogate dal SSN. Trattasi di considerazioni ulteriori rispetto a quelle formulate all'inizio dell'operatività dei fondi in esame, cfr. GUERRIERI, *Alcune riflessioni sui nuovi fondi sanitari integrativi del SSN*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 1999, p. 911 ss. ove si analizza il ruolo che il sistema vuole assegnare, mediante tale decreto, ai fondi sanitari integrativi, soffermandosi sulla questione dei livelli uniformi ed essenziali di assistenza.

lute principalmente in capo al servizio sanitario nazionale, all'uopo supportato dall'impiego di risorse finanziarie pubbliche, al fine di assicurare «livelli essenziali e uniformi di assistenza definiti dal Piano sanitario nazionale». [7]

Si spiega in tal modo il compito - attribuito dalla legge agli organi rappresentativi (preposti alla cura degli interessi generali) - di indicare quali prestazioni sanitarie avessero o meno carattere prioritario (nell'ordine di spesa delle risorse pubbliche disponibili), addivenendo alla distinzione tra forme di assistenza essenziali (in quanto collegate alla dignità della persona) ed interventi integrativi (volti a conseguire ulteriori livelli di benessere psico-fisico). A livello economico-finanziario, tale indicazione determina la suddivisione tra l'azione del servizio sanitario nazionale finanziato dall'erario (nel primo caso) e quella della sanità integrativa posta a carico dei privati (nel secondo).[8]

Va da sé che, nel sistema delineato dal d. lgs. n. 502 del 1992, gli interventi di assistenza essenziali e quelli integrativi interagivano tra loro; ciò in quanto, per un verso, la completezza dei primi produceva effetti riduttivi sulla domanda dei secondi e, per altro, la qualità di secondi poteva ridurre il rischio di

---

[7] Trattasi, dunque, di un sistema concepito in vista del «rispetto dei principi della dignità della persona umana, del bisogno di salute, dell'equità nell'accesso all'assistenza, della qualità delle cure e della loro appropriatezza riguardo alle specifiche esigenze, nonché dell'economicità nell'impiego delle risorse» (art. 1, d. lgs. 502 del 1992); per una completa comprensione dell'ambiente che ha accolto la riforma in parola, cfr. DI RENZO, *Gli spazi di privatizzazione della sanità*, in *Mondoperaio*, 1992, p. 56 ss. ove si muove dalla considerazione secondo cui coperture assicurative sono certamente utili, ma contengono numerose insidie.

[8] Ciò, ai sensi dell'art. 1, comma 3, d. lgs. 502 del 1992, ed in assenza di una specifica normativa secondaria preposta al controllo della stabilità degli enti in esame. In particolare, occorre notare che il citato d. lgs. n. 502 del 1992 prevede che «le prestazioni sanitarie comprese nei livelli essenziali di assistenza sono garantite dal Servizio sanitario nazionale a titolo gratuito o con partecipazione alla spesa, nelle forme e secondo le modalità previste dalla legislazione vigente»; cfr. PESARESI, *In tema di effettività del diritto alla salute*, in *Il Foro amministrativo T.A.R.*, 2003, p. 997 ss.; MOLASCHI,*"Livelli essenziali delle prestazioni" e LEA sanitari: prime indicazioni della giurisprudenza di merito*, in *Il Foro amministrativo T.A.R.*, 2003, p. 181 ss.; ID., *Crescita della spesa sanitaria e livelli "massimi" di prestazione assistenziale farmaceutica*, in *Il Foro amministrativo T.A.R.*, 2003, p. 618 ss. Si veda inoltre, per una problematica di rinnovato interesse, ROTOLO, *"Medicina difensiva" e giurisprudenza in campo penale: un rapporto controverso*, in *Diritto penale e processo*, 2012, p. 1259 ss. per gli effetti di tale prassi sulla qualità e sui costi delle prestazioni sanitarie.

recidive (e, quindi, di una nuova domanda dei primi). Da qui, l'esigenza di valutare gli elementi di connessione tra i medesimi, all'uopo verificando quali siano i livelli di supervisione pubblica in grado di coordinare e controllare i soggetti privati che, a vario titolo, prestano la loro opera nel comparto in esame.

Pertanto, il quadro normativo di riferimento risulta connesso al 'Piano sanitario nazionale', da intendersi - quest'ultimo - quale strumento di sintesi delle scelte relative all'impiego delle risorse pubbliche disponibili. È in tale sintesi, infatti, che si segna il confine tra essenziale ed integrativo, delineando le azioni di competenza del Servizio Sanitario Nazionale e, quindi, la categoria residuale di attività sanitarie che, seppur considerate non essenziali, sono in grado di produrre effetti positivi sul benessere dei relativi destinatari. Sicché, i 'Fondi integrativi', previsti dall'art. 9 del d. lgs. 502 del 1992, s'inseriscono in un quadro istituzionale altamente complesso,[9] cui spetta il compito di sostenere prestazioni sanitarie, per certi versi, residuali.

Trattasi, in definitiva, di un quadro normativo finalizzato all'affermazione di una logica interventistica di nuovo tipo, informata a principi di equità intergenerazionale. Da qui, l'attuale esigenza di una riforma del settore che - in relazione ai recenti mutamenti della compagine socio-economica nazionale ed internazionale - regoli le forme di finanziamento delle prestazioni sanitarie in termini di 'bisogno' (di salute) e non di 'rischio' (di una malattia). Conseguentemente, si comprende l'orientamento verso meccanismi basati sulla gestione del risparmio (destinato a finanziare prestazioni integrative future) e non sull'accumulo di riserve tecniche (rivenienti da premi assicurativi) ovvero su accordi mutualistici di ripartizione orizzontale delle spese (tra una comunità di associati).

[9] Cfr. Ministero della Salute, *Schema di piano sanitario nazionale 2011- 2013*, p. 1 ove si precisa che tale complessità si caratterizza «non solo per le ragioni di cui si è detto, ma anche per la necessità di armonizzare il servizio sanitario all'interno dell'Unione Europea, nel sia ad un contesto nazionale che si connota per una progressiva evoluzione verso la devoluzione, improntata alla sussidiarietà, di poteri dallo Stato alle Regioni».

3. Alla luce di quanto precede si comprende la centralità dei 'Fondi integrativi' suddetti nel sistema di previdenza sanitaria delineato dalla normativa speciale. A conferma di tale centralità rilevano le opzioni regolamentari adottate per la razionalizzazione del Servizio sanitario nazionale (i.e. il d. lgs. 19 giugno 1999, n. 229, di attuazione della delega contenuta nella legge 30 novembre 1998, n. 419).

A ben considerare, tale intervento normativo si ricollega all'esigenza di potenziare l'erogazione di prestazioni non comprese nei livelli essenziali di assistenza. Nonostante l'assenza di previsioni disciplinari destinate ad orientare il settore privato verso meccanismi di accumulo, si ravvisa un'impostazione in grado di fornire una rappresentazione oggettiva delle possibilità (del pubblico o del privato) di finanziare in via diretta talune prestazioni sanitarie (non necessariamente erogate dal servizio sanitario nazionale).

Ne consegue un impianto sistemico che, a fronte della previsione di una riserva di attività, prevede l'iscrizione nell'apposita 'Anagrafe dei fondi integrativi del servizio sanitario nazionale', all'uopo istituita presso il Ministero della Salute (con Decreto ministeriale del 27 ottobre 2009). Si circoscrivono, in tal modo, entro un ben definito ambito, le «fonti istitutive» dei fondi in parola, le quali - a norma dell'art. 9, comma terzo, sopra richiamato - possono seguire un'iniziativa pubblica o privata. Viene, altresì, indicata la tipologia di strumenti in grado di dare concretezza agli scopi che qualificano la materia dei fondi,[10] nonché l'insieme dei soggetti abilitati alla loro istituzione (pubblici e privati, lucrativi e non).

Significativo, al riguardo, è l'obbligo di adottare 'politiche di non selezione

[10] *I.e.* contratti ed accordi (lett. a e b), regolamenti di regioni, enti territoriali ed enti locali (lett. c) ed atti unilaterali (lett. d, e, f).

dei rischi', con riferimento alla partecipazione al fondo integrativo. Ciò, tuttavia non esclude la possibilità di una gestione attiva dei rischi (di credito e di controparte) che gravano sull'investimento delle risorse raccolte.[11] Trattasi di un'impostazione che ascrive peculiare valenza al rapporto trilatere che intercorre tra il partecipante (assistito), la prestazione integrativa (ricevuta dal medesimo) e l'erogazione delle somme (necessarie al finanziamento di quest'ultima).[12]

Conseguentemente, la prescrizione secondo cui «i fondi integrativi del Servizio sanitario nazionale sono autogestiti» (art. 9, comma 7, d. lgs. 502 del 1992), per un verso, conferisce ampi spazi di autonomia (ai privati che procedono alla costituzione del fondo), per altro sottende un elevato livello di responsabilizzazione (degli organismi preposti alla governance del medesimo); ciò, nel rispetto del principio di economicità in base al quale vengono assicurati presidi di stabilità e solvibilità, necessari per la prudente gestione delle somme affidate dai cittadini che partecipano ad un fondo integrativo.

Volendo trarre una prima conclusione sul punto, può dirsi che l'impostazione a base del vigente quadro normativo di riferimento presenta ora taluni segni di 'obsolescenza tecnica', dovuti anche alla mancanza di una adeguata implementazione dello stesso (previa adozione di decreti attuativi volti a storicizzarne la funzione). Del resto, non è dato riscontrare una compiuta qualità della regolazione, atteso che, fino ad oggi, sono mancate misure idonee a salvaguardare il risparmio e gli equilibri di finanza pubblica, come è dato desumere

[11] Analogamente è a dirsi per la definizione del relativo ambito di applicazione, che si riferisce all'individuazione delle prestazioni che possono esser finanziate con le risorse del fondo (e non ad altro); cfr. art. 9, commi 3 e 4, d. lgs. 502 del 1992.

[12] Ulteriore conferma della priorità attribuita dal regolatore a tale rapporto si rinviene nella indicazione dei contenuti rimessi alla competenza del Ministro della Salute, cui è attribuito il compito di individuare le relative prestazioni che in via di prima applicazione, possono essere poste a carico dei fondi integrativi del Servizio sanitario nazionale (art. 9, comma 6, d. lgs. 502 del 1992).

dalla carenza di obblighi in materia di compliance e risk management.[13]

4. Alla luce di quanto precede si comprende la ragione per cui la regolazione della assistenza sanitaria integrativa ha trovato compendio in un regolamento (contenente le disposizioni relative ai fondi integrativi del Servizio sanitario nazionale) emanato su proposta del Ministro della Salute. Ad esso è, infatti, rimesso il completamento della disciplina preposta ai meccanismi di amministrazione dei fondi sanitari integrativi. In tal senso orienta il disposto dell'art. 9, comma 8, d. lgs. 502 del 1992, che affida alla normativa secondaria l'indicazione delle modalità di costituzione e scioglimento dei fondi in esame, nonché le relative regole di governance (avendo specifico riguardo alla composizione degli organi di amministrazione e controllo) e le cause di esclusione dalla categoria in parola.

Analogamente è a dirsi per la individuazione dei soggetti che possono esser destinatari delle prestazioni di assistenza integrativa (finanziate dai fondi in esame), nonché le forme e le modalità di contribuzione (e, quindi, le regole di partecipazione e di raccolta delle risorse destinate a formare il patrimonio del fondo). Va, altresì, considerata la previsione (della normativa primaria) che demanda al predetto regolamento il compito di dare contenuto alle prestazioni dovute (dal fondo integrativo) al singolo sottoscrittore (ivi ricomprese nella no-

---

[13] Non si tratta, dunque, solo di confutare specifici dubbi sulla sostenibilità di un impianto normativo incentrato su un mero controllo anagrafico all'accesso (e non anche su forme di vigilanza nel continuo), ma si arriva a diffidare della conformità dello stesso ai nuovi principi imposti dal Trattato sulla stabilità, coordinamento e governance, nonché dalle nuove regole di supervisione finanziaria europea; cfr. SMITS, *The Crisis Response in Europe's Economic and Monetary Union: Overview of Legal Developments*, in *Amsterdam Law School Research Paper No. 2015-11*; FABBRINI, *The Euro Crisis and the Constitutional Disorder of the European Union*, in *21st International Conference of the Council for European Studies, Panel on "The Political and Economic Dynamics of the Eurozone Crisis*, Washington D.C., 15 Marzo 2014. Per l'impostazione previgente, cfr. MORRIS - ONGENA - SCHUKNECHT, *The Reform and Implementation of the Stability and Growth Pact*, ECB Occasional Paper No. 47/2006.

zione di 'trattamento'), all'uopo individuando quali 'garanzie' siano riservate a quest'ultimo ed al suo nucleo familiare.

A ben considerare, sarebbe stato possibile attendersi forme pervasive di regolazione. Tuttavia, in sede di applicazione della norma, il Ministero della Salute non ha dato corso a tale aspettativa. Ha, invece, adottato un Decreto, in data 31 marzo 2008 (successivamente modificato il 27 ottobre 2009), che si limita a: (i) circoscrivere gli «ambiti di intervento» (di Fondi integrativi e altri enti, casse e società di mutuo soccorso); (ii) porre le condizioni per la fruibilità di benefici fiscali previsti dalla normativa vigente; (iii) istituire l' «Anagrafe dei fondi sanitari».[14]

È evidente come, a fronte di una esplicita riserva di attività, sia stata prevista la specificazione delle prestazioni integrative (rectius: ambiti di intervento), ma non anche la fissazione di requisiti che, oggi, sono a base di ogni industria in cui transita il risparmio privato: dall'adeguatezza patrimoniale alla sostenibilità del programma di attività, alla efficienza della struttura organizzativa. Inoltre, non sono stati illustrati i criteri generali per la redazione del regolamento del fondo integrativo, nonché il contenuto minimo di quest'ultimo con riguardo ai meccanismi di gestione e conservazione delle somme raccolte tra i partecipanti. In assenza di apposite previsioni normative, si avverte la carenza di presidi volti ad assicurare che la raccolta e l'attività di investimento delle risorse destinate a supportare gli interventi di un fondo integrativo siano ispirate a criteri prudenziali di sostenibilità (nel tempo) e di contenimento e frazionamento dei rischi. Analoga considerazione va fatta, poi, con riferimento all'assenza di criteri di valutazione del patrimonio del fondo, nonché alla possibilità di calcolare il valore della quota di partecipazione sulla base delle risorse apportate o consumate dal

[14] A ben considerare, le premesse poste dal d. lgs. 502 del 1992 sembravano richiedere un intervento ministeriale di più ampia portata, tale cioè da disciplinare l'organizzazione e l'attività dei fondi integrativi in modalità compiute.

singolo sottoscrittore.

Meritevole di considerazione appare, infine, l'intervento recato dal citato d. m. 27 ottobre 2009 al fine di definire i criteri e le modalità per il calcolo di una «quota di risorse» (da destinare all'erogazione delle prestazioni di assistenza odontoiatrica, di socio-sanitaria rivolta ai soggetti non autosufficienti e di quelle finalizzate al recupero della salute di soggetti temporaneamente inabilitati da malattia o infortunio).[15] In particolare, la determinazione della soglia in parola pone un vincolo all'operatività del fondo nei confronti dei partecipanti, individuato nell'ammontare minimo delle somme destinate a finanziare talune prestazioni, specificamente segnalate dal citato D.M.

Si è in presenza, quindi, di una valutazione di tipo quantitativo che prescinde dalla riferibilità a tipologie degli attivi nei quali investire le risorse vincolate, essendo finalizzata a garantire la riserva di mezzi finanziari da destinare a specifici bisogni di salute. In tale contesto, quindi, il coefficiente del 20% (ivi determinato) assurge a parametro di operatività del fondo, ponderando l'ammontare complessivo delle risorse destinate alla copertura di tutte le prestazioni garantite ai propri assistiti. A conferma della valenza sociale di tale soglia v'è, inoltre, il vincolo che la normativa speciale pone in vista del riconoscimento di un trattamento fiscale agevolato (ai sensi dell'art. 51, comma 2, lettera a, del d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917).

Può, peraltro, sul punto affermarsi che l'ampiezza degli spazi riconosciuti dal regolamento all'autonomia privata non esclude problemi di significativo rilievo.[16] V'è, infatti, il rischio che i fondi integrativi si configurino in modalità che

---

[15] A tali prescrizioni normative si ricollega la verifica della consistenza delle quote in parola, le quali non possono essere di ammontare «inferiore al 20 per cento dell'ammontare complessivo delle risorse destinate alla copertura di tutte le prestazioni garantite ai propri assistiti da parte degli enti, casse e società di mutuo soccorso».

[16] In altri termini, si teme che il mancato intervento del Ministero pregiudichi lo sviluppo di nuovi strumenti per l'accumulo del risparmio privato, destinato al bisogno futuro di benessere e

prescindono da una gestione prudente degli attivi, con la possibilità che si proceda ad impiegare la raccolta per la mera copertura delle spese correnti (relative ai trattamenti erogati di anno in anno). Analogo rischio si rileva con riguardo alla ponderazione degli accantonamenti destinati a prestazioni sanitarie integrative dirette a soddisfare un bisogno futuro del sottoscrittore.17

Infine, ulteriori dubbi investono la materia degli investimenti (da parte dei fondi), che il regolamento ministeriale avrebbe potuto orientare verso beni suscettibili di sfruttamento economico ed idonei a produrre un incremento di valore nel tempo, secondo politiche predeterminate, indicate nel regolamento del fondo stesso e portate a conoscenza dei partecipanti. È in questa sede, infatti, che il Ministero della Salute avrebbe potuto indicare la propria preferenza per alcune tipologie di attivi (almeno in parte contraddistinti da un rendimento correlato all'andamento del mercato sanitario ed alla longevità dei partecipanti), nonché per il coinvolgimento di soggetti professionalmente abilitati alle attività di investimento.

Da ultimo, viene in considerazione l'opzione di rimettere alla autonomia privata anche il compito di descrivere il contenuto del rapporto di partecipazione al fondo e, quindi, anche l'eventuale emissione di 'quote', con ovvi effetti negativi sulla uniformazione della posizione che assumono i cittadini a fronte del versamento di una somma di denaro ad un fondo integrativi.18 A ben considerare, non si tratta solo di individuare il contenuto dei diritti (economici ed am-

---

di servizi ulteriori rispetto a quelli erogati dal SSN; cfr. LO CONTE, *La crisi colpisce anche i fondi sanitari. Quel welfare integrativo così poco vigilato*, in *ilsole24ore.it*, 23 maggio 2014.

[17] Cfr., ancora una volta, LO CONTE, *La crisi*, *op.cit.*, cit., ove si rappresenta che "pur essendo non irrilevante il giro d'affari del sistema, le strutture non hanno capitali cospicui in gestione e non accantonano a riserva somme ingenti".

[18] Sia consentito un parallelismo con la realtà giuridica posta a fondamento dei fondi comuni di investimento che, sin dai primi interventi regolatori, hanno potuto prendere a riferimento la normativa speciale, al fine di conformarsi a modelli operativi riconosciuti come validi dalle autorità di settore; cfr. LEMMA, *I fondi immobiliari tra investimento e gestione*, Bari, 2006.

ministrativi) che sorgono in capo al partecipante, ma anche il rapporto che intercorre tra tali diritti ed eventuali pretese di terzi (sul patrimonio accumulato dal fondo).

Va da sé che, in tale contesto, appare problematica l'adozione di misure volte ad implementare adeguate forme di vigilanza (prudenziale ed informativa), nonché interventi di controllo in grado di attestare - secondo canoni di imparzialità e trasparenza - la conformità degli atti di autoregolazione alla normativa speciale. Ciò comporta anche la difficoltà nell'adozione di meccanismi di controllo interno, di affidamento a terzi di obblighi di custodia dei beni del fondo integrativo. Detta situazione, come si vedrà, è dovuta forse al mancato coinvolgimento nella fattispecie di un'autorità amministrativa indipendente, nonché alla assenza di organi di controllo interno (in grado di informare il Ministero di atti o fatti che possano dar luogo a forme di irregolarità nella gestione).[19]

5. Nel settore in esame, salute e risparmio sono i beni che l'intervento pubblico deve tutelare, avvalendosi di un congruo sistema di supervisione. Tale intervento è riconducibile alle forme di tutela costituzionalmente previste, come è dato desumere dal riferimento alle apposite disposizioni della nostra Carta Costituzionale concernenti le materie in parola (artt. 32 e 47). A livello di normativa primaria, rileva il disposto del menzionato d. lgs. 502 del 1992, nel quale si fa un espresso richiamo alla 'tutela della salute', all'uopo prevedendosi un riparto di competenze tra Stato e Regioni, in base al quale al primo «spetta … la vigilanza sui fondi integrativi sanitari … istituiti e gestiti a livello ultraregionale», mentre alle seconde può esser «conferita … la vigilanza sui … fondi istituiti e gestiti a

[19] In assenza di previsioni siffatte, è difficile anche implementare forme di vigilanza (prudenziale ed informativa) adeguate, nonché interventi di controllo in grado di attestare - secondo canoni di imparzialità e trasparenza - la conformità degli atti di autoregolazione alla normativa speciale.

livello regionale o infraregionale» (art. 122, d. lgs. 112 del 1998).[20]

È bene tener presente, tuttavia, che a monte di tale riparto si colloca la funzione svolta dalla «Anagrafe» - istituita presso il Ministero della salute ai sensi dell'art. 9 del d. lgs. 502/1992, cui si debbono iscrivere tutti i fondi in esame (indipendentemente dalla sfera - regionale o ultra regionale - del loro ambito di azione) - e dall'«Osservatorio dei fondi integrativi del Servizio sanitario nazionale».[21]

Essenziale, ai fini del regolare esercizio della funzione sopra menzionata, è la trasmissione dei documenti che identificano e qualificano i fondi in parola (i.e. atto costitutivo, regolamento, nomenclatore delle prestazioni, bilanci, modelli di adesione). Sicché, l'accesso alla Anagrafe delimita l'ambito di incidenza delle politiche di supervisione previste dal d. lgs. 502 del 1992, all'uopo presentando un carattere dinamico (legato al rinnovo annuale della iscrizione), nonché alla finalità di rappresentare un'esposizione costante di informazioni affidabili. Consegue, ovviamente, la necessità che le predette informazioni siano pubbliche (o meglio, a disposizione del pubblico), al fine di assicurare quei livelli minimi di trasparenza che devono esser presenti ogni qual volta si interagisce con il risparmio dei cittadini.

Ciò posto, occorre evidenziare che la regolazione, ancora oggi, non disciplina gli elementi costitutivi di tale Anagrafe, per la cui identificazione dovrà farsi riferimento alle previsioni disciplinari proprie del diritto amministrativo e, dunque, dovrà aversi riguardo ai principi in materia di iscrizione agli appositi albi

[20] Cfr., sul punto, MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, Torino, 2015, cap. I ove si affronta il rapporto tra tutela della salute e diritti alla salute nella Costituzione italiana.
[21] Iscrizione da rinnovare annualmente, con ovvia incidenza sulla possibilità di accedere ad informazioni aggiornate; cfr. PETRUCCI, *L'avvio dei fondi sanitari tra deducibilità dei contributi e criticità da risolvere*, in *Corriere Tributario*, 2014, n. 11, p. 880 ss.

cui afferiscono le unità organizzative munite di apposita soggettività giuridica.[22] Consegue la possibilità - per il Ministero - di procedere alla verifica della coerenza delle prestazioni erogate (dai fondi) con gli interventi indicati dalla normativa speciale (e, in particolare, dall'art. 1, comma 2, del citato d.m. 31 marzo 2008). Va da sé che tali verifiche si estendano anche in capo ad altri soggetti che, per loro stessa natura, sono interessati dalla normativa speciale; vale a dire enti, casse e società di mutuo soccorso aventi esclusivamente fine assistenziale.[23]

Penalizzante, in tale contesto, appare la mancata indicazione - nel testo della legge - dei compiti che il Ministero dovrebbe assolvere in conseguenza della istituzione della predetta Anagrafe.[24] Del resto, nella normativa primaria non è dato riscontrare indicazione alcuna in ordine al modello di supervisione, che nella specie dovrebbe esser fondato sull'esercizio, da parte di un'autorità indipendente, di poteri regolamentari, ispettivi e sanzionatori.

Alla luce di quanto precede appaiono evidenti i limiti di un controllo che ricollega il censimento dei fondi integrativi alla (sola) verifica della operatività dei fondi, al fine di assicurare se nella fattispecie sia raggiunta la «soglia delle risorse vincolate» (ex art. 4, d.m. 27 ottobre 2009). Analogamente a dirsi per l'assenza di indicazioni relative ai compiti che il Ministero deve svolgere per vigilare sugli iscritti alla Anagrafe, laddove risulta necessario una forma di intervento che sappia integrare la tutela della salute (e, quindi, la qualità delle prestazioni finanziate) e quella del risparmio (e, dunque, la salvaguardia delle risorse

---

[22] Ciò, al fine di «produrre certezze»; cfr. GIANNINI, *Voce Albo*, in *Enc. Dir.*, Vol I, p. 1013 e ID., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977, p. 53.

[23] Si veda il combinato disposto dell'art. 51, comma 2, lettera a, del d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, e dell'art. 1, comma 3, del citato d.m. 31 marzo 2008.

[24] Si rinviene, nella regolazione secondaria, solo la specificazione delle procedure e delle modalità di funzionamento della stessa (d.m. 27 ottobre 2009). Non sembra in grado di superare la predetta criticità neanche la finalità di dare attuazione alle agevolazioni fiscali destinate a supportare il settore (indicata nell'articolo 2 del citato d.m. 27 ottobre 2009), né la volontà di addivenire ad un censimento dei soggetti operanti e, quindi, di verificare il rispetto delle soglie indicate dalla normativa speciale (art. 4, d.m. cit.).

raccolte dai fondi).[25]

Il complesso dispositivo sopra riportato sembra, pertanto, carente dal momento che non chiarisce in maniera adeguata vuoi la portata dei controlli ascrivibili alla Anagrafe, vuoi l'entità delle funzioni che fanno capo al Ministero della Salute, il quale non sembra svolga compiti di verifica finanziaria sull'attività dei fondi integrativi (nonostante che, questi ultimi, nel promettere prestazioni sanitarie integrative a fronte dell'anticipata corresponsione di una somma da parte dei relativi beneficiari, raccolgono risparmio a fini assistenziali).[26]

Volendo trarre una conclusione sul punto, deve segnalarsi la insufficienza in subiecta materia di presidi idonei ad assicurare una compiuta tutela del risparmio coinvolto nel processo di accumulo dei fondi integrativi.

6. Alla luce di quanto precede si comprende la necessità di ricondurre all'interno del perimetro della supervisione pubblica i fondi sanitari integrativi e la peculiare forma di raccolta del risparmio tra i cittadini che tramite essi si realizza (previa gestione in monte delle somme accumulate, al fine di finanziarie, quando necessario, le prestazioni richieste). Ed invero, non si giustifica l'attuale orientamento normativo che esclude in materia l'esercizio di poteri di vigilanza, che invece sono in grado di assicurare la stabilità dei fondi in parola e la sosteni-

---

[25] In tal senso sembra orientarsi anche la recente risoluzione dell'Agenzia delle Entrate n. 107/E del 3 Dicembre 2014.

[26] In tale contesto, l'intervento di un'autorità amministrativa indipendente riflette una delle caratteristiche essenziali dei sistemi di supervisione che, al presente, trovano affermazione in seno all'Unione europea *in subiecta materia* (ove è posto a base del Sistema europeo di vigilanza finanziaria e della costituenda Unione bancaria).
Trattasi, dunque, di metodologie di intervento sperimentate (sin dall'inizio del Novecento) ed evoluti (perché mettono la politica al riparo dal rischio che errori tecnici si risolvano a danno dei soggetti che hanno nominato eventuali controllori inefficienti). In tale contesto, nulla osta alla scelta di coinvolgere nel controllo le istituzioni esistenti, demandando ad autorità indipendenti il compito di vigilare sulla stabilità, nonché sulla la sana e prudente gestione del fondo, unitamente al compito di verificare la correttezza e la trasparenza delle relazioni del fondo con le sue controparti e, infine, la concorrenzialità del relativo mercato.

bilità nel tempo delle politiche di erogazione delle prestazioni sanitarie integrative.[27]

Inoltre, le linee evolutive dell'ordinamento finanziario italiano inducono a valutare positivamente la possibilità di estendere al settore in esame gli schemi normativi che presiedono alla copertura dei rischi (funzione tipica del sistema assicurativo) ed alla gestione razionale (e attuariale) del reddito, in vista di necessità future (in linea con il circuito reddito-risparmio-consumo). Ciò, secondo modelli di vigilanza che possono indirizzare i fondi sanitari verso obiettivi di efficacia (delle prestazioni integrative) ed efficienza (della gestione).[28]

Analogamente deve dirsi con riguardo all'esigenza di superare impostazioni semplicistiche, per tali intese quelle in cui ci si limita al rispetto di un generico 'principio di compensazione e ripartizione orizzontale' e cioè all'applicazione di modelli di imputazione collettiva delle spese (che non tengo-

---

[27] Ciò, a prescindere dalla possibilità di introdurre nuovi meccanismi finanziari, idonei a consentire la predestinazione di una parte del reddito al soddisfacimento di una futura 'domanda di salute'.
Va da sé che la fonte del risparmio che affluisce ai fondi integrativi sia il reddito (da lavoro e non), destinato (in percentuale) ad alimentare la raccolta. Pertanto, trattandosi di risparmio privato (e non di un premio assicurativo o di una tassa), la porzione residua delle somme affidate ai fondi dovrebbero poter esser trasferite agli eredi nel momento del decesso del partecipante; cfr. ROTH, *The Shapey Value*, Cambridge, 1988, p. 31 ss.

[28] Per converso, non appare soffermarci su modelli statici e personalistici di controllo che, ispirandosi a concezioni interventistiche da tempo abbandonate, potrebbero prevedere la nomina da parte del Ministero della Salute di alcuni membri degli organi di governo e di controllo dei soggetti sottoposti alla supervisione pubblica. Ed invero, non appare in linea con i moderni orientamenti di supervisione un 'meccanismo di nomine' ancorato alla capacità dell'autorità politica di individuare soggetti che, una volta insediati, saranno responsabili dell'accertamento della conformità *dell'agere* dell'ente alle indicazioni della normativa speciale.
Sotto altro profilo, occorre notare che, dopo il cd. fiscal compact e l'implementazione del nuovo sistema europeo di vigilanza finanziaria, non vi sono spazi - nell'UE - per il recupero delle predette forme di commistione tra politica e gestione (che, a ben considerare, sembravano già superate al tempo della stagione delle privatizzazioni).
Del resto, un consigliere (o un sindaco) di nomina ministeriale sarebbe chiamato a controlli che non si possono esaurire nella verifica dell'ordinaria gestione (e, quindi, in compiti propri dell'*internal audit*), ma dovrebbe poter indicare linee di conformità e di gestione del rischio che - per solito - sono affidate a funzioni complesse (composte da un nutrito gruppo di lavoratori). Ciò, a prescindere da ogni considerazione in ordine ai livelli di remunerazione del soggetto incaricato di un compito siffatto.

no conto del procedimento di accumulo del risparmio individuale nel fondo). Notevoli, infatti, sarebbero le esternalità positive connesse alla predeterminazione delle politiche di gestione (delle somme raccolte), nonché all'equità delle regole di finanziamento delle prestazioni sanitarie.[29]

Si individuano i presupposti per un intervento normativo che affronti in modalità compiute le problematiche connesse alla: (i) istituzione del fondo e redazione del relativo regolamento, (ii) amministrazione dei rapporti con i partecipanti, (iii) investimento delle somme raccolte secondo politiche di gestione predeterminate, e (iv) quantificazione delle somme da erogare per finanziare le prestazioni sanitarie integrative. Consegue una prospettiva di innovazioni disciplinari che conducano all'imposizione di controlli interni, volti ad assicurare la conformità dei comportamenti al quadro normativo di riferimento (cd. compliance), la correttezza delle condotte (cd. internal audit) e la adeguatezza dei livelli di rischio degli investimenti dei fondi sanitari (cd. risk management).

Sul punto è bene ricordare che le attività di asset management richiedono una professionalità elevata e, quando coinvolgono il risparmio privato, devono essere gestite da soggetti vigilati. Nessuna deroga può esser giustificata dalla necessità di possedere anche una conoscenza del settore sanitario. Tale caratteristica, nel qualificare il comparto in esame, impone solo l'ulteriore obbligo che il fondo integrativo si doti di entrambe le professionalità (necessarie sia per l'amministrazione degli attivi, sia per valutare la congruità dei pagamenti alle prestazioni sanitarie, nonché la rispondenza di queste ultime alle indicazioni del-

[29] Va da sé che, nell'intento di salvaguardare l'operatività dei soggetti esistenti, le nuove regole dovranno informarsi ad un principio di proporzionalità. Trattasi, dunque, di graduare le regole in funzione della dimensione e della complessità di ciascun fondo, senza tuttavia limitare la possibilità di migliorare sia la procedura di istituzione (e di costituzione dei rapporti di partecipazione al fondo), sia la individuazione dei principi di gestione del patrimonio (facendo applicazione di regole prudenziali).

la normativa speciale).[30]

Con riguardo, poi, al rapporto tra il fondo integrativo ed i partecipanti, appare necessario ricondurre i meccanismi di governance agli schemi più avanzati, al fine di assicurare la trasparenza dei processi decisionali. Ciò, in vista di una compiuta vigilanza sull'attività degli organi del fondo e sulla legittimità delle relative delibere (con particolare riguardo alle materie di interesse comune, quali - ad esempio - l'approvazione dei conti del fondo o la verifica della rispondenza degli investimenti alle politiche di gestione).[31]

In definitiva, sembrano maturi i tempi perché la configurazione del 'fondo integrativo' evolva verso modelli di elevata caratura. A fondamento di tale valutazione vi sono la rilevanza dei beni costituzionali in osservazione (salute e risparmio), nonché la natura degli interessi pubblici coinvolti (stabilità e trasparenza). Si dovrà, quindi, prevedere uno schema normativo efficiente per la costituzione dei fondi in parola (che possa imputare nella propria sfera giuridica i diritti e le responsabilità connesse alla raccolta del risparmio ed alla sua gestione in monte). Ciò, consentirà un loro utilizzo per il finanziamento di prestazioni sanitarie integrative in favore dei partecipanti secondo principi di equilibrio intergenerazionale. Ma v'è di più. La promozione di politiche di investimento consapevoli e sostenibili potrà attivare adeguate forme di correlazione tra i risultati della gestione e l'andamento del mercato sanitario, riducendo il rischio di asimmetrie tra il rendimento degli attivi e il costo delle prestazioni sanitarie

---

[30] Ai fini della presente indagine non si rinvengono eccezioni alla possibilità che le attività indicate nel testo siano esercitate da un gestore ovvero da un altro soggetto vigilato (i.e. assicurazioni e banche); soggetti che, integrando la propria struttura organizzativa, potranno esser in grado di amministrare fondi di terzi. A ben considerare, anche altri soggetti (non vigilati) potranno promuovere un fondo siffatto, anche previo accordo con un ente vigilato (al fine di integrare i requisiti di professionalità che devono presiedere la gestione del risparmio.

[31] In tale contesto, il rilievo attribuibile all'autonomia privata non esclude la possibilità di forme di supervisione sulle scelte adottate dall'organo assembleare generale (cd. 'assemblea dei partecipanti') o da altri 'comitati' (cui accede solo una rappresentanza di questi ultimi).

promesse dal fondo.

Appare, infine, possibile ipotizzare innovazioni in grado di consentire la suddivisione del fondo in comparti, da caratterizzare in ragione della tipologia di prestazioni finanziate (e, quindi, nel riferimento alla misura del risparmio raccolto)[32] ovvero delle tecniche di garanzia delle prestazioni in uso nel settore della gestione collettiva del risparmio.[33]

7. Alla luce di quanto precede, sembra possibile sostenere che la regolazione speciale demanda alla autonomia privata la definizione dei modelli posti a presidio della assistenza sanitaria integrativa.

Ciò, consente di avvertire i limiti di un sistema normativo che non offre schemi disciplinari adeguati, né definisce in modalità compiute i meccanismi di raccolta e gestione del risparmio (accumulato per sostenere la domanda futura di salute) raccolto dai fondi integrativi. Situazione tanto più complessa in quanto in essa non si rinviene indicazione alcuna dei controlli che questi ultimi possono

[32] In particolare, il confronto con le esperienze straniere rende possibile ipotizzare che, ferma la presenza di un comparto 'basic' dedicato alle prestazioni sanitarie integrative minime (individuate con un decreto ministeriale), taluni fondi arrivino a prevedere altri comparti in grado di sostenere spese sanitarie ulteriori (per prestazioni aggiuntive: ad esempio, di chirurgia estetica), a fronte di maggiori apporti di denaro; cfr. *How health fund works*, in *www.privatehealth.gov.au* per una panoramica della realtà australiana.
Va da sé che, in concreto, la presenza di più comparti realizza economie di scala per tutti i partecipanti, potendo ripartire i costi anche ai soggetti che partecipano agli altri comparti. Inoltre, avendo riguardo alle specificità del nostro ordinamento, occorre considerare che tale configurazione protegge i cittadini che, liberamente, decidono di risparmiare una porzione elevata del proprio reddito al fine di finanziare, in futuro, spese mediche in misura superiore a quelle previste della regolazione. Ciò, in linea con gli obblighi di tutela previsti dall'art. 47 della Costituzione.

[33] Ci si riferisce alla possibilità di stipulare una garanzia assicurativa che, previo il pagamento di un premio (ad un terzo), preveda la copertura integrale (da parte del terzo) del costo delle prestazioni sanitarie integrative in favore del partecipante, qualora il risparmio accumulato risulti insufficiente (cd. rischio di incapienza del fondo). In questo caso si dovrebbe parlare di 'fondi garantiti'.
In altri termini, la fornitura di una copertura assicurativa, previo pagamento di un premio periodico, copre il partecipante dal rischio di incapienza, per tale intendendosi la differenza tra il risparmio accumulato al momento del bisogno di salute del partecipante ed il costo della prestazione integrativa.

attivare al fine di assicurare la sostenibilità, la trasparenza e la professionalità degli investimenti (senza, peraltro, vietare instabili sistemi di compensazione e ripartizione orizzontale delle spese, anche di tipo mutualistico).[34]

Indubbiamente l'autonomia privata potrebbe conseguire adeguati livelli di sicurezza (attraverso forme di autodeterminazione), tuttavia un sistema privo di regole non sembra compatibile con il nostro ordinamento, in quanto vengono a mancare i necessari elementi disciplinari per conciliare una sana e prudente gestione degli attivi con una crescita graduale dei valori (di medio/lungo periodo, previo controllo dei rischi assunti).

In definitiva, la necessità di un intervento di riforma della normativa speciale si ricollega all'attuale assetto del mercato, nel quale una logica liberale deve prevedere strumenti di governance flessibili (nella strutturazione e nei processi di investimento), unitamente a controlli che, indipendentemente dalle politiche di gestione, contemperino la volatilità del mercato con obiettivi di tutela del risparmio.[35]

Ciò, risulta ancor più necessario nel settore in esame, in quanto crescenti livelli di benessere della società civile richiedono un continuo incremento delle tutele, connesso al progresso scientifico; determinando, ovviamente, significati-

---

[34] Penalizzante, nel tempo, è stata l'assenza di indicazioni normative in ordine al regolamento che ne disciplina funzionamento, laddove è necessario che in tale documento dovrebbero esser descritte le modalità di raccolta del risparmio, le politiche di investimento e disinvestimento, le regole di gestione del patrimonio del fondo e di amministrazione dei rapporti con i partecipanti, le modalità di erogazione delle somme necessarie a sostenere la domanda futura di salute dei partecipanti (attraverso il pagamento del costo della prestazione). E ciò, anche sotto il profilo dei controlli interni, in mancanza di norme che promuovano le attività di *compliance*, *risk management* e *internal audit*.

[35] Vengono, dunque, in considerazione anche forme contrattuali di protezione del valore minimo del portafoglio (in grado di assicurare anche livelli minimi di liquidità e, quindi, di solvibilità del fondo). In particolare, si tratta di promuovere un'evoluzione della tecnologia utilizzata per la gestione degli attivi che trovi adeguata configurazione in sede di redazione del regolamento del fondo. Da qui, la possibilità di ampliare le informazioni contenute nella «Anagrafe dei fondi integrativi» con la descrizione delle tecniche applicate per attivare forme di protezione continua, crescente o ponderata su modelli di controllo della volatilità.

ve implicazione sulla dimensione complessiva del fabbisogno economico dell'industria sanitaria.

Valerio Lemma

Associato di Diritto dell'Economia
nell'Università degli Studi G. Marconi di Roma

PARTE PRIMA

VARIETA’

NOTA INTRODUTTIVA AL SEMINARIO SU: "LA LEGGE DI STABILITÀ: LE POLITICHE ECONOMICHE POSSIBILI FRA DIRITTO COSTITUZIONALE E DIRITTO EUROPEO".*

(*Introduction to the seminar on "The Italian financial stability act: potential economic policies between Public law and European law*)

ABSTRACT: *The Italian regulation of public finance has been reviewed in order to comply with the new European framework implemented by the new Treaty on Stability, Coordination and Governance in the economic and monetary union. This leads to a regulatory framework aimed to regard the economic policies as a matter of common concern, and then to guarantee the equilibrium of the public expenses and maintain sound and sustainable public finances. In conclusion, this paper focuses on the fiscal compact and the set of rules that Member States adopted to foster budgetary discipline, and to improve the governance of the euro area.*

SOMMARIO: 1. La riforma della governance europea. - 2. Il quadro interno.

1. Per far fronte alla crisi economica e finanziaria scoppiata nel 2008 le istituzioni europee hanno avviato la revisione delle governance economica europea (Six-Pack, Fiscal Compact e Two-Pack). L'Unione Europea ha rafforzato il Patto di stabilità e di crescita, imponendo regole numeriche di bilancio più

* Contributo approvato dai revisori.

stringenti, e prevedendo l'istituzione di un organismo nazionale di controllo del bilancio.

Si supera, in tal modo, l'impostazione a base del Trattato firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992, nella paere in cui si limitava a dettare la disciplina sulla finanza pubblica degli Stati membri, individuando gli obiettivi per la convergenza europea, avviando il processo di costituzione dell'Unione monetaria europea. Il Trattato di Maastricht, oltre a richiedere il rispetto di due regole numeriche di bilancio (un rapporto indebitamento netto/PIL inferiore al 3% e un rapporto debito/PIL inferiore al 60% o comunque tendente a questo valore), prevede anche una procedura speciale, chiamata procedura per i disavanzi eccessivi, in caso di violazione di uno o di entrambi i criteri di finanza pubblica.

Nel 1997 gli Stati membri hanno adottato il Patto di stabilità e crescita (PSC), diretto ad assicurare la solidità delle finanze pubbliche nella zona euro e una convergenza continua e duratura delle economie degli Stati membri. Il PSC è stato rivisto una prima volta nel 2005 (PSC-II) e poi nel 2011 (PSC-III), con il cd. Six-Pack.

Il PSC definisce i parametri di riferiento delle regole di bilancio che guidano le politiche degli Stati membri e fornisce i principali strumenti per la sorveglianza delle politiche stesse (braccio preventivo) e per la correzione dei disavanzi eccessivi (braccio correttivo). Il braccio preventivo assicura che la politica fiscale sia condotta in modo sostenibile over the cycle. Con la successiva modifica del PSC (regolamenti n. 1055/2005 e 1056/2005), lo strumento chiave per la disciplina di bilancio e per la sorveglianza multilaterale è diventato il saldo strutturale, ossia il saldo di bilancio pubblico depurato dagli effetti del ciclo economico e dalle misure una tantum e temporanee. In tal modo la disciplina di bilancio si focalizza sul miglioramento delle finanze pubbliche in termini strutturali, cioè escludendo gli effetti di un eventuale rallentamento o espansione dell'economia

e delle misure *una tantum*.

L'adozione del saldo strutturale come parametro guida nasce dalla considerazione che quello nominale non consente una corretta interpretazione della politica di bilancio discrezionale, in quanto il saldo nominale di bilancio è influenzato da fattori contingenti, a causa degli effetti del ciclo economico sulle entrate e sulle spese di bilancio. La componente ciclica del saldo di bilancio delle amministrazioni pubbliche si ottiene con un procedura a due passi, che richiede la determinazione del cosiddetto output gap, una variabile non osservabile e altamente instabile.

Pertanto, il Pilastro della disciplina di bilancio con le modifiche del 2005 è l'Obiettivo di medio termine (MTO), cioè un certo valore-obiettivo del saldo di bilancio strutturale, che ciascun Stato membro deve adottare e rispettare. Si tratta dello strumento ideato per rispettare i vincoli di Maastricht sulla finanza pubblica. Il MTO dipende dalle condizioni cicliche normali del paese, dal livello del rapporto debito/PIL e dai costi derivanti dall'invecchiamento della popolazione (che impattano principalmente su pensioni, sanità e assistenza). Gli Stati membri dovrebbero conseguire un saldo di bilancio strutturale pari all'MTO nazionale, ovvero un saldo in rapida convergenza verso il MTO.

Occorre dunque osservare come, a partire dal 2005, la vera regola che deve essere rispettata non è tanto il limite del 3% sul saldo di bilancio nominale, che pure resta, ma la regola sul saldo strutturale, ossia il raggiungimento di quel valore del saldo strutturale scelto come target (MTO nazionale). Poiché si tratta di concetti complessi, la nuova regola risulta essere di più difficile comprensione per l'opinione pubblica rispetto a quella relativamente semplice del 3% sul saldo nominale di bilancio.

Poiché questo quadro giuridico non risultava sufficiente a garantire che gli squilibri macroeconomici e finanziari di alcuni paesi non si riflettessero sulla

stabilità dell'intera Unione, la scelta dell'Unione Europea è stata quella di rafforzare ancor di più le regole dell'area euro, attraverso l'adozione della Direttiva e dei Regolamenti del Six Pack (2011) e del Two Pack (2013) e la stipula di un nuovo Trattato internazionale (Fiscal Compact).

I principali correttivi contenuti nel Six-Pack riguardano:

1) il rafforzamento del braccio preventivo del PSC (versione PSC-III), sia con la definizione di "deviazione significativa" dal MTO, o dal sentiero di convergenza verso di esso, sia con l'introduzione di sanzioni pecuniarie già in fase preventiva;

2) il rafforzamento del braccio correttivo, con sanzioni progressive, che partono dall'imposizione di un deposito infruttifero dello 0,2% del PIL nella prima fase di una EDP, fino ad una sanzione pecuniaria che può raggiungere lo 0,5% del PIL;

3) l'introduzione di una nuova regola sulla spesa (expenditure benchmark);

4) la definizione operativa del criterio del debito posto dal Trattato di Maastricht;

5) la definizione dei requisiti minimi del sistema di regole e procedure di bilancio di ciascun paese (sistema contabile, metodologie e prassi in materia di previsioni, norme e procedure di bilancio, sistemi di coordinamento tra livelli di governo). In particolare, ogni Stato deve dotarsi: a) di nuove regole nazionali di bilancio, che facilitino la disciplina di bilancio; b) di un sistema di programmazione di bilancio pluriennale, che preveda espressamente il rispetto del MTO nazionale (Direttiva n. 85/2011).

Il Two-Pack ha rafforzato la procedura di monitoraggio da parte della Commissione dei disegni di legge di bilancio degli Stati Membri appartenenti alla zona euro, e ha ribadito l'obbligo, già previsto dalla Direttiva 85/2011, di costi-

tuire un guardiano fiscale indipendente (Fiscal council) in ciascun paese. Il 2 marzo 2012 i Capi di Stato e di Governo degli Stati Membri dell'eurozona, nell'intento di sviluppare un coordinamento più stretto delle loro politiche economiche, hanno sottoscritto, il Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governance nell'unione economica e monetaria, (cd. Fiscal Compact).

Si tratta di un accordo di diritto internazionale, dunque al di fuori del diritto dell'Unione europea. Si applica nella misura in cui è compatibile con i Trattati su cui si fonda l'Unione europea e con il diritto dell'Unione europea, e non pregiudica la competenza dell'Unione in materia di unione europea (art. 2, paragrafo e del Fiscal compact).

Riafferma l'obbligo del rispetto del MTO nazionale, di cui alla Direttiva n. 85/2011, e non contiene innovazioni sostanziali sulla disciplina già esistente dettata dal Patto di stabilità e crescita come risultante dalle modifiche e integrazioni apportate dal Six-Pack. Il TSCG riafferma inoltre quanto previsto già dal Six-Pack, in termini di velocità di riduzione del rapporto debito/PIL Quando il rapporto tra debito pubblico e PIL di uno Stato supera il valore di riferimento del 60% di cui all'art. 1 del protocollo sui disavanzi eccessivi, lo Stato dovrà operare una riduzione "a un ritmo medio di un ventesimo all'anno" (art. 4).

Il mancato inserimento nell'ordinamento interno della regola del rispetto del MTO, consente agli Stati membri di adire la Corte di giustizia, dopo che la Commissione abbia presentato una relazione sulle disposizioni adottate, prevedendosi il potere della Corte di giustizia di irrogare sanzioni (art.8).

La revisione della governance europea operata nel 2011-2013 con il Six-pack e il Two-Pack non ha comportato alcun cambiamento sostanziale delle regole di bilancio con riferimento agli investimenti. Il cammino verso la ridefinizione delle regole di bilancio europee, con l'esclusione degli investimenti dal computo dei saldi, come auspicato da molti osservatori, è tuttavia ancora molto lun-

go. Nel gennaio del 2015, in sede di interpretazione dei Regolamenti, la Commissione ha formalizzato le linee guida della cosiddetta "clausola degli investimenti", già delineata timidamente dalla Commissione nella nota lettera del Presidente Barroso del 3 luglio 2013, e applicabile in sede di attuazione operativa del braccio preventivo, sotto ipotesi molto restrittive (rispetto del vincolo sul saldo nominale del 3%, tasso di crescita del PIL negativo, limitate categorie di spese ammissibili).

La principale innovazione rispetto alla impostazione originaria, sta nel fatto che il ricorso alla clausola degli investimenti diventa indipendente dalle condizioni cicliche dell'intera area euro e della Unione nel suo complesso, essendo collegata alla sola situazione ciclica dello Stato Membro, L'altro elemento di novità introdotto nel gennaio 2015 dalla Commissione, sempre in sede di interpretazione dei Regolamenti, consiste nello scomputo, nell'ambito del braccio preventivo e correttivo, dei contributi nazionali al costituendo Fondo EFSI, delineato dal Piano Junker.

Si tratta di una misura necessaria, affinché il Fondo, dotato inizialmente di soli 21 miliardi di euro, possa raccogliere capitali sufficienti. Peraltro, non sono ancora chiari i criteri di allocazione delle risorse del Fondo, e di conseguenza tale incertezza potrebbe inibire il coinvolgimento dei paesi membri.

2. In Italia è stata approvata la Legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1 (introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale in revisione dell'art. 81 Cost.). La normativa avrà ricadute pratiche sul funzionamento del complesso delle pubbliche amministrazioni chiamate tutte ad assicurare "l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico" (nuovo primo comma dell'art. 97 della Costituzione).

Il clima di emergenza economico-finanziaria attraversato dall'Italia ha

certamente favorito un rapido iter parlamentare della riforma costituzionale, che oltre a dare attuazione a uno dei capisaldi del Six-Pack, e cioè la previsione del principio del rispetto del MTO, risponde alla specifica richiesta avanzata dalla lettera della BCE, spedita al Governo italiano il 5 agosto 2011 dall'allora Presidente della BCE Jean Claude Trichet, secondo cui sarebbe stata appropriata anche una riforma costituzionale che rendesse più stringenti le regole di bilancio.

A tal fine è stato innanzitutto riscritto l'art. 81 della Costituzione, introducendo il principio dell'equilibrio di bilancio per il bilancio dello Stato, e facendo venire meno il carattere formale della legge di bilancio.[1]

Successivamente è stata approvata la legge rinforzata n. 243 del 24 dicembre 2012, recante disposizioni per l'attuazione del principio del pareggio di bilancio ai sensi dell'art. 81, sesto comma, della Costituzione.[2]

---

[1] La legge costituzionale n. 1 del 2012 è intervenuta anche sugli articoli 97, 117 e 119. Per quanto riguarda l'art. 97, aggiunge l'obbligo per le pubbliche amministrazioni di assicurare l'equilibrio dei bilanci per le pubbliche amministrazioni di assicurare l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico. Nel 117 inserisce tra le materie di competenza esclusiva dello Stato l'"armonizzazione dei bilanci pubblici". All'art. 119, laddove afferma l'autonomia finanziaria di entrata e si spesa di Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni, la nuova legge costituzionale aggiunge che questa deve rispettare l'equilibrio dei relativi bilanci e che i citati enti locali concorrono ad assicurare l'osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea.
Nel sesto comma dell'art. 119, quando afferma che possono ricorrere all'indebitamento solo per finanziare spese di investimento, specifica che tale ricorso è possibile "con la contestuale definizione di piani di ammortamento e a condizione che per il complesso degli enti di ciascuna Regione sia rispettato l'equilibrio di bilancio". L'art. 5 della legge costituzionale n. 1 del 2012 disciplina il contenuto della legge cui fa riferimento il co. 6 dell'art. 81 (legge rinforzata), statuendo che la stessa (da approvare entro il 28 febbraio 2013, art. 5, co. 3), dovrà disciplinare, tra l'altro il contenuto della legge di bilancio dello Stato.
L'ultimo comma dell'art. 5 della legge costituzionale prevede che "Le Camere, secondo modalità stabilite dai rispettivi regolamenti, esercitano la funzione di controllo sulla finanza pubblica con particolare riferimento all'equilibrio tra entrate e spese nonché alla qualità e all'efficacia della spesa delle pubbliche amministrazioni".

[2] Per quanto riguarda il suo contenuto, il capo I indica l'oggetto ed elenca le definizioni. In particolare l'art. 1 (Oggetto) specifica che la stessa potrà essere abrogata, modificata e derogata solo in modo espresso e da una legge successiva, con la stessa maggioranza assoluta adoperata per la sua adozione che è quella prevista dall'art. 81, co. 6 della Costituzione.
Il Capo II ("Equilibrio dei bilanci e sostenibilità del debito delle amministrazioni pubbliche"), all'art. 3 ("Principio dell'equilibrio dei bilanci") definisce il concetto di equilibrio dei bilanci, specificando che l'equilibrio dei bilanci, che le pubbliche amministrazioni devono concorrere ad

Con tale legge viene istituito l'organismo indipendente, di cui all'art. 5, co. 1, lettera f), della legge costituzionale n. 1 del 2012, denominato "Ufficio parlamentare di bilancio", presso le Camere, il cui compito è quello di analisi e verifica degli andamenti di finanza pubblica e di valutazione dell'osservanza delle regole di bilancio (art. 16, Capo VII) .

Tale normativa trova applicazione a decorrere dal 1° gennaio 2014, ad eccezione del capo IV (Equilibrio dei bilanci delle regioni e degli enti locali e concorso dei medesimi enti alla sostenibilità del debito pubblico) e dell'art. 15 (contenuto della legge di bilancio), applicabili dal 1° gennaio 2016.

La legge di stabilità nell'ordinamento italiano. La legge di stabilità per l'anno 2015 è stata il caso di prima applicazione e sperimentazione in vivo del nuovo quadro giuridico e costituzionale.[3]

---

assicurare ai sensi del nuovo primo comma dell'art. 97 della Costituzione, corrisponde all'obiettivo di medio termine, individuato sulla base dei criteri stabiliti dall'ordinamento dell'Unione europea. L'art. 4 riafferma l'obbligo per le pubbliche amministrazioni di concorrere ad assicurare la sostenibilità del debito pubblico. Qualora il rapporto debito/PIL superi il valore di riferimento definito dall'ordinamento dell'Unione Europea (60% del PIL), in sede di definizione degli obiettivi deve tenersi conto della necessità di garantire una riduzione dell'eccedenza rispetto a tale valore. Gli eventi eccezionali, che consentono scostamenti temporanei del saldo strutturale dall'obiettivo programmatico devono intendersi i periodi di grave recessione economica, sia dell'area
euro che dell'intera Unione europea, e gli eventi straordinari, al di fuori del controllo dello Stato, incluse le gravi crisi
finanziarie e le gravi calamità naturali, con rilevanti ripercussioni sulla situazione finanziaria generale del paese (art. 6).
Il Capo III disciplina il meccanismo di correzione qualora si determinino scostamenti del saldo del conto consolidato o del saldo strutturale rispetto agli obiettivi programmatici, diversi da quelli già considerati per il caso di eventi eccezionali. Il Capo VI (Bilancio dello Stato) all'art. 15 indica il contenuto della legge di bilancio, la quale diventerà legge sostanziale a partire dal 2016 (anno di entrata in vigore della disposizione). Il contenuto della legge di stabilità confluirà nello stesso disegno di legge di bilancio.
Per ragioni di trasparenza circa il contenuto e il peso delle innovazioni legislative, il contenuto della legge di bilancio sarà composto di due distinte sezioni. La legge 243/2012 stabilisce infatti che la prima sezione rechi le innovazioni legislative e il livello del saldo netto da finanziare, e la seconda contenga la previsione di bilancio a legislazione vigente. Entrambe le sezioni sono redatte sia in termini di competenza, sia di cassa.

[3] La legge di stabilità, insieme alla legge di bilancio, costituisce la manovra di finanza pubblica per il triennio di riferimento e rappresenta lo strumento principale di attuazione degli obiettivi programmatici definiti con la Decisione di finanza pubblica (DEF). Essa sostituisce la legge fi-

Va quindi analizzata al fine di coglierne il valore di primo precedente e in chiave prospettica cercando di collocarla nel quadro del percorso italiano di rientro dal deficit e dal debito, cercando di capire quali sono le scelte successive che il Parlamento italiano dovrà affrontare nella prossima congiuntura economica.[4]

Il Governo con la Nota di Aggiornamento al DEF 2014 ha modificato gli obiettivi di finanza pubblica, rimandando al 2017 il raggiungimento del Medium Term Objective (MTO), che per il nostro paese coincide con l'equilibrio strutturale di bilancio, pur impegnandosi a tenere il deficit nominale al di sotto del 3%.

La Commissione europea il 2 novembre scorso ha reso pubbliche le pro-

---

nanziaria e rispetto a quest'ultima prevede novità sia in ordine ai tempi di presentazione sia in merito ai contenuti. Il disegno di legge di stabilità viene presentato in Parlamento entro il 15 ottobre (in passato era il 30 settembre).
Da punto di vista del contenuto è snella. Non può contenere norme a carattere ordinamentale o organizzatorio, anche qualora esse si caratterizzino per un rilevante miglioramento dei saldi, norme di delega, né quelle relative ad interventi di natura localistica o micro settoriale. Al fine di rendere più immediato e trasparente il raccordo tra gli effetti della legge di stabilità sul bilancio dello Stato e sul conto economico delle Amministrazioni Pubbliche, è prevista, a corredo del disegno di legge di stabilità, la predisposizione di una apposita Nota tecnica illustrativa.
Tale nota espone i contenuti della manovra, gli effetti sui saldi di finanza pubblica articolati nei vari settori di intervento e i criteri utilizzati per la quantificazione degli stessi. Essa contiene, altresì, le previsioni del conto economico delle amministrazioni pubbliche e del relativo conto di cassa, integrate con gli effetti della manovra per il triennio di riferimento.
Occorre osservare che la materia, la cui disciplina era contenuta nella ormai abrogata legge 468 del 1978, è stata aggiornata dalla legge 196 del 2009 (Legge di contabilità e di finanza pubblica) per adeguarla al mutato contesto istituzionale ed economico (Unione Monetaria, evoluzione della struttura dell'economia, federalismo fiscale).
Per adeguare il sistema nazionale delle decisioni di bilancio alle nuove regole europee è stato necessario un successivo intervento legislativo, legge 39 del 2011, che ha modificato la legge 196/2009, al fine di assicurare la coerenza della programmazione finanziaria delle amministrazioni pubbliche con le procedure ed i criteri dettati dall'Unione Europea.
[4] Sulla legge di bilancio e la legge stabilità è poi intervenuta la legge rinforzata di attuazione del principio del pareggio del bilancio, che al Capo VI ("norme relative al bilancio dello Stato") definisce il principio dell'equilibrio e il contenuto della legge di bilancio, secondo quanto stabilito dal nuovo art. 81 della Costituzione (novellato dalla legge costituzionale n. 1 del 2012). La legge n. 243, art. 15, prevede l'unificazione in un unico documento (la legge di bilancio) dei contenuti della legge di stabilità e legge di bilancio, disciplinati dalla legge n. 196 del 2009, a decorrere dal primo gennaio del 2016 (art. 21, co. 3). Le modalità di attuazione della nuova disciplina in materia di contenuto della legge di bilancio sono rinviate alla legislazione ordinaria.

prie valutazioni sui progetti di bilancio del paesi euro, a sensi del Regolamento Ue 473/2013 (parte del Two-Pack). Il programma dell'Italia ha ricevuto il via libera e non è prevista alcuna procedura di infrazione a suo carico, riconoscendo che la riduzione dello squilibrio macroeconomico relativo all'elevato livello di debito è resa particolarmente difficoltosa date le circostanze eccezionali (la prolungata recessione, la bassa inflazione, la differenza negativa tra prodotto reale e prodotto potenziale superiore al 4%).

La Commissione ha però ravvisato un rischio di non conformità con i requisiti del Patto di stabilità e crescita e ha segnalato che in marzo sarà necessario valutare i progressi sotto il profilo del grado di attuazione delle politiche economiche, la finalizzazione delle leggi finanziarie e i passi avanti compiuti sul fronte delle riforme istituzionali.

Lo scopo del seminario è cercare di abbozzare un quadro teorico e di raccogliere riflessioni che valutino sul piano giuridico il valore della legge di bilancio e della legge di stabilità alla luce del nuovo parametro costituzionale, che comporta un'indubbia maggiore complessità delle scelte parlamentari e l'eventualità della loro contestazione in sede giudiziaria nazionale e sovranazionale.

Si tratta altresì di raccogliere l'opinione di autorevoli economisti sul percorso che il futuro ci riserva, stretto fra esigenze di austerità ed adozione di misure che favoriscano la crescita.

L'idea del seminario è l'idea di un esercizio intellettuale "riformista" che, a partire dai vincoli di bilancio, cerchi di definire che spazio hanno i riformisti, le politiche di riforma economica possibili.

Il problema è l'indagine rigorosamente tecnica sulla consentita "flessibilità" delle regole di bilancio nel diritto vigente.

A diritto vigente la famosa "flessibilità" delle regole di bilancio che cosa è? Quali margini ci offre? E' un'illusione o una realtà ? Le regole europee ci vin-

colano eccessivamente e vanno riviste o ci garantiscono da tentazioni del passato legate a gestioni non accorte e rigorose della finanza pubblica?

Quello della flessibilità delle regole del pareggio di bilancio è un problema rispetto al quale i giuristi da soli non hanno la possibilità di dare risposte e neanche forse gli economisti da soli.

I temi sono vari. Le incertezze segnalate da Massimo Luciani, sin dal seminario in Corte Costituzionale di due anni fa, sono inscritte nell'art. 81 e riguardano la sua interpretazione. Intanto i giuristi devono familiarizzare con nozioni come "ciclo economico" o "ricorso all'indebitamento" o "sostenibilità del debito". Nello stesso art. 81 da una parte, al comma 2, si parla di indebitamento, dall'altra parte, nell'ultimo comma, di sostenibilità del debito. Si tratta di due nozioni diverse che vanno stabilite e non c'è ancora giurisprudenza costituzionale che le definisca. Le questioni sono tante e non riguardano solamente la legge di stabilità.

Un'altra questione riguarda la legge 243/2012, che contiene anch'essa altre definizioni di tipo giuridico/economico. Per esempio la nozione di "obiettivo di medio termine", che presa dai documenti comunitari e traslata in una legge di attuazione costituzionale, all'art. 3, co. 2 della 243/2012 diviene "equilibrio di bilancio" per cui una nozione si risolve nell'altra il pareggio di bilancio diviene (o è) una regola di equilibrio e l'equilibrio è – transitoriamente -un percorso di avvicinamento al pareggio e, forse , in conclusione, un approdo sempre incerto e discutibile tra strutturalità ed eccezionalità del ciclo economico.

Nella legge n. 243 del 20132 gli obiettivi di medio termine che sono nei documenti comunitari vengono assunti come obiettivi che devono essere conseguiti dalle manovre di bilancio nel loro complesso. E questo si tira dietro altre domande: ci si può chiedere se ciò significhi che abbiamo costituzionalizzato tutti i documenti comunitari oppure se ciò comporti che ci sono dei margini di

azione. I documenti comunitari – in sostanza -vanno sempre letti per la valenza che hanno in via generale nell'ordinamento giuridico con la conseguenza che detta valenza varia a seconda che l'obiettivo sia fissato da una fonte comunitaria inderogabile o derogabile?

Si tratta di documenti di natura complessa, proprio perché contabili, un reticolo complesso di atti di valenza plurima, di natura diversa, con effetti incerti che spaziano dalla vera e propria vincolatività giuridica alla soft law. Un'altra nozione decisiva per affrontare la crisi è quella di stato di eccezione. Nella legge n. 243 del 2012 troviamo regole sugli "eventi eccezionali" (art. 6 legge 243/2012), occorre osservare che la nozione di "equilibrio di bilancio" è definita rispetto ad un'altra nozione economica, che è quella di (obiettivo di medio termine o pareggio in termini di) "saldo strutturale". La strutturalità è l'opposto dell'eccezionalità. Uno scostamento temporaneo dal saldo strutturale sembrerebbe la posizione in cui si trova l'Italia, che viene invocata come legittima poiché si ritiene di essere in presenza di eventi eccezionali (grave recessione economica, grave crisi finanziaria). Ma quanto può durare questa situazione eccezionale?

C'è poi il Fiscal Compact che incombe e riguarda le specifiche misure autonome e la necessità di ridurre lo stock del debito: quindi Il Paese oltre ad avere di fronte a sé gli obiettivi di avvicinamento al pareggio di bilancio ha il dovere di ridurre il debito. Se non riprende la crescita il Fiscal Compact difficilmente verrà rispettato. La crescita è legata anche alla questione degli investimenti pubblici ed in particolare all'individuazione degli investimenti possibili, che ci possono permettere di immettere domanda pubblica in senso keynesiano, che conduca ad una ripresa consistente.

Le politiche di flessibilità hanno due gambe, la prima è la critica di una visione troppo rigida del saldo strutturale, la seconda riguarda le condizioni ri-

spetto alle quali sono possibili investimenti pubblici che non rientrino nel patto e quindi consentano di sperare che la crescita venga innescata e divenga attuabile un percorso graduale di riduzione del debito.

Giancarlo Montedoro

Docente di Diritto Pubblico dell'Economia

nell'Università Luiss Guido Carli di Roma

Consigliere di Stato

Mariana Giordano

Avvocato

PARTE SECONDA

NOTE ED OSSERVAZIONI A SENTENZA

CORTE DI CASSAZIONE

I Sezione Civile

Sentenza 30 settembre - 12 novembre 2014, n. 24160

Anatocismo bancario - domanda specifica - illegittimità delle clausole di capitalizzazione trimestrale - declaratoria di nullità - delibera CICR - dies a quo - interessi principali - interessi scaduti.

(Codice civile, artt.1283 e 1284; D. lgs. 1 settembre 1993, n.385, art.120 e successive modifiche; Delibera CICR del 9 febbraio 2000; Corte costituzionale, sentenza del 17 ottobre 2000, n.425; Legge 27 dicembre 2013, n.147, art.1, co.629; D. Lgs. 24 giugno 2014, n.91, art.31, co.1).

Il divieto di pattuizione degli interessi sugli interessi, stabilito in linea generale dall'art.1283 c.c., consente la capitalizzazione solo a determinate condizioni, ovvero dal giorno della domanda giudiziale o per effetto di convenzione posteriore alla loro scadenza e sempre che siano scaduti da almeno sei mesi.

Gli interessi anatocistici sono ammissibili solo nella misura in cui venga fatta specifica domanda. Qualora la domanda sia ambigua e suscettibile di essere interpretata sia come volta ad ottenere il riconoscimento degli interessi anatocistici sia come richiesta degli interessi moratori destinati a maturare dopo la domanda e fino all'effettivo pagamento, il giudice del merito non può ritenere proposta la domanda di tali interessi, ogni qualvolta l'esposizione degli elementi di fatto e delle ragioni di diritto che costituiscono le ragioni della domanda, alla

quale egli deve far riferimento per risolvere quell'ambiguità, non fornisca argomenti in tal senso, incorrendo altrimenti nel vizio di violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato.

Resta altresì escluso che all'assenza di siffatta domanda in primo grado possa rimediarsi mediante la sua formulazione per la prima volta in appello, sia pure limitatamente agli interessi prodotti dalla data di tale domanda sul capitale rappresentato dagli interessi scaduti sino a quel momento.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. — La S.r.l., ha convenuto in giudizio il Comune di chiedendone la condanna al pagamento della somma complessiva di Lire 205.287.551, a titolo d'interessi sulle parti del corrispettivo pagate in ritardo e su quelle non pagate al 31 marzo 1989, nonché di svincolo del rendiconto finale e revisione, e della somma di Lire 36.752.135 per lavori non ancora contabilizzati, oltre interessi legali e svalutazione.

[omissis].

2. — L'appello proposto dal Comune è stato accolto dalla Corte d'Appello di Napoli, che con sentenza del 27 aprile 2006 ha dichiarato non dovuti gli interessi legali sull'importo riconosciuto all'attrice, rigettando il gravame incidentale da quest'ultima proposto.

[omissis]. Precisato che la disposizione richiede, in particolare, una specifica domanda del creditore, autonoma e distinta da quella rivolta al riconoscimento degli interessi principali, ha rilevato che con l'atto introduttivo del giudizio l'attrice si era limitata a chiedere la condanna del Comune al pagamento di somme dovute a titolo d'interessi scaduti su importi pagati in ritardo o non ancora corrisposti, oltre agl'interessi ed alla svalutazione, osservando che tale

espressione, nella sua genericità, non poteva essere interpretata in modo inequivoco come diretta al conseguimento degl'interessi sugl'interessi già scaduti, potendo essere intesa anche come rivolta ad ottenere, in aggiunta agl'interessi già quantificati in citazione, gli ulteriori interessi non ancora scaduti sulle somme non ancora pagate.

3. — Avverso la predetta sentenza l'attrice propone ricorso per Cassazione, affidato ad un solo motivo. Il Comune, il Sindaco e la Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento della protezione civile resistono con controricorsi.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. — *[omissis].*

2. — Con l'unico motivo d'impugnazione, la ricorrente denuncia la violazione e la falsa applicazione dell'art. 1283 cod. civ., nonché l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio, sostenendo che, nell'escludere l'avvenuta proposizione di una specifica domanda di riconoscimento degl'interessi anatocistici, la sentenza impugnata non ha tenuto conto delle conclusioni rassegnate nell'atto di citazione, nelle quali essa ricorrente aveva richiesto, oltre al pagamento della somma complessivamente dovuta per interessi sulle somme pagate in ritardo o non corrisposte, gli ulteriori interessi legali e la svalutazione sul predetto importo. L'oggetto della domanda, ulteriormente precisato all'udienza dell'8 giugno 2000, era stato d'altronde identificato chiaramente sia dal c.t.u. nominato in primo grado, il quale aveva calcolato gl'interessi maturati sulla somma dovuta per interessi fino alla

data di deposito della sua relazione, sia dal Tribunale, che aveva errato soltanto nell'individuazione del principio di diritto in base al quale gl'interessi erano dovuti.

2.1. — Il motivo è in parte infondato, in parte inammissibile.

Nell'interpretazione della domanda proposta dalla ricorrente, la sentenza impugnata si è correttamente attenuta al principio, costantemente ribadito dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui la corresponsione degli interessi anatocistici presuppone che si tratti di interessi accumulatisi per almeno sei mesi alla data di proposizione della domanda e che la parte ne faccia richiesta in giudizio con una domanda specificamente rivolta ad ottenere la condanna al pagamento di quegli interessi che gl'interessi già scaduti produrranno da quel momento (cfr. Cass., Sez. I, 19 settembre 2013, n. 21340; Cass., Sez. V, 8 marzo 2006, n. 4935; 1 luglio 2004, n. 12043).

È stato infatti precisato che, qualora la domanda sia ambigua e suscettibile di essere interpretata sia come volta ad ottenere il riconoscimento degli interessi anatocistici sia come richiesta degli interessi moratori destinati a maturare dopo la domanda e fino all'effettivo pagamento, il giudice del merito, stante la necessaria specificità della richiesta di anatocismo, non può ritenere proposta la domanda di tali interessi, ogni qualvolta l'esposizione degli elementi di fatto e delle ragioni di diritto che costituiscono le ragioni della domanda, alla quale egli deve far riferimento per risolvere quell'ambiguità, non fornisca argomenti in tal senso, incorrendo altrimenti nel vizio di violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato (cfr. Cass. Sez. Un., 14 ottobre 1998, n. 10156; Cass., Sez. I, 4 marzo 20 11, n. 5218; Cass., Sez. III, 8 maggio 2006, n. 10500).

Non può condividersi, in proposito, l'affermazione della ricorrente, secondo cui la volontà di ottenere il riconoscimento dell'anatocismo avrebbe potuto essere desunta, nella specie, dall'avvenuta indicazione, nell'atto di citazio-

ne, dell'importo complessivamente dovuto per interessi maturati fino alla data d'instaurazione del giudizio, sul quale era stata richiesta l'applicazione degli ulteriori interessi: la circostanza che, unitamente alla corresponsione della predetta somma, fosse stato domandato anche il pagamento di altri importi a titolo di saldo del corrispettivo e revisione dei prezzi per i lavori eseguiti in adempimento dei contratti d'appalto fa apparire infatti giustificate le conclusioni cui è pervenuta la Corte di merito, secondo cui, in assenza di ulteriori precisazioni, la domanda degli interessi avanzata nelle conclusioni dell'atto poteva essere intesa anche come rivolta ad ottenere soltanto quelli maturati e maturandi sulle somme ancora dovute per capitale. In contrario, non può utilmente richiamarsi il diverso avviso emergente dalla relazione del c.t.u. nominato nel corso del giudizio e dalla sentenza di primo grado, non avendo le stesse valore vincolante per il Giudice d'appello, chiamato a pronunciarsi in ordine alla fondatezza del motivo d'impugnazione specificamente proposto dal Comune. Quanto poi alla precisazione compiuta all'udienza dell'8 giugno 2000, la mancata trascrizione del relativo verbale, *in parie qua*, a corredo della censura avanzata in questa sede impedisce di verificare se le espressioni a tal fine utilizzate dall'attrice risultassero idonee a dissipare l'incertezza derivante dall'equivoca formulazione dell'atto di citazione, con la conseguenza che l'impugnazione dev'essere ritenuta, per tale profilo, carente di autosufficienza.

3. — Il ricorso va pertanto rigettato, con la conseguente condanna della ricorrente al pagamento delle spese processuali in favore del Comune, che si liquidano come dal dispositivo. Nei rapporti con gli altri controricorrenti, nei confronti dei quali non è stata proposta alcuna domanda, sussistono invece giustificati motivi per la dichiarazione dell'integrale compensazione delle spese processuali.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna la____S.r.l. al pagamento delle spese processuali, che si liquidano in complessivi Euro 4.200,00, ivi compresi Euro 4.000,00 per onorario ed Euro 200,00 per esborsi, oltre alle spese generali ed agli accessori di legge *[omissis].*

ANCORA UNA PRONUNCIA DELLA SUPREMA CORTE SUL RICONOSCIMENTO DEGLI INTERESSI ANATOCISTICI.*

(*Another opinion of the Italian Supreme Court on the compound interest calculation*)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La giurisprudenza antecedente. - 3. L'esperienza della nullità parziale dei contratti bancari. - 4. La portata della Legge di Stabilità 2014. - 5. Il ruolo affidato all'organo di controllo. - 6. Il computo degli interessi anatocistici.

1. La sentenza in commento, pur avendo ad oggetto un caso di anatocismo in materia diversa da quella bancaria, offre ciononostante lo spunto per svolgere alcune considerazioni in ordine al complesso tema dell'anatocismo bancario, trattando dei problemi inerenti l'applicazione di alcuni dei principi cui tale istituto giuridico viene subordinato, in particolare per quanto riguarda la formulazione di una domanda specifica e autonoma di anatocismo rispetto a quella tesa al riconoscimento degli interessi principali.

* Contributo approvato dai revisori.

Le ragioni che hanno portato il Supremo Collegio a pronunciarsi, ancora una volta, sulla questione vanno imputate, dunque, alla necessità di stabilire se in caso di ambiguità di siffatta richiesta questa debba essere intesa come volta ad ottenere gli interessi moratori destinati a maturare dopo la domanda e fino all'effettivo pagamento, o piuttosto – come sostiene l'attrice proponendo ricorso per Cassazione avverso la sentenza del 27 aprile 2006 pronunciata dalla Corte d'Appello di Napoli – anche al riconoscimento degli interessi anatocistici.

Pertanto, nel commentare la domanda rivolta a tale riconoscimento formulata dalla ricorrente è necessario partire da una ricognizione della disciplina che trova un suo referente giuridico nell'alveo della codicistica civile al fine di individuare la precisa *ratio* di detti principi e, successivamente, valutare l'applicazione che ne fa la Corte.

Poiché il giudizio, in virtù di quanto premesso, è stato pronunciato a seguito di una richiesta specificamente rivolta ad ottenere *«la condanna al pagamento di quegli interessi che gl'interessi già scaduti produrranno da quel momento»* è opportuno iniziare l'analisi proprio dal contenuto normativo dell'art. 1283 c.c. – in termini di diritto sostanziale e processuale – laddove viene stabilito che «*in mancanza di usi contrari, gli interessi scaduti possono produrre interessi solo dal giorno della domanda giudiziale o per effetto di convenzione posteriore alla loro scadenza, e sempre che si tratti di interessi dovuti almeno per sei mesi*»[1].

Tale articolo presuppone quindi che le condizioni legali normalmente operanti in materia di anatocismo vengano derogate da usi, possibilità questa confermata dalla nostra norma giuridica in modo assolutamente singolare, qua-

[1] Cfr., Corte di Cassazione, sez. I, 25 febbraio 2005 n. 4095 per cui in tema di capitalizzazione trimestrale la clausola di un contratto bancario che la preveda deve ritenersi nulla, in quanto si basa su un "uso negoziale" – comunque diverso da quello menzionato all'art.1340 dello stesso codice – e non su un "uso normativo", come invece esige l'art.1283 c.c., statuendo che l'anatocismo non possa ammettersi in mancanza di usi contrari.

lora si pensi come una tale ipotesi si ponga in palese contrasto con i rapporti di gerarchia esistenti tra le fonti del diritto[2].

Dunque il sistema della capitalizzazione trimestrale, in base al quale gli interessi prodotti sull'eventuale saldo passivo sono liquidati e capitalizzati, cioè "convertiti" in capitale ad ogni chiusura convenzionale del conto, è stato affidato – prima degli orientamenti della Cassazione del 1999 che hanno del tutto invertito una consolidata prassi bancaria – al meccanismo della trasformazione contabile, il cui effetto è collegato alla circostanza che, una volta stabilito un determinato tasso nominale di interesse annuo, l'applicazione degli interessi sugli interessi scaduti (la c.d. *capitalizzazione*) comporta un innalzamento effettivo del tasso nominale, tanto più elevato quanto più ravvicinati tra loro sono i "periodi" di capitalizzazione presi in considerazione (si parla anche di "*interesse composto*", ovvero di "*interessi sugli interessi*").

2. Vale la pena ricordare come la giurisprudenza antecedente alla suddetta novella[3] già a partire dalla sentenza n.6631/1981 della Suprema Corte abbia costantemente riconosciuto l'esistenza di "usi normativi" in materia creditizia, corrispondenti a prassi negoziali conformi alle condizioni generali predisposte dall'ABI, le quali prevedevano la validità della capitalizzazione trimestrale degli interessi composti, in specie nel conto corrente bancario, sul presupposto dell'esistenza di una c.d. "*clausola di riserva*", idonea a derogare l'art.1283 c.c.[4].

---

[2] In particolare vedasi gli artt. 1 e 8 delle *preleggi* al codice civile.
[3] Cfr., Corte di Appello di Brescia, 4 dicembre 1957, in *Rep. Giust. Civ*., 1957 alla voce *Interessi*, n.23; Trib. Trento, 5 aprile 1963 in *Banca, borsa e tit. cred*., 1964, II, p. 119; Trib. Catania, 31 ottobre 1980, in *Banca, borsa e tit. cred*., 1982, II, p. 270.
[4] Cfr., Cass. Civ., sez. III, sentenza n.6631 del 15 dicembre 1981 la quale testualmente statuisce «*nel campo delle relazioni tra istituti di credito e clienti, in tutte le operazioni di dare ed avere l'anatocismo trova generale applicazione. Si è, pertanto, in presenza di un uso normativo, richiamato dall'art. 1283 c.c. e come tale legittimo*».

Ed infatti, a parte le isolate pronunce di alcuni giudici di merito[5] si è sempre ritenuto che la prassi, fatta salva dalla disposizione civilistica, dovesse essere di tipo «*normativo»* e come tale rinvenibile anche d'ufficio dal giudice[6].

La giurisprudenza di legittimità per quasi un intero ventennio ha sempre sostenuto che agli usi riassunti nelle norme bancarie uniformi potesse riconoscersi efficacia di fonti di diritto obiettivo (*id est* "consuetudinario") in ragione dei caratteri oggettivi della costanza, generalità e durata (c.d. *"usus"*), nonché dell'elemento soggettivo della *opinio juris ac necessitatis* propri della norma giuridica consuetudinaria (consistente nella ripetizione generale, uniforme, costante e pubblica di un determinato comportamento, accompagnato dalla convinzione che si tratta di comportamento non dipendente da un mero arbitrio soggettivo ma giuridicamente obbligatorio, in quanto conforme ad una norma esistente o che si ritiene debba far parte dell'ordinamento giuridico) e che in base a tali usi la produzione di interessi anatocistici prescindesse dai presupposti fissati dall'art.1283 c.c.[7]

Il *favor* della giurisprudenza verso il riconoscimento della prassi anatocistica in materia bancaria ha prodotto, a partire dagli anni '80 e per oltre un decennio, un mutamento d'impostazione rilevante nell'ampliamento del raggio di applicazione della stessa anche con riguardo a tutti gli altri contratti bancari sul presupposto che, in tali rapporti, la banca e i clienti riconoscono come legittima la capitalizzazione degli interessi. Così, riconfermando un orientamento giuri-

---

[5] Sull'aspetto in questione, Trib. Napoli, 24 aprile 1997, in *Giur. it*., 1998, 1202, per cui gli interessi anatocistici sono "usi negoziali" da dimostrare in giudizio.
[6] Sul principio di diritto processuale del *iura novit curia*, sostanzialmente, la già citata Cass. civ., 15 dicembre 1981 n.6631, in *Giust. Civ*., 1980, I, 380, con nota di DI AMATO, *Anatocismo e prassi bancaria*; Cass., 6 giugno 1988 n.3804, in *Banca, borsa e tit. cred*., 1990, I, p.187.
[7] *Ex plurimis*, Cass. n.5409/83; n. 4920/1987; n.7571/1992; n.9227/1995; n.3296/97; n.12675/98. In specie, per quest'ultima, l'inserimento della clausola nel contratto, in conformità alle cosiddette norme bancarie uniformi, predisposte dall'ABI, non esclude la suddetta nullità, poiché a tali norme deve riconoscersi soltanto il carattere di usi negoziali non quello di usi normativi.

sprudenziale già manifestato parecchi anni prima dai giudici d'appello[8], se ne è estesa l'operatività oltre il campo del conto corrente, ricomprendendo, ad esempio ulteriori fattispecie quali il contratto di mutuo, cosicché si considera legittima la clausola con cui viene prevista la decorrenza degli interessi moratori sull'intera rata del mutuo anche per la parte relativa agli interessi corrisposti[9]; il contratto di credito agrario; le operazioni di sconto di titoli[10].

E' evidente che la riferibilità dell'uso anatocistico al profilo soggettivo piuttosto che al tipo di operazione (ambito oggettivo) ha aperto scenari interpretativi fino a quel momento alquanto controversi – per i quali, invero, la giurisprudenza si era sempre espressa negativamente[11] – sull'esistenza di siffatta consuetudine anche per le operazioni poste in essere da intermediari finanziari (c.d. *contratti atipici*), si pensi alle operazioni di credito al consumo e di *factoring*, a conferma del fatto che l'anatocismo più che rappresentare la conseguenza di un contratto di conto corrente (che consente chiusure periodiche, scadenzate secondo la volontà delle parti o secondo gli usi) costituisce un connotato intrinseco dei crediti bancari, producenti, di per sé, il fenomeno della capitalizzazione[12].

---

[8] Cfr. Corte d'Appello di Firenze, 13 dicembre 1965, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1966, II, 100, che ritiene applicabile l'uso dell'anatocismo a tutte le operazioni bancarie; poi successivamente, facendo riferimento in motivazione ad un uso relativo a tutti i rapporti tra banca e cliente, cfr. Cass., 20 giugno 1992 n.7571, in *Banca, borsa e tit. cred.*, II, p.359; Cass., 5 giugno 1987 n.4920 in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1987, I, p.668; Trib. Milano, 13 giugno 1989, in *Banca, borsa e tit. cred*., 1991, II, p.418.

[9] *Contra*, Cass., 6 maggio 1977 n.1724 in *Rep. Giust. Civ*., 1977, voce «*Interessi*», n.12; Corte d'Appello di Napoli, 31 gennaio 1981, in *Banca, borsa e tit. cred.*,1982, II.

[10] Nello specifico, si veda Cass. 12 novembre 1981 n.5985, in *Giust. it*., 1992, I, 2, 375, relativa alle operazioni di sconto di cambiali.

[11] Cfr. Pret. Bologna, 26 ottobre 1998, in *Foro it.*, 1999, I, 1680, nel dichiarare inesistente tale uso nell'ipotesi di contratti di credito al consumo; Trib. Milano, 30 giugno 1997, in *Banca, borsa e tit. cred*., 1998, II, 681.

[12] Cfr., Corte d'Appello di Catania, 15 settembre 1987 in *Banca, borsa e tit. cred*., II, 1989, p.169, riconoscendo la capitalizzazione degli interessi, anche dopo la chiusura del conto corrente, in applicazione dell'art.1224 c.c.; *contra* Cass., 17 aprile 1999 n.3845 in *Foro it.*, 1999, I, p. 1429 ss.

Tale angolazione del problema, nel recepire i nuovi orientamenti giurisprudenziali in materia di anatocismo, ha trovato un'adeguata regolamentazione nella delibera CICR del 9 febbraio 2000, stante il rinvio disposto dall'art.120 TUB (nel testo modificato dal d. lgs. n.141/2010) all'autorità creditizia per la determinazione dei casi e dei modi in cui legittimamente può prodursi capitalizzazione degli interessi secondo i principi della *trasparenza contrattuale.*

Ed è proprio applicando siffatti principi che la Corte di Cassazione, collocandosi lungo il solco delle sentenze pronunciate dai giudici di merito[13] con un *revirement* ormai noto – non solo per le ripercussioni sugli assetti bancari e sul relativo contenzioso giudiziario, ma anche, e soprattutto, per l'ampio dibattito acceso in dottrina[14], con le due pronunce assolutamente innovative della I (Cass. n. 3096/99) e III sezione (Cass. n. 2374/99), ha cambiato radicalmente opinione ravvisando la fonte della prassi del computo degli interessi legali, di cui all'art.

---

[13] Cfr. Trib. Monza, 12 febbraio 1999, in *Foro it.*, 1999, I, p.1340; Trib. Vercelli, 21 luglio 1994, in *Giur.it.*,1995, II, 408, con nota di INZITARI, *Convenzione di capitalizzazione trimestrale degli interessi e divieto di anatocismo ex art.1283 c.c.*; Trib. Busto Arsizio, 15 giugno 1998, in *Foro it.*, 1998, I, 2997, con nota di PALMIERI.

[14] Cfr., in tema, FERRO LUZZI, *Prime considerazioni a margine della sentenza della Corte di Cassazione del 16 marzo 1999, n. 2374, in tema di: anatocismo, usi e conto corrente bancario*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, II, p.167 ss.; DE NOVA, *Capitalizzazione trimestrale: verso un revirement della Cassazione?*, in *Contratti*, 1999, p.437 ss.; GINEVRA, *Sul divieto di anatocismo nei rapporti tra banche e clienti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, II, p.38 ss.; DOLMETTA – PERRONE, *Risarcimento dei danni da inadempimento di obbligazioni di interessi e anatocismo, ibidem*, i quali pongono l'accento sulla fondatezza sostanziale della decisione pur facendo rilevare che l'uso dell'anatocismo bancario si presenta antecedente all'emanazione delle NUB; COTTINO, *La Cassazione muta indirizzo in tema di anatocismo*, in *Giur. It.*, 1999, p.1221 ss., nell'esprimere perplessità riguardo alla collocazione della vicenda in un contesto sostanzialmente estraneo quale quello derivante dal mutato clima legislativo e sociale nei confronti delle banche ad opera delle ben note leggi nn. 154/1992, 108/1996, 50/1996 che hanno introdotto gli artt.1469-*bis* ss. del c.c.; GIACALONE, *Illegittima la capitalizzazione trimestrale degli interessi bancari a debito dei clienti*, in *Giur. comm.*, 1999, I, p.1301 ss., l'autore si limita a rilevare la contraddittorietà tra l'orientamento precedente e quello nuovo, sulla base delle differenti motivazioni di diritto date nelle pronunce di entrambe le correnti giurisprudenziali; CARBONE, *Anatocismo e usi bancari: la Cassazione ci ripensa*, in *Corr. giur.*, 1999, p. 561 ss.; PANZANI, *Anatocismo: tra giurisprudenza e nuova legislazione*, in *Fallimento*, 1999, p.1230 ss., mettendo in luce il netto contrasto tra la sentenza n.2374 della Suprema Corte con la decisione contraria e ben argomentata del Tribunale di Roma del 26/05/1999 e pare propendere per le argomentazioni di quest'ultima.

1283 c.c., in un uso «*negoziale*» e, in quanto tale, inidoneo a produrre effetti derogatori ai limiti imposti dalla legge. Si andava affermando, in buona sostanza, l'*illegittimità* delle clausole contenute nei contratti bancari che prevedessero la capitalizzazione trimestrale degli interessi scaduti dovuti dai clienti.

In particolare, con la sentenza pronunciata il 16 marzo 1999 n. 2374 dalla prima sezione[15], la Corte di Cassazione – dopo aver dato atto del consolidato indirizzo giurisprudenziale di legittimità inaugurato con la sentenza n.6631 del 1981, secondo la quale «*nel campo delle relazioni tra istituti di credito e clienti, in tutte le operazioni di dare e avere, l'anatocismo trova generale applicazione, in quanto sia le banche sia i clienti chiedono e riconoscono come legittima la pretesa degli interessi da conteggiarsi alla scadenza non solo sull'originario importo della somma versata, ma sugli interessi da questa prodotti e ciò anche a prescindere dai requisiti richiesti dall'art.1283 c.c.*» e successivamente confermato fino all'anno 1997[16] – giungeva alla conclusione del tutto inedita di dover rivisitare criticamente il tradizionale orientamento in ragione delle convincenti posizioni contrarie sollevate da un parte della dottrina e della giurisprudenza di merito, in quanto «*l'esistenza di un uso normativo idoneo a derogare ai limiti di ammissibilità dell'anatocismo previsti dalla legge appare più oggetto di un'affermazione basata su di un incontrollabile dato di comune esperienza che di una convincente dimostrazione*».

Le argomentazioni poste alla base del ragionamento dell'Organo Supremo (per negare la natura normativa degli usi bancari anatocistici) prendono spunto da massime di comune esperienza, laddove emergeva con chiarezza come i clienti acconsentissero all'inserimento di tali clausole contrattuali non in

[15] Cfr., *Il Fallimento*, 2001, p. 19 ss., con note di PANZANI, *La disciplina dell'anatocismo dopo la recente sentenza della Corte Costituzionale* e OLIVA, *Capitalizzazione trimestrale degli interessi di conto corrente e incostituzionalità dell'art. 25, comma 3, D.lgs. 342/99.*

[16] Cfr., Cass. n. 3296/97 nell'avvalorare a sussistenza di un "uso normativo" in materia di anatocismo in deroga ai limiti previsti dall'articolo in oggetto.

quanto dagli stessi ritenute conformi a norme di diritto oggettivo "*già esistenti o che si riteneva dovessero comunque far parte dell'ordinamento giuridico*", ma in virtù della loro collocazione all'interno dei moduli contrattuali predisposti ed utilizzati all'uopo dalle banche, essendo la relativa accettazione condizione indiscutibile di accesso ai canali bancari di finanziamento e implicante, sul piano oggettivo, una disparità di trattamento tra interessi a debito e interessi a credito per il cliente.

3. Delineate così le premesse su cui è stata fondata una siffatta inversione di tendenza – ove spicca per rilevanza anche il frequente riferimento alla possibile produzione di interessi usurai nell'utilizzo della pratica anatocistica, a' sensi della legge n.108/96 *«Disposizioni in materia di usura»* e del recente d. l. n.70/2011 (c.d. *"Decreto Sviluppo"*) – preme fin d'ora sottolineare come un tale mutamento nelle posizioni della Corte di Cassazione[17] – dichiarando *nulle* le clausole in questione (per contrarietà alla norma imperativa dell'art.1283 c.c.) sul presupposto dell'inesistenza, nel periodo antecedente all'entrata in vigore del codice civile, di un "uso normativo" che le legittimasse – abbia inevitabilmente aperto le porte ad una massiccia quantità di azioni legali dei titolari di conti corrente contro gli istituti bancari, volte a fare dichiarare la *nullità parziale* dei contratti bancari *in parte qua*, e conseguentemente ad agire per la ripetizione dell'indebito oggettivo, previo ricalcolo dell'effettivo dare-avere tra le parti (gli effetti della declaratoria di *nullità* sono stati successivamente meglio definiti e precisati dalla Cass., 4 novembre 2004 n.21095, sancendo la *retroattività* del nuovo orientamento ai contratti già in essere al 1999).

Al fine di tutelare le banche dal relativo contenzioso, il legislatore italiano

[17] Da apripista, Cass. Civ., 16 marzo 1999 n.2374 cui sono seguite, Cass. civ., 30 settembre 1999 n.3096 e Cass. civ., 11 novembre 1999 n.12507.

è sceso in campo con il d. lgs. n.342/99, recante modifiche al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, tentando di legittimare *ex post* le clausole anatocistiche, divenute *nulle* in base alla nuova opinione manifestata dai giudici di merito. Cosicché, con una disposizione di favore l'art.120, co.2, TUB riconosceva piena validità ed efficacia alle clausole di capitalizzazione trimestrale stipulate nel periodo pregresso al decreto, salvo l'obbligo del loro adeguamento a quanto stabilito dal CICR con delibera del 9 febbraio 2000, consentendo, a livello normativo, la legittimità della capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi a condizione che detta periodicità fosse riconosciuta anche per gli interessi attivi.

Dal canto suo, dunque, la delibera CICR del 2000 si pone come normativa speciale e derogatoria rispetto all'art.1283 c.c., per cui le clausole anatocistiche di capitalizzazione trimestrale degli interessi negativi, ove stipulate successivamente al 2000 e nel rispetto delle previsioni contenute nella medesima delibera, in particolare di quella sulla reciprocità, debbono considerarsi produttive di effetti.

Appare chiaro dunque che solo a partire dall'art.25, co.2, del decreto del 1999, si passa da un principio consuetudinario, in deroga al divieto di cui all'art.1283 c.c., all'attribuzione di una fonte legale che consente al CICR di stabilire secondo la dizione del novellato co.2 «*modalità e criteri per la produzione di interessi sugli interessi maturati nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria, prevedendo in ogni caso che nelle operazioni in conto corrente sia assicurata nei confronti della clientela la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori sia creditori*». Detta previsione, come prima accennato, poneva fine, con indubbio vantaggio per le banche, alla *querelle* in ordine alla formazione di un uso normativo in deroga alla disposizione di cui all'art. 1283 c.c., istituendo un anatocismo "legale" da fonte anch'esso speciale

rispetto a tale divieto, seguito poi dall'intervento regolamentare del CICR (a mezzo della nota deliberazione del 9 febbraio 2000) il quale ha finito per attribuire all'anatocismo legittimazione piena, addirittura in misura pari se non maggiore rispetto al riconoscimento attribuitogli nel passato dai pretesi – e molto spesso censurati – usi di banca.

In applicazione a siffatto principio, pertanto, il Comitato Interministeriale non ha fatto altro[18] che subordinare l'ammissibilità della produzione d'interessi su interessi *ad libitum* alla circostanza secondo cui una tale produzione sia stata oggetto di espressa previsione negoziale, legittimando, in buona sostanza, quella prassi bancaria (sovente utilizzata nell'ambito della contrattazione standardizzata e più volte criticata) poi convertita in uso in deroga fino a ricomprendere anche gli altri intermediari finanziari, per i quali la giurisprudenza aveva da tempo escluso la ricorrenza di un uso normativo in deroga all'art.1283 c.c.[19].

Successivamente, a seguito di alcune ordinanze di rimessione[20], la Corte costituzionale, con sentenza del 17 novembre 2000 n.425, accolta con il plauso delle associazioni dei consumatori, ha però ribaltato la posizione garantista della norma sottolineandone la natura non sanatoria ma meramente integrativa e correttiva del TUB (con efficacia retroattiva) capace di rendere valide clausole *nulle* per contrarietà a norme imperative contenute nel codice civile. Le ragioni sottese al cambio di posizione giurisprudenziale hanno evidenziano i problemi applicativi della delega al CICR in merito alla sua inadeguatezza nel dare esecu-

---

[18] Conforme anche una consolidata dottrina in argomento, ROMAGNOLI, *Anatocismo, banche, clienti e consumatori: oltre Cass., sez. un., n. 21095/2004*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, p. 72; MAJELLO, *Sub art. 120*, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Belli, II, Bologna, 2004, p. 1968 ss.

[19] Cfr. Cass., 12 aprile 1980, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, c. 237 con nota di D'AMICO, *Osservazioni in tema di usi e loro estensione soggettiva: materia bancaria, società finanziaria ed anatocismo*; inoltre Pret. Bologna, 26 ottobre 1998, in *Foro it.*, 1999, I, c. p. 1680.

[20] Per un commento, cfr. CARBONE, *Il salvataggio dell'attuale prassi bancaria sull'anatocismo al centro di un acceso dibattito*, in *Il Corriere Giuridico*, 2000, p.366 ss.

zione all'incarico attribuitogli dalla norma primaria che gli imponeva l'obbligo di individuare «*le modalità e i criteri*» per la produzione di interessi sugli interessi scaduti nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria e finanziaria.

La presa di posizione della Consulta, pertanto, ha sostanzialmente finito con il cristallizzare le precedenti conclusioni della Cassazione, le quali avevano portato a considerare illegittimo il computo anatocistico, fermo restando la possibilità di pattuire, successivamente alla regolamentazione del 2000, valide clausole di capitalizzazione in armonia alle delibere CICR, anche in relazione ai contratti già in essere, ma senza efficacia retroattiva. Cosicché le somme corrisposte a titolo di interesse composto dal correntista in base a specifiche condizioni contenute in contratti stipulati antecedentemente alla delibera medesima, ovvero applicate dalle banche richiamandosi ai semplici usi negoziali *ex* art.1340 c.c. o interpretativi *ex* art.1368 c.c., debbono essere dalle stesse restituite allo scopo precipuo di disciplinare meglio il costo del credito in un contesto caratterizzato da continui contrasti tra il ceto bancario nella sua posizione di contraente "forte" e la clientela per antonomasia "debole".

4. Con il varo della Legge di Stabilità 2014, il legislatore è intervenuto in maniera determinante (benché non risolutiva dato il generarsi di nuove incongruenze) sulla disciplina dell'anatocismo bancario, la quale, come poc'anzi ricordato, aveva trovato un suo referente normativo nell'art.25, co.3, del d.lgs. 4 agosto 1999, n.342 (meglio noto come primo decreto "Salva Banche"), a parziale deroga di quanto previsto in ambito civilistico, dichiarando valide ed efficaci fino alla data del 9 febbraio 2000 le clausole relative alla produzione di interessi sugli interessi maturati, contenute nei contratti stipulati anteriormente alla suddetta entrata in vigore della delibera CICR.

La norma, per la verità, è stata oggetto in quegli anni di serrato dibattito in sede legislativa a causa dei suoi rilevanti effetti riflessi sul piano economico e sociale, che ne ha spesso evidenziato il carattere incostituzionale del precetto[21] a danno delle garanzie e dei diritti della clientela (famiglie ed imprese per lo più di piccole dimensioni) stretti nella morsa degli alti tassi di interessi e dei costi di gestione eccessivi applicati in maniera indiscriminata dagli istituti di credito[22].

La giurisprudenza di legittimità con le due sentenze sopra citate, peraltro a Sez. Unite, aveva dapprima sancito, come sappiamo, la nullità dell'anatocismo trimestrale (si rinvia alla sentenza della Cass. civ. n.21095/2004) per poi giungere a dichiarare la *nullità* dell'anatocismo annuale in favore della banca (ritenendo la capitalizzazione annuale esclusa per difetto di qualsiasi previsione negoziale senza per questo dichiarare nulla la clausola che la prevede) con conseguente legittimazione di quello annuale in favore del cliente[23].

Dunque, dopo un lungo e travagliato *iter* caratterizzato da un rincorrersi di sentenze finalizzate a tutelare i diritti del cliente, seguite da leggi (spesso censurate dalla Consulta) o da provvedimenti dell'organo di vigilanza, foriere nella

---

[21] Nello specifico, il Tribunale di Benevento con ordinanza del 25 ottobre 1999 aveva deciso che doveva essere rimessa alla Corte costituzionale la questione di legittimità dell'art.25, co.3 in relazione al contenuto normativo degli artt. 3, 24, 77 Cost., in quanto stabilisce che «*le clausole riguardanti la produzione di interessi sugli interessi maturati, contenute nei contratti stipulati anteriormente alla data di entrata in vigore della delibera CICR sono valide ed efficaci fino a tale data, e che, dopo di essa, debbono essere adeguate a pena di inefficacia da farsi valere solo dal cliente al disposto della menzionata delibera, con le modalità ed i tempi ivi previsti*».

[22] Cfr. Corte Cost. con la richiamata sentenza del 17 ottobre 2000 n.425, in *Giur.it.*, 2001, p.83 ss., laddove senza entrare nel merito della questione dichiara l'illegittimità costituzionale di detto comma, per violazione dell'art.7 Cost. anche se solo per eccesso di delega, lasciando così aperte le porte alla contestazione di nullità delle clausole di capitalizzazione contenute nei vecchi contratti.

[23] Cfr. Cass. Civ., sentenza 2 dicembre 2010, n.24418, per la quale dichiarata la *nullità* della previsione negoziale di capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi in una apertura di credito in conto corrente, per il contrasto con il divieto di anatocismo sancito dall'art.1283 c.c., gli interessi a debito del correntista devono essere calcolati senza operare capitalizzazione alcuna, perché il medesimo articolo osterebbe anche a una eventuale previsione negoziale di capitalizzazione annuale e perché nemmeno potrebbe essere ipotizzato come esistente un uso, anche non normativo, di capitalizzazione con quella cadenza.

maggior parte dei casi di non poche incertezze interpretative, l'art.120 TUB – che, solo per inciso, nella sua versione iniziale in vigore dal 1 gennaio 1994 non conteneva nessun accenno al fenomeno della produzione degli interessi sugli interessi_in deroga al generale divieto di cui all'art. 1283 c.c. – sembra uniformarsi, attraverso una serie di modifiche sostanziali avvenute negli ultimi dieci anni, alla scelta già operata nei principali ordinamenti europei, i quali con modalità e termini più o meno stringenti, hanno disposto il divieto dell'anatocismo[24].

Sicché, con un'operazione di *restyling* (peraltro mal riuscita), il co.629 dell'art.1 della su richiamata legge n.147/2013 (c.d. "Legge di Stabilità" 2014) ha rivisitato l'articolo in commento ripristinando l'inderogabilità del divieto civilistico quale che sia la categoria di credito in cui si ricomprende[25].

La questione passa quindi, ancora una volta, al legislatore cui è affidato il compito di pensare a una soluzione strutturale della materia. Tuttavia, da una prima sommaria analisi, il provvedimento di modifica, pur apprezzabile sul piano della trasparenza, lascia invero perplessi ove si riferisce a «*interessi periodicamente capitalizzati*», sia pur per affermare come «*non possano produrre interessi ulteriori che, nelle successive operazioni di capitalizzazione, sono calcolati esclusivamente sulla sorte capitale*».

Ora, se è certo che le banche dovranno attenersi al divieto di applicare un

---

[24] Per un'analisi più dettagliata, cfr., AA.VV., *La capitalizzazione degli interessi bancari*, studio di diritto comparato (Francia, Germania, Inghilterra, Spagna) - Collana Studi e ricerche di diritto comparato della Corte costituzionale, Maggio 2007; BRITISH BANKERS'ASSOCIATION, *Code of conduct for the advertising of interest bearing accounts*, Marzo 2011; LAW COMMISSION, *Pre-judgment Interest on Debts and Damages*, 24 Febbraio 2004; CGE, *Littlewoods Retail Ltd c. HMRC*, 19 Luglio 2012, Caso 591/10; BERNHEIM-DESVAUX, *Clause d'anatocisme ou de capitalisation des intérêts*, in *Contrats Concurrence Consommation*, n.6, Giugno 2014; *Una sentencia pionera en España anula el pacto de anatocismo en una hipoteca*, ABC.es, 16 Giugno 2014; MARÍA MEDINA ALCOZ, *Anatocismo, Derecho español y Draft Common Frame of Reference*, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.4, 2011, p. 59 ss.

[25] Cfr., Camera dei Deputati, XVII Legislatura, *Documentazione per l'esame di progetti di legge*, A.C. 1865-A, Dossier n. 95/2 del 19/12/2013. A proposito del co.629, si afferma testualmente che «*la nuova formulazione mira a introdurre il divieto di anatocismo nell'ordinamento bancario*».

anatocismo "ulteriore" da computarsi sulla prima capitalizzazione, resta sempre il dubbio che quantomeno un anatocismo per così dire "primigenio" sarebbe dal legislatore consentito, e ciò nonostante le riflessioni contrarie espresse dalla dottrina più recente per cui una volta calcolati gli interessi creditori e debitori con la stessa periodicità, essi non confluirebbero, come avveniva prima, nella sorte capitale ma conteggiati a parte creando così un "*monte interessi"* da liquidazione periodica che non dà luogo ad alcuna capitalizzazione[26].

Ad ogni buon conto, la previsione della stessa periodicità nel conteggio degli interessi in parola ci induce a pensare verosimilmente che detto *monte* si crei non solo nel caso di interessi attivi ma anche di quelli passivi e che le appostazioni di segno contrario si compensino automaticamente.

Così, nel riformulare l'*incipit* del vecchio testo, a proposito di decorrenza delle valute e calcolo degli interessi, pur dovendo convenire come non si faccia più riferimento alla «*produzione di interessi sugli interessi maturati nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria»,* ma soltanto alla «*produzione di interessi»,* passando dal concetto di "periodicità di interessi capitalizzati" a quello di "periodicità della liquidazione degli interessi", resta sempre il dubbio che l'evidente ingerenza da parte del Comitato Interministeriale nello stabilire *"modalità e criteri"* continui a disciplinare un fenomeno (l'anatocismo) il quale, contrariamente, si vuole eliminare.

A rafforzare siffatto convincimento poi emerge la successiva lett.*b)* del novellato art.120 TUB nella misura in cui sembra mantenere in vita tale fenomeno, sia pure per una sola volta (si riferisce, infatti, a interessi «*capitalizzati*», cioè che si sono trasformati in capitale; mentre risulta poco comprensibile il ca-

[26] In tal senso, MAIMERI, *La capitalizzazione degli interessi fra legge di stabilità e decreto sulla competitività*, in *Rivista di Diritto Bancario*, 7, 2014, p.1 ss., ritenendo in concreto come si venga a creare un monte interessi che non si capitalizza e dunque non va assolutamente mescolato con il capitale, il quale ha la sua sola origine nell'erogazione della banca, a diverso titolo, legittimamente produttiva di frutti, *ex* art.1821 c.c., liquidabili periodicamente, una sola volta.

rattere temporale della norma). Volendo interpretarne la *ratio*, parrebbe infatti che nel rapporto di conto si sia verificata una capitalizzazione, ma che dopo – vale a dire «*nelle successive operazioni di capitalizzazione*» come indica lo stesso dato letterale – non possono prodursi «*ulteriori*» interessi composti[27].

5. Trascurando di analizzare nello specifico le evidenti incongruenze che una siffatta delega può determinare in termini pratici – ritenendo piuttosto come sarebbe stato più coerente, allo scopo di togliere definitivo fondamento alla legittimità del passaggio di interessi a capitale, abrogare semplicemente il co.2 dell'art.120 TUB – è rilevante sottolineare, contrariamente alle suindicate aspettative, una certa difficoltà a comprendere il ruolo affidato all'organo di controllo circa la portata dei "*criteri*" fissati per la produzione degli interessi nel riformulato quadro della disciplina, i quali essendo frutti civili maturano giornalmente sul capitale; cosicché un eventuale riconoscimento da parte del CICR della sola espressa previsione negoziale, affidata alla libera trattativa tra le parti (peraltro già utilizzata in occasione della precedente delega) potrebbe dar luogo, in termini compensativi, ad una liquidazione a scadenze più brevi di quelle trimestrali, solitamente previste dalla clausole predisposte dalla banca.

Indubbiamente, anche in questo caso, si porrebbe nuovamente il problema se l'affidamento alla regolamentazione pattizia della periodicità della li-

---

[27] Sul difficile inquadramento della disposizione *de qua*, si veda, MAZZOLA, *La nuova disciplina dell'anatocismo bancario nella legge di stabilità: prime note*, in *www.dirittobancario.it*; LEO, *Annunciato emendamento sullo stop all'anatocismo degli interessi bancari; perplessità sulla formulazione della modifica all'art.120 TUB*, in *www.kipling90.com*, il quale si esprime sull'inattuabilità del contenuto della norma; CORIGLIANO, *Gli interessi periodicamente capitalizzati non possono più produrre ulteriori interessi*, in *www.expartecreditoris.it*; TANZA, *Trasparenza bancaria: nuove confusioni sul calcolo degli interessi*, in *www.ilfattoquotidiano.it*, nel sottolineare, in particolare, come il Comitato Interministeriale, al fine di tutelare gli istituti di credito, abbia a lungo indugiato nell'applicazione di tale articolo, così come modificato dalla c.d. Legge di Stabilità, attendendo che si emanasse, anche in questo caso, la norma "Salva Banche".

quidazione degli interessi (in chiara situazione di asimmetria di potere contrattuale e a tutto sfavore del cliente) non violi il precetto della norma delegante, essendo tale scelta ben lontana dal configurarsi quale individuazione di un "criterio" o di una "modalità" prevista obbligatoriamente dalla legge.

E' plausibile, dunque, che le banche nel recepire il precetto contenuto nel novellato articolo – per cui non si esclude il rischio di un decremento del costo del credito conseguito all'abrogazione dell'anatocismo – metteranno in campo alcune contromisure allo scopo di non subire i riflessi economici legate alla manovra, come, ad esempio, l'innalzamento dei tassi (di una misura prossima al margine che separa il TAN dal TAEG) o, più frequentemente, il ricorso ad operazioni di fidi trimestrali, rinnovabili previo pagamento degli interessi corrispettivi e eventualmente degli eventuali interessi di mora maturati dalla scadenza del fido stesso, chiusura e riapertura dei conti con cadenza trimestrale (se non peggio) ripristinando, in questo modo, una capitalizzazione trimestrale di fatto, certamente impugnabile, essendo evidente che detta esecuzione del rapporto è viziata ed in frode alla legge.

Ma la vicenda è ancora ben lontana da un definitivo epilogo e il legislatore è tornato, proprio negli ultimi mesi, a parlare di anatocismo in occasione dell'emanazione del d. l. 24 giugno 2014, n. 91 (c.d. "*Misure per la crescita economica*") adottando l'ennesima modifica all'art.120 TUB, la quale però in sede di legge di conversione dell'11 agosto 2014, n.116 è stata abrogata prima che i suoi effetti potessero consolidarsi nel tempo, con conseguente ripristino della situazione normativa *ex quo ante*.

In tal ambito disciplinare, con un clamoroso *dietro front*, il legislatore torna alla dizione originaria dell'art.120 TUB, secondo la quale il Comitato è incaricato di stabilire le "*modalità e i criteri*" per la «*produzione di interessi sugli interessi*», anziché per la «*produzione di interessi*» riaffermando così quanto già sta-

tuito dalle sentenze delle S.U. della Cassazione in tema di capitalizzazione composta.

Secondo il dettato di cui all'art.31, co.1, del "*Decreto Competitività*", gli enti creditizi potranno introdurre nei contratti in conto corrente o in conto di pagamento (con la conseguenza che per tutti gli altri rapporti, a cominciare dai depositi, non vi è alcun vincolo di legge all'individuazione del periodo di capitalizzazione degli interessi maturati) la previsione di una clausola di capitalizzazione composta, avente ad oggetto interessi non ancora scaduti, in deroga all'art.1283 c.c., purché riguardi interessi individuati nell'anno solare. Come ben si comprende, si tratta di una disposizione non di trasparenza – nonostante la sua collocazione all'interno del titolo VI del TUB rubricante appunto «*Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti*» – quanto di un principio regolatore del rapporto banca-cliente, dal momento che il legislatore ritiene maggiormente equo risparmiare al cliente correntista periodi di capitalizzazione inferiori all'anno (con evidente divieto di stabilire capitalizzazioni infrannuali) e lo impone con una norma di chiaro stampo dirigistico[28]. Resta comunque da verificare se un siffatto l'"*effetto riequilibratore*", attraverso l'addebito (in un'unica soluzione) di tutti gli interessi a fine anno possa ritenersi conveniente, sotto il profilo pratico, per l'affidato, oppure sarebbe stato più opportuno lasciare al CICR (o quanto meno alle parti) una maggiore flessibilità nello stabilire la periodicità di capitalizzazione.

Fino all'entrata in vigore di una nuova delibera CICR, che stabilisca "*modalità e criteri"* per la produzione (con periodicità non inferiore a un anno) anatocistica di interessi nei contratti regolati in conto corrente o in conto di pagamento, continuerà ad applicarsi quanto disposto precedentemente, fermo re-

[28] Di quest'avviso, MAIMERI, *La capitalizzazione degli interessi tra legge di stabilità e decreto sulla competitività*, in *Riv. di Diritto Bancario*, 2014.

stando che per i contratti in corso l'adeguamento era già stato fissato entro il 24 dicembre 2014.

E' d'uopo evidenziare come l'attuale intervento riproponga, in buona sostanza, la vecchia consuetudine propria degli istituti di credito a procede all'imputazione dei pagamenti (contestualmente a capitale, interessi e spese) secondo una consolidata prassi bancaria, in deroga all'art.1194 c.c. in tema d'imputazione dei pagamenti, "demolendo", di fatto, quanto di buono la "Legge di Stabilità" aveva predisposto a favore del debitore, per il quale il pagamento effettuato, salvo impossibile diversa volontà della banca, doveva sempre essere imputato prima agli interessi e spese e poi al capitale, essendo venuta meno la possibilità della banca di poter esprimere la propria volontà e, pertanto, capitalizzare.

6. Con la sentenza in epigrafe, la Corte Suprema si è trovata a dover rispondere al quesito circa la necessità o meno di una specifica domanda del creditore, autonoma e distinta da quella rivolta al riconoscimento degli interessi principali, per l'attribuzione degli interessi c.d. anatocistici ossia degli interessi sugli interessi già scaduti, richiesta, questa, che prescindendo dai principali passaggi di un articolato percorso segnato da significativi *revirement* giurisprudenziali, aveva portato in passato la Cassazione (*ex plurimis*, Cass. civ., 11 gennaio 1986 n.103) a precisare come la domanda dovesse riguardare piuttosto interessi già scaduti escludendo quelli maturati nel corso del giudizio.

Così, ancora una volta, approda in Cassazione la questione relativa alla determinazione della misura degli interessi anatocistici, prospettata con riferimento agli interessi scaduti vantati da un'impresa appaltatrice di un'opera pub-

blica statale[29].

Nell'impianto ricorsuale, l'attrice sostiene che nelle proprie conclusioni, rassegnate nell'atto di citazione, aveva richiesto, oltre al pagamento della somma complessivamente dovuta per interessi sulle somme pagate in ritardo o non corrisposte, gli ulteriori interessi legali e la svalutazione sul predetto importo.

Le argomentazioni che l'organo decidente pone alla base della sua decisione si snodano essenzialmente attraverso una serie di passaggi fondamentali tutti ruotanti intorno al principio di ordine giuridico secondo cui «… *il giudice di merito, stante la necessaria specificità della richiesta di anatocismo, non può giudicare proposta la domanda di tali interessi*».

L'accoglimento di suddetta pronuncia sgombra, dunque, il campo da ogni possibile dubbio circa un'eventuale riconoscimento automatico in giudizio degli interessi in parola, ritenendo pertanto che ove la sussistenza di una specifica domanda fosse disattesa, il giudicante non potrebbe in alcun modo pronunciarsi su tale punto (gli stessi giudici del merito, con la decisione del 30 gennaio 1989 emessa dalla Corte App. Roma, si erano già espressi sulla doverosità di una distinta richiesta giudiziale non reputando sufficiente un mero atto stragiudiziale di costituzione in mora). Con una sentenza del 2010 la Suprema Corte ha ripreso il tema della doverosità di una specifica attribuzione nel provvedimento giudiziale di condanna, atteso che, ai sensi dell'art.1283 c.c., gli interessi scaduti possono produrre interessi dal giorno della domanda giudiziale (che ne determina infatti la decorrenza) o per effetto di una convenzione posteriore alla scadenza,

[29] Per i precedenti giurisprudenziali, si veda Cass. civ., sez. I, del 10 settembre 1990 n.9311, con nota di MURRA, *Sul saggio degli interessi anatocistici*, in *Corriere giuridico*, 1990, p.1273 ss. Nella sentenza in oggetto, poiché la disciplina dell' anatocismo prevista dall'art. 1283 c.c. va coordinata e completata con quella successiva di cui all'art. 1284 c.c., il saggio degli interessi anatocistici, in mancanza di usi contrari, ovvero di convenzione posteriore alla scadenza degli interessi su cui si applicano, è del 5% annuo, qualunque natura abbiano gli interessi scaduti, trattandosi nella specie di interessi moratori in favore dell'impresa appaltatrice, *ex* art.35 del d.p.r. 16 luglio 1962 n.1063.

purché sia formulata distinta domanda in tal senso e il giudice abbia conformemente disposto in sentenza[30].

È stato, inoltre, chiarito che l'istanza inerente la pretesa corresponsione di interessi anatocistici necessita di una formulazione specifica (*id est* essi devono essere richiesti espressamente), non potendo tale espressa domanda considerarsi compresa nell'iniziale richiesta di interessi superiori al tasso legale (di quest'avviso, Cass., 21 febbraio 1994, n.1655). Interessante, a tal fine, anche il giudizio formulato nella già citata pronuncia del 10 settembre 1990, n. 9311[31] nel ricordare che l'art.1283 c.c. presuppone una specifica domanda giudiziale, ritenendo per essa qualunque istanza validamente proposta[32] anche quella contenuta nel ricorso per decreto ingiuntivo «*a nulla rilevando che, in tal caso, il contraddittorio con il debitore risulti posticipato rispetto al momento della domanda e della emissione del decreto*»[33].

Tra l'altro, la posizione assunta dalla sentenza n.24160/2014, senza dubbio incensurabile sotto ogni profilo, si caratterizza per aver cercato di cogliere la *ratio* dello stesso art.1283 c.c. in ordine alla specifica domanda del creditore – autonoma e distinta rispetto a quella rivolta al riconoscimento degli interessi principali – sicché, come peraltro espresso nella sentenza del Supremo Collegio

---

[30] Cfr, Cass., sez. III, 17 dicembre 2010, n.25634. Ancor prima, Trib.Mantova, sez. II, del 10 settembre 2004.

[31] Cfr. MURRA, *Sul saggio degli interessi anatocistici*, *op.ult.cit.*

[32] In precedenza la Corte di Cassazione, sez. I, con sentenza del 19 novembre 1987 n.8500, in *Rep. Foro it.*, 1987, aveva precisato che gli interessi anatocistici cominciavano a decorrere dal momento in cui tale istanza era stata effettuata e quindi non retroagiva fino al momento della domanda, nonostante il parere contrario di alcuna parte della dottrina, per tutti, LIBERTINI, «*Interessi*», in *Enc. dir*., XXII, Milano, 1972, p.124 ss., secondo cui il calcolo degli interessi anatocistici andava fatto pure in quest'ultimo caso dal momento della domanda.

[33] Cfr., al riguardo, Cass., sez. III, 16 maggio 2007, n.11261, per la quale in tema di domande nuove in appello, gli interessi anatocistici – considerati i limiti entro cui la norma codicistica ne ammette la corresponsione – non si possono automaticamente includere tra gli effetti accessori della condanna al pagamento, sicché la relativa domanda non può essere proposta per la prima volta in appello; ancor prima Cass., 24 maggio 1999, n. 658 e Cass. 10 settembre 1990 n.9311 nel giudicare non idonea a far decorrere gli interessi anatocistici l'istanza formulata per la prima volta con la domanda di appello, *ex* art.345 c.p.c.

del 12 aprile 2002, n. 5271, non può essere applicata, per il futuro, dal giudice al quale sia stata contestualmente richiesta la liquidazione del credito principale e dei relativi interessi.

Se ne deduce, pertanto, che gli interessi anatocistici vanno reclamati in modo specifico e chiaro, riconfermando, in buona sostanza, gli ormai consolidati indirizzi giurisprudenziali[34] i quali sottolineano la necessità che la parte ne faccia richiesta in giudizio con una domanda specificamente rivolta ad ottenere la condanna al pagamento di quegli interessi che gl'interessi già scaduti produrranno da quel momento, sempre che si tratti di interessi accumulatisi per almeno sei mesi alla data di proposizione della domanda[35].

Inoltre, richiamando le osservazioni espresse dal Supremo Collegio nella sentenza del 12 febbraio 2002, n.1964, si dovrà ritenere accolta anche qualsiasi ulteriore istanza validamente proposta durante il giudizio di primo grado (ed eventualmente riproposta in appello, se rigettata) con la quale possono chiedersi pure gli interessi su quelli già scaduti in corso di causa, sempre con il limite dell'esclusione di quelli scadenti nei sei mesi precedenti la pubblicazione della sentenza che li riconosca[36].

La condanna al pagamento degli interessi anatocistici, presuppone dunque che si tratti di interessi accumulatisi per almeno sei mesi dalla data della domanda e che, la parte cui l'effetto di capitalizzazione profitta, li chieda in giudizio con una domanda specificamente rivolta ad ottenerli.

---

[34] Cfr., Cass., Sez. I, 19 settembre 2013, n. 21340; Cass., Sez. V, 8 marzo 2006, n. 4935; Cass., 1 luglio 2004, n. 12043.

[35] Cfr. sull'anatocismo giudiziale, determinato dalla norma civilistica, in particolare, FEDELE, *Appunti in tema di anatocismo giudiziale*, in *Riv. dir. civ.*, 1952, I, p. 30 ss.; FARINA, *Recenti orientamenti in tema di anatocismo*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, p.767 ss.

[36] E' stato successivamente messo in luce che la domanda rivolta all'attribuzione degli interessi anatocistici è nuova rispetto a quella precedentemente proposta per il riconoscimento degli interessi principali scaduti e, pertanto, non può essere formulata per la prima volta in sede di appello o di rinvio. Così, Cass., 19 maggio 2004, n. 9474.

Dunque, secondo la giurisprudenza di merito, confermata dalla sentenza in commento, la mancata formulazione della domanda relativa agli interessi anatocistici nell'atto introduttivo, rende inammissibile le successive richieste comunque avanzate in tal senso.

Quest'ulteriore aspetto, per vero, è stato al centro di una precedente decisione la quale ha ritenuto inapplicabile il richiamo all'art.345 del c.p.c., in deroga al divieto di domande nuove in appello, sul presupposto giuridico secondo cui la richiesta tardiva non determina il riconoscimento di interessi, frutti e gli accessori maturati dopo la sentenza impugnata. Tale possibilità, è infatti limitata a quelle pretese riferibili a domande che la sentenza di primo grado non ha potuto decidere, in quanto relative a diritti (risarcitori o accessori, quali interessi o frutti), maturati in seguito alla sentenza di primo grado, le quali nello stesso tempo siano però strettamente connesse e dipendenti dalla domanda fatta valere in tale giudizio.

Inoltre, richiamando le conclusioni cui sono pervenute le Sezioni Unite con la sentenza del 14 ottobre 1998, n.10156, la Cassazione ribadisce che qualora la formulazione delle conclusioni sia ambigua – poiché suscettibile di essere interpretata sia come rivolta ad ottenere il riconoscimento degli interessi anatocistici sia come richiesta degli interessi moratori destinati a maturare dopo la domanda e fino all'effettivo pagamento – il giudice del merito, stante la necessaria specificità della richiesta dell'anatocismo, non può ritenere che essa sia stata proposta.

La Corte prosegue poi la propria analisi sottolineando che qualora l'esposizione degli elementi di fatto e delle ragioni di diritto, costituenti le ragioni della domanda, alla quale egli deve fare riferimento per risolvere l'ambiguità, non fornisca elementi in tal senso, il riconoscimento degli interessi anatocistici è precluso nella misura in cui l'organo giudicante incorrerebbe nella violazione del

principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato[37].

Ne consegue che quando la formulazione delle conclusioni sia ambigua, in quanto suscettibile di essere interpretata sia come rivolta ad ottenere il riconoscimento degli interessi anatocistici, sia come richiesta degli interessi moratori destinati a maturare dopo la domanda e sino all'effettivo pagamento, il giudice, vista la necessaria specificità della richiesta dell'anatocismo, non può ritenere che essa sia stata proposta «*quando l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto che costituiscono le ragioni della domanda, alla quale egli deve fare riferimento per sciogliere quell'ambiguità, non somministri argomenti in tale senso*»[38] .

Va peraltro considerato che ove si tratti di un credito certo ma non ancora liquido, gli interessi anatocistici – pur maturando nel corso del giudizio promosso per la sua liquidazione – scadono in senso tecnico e divengono dunque esigibili solo con la pronuncia giudiziale, con la conseguenza, peraltro ribadita in un precedente giudizio (Cass., 22 gennaio 1997, n. 658), che solo da tale data producono altri interessi anatocistici.

In altri termini, il diritto agli interessi è un diritto autonomo (sebbene accessorio e necessario rispetto a quello capitale) da computare separatamente, non potendosi considerare parte integrante del debito principale, con la conseguenza che gli interessi non possono a loro volta generare ulteriori interessi, per il divieto dell'anatocismo. Solo eccezionalmente tale fenomeno è ammesso,

[37] Resta, altresì, escluso, secondo le argomentazioni di due importanti pronunce della Cass., Sez. I, 4 marzo 20 11, n. 5218 e Cass., Sez. III, 8 maggio 2006, n. 10500, poi riprese nella sentenza *de qua*, che all'assenza di siffatta domanda in primo grado possa rimediarsi mediante la sua formulazione per la prima volta in appello sia pure limitatamente agli interessi prodotti dalla data di tale domanda sul capitale rappresentato dagli interessi scaduti sino a tale data, non essendo consentito proporre in appello per la prima volta la domanda di pagamento di interessi maturati dopo la sentenza di primo grado se il fatto produttivo di interessi era anteriore all'inizio del processo e ciononostante la relativa domanda non sia stata proposta nel giudizio di primo grado.
[38] Cfr., Cass., 14 ottobre 1998, n. 10156.

sempre che sia stata avanzata tempestivamente apposita domanda sin dal primo giudizio, circostanza che non si rinviene nel caso di specie, non essendo a tal fine sufficiente la semplice domanda di condanna al pagamento generico degli interessi (Cons. Stato, 7 maggio 2008, n. 2085).

Secondo quando più volte ribadito nelle varie corti di merito non è sufficiente indicare nell'atto di citazione dell'importo complessivamente dovuto per interessi maturati fino alla data di instaurazione del giudizio, poiché in assenza di ulteriori precisazioni, la domanda degli interessi avanzata nelle conclusioni dell'atto può essere intesa anche come rivolta ad ottenere soltanto quelli maturati e maturandi sulle somme ancora dovute per capitale. Allo stesso modo la richiesta di riconoscimento degli interessi anatocistici non può essere desunta da altri atti o dalla relazione del consulente tecnico d'ufficio, ma *a contrario* soltanto da una specifica domanda che l'attore è tenuto ad indicare nel proprio atto introduttivo del giudizio.

Si comprende dunque la soluzione interpretativa cui approda il Supremo Collegio nella sentenza in epigrafe, rigettando il ricorso per Cassazione proposto dalla … S.r.l. con conseguente condanna dell'attrice al pagamento delle spese processuali, oltre alle spese generali ed agli accessori di legge.

Brunella Russo

Associato di Diritto Bancario e Finanziario
nell'Università di Messina

CORTE DI CASSAZIONE

II Sezione Civile

Sentenza, n. 4502 del 5 marzo 2015

Società per azioni bancarie – Amministrazione – Presidente del consiglio di amministrazione – Poteri individuali di controllo – Responsabilità – Condizioni.

(artt. 47 Cost.; 2381, co. 3 e 6, e 2392 cod. civ.; 195 d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58; 144 d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385).

Le violazioni afferenti alla carenza o alla inadeguatezza delle procedure per l'espletamento o per il controllo dei servizi di investimento sono imputabili al presidente del consiglio di amministrazione di una banca, in assenza della prova, gravante su quest'ultimo, della mancanza di colpevolezza, da fornire, in caso di illecito omissivo, provando di aver tenuto la condotta attiva richiesta ovvero la sua inesigibilità in concreto, e ciò sulla base dei canoni di diligenza richiesti ai consiglieri non esecutivi di società bancaria (fattispecie anteriore al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5).

[omissis] L.P., con ricorso del 17 gennaio 2002, proponeva opposizione nei confronti del Ministero dell'economia e delle finanze e della CONSOB, dinnanzi al TAR per la Campania, avverso il decreto del 31 ottobre 2001, con il quale il Ministero, su proposta della CONSOB, gli aveva irrogato, quale presidente del consiglio di amministrazione della Banca Popolare di Napoli, ai sensi dell'art. 195 del d.lgs. n. 58 del 1998, la sanzione amministrativa pecuniaria di lire

38.000.000, per violazione di norme in tema di intermediazione mobiliare. Analoga opposizione il P. proponeva dinanzi alla Corte d'appello di Napoli.

A seguito di decisione delle Sezioni Unite di questa Corte sul regolamento preventivo di giurisdizione, la causa veniva riassunta dal P. dinnanzi alla Corte d'appello di Napoli.

L'opposizione era articolata su dieci motivi.

L'adita Corte d'appello, dopo aver disatteso l'eccezione di difetto di legittimazione attiva del P., formulata dalla difesa erariale sul rilievo che unica legittimata fosse la Banca Popolare di Ancona, incorporante la Banca Popolare di Napoli, rigettava il motivo di opposizione con il quale l'opponente aveva dedotto la mancata osservanza dei termini massimi di definizione del procedimento amministrativo. In proposito, la Corte d'appello riteneva che l'indagine ispettiva costituisse un procedimento interno, prodromico alla iniziativa procedimentale vera e propria di rilevanza esterna, svolta dall'organo competente.

La Corte riteneva invece meritevoli di accoglimento i motivi di opposizione concernenti la posizione e le funzioni del presidente del consiglio di amministrazione dell'istituto di credito. In proposito, la Corte osservava che mentre il collegio sindacale può richiedere notizie circa l'andamento della gestione e, anche individualmente, può procedere ad atti ispettivi o di controllo, eventualmente in via sostitutiva per il caso di omissioni da parte degli amministratori, tra i compiti del presidente del consiglio di amministrazione non rientrava, a parte le direttive generiche o specifiche sull'andamento aziendale, la funzione di controllo sulle responsabilità del personale addetto che, in un'organizzazione complessa, competeva invece ad appositi funzionari o collaboratori. Né era stata dedotta l'avvenuta segnalazione di irregolarità o anomalie che potessero sollecitare da parte del presidente del consiglio di amministrazione l'esercizio di controlli specifici.

La Corte d'appello annullava pertanto il provvedimento sanzionatorio con riferimento alla posizione del P.

Per la cassazione di questo decreto hanno proposto ricorso il Ministero dell'economia e delle finanze e la CONSOB sulla base di due motivi.

Il P. ha resistito con controricorso e ha, a sua volta, proposto ricorso incidentale affidato a un motivo.

I ricorrenti principali hanno resistito con controricorso al ricorso incidentale.

Il ricorrente incidentale ha depositato memoria ai sensi dell'art. 378 cod. proc. civ.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Deve essere preliminarmente disposta la riunione dei ricorsi, essendo gli stessi rivolti avverso il medesimo provvedimento (art. 335 cod. proc. civ.).

2. Con il primo motivo di ricorso, i ricorrenti principali denunciano violazione degli artt. 97 e 113 Cost.; violazione e falsa applicazione degli artt. 81 e 100 cod. proc. civ., degli artt. 6 e 22 della legge n. 689 del 1981, dell'art. 195 del d.lgs. n. 58 del 1998, in combinato disposto tra loro, nonché la violazione dei principi in tema di *legitimatio ad causam* e di *legitimatio ad processum*. I ricorrenti sostengono che l'esponente aziendale sarebbe privo di legittimazione e di interesse ad impugnare il provvedimento sanzionatorio, con il quale il pagamento viene ingiunto all'istituto di credito, e formulano il seguente quesito di diritto: «Dica l'Ecc.ma Corte di Cassazione se sussista in capo al singolo esponente aziendale dell'intermediario bancario non destinatario dell'ingiunzione di pagamento contenuta nel decreto ministeriale sanzionatorio per violazione della disciplina che conforma l'espletamento dei servizi di investimento la legittimazio-

ne all'esperimento del ricorso in opposizione ex art. 195 d.lgs. 58/98 avverso la ingiunzione in detto decreto ministeriale contenuta».

2.1. Il motivo è infondato.

Successivamente alla proposizione dei ricorsi introduttivi del presente giudizio, le Sezioni Unite di questa Corte, con alcune sentenze del settembre 2009, risolvendo il contrasto insorto sul punto, hanno affermato il seguente principio: «in tema di sanzioni amministrative per violazione delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, l'obbligatorietà dell'azione di regresso prevista dall'art. 195, comma 9, del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 nei confronti del responsabile, comporta, anche in ragione dell'efficacia che nel relativo giudizio è destinata a spiegare la sentenza emessa nei confronti della società o dell'ente cui appartiene, che, anche qualora l'ingiunzione di pagamento sia emessa soltanto nei confronti della persona giuridica, alla persona fisica autrice della violazione dev'essere riconosciuta un'autonoma legittimazione *ad opponendum*, che le consenta tanto di proporre separatamente opposizione quanto di spiegare intervento adesivo autonomo nel giudizio di opposizione instaurato dalla società o dall'ente, configurandosi in quest'ultimo caso un litisconsorzio facoltativo, e potendosi nel primo caso evitare un contrasto di giudicati mediante l'applicazione delle ordinarie regole in tema di connessione e riunione di procedimenti» (Cass., S.U., n. 20929 del 2009; n. 20933 del 2009).

Il Collegio condivide tale principio e ad esso intende dare continuità, con conseguente rigetto del primo motivo del ricorso principale.

3. Con il secondo motivo del ricorso principale, proposto in via gradata e quindi da esaminare per effetto della reiezione del primo motivo, si deduce violazione degli artt. 17, 27, comma 3, 43 del d.lgs. n. 415 del 1996, nonché 8, comma 3, 21 e 190 del d.lgs. n. 58 del 1998, 2392, 2403 cod. civ.; dell'art. 3 della legge n. 689 del 1981 e dei principi generali in tema di imputabilità delle viola-

zioni delle disposizioni recanti la disciplina degli intermediari e dei mercati.

Premesso che al P., presidente del consiglio di amministrazione della Banca Popolare di Napoli dal luglio 1991 al giugno 1998, e agli altri componenti del consiglio di amministrazione erano state contestate violazioni varie in ordine alla organizzazione dell'Istituto e alla mancata attivazione di procedure adeguate per l'espletamento delle attività di investimento mobiliare, e segnatamente per il controllo delle dette attività, i ricorrenti principali sostengono che la Corte d'appello avrebbe errato nel ritenere non provata la responsabilità dell'opponente; responsabilità che, invece, discendeva pienamente dall'art. 190 del d.lgs. n. 58 del 1998, come interpretato dalla giurisprudenza di questa Corte, nonché dalle altre disposizioni evocate, concernenti l'elemento soggettivo delle violazioni riferibili a persone giuridiche.

A conclusione del motivo viene formulato il seguente quesito di diritto: «Dica l'ecc.ma Corte di Cassazione se le violazioni afferenti alla carenza e/o alla inadeguatezza delle procedure per l'espletamento dei servizi di investimento siano soggettivamente imputabili al presidente del consiglio di amministrazione di una banca, in assenza della prova irrefutabile, gravante su di esso presidente, della mancanza di qualsivoglia colpevolezza; dica, poi, l'ecc.ma Corte di Cassazione se le violazioni delle regole di correttezza e trasparenza normativamente conformanti il rapporto intercorrente tra l'intermediario bancario e gli investitori siano soggettivamente imputabili al presidente del consiglio di amministrazione, allorquando costituiscano conseguenza diretta e necessitata di carenze organizzative e procedurali».

4. Con l'unico motivo del ricorso incidentale, da intendersi oggettivamente condizionato, il P. denuncia violazione dell'art. 14 della legge n. 689 del 1981, censurando il decreto impugnato nella parte in cui ha rigettato il motivo di opposizione con il quale veniva eccepita la decadenza delle amministrazioni per ef-

fetto del mancato rispetto del termine di novanta giorni, previsto dall'art. 14 citato per la notifica dell'atto di contestazione della violazione. Premesso che, nel caso di specie, le circostanze fattuali cui si riferiva la contestazione della violazione non erano state acquisite autonomamente da CONSOB, ma erano ad essa state comunicate dal collegio sindacale della banca, il che escludeva che fosse necessaria un'attività ispettiva, il ricorrente incidentale sostiene che, poiché le prime comunicazioni del collegio sindacale risalivano al marzo, all'aprile e al giugno 1998, la contestazione degli illeciti, effettuata soltanto il 10 luglio 1999, sarebbe stata fatta quando il termine di decadenza di cui all'art. 14 era già scaduto.

5. Il secondo motivo del ricorso principale è fondato.

In tema di sanzioni amministrative per violazione delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, i componenti del consiglio di amministrazione di una società, chiamati a rispondere, ai sensi dell'art. 190 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, per la violazione dei doveri inerenti alla prestazione dei servizi di investimento posti a tutela degli investitori e del buon funzionamento del mercato, non possono sottrarsi alla responsabilità adducendo che le operazioni integranti l'illecito sono state poste in essere, con ampia autonomia, da un altro soggetto che abbia agito per conto della società, gravando a loro carico un dovere di vigilanza sul regolare andamento della società, la cui violazione comporta una responsabilità solidale, ai sensi dell'art. 6 della legge 24 novembre 1981, n. 689, salvo che non provino di non aver potuto impedire il fatto. (Fattispecie anteriore al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5) (Cass., S.U., n. 20933 del 2009).

Con sentenza n. 22911 del 2010 si è poi ulteriormente chiarito che «nel regime anteriore alle modifiche apportate dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, il disposto dell'allora vigente art. 2392, 2° comma, cod. civ. poneva anche a carico degli amministratori privi di delega il dovere di vigilare sul generale andamento

della società, dovere che permaneva anche in caso di attribuzione di funzioni al comitato esecutivo o a singoli amministratori delegati, salva la prova che i rimanenti consiglieri, pur essendosi diligentemente attivati, non avessero potuto in concreto esercitare la predetta vigilanza per il comportamento ostativo degli altri componenti del consiglio. (Nel caso di specie, la C.S. ha ritenuto che l'esercizio senza autorizzazione dell'attività assicurativa nel ramo "auto rischi diversi" fosse idonea a palesare una così macroscopica esorbitanza dell'attività sociale dall'ambito consentito, che non avrebbe potuto sfuggire alla vigilanza diligente degli amministratori privi di delega).

Con specifico riferimento, poi, alla configurabilità di un illecito omissivo a carico dei componenti del consiglio di amministrazione, non titolari di deleghe di poteri, ovvero dei componenti del collegio sindacale, deve rilevarsi che questa Corte ha di recente avuto modo di affermare che «in tema di sanzioni amministrative previste dall'art. 144 del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, il dovere di agire informati dei consiglieri non esecutivi delle società bancarie, sancito dall'art. 2381, commi terzo e sesto, e 2392 cod. civ. non va rimesso, nella sua concreta operatività, alle segnalazioni provenienti dai rapporti degli amministratori delegati, giacché anche i primi devono possedere ed esprimere costante e adeguata conoscenza del *business* bancario e, essendo compartecipi delle decisioni di strategia gestionale assunte dall'intero consiglio, hanno l'obbligo di contribuire ad assicurare un governo efficace dei rischi di tutte le aree della banca e di attivarsi in modo da poter efficacemente esercitare una funzione di monitoraggio sulle scelte compiute dagli organi esecutivi non solo in vista della valutazione delle relazioni degli amministratori delegati, ma anche ai fini dell'esercizio dei poteri, spettanti al consiglio di amministrazione, di direttiva o avocazione concernenti operazioni rientranti nella delega» (Cass. n. 2737 del 2013).

In motivazione, si è precisato che l'art. 2381, terzo comma, nel testo so-

stituito ad opera del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, prevede che il consiglio di amministrazione "può sempre impartire direttive agli organi delegati e avocare a sé operazioni rientranti nella delega" e "valuta, sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione". Il comma 6 della stessa disposizione sancisce, altresì, l'obbligo di tutti gli amministratori di "agire in modo informato", stabilendo che "ciascun amministratore può chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società".

Il nuovo art. 2392 cod. civ., a sua volta, continua a prevedere che gli amministratori "sono solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose".

Questo dovere della compagine dei consiglieri non esecutivi è particolarmente stringente in materia di organizzazione e governo societario delle banche, anche in ragione degli interessi protetti dall'art. 47 Cost., la cui rilevanza pubblicistica plasma l'interpretazione delle norme dettate dal codice civile. La diligenza richiesta agli amministratori risente, infatti, della "natura dell'incarico" ad essi affidato ed è commisurata alle "loro specifiche competenze" (art. 2392 cod. civ.).

In materia di società bancarie, il dovere di agire informati dei consiglieri non esecutivi non è rimesso, nella sua concreta operatività, alle segnalazioni provenienti dagli amministratori delegati attraverso i rapporti dei quali la legge onera questi ultimi, giacché anche i primi devono possedere ed esprimere costante ed adeguata conoscenza del *business* bancario e, essendo compartecipi delle decisioni assunte dall'intero consiglio (al quale è affidata l'approvazione degli orientamenti strategici e delle politiche di gestione del rischio dell'intermediario), hanno l'obbligo di contribuire ad assicurare un governo effi-

cace dei rischi in tutte le aree della banca e di attivarsi in modo da poter utilmente ed efficacemente esercitare una funzione dialettica e di monitoraggio sulle scelte compiute dagli organi esecutivi attraverso un costante flusso informativo; e ciò non solo in vista della valutazione dei rapporti degli amministratori delegati, ma anche ai fini della diretta ingerenza nella delega attraverso l'esercizio dei poteri, di spettanza del consiglio di amministrazione, di direttiva e di avocazione. (Cass. n. 18683 del 2012).

D'altra parte, deve ricordarsi che «in tema di sanzioni amministrative per violazione delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, l'opposizione prevista dall'art. 195 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 dà luogo, non diversamente da quella di cui agli art. 22 e 23 della legge 24 novembre 1981, n. 689, ad un ordinario giudizio di cognizione, nel quale l'onere di provare i fatti costitutivi della pretesa sanzionatoria è posto a carico dell' Amministrazione, la quale è pertanto tenuta a fornire la prova della condotta illecita. Tale prova può essere offerta anche mediante presunzioni semplici, che, nel caso di illecito omissivo, pongono a carico dell'intimato l'onere di fornire la prova di aver tenuto la condotta attiva richiesta, ovvero della sussistenza di elementi tali da rendere inesigibile tale condotta» (Cass., S.U., n. 2930 del 2009).

La Corte d'appello di Napoli, nell'accogliere l'opposizione sul rilievo che il presidente del consiglio di amministrazione non potesse rispondere dell'illecito contestatogli, si è dunque discostata dagli indicati principi.

6. L'accoglimento del secondo motivo del ricorso principale comporta le necessità di procedere all'esame del ricorso incidentale condizionato.

Il ricorso è infondato, alla luce del principio, affermato dalle Sezioni Unite di questa Corte e condiviso dal Collegio, per cui «in materia di sanzioni amministrative previste per la violazione delle norme che disciplinano l'attività di intermediazione finanziaria, la distinzione tra gli organi della CONSOB, deputati,

rispettivamente, alla constatazione ed alla valutazione dei fatti costituenti violazioni amministrative, è ininfluente ai fini della decorrenza del termine da rispettare per la contestazione degli illeciti, che va individuata nel giorno in cui la Commissione in composizione collegiale, dopo l'esaurimento dell'attività ispettiva e di quella istruttoria, è in grado di adottare le decisioni di sua competenza, senza che si possa tenere conto di ingiustificati ritardi, derivanti da disfunzioni burocratiche o artificiose protrazioni nello svolgimento dei compiti assegnati ai suddetti organi» (Cass., S.U., n. 5395 del 2007; cui *adde* Cass. n. 25836 del 2011, secondo cui «in tema di sanzioni amministrative previste per la violazione delle norme che disciplinano l'attività di intermediazione finanziaria, il momento dell'accertamento, dal quale decorre il termine di decadenza per la contestazione degli illeciti da parte della Consob, non deve essere fatto coincidere, necessariamente e automaticamente, né con il giorno in cui l'attività ispettiva è terminata, né con quello in cui è stata depositata la relazione dell'indagine, né con quello in cui la Commissione si è riunita per prenderla in esame, poiché la "constatazione" dei fatti non comporta di per sé il loro "accertamento"; ne consegue che, mentre la redazione della relazione ed il suo esame debbono essere compiuti nel tempo strettamente indispensabile, senza ingiustificati ritardi, occorre, invece, individuare, secondo le particolarità dei singoli casi, il momento in cui ragionevolmente la contestazione avrebbe potuto essere tradotta in accertamento, momento dal quale deve farsi decorrere il termine per la contestazione stessa»).

Nella specie, dalle stesse allegazioni delle parti risulta che a seguito della denuncia del collegio sindacale, che secondo il ricorrente incidentale avrebbe integrato il momento iniziale del termine di novanta giorni di cui all'art. 14 della legge n. 689 del 1981, la Consob aveva disposto indagini ispettive effettuate dal 27 giugno 1998 al 29 marzo 1999 e che la contestazione avvenne con lettere del

2 luglio 1999. Orbene, pur se non si conosce il momento esatto in cui la conclusione delle indagini è stata comunicata alla Consob, deve ritenersi che esattamente la Corte d'appello abbia ritenuto che dalla riconosciuta natura interna dell'indagine ispettiva discendesse l'infondatezza del motivo di opposizione, qui riproposto con il ricorso incidentale, atteso che lo stesso doveva ritenersi decorrere non dal momento in cui la Consob aveva ricevuto gli elementi utili, ma dal momento in cui l'organo competente aveva deciso di proporre, attraverso l'apposita procedura, l'irrogazione delle sanzioni.

P. Q. M.

La Corte, riuniti i ricorsi, rigetta il primo motivo del ricorso principale, accoglie il secondo; rigetta l'incidentale; cassa il decreto impugnato in relazione alla censura accolta e rinvia la causa, anche per le spese del giudizio di cassazione, alla Corte d'appello di Napoli, in diversa composizione *[omissis].*

RUOLO DEL PRESIDENTE DI SOCIETÀ BANCARIA E GESTIONE DEI SERVIZI DI INVESTIMENTO. *

(*Role of the Chairman of the bank entities in the investment services' management*)

SOMMARIO: 1. Il caso. - 2. I poteri e i doveri del presidente del consiglio di amministrazione di società bancaria. - 3. Le responsabilità connesse. - 4. Considerazioni conclusive.

1. Con la sentenza in epigrafe, la Corte di Cassazione ha affermato la responsabilità del presidente del consiglio di amministrazione di una banca

* Contributo approvato dai revisori.

popolare, ritenendo che la mancata attivazione di procedure adeguate per l'espletamento delle attività di investimento mobiliare, e segnatamente per il controllo di dette attività, gli fosse imputabile per non aver agito nel rispetto dei canoni di diligenza richiesti ai *consiglieri non esecutivi* di società bancaria.

In particolare, il giudice di legittimità ha cassato con rinvio il decreto della Corte di Appello di Napoli, con cui quest'ultima – accogliendo l' opposizione del presidente alla sanzione amministrativa *ex* art. 195 del d.lgs. 58/1998 – aveva ritenuto che fra i compiti presidenziali non rientrasse la funzione di controllo sulle responsabilità del personale addetto che, in un' organizzazione complessa, competeva invece ad appositi funzionari o collaboratori (considerato peraltro che, nel caso di specie, non era stata dedotta l'avvenuta segnalazione di irregolarità o anomalie che potessero sollecitare, da parte del presidente del c.d.a., l'esercizio di controlli specifici).

In estrema sintesi, la Corte di Cassazione ha giudicato censurabile l'omessa vigilanza del presidente sull'adeguatezza degli assetti organizzativi aziendali facendo leva su taluni orientamenti giurisprudenziali – in gran parte *post* riforma societaria del 2003 – in materia di diligenza richiesta agli amministratori non esecutivi di banche (ma i principî potrebbero valere, *mutatis mutandis*, anche per gli altri operatori finanziari diversi dalle banche che gestiscono, direttamente o indirettamente, il pubblico risparmio) [1].

Secondo gli orientamenti anzidetti – a cui la Corte ha fatto riferimento nel caso di specie (nonostante si trattasse di fattispecie *ante* riforma del 2003) – il dovere di *agire informati* richiesto ai consiglieri non esecutivi di banche dovrebbe tener conto dell'interesse pubblicistico che ne permea

[1] Per un inquadramento sistematico degli interessi che giustificano una disciplina specifica per la *governance* bancaria cfr., in luogo di molti, CAPRIGLIONE, *La governance bancaria tra interessi d'impresa e regole prudenziali*, in questa *Rivista*, 2014, p. 66 ss., ove ampi riferimenti.

e indirizza l'operato e, quindi, non potrebbe limitarsi all'esame delle segnalazioni provenienti dagli amministratori esecutivi. Ciò in quanto anche gli organi deleganti dovrebbero possedere ed esprimere costante ed adeguata conoscenza del *business* bancario.

Essendo compartecipi delle decisioni assunte dall'intero consiglio (al quale è affidata l'approvazione degli orientamenti strategici e delle politiche di gestione del rischio dell'intermediario), gli amministratori deleganti hanno l'obbligo di contribuire ad assicurare un governo efficace dei rischi in tutte le aree della banca e di attivarsi in modo da poter utilmente ed efficacemente esercitare una funzione dialettica e di monitoraggio sulle scelte compiute dagli organi esecutivi attraverso un costante flusso informativo. Le considerazioni che precedono - che sicuramente valgono per gli amministratori non esecutivi "semplici" e che, nel caso di specie, sono comunque sufficienti ad affermare la legittimità della sanzione irrogata - non sembrano tuttavia suscettibili di applicazione meccanicistica alla fattispecie qui in disamina (concernente la responsabilità del presidente del c.d.a. di banca).

Tale convinzione si spiega (non solo in ragione del fatto che la vicenda *de qua* si collocava in un quadro normativo di riferimento *ante* riforma del diritto societario, ma anche) in considerazione della circostanza che, ragionando come ha fatto la Corte di Cassazione, si confonde erroneamente il ruolo del presidente del consiglio di amministrazione con quello dei consiglieri non esecutivi "semplici".

Ebbene, facendo leva sull'intepretazione del diritto vigente, un' analisi della diligenza amministrativa che postuli un appiattimento del ruolo presidenziale su quello dei meri consiglieri "*non executive*" non pare corretto (soprattutto nel contesto bancario), in quanto non valorizzerebbe appieno il ruolo e le funzioni specifiche attribuite al presidente dall'ordinamento

di settore, sempre più incline a rafforzarne poteri, doveri e responsabilità.

Pertanto, le ragioni qui di seguito esposte si propongono di chiarire che una valutazione sul comportamento del presidente – effettuata sulla scorta dei criteri ermeneutici oggi vigenti – avrebbe dovuto tener conto delle peculiarità e delle prerogative della figura istituzionale in questione, invece che limitarsi alla applicazione dei canoni di diligenza richiesta agli amministratori non esecutivi *tout court*.

2. Concentrando l'analisi che segue sulle società bancarie organizzate secondo il modello di amministrazione e controllo "tradizionale" e sulla normativa ad oggi vigente – che, con l'occasione della sentenza in commento, si coglie l'opportunità di commentare[2] – il discorso prende le mosse dalla constatazione che al presidente del consiglio di amministrazione è attribuito, dalla normativa primaria e secondaria oggi applicabile, un ruolo *proprio*, con funzioni specifiche che lo distinguono sia dagli amministratori a cui sono assegnate dall'organo consiliare una o più deleghe gestionali (qui di seguito, "amministratori esecutivi "), sia dagli altri amministratori deleganti (nel prosieguo, "amministratori non esecutivi").

Difatti, all'ufficio in questione spettano *ex lege*, inderogabilmente e

[2] Le considerazioni sviluppate nel testo circa la natura del ruolo presidenziale nel c.d.a. di società bancaria, pur focalizzandosi sulle previsioni dell'ordinamento vigente, trovano applicazione (seppur in misura sensibilmente attenuata) anche alla vicenda *de qua*. Ciò in quanto, anche prima della riforma del diritto societario del 2003 e dell'emanazione della normativa secondaria in materia di *governance* bancaria (richiamata nel prosieguo del presente lavoro), al presidente del c.d.a. di banche era attribuito – dalla prassi, dagli statuti, da taluni corpi normativi ancillari in materia e dagli orientamenti interpretativi – un ruolo peculiare, rafforzato (quanto a poteri e connesse responsabilità) rispetto a quello degli altri amministratori non esecutivi. Cfr. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2001, p. 311 ss.; DI SABATO, *Sui requisiti soggettivi degli esponenti bancari: profili di diritto societario*, in *Banca e borsa*, 1988, I, p. 56 ss. e p. 62; nonché, in termini più generali, *ex multis*, FRÈ, *Sub art. 2380 c.c.*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1997, pp. 765-766; BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985, pp. 22-23.

in via esclusiva *sia* i compiti generali assegnati dall'art. 2381, comma 1, cod. civ. al presidente del c.d.a. di società per azioni, che costituisce il nucleo essenziale dei poteri-doveri presidenziali, *sia* i compiti specifici assegnati a chi presiede l'organo di *supervisione strategica* della banca[3] dalle disposizioni settoriali in materia di "*Governo societario, controlli interni, gestione dei rischi*" emanate dalla Banca d'Italia il 6 maggio 2014 in aggiornamento della Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013 di recepimento della direttiva 2013/36/UE, nota come "CRD IV" (di seguito, le "Disposizioni")[4].

È opportuno anticipare sin d'ora che, in base alle previsioni normative accennate, il presidente del c.d.a. dispone di poteri individuali di portata ampia e significativa (aventi essenzialmente natura organizzativa e non gestionale), che nel loro complesso sono volti a favorire un efficiente funzionamento dell'organismo societario senza sconfinare in prerogative manageriali vere e proprie (che rimangono di competenza degli amministratori esecutivi).

Quanto precede aiuta a comprendere il motivo per cui il presidente, pur essendo dotato di un ruolo di preminenza endo-consiliare ed extra-

---

[3] Che nel caso di specie è il c.d.a., atteso che la presente analisi si occupa delle s.p.a. bancarie organizzate secondo il modello di amministrazione e controllo tradizionale.

[4] Per maggiori approfondimenti in argomento cfr. ABBADESSA, *L'amministrazione delle società bancarie secondo il sistema tradizionale*, in *La governance delle società bancarie* a cura di Di Cataldo, Milano, 2014, p. 13 ss.; COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2012, p. 632 ss.; MONTALENTI, *La* corporate *governance degli intermediari finanziari: profili di diritto speciale e riflessi sul diritto societario generale*, in *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, III, Torino, 2014, p. 2168 ss.; PORTALE, *Amministrazione e controllo nel sistema dualistico delle società bancarie*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 25 ss.; RESCIO, *L'adeguamento degli statuti delle banche alle disposizioni di vigilanza 4 marzo 2008 in materia di organizzazione e governo societario (con particolare riferimento alle banche a sistema dualistico)*, in *Il sistema dualistico: prospettive e potenzialità applicative*, Torino, 2009, p. 164 ss.; VELLA, *Il nuovo governo societario delle banche nelle disposizioni di vigilanza: spunti di riflessione*, in *Banche, governo societario e funzioni di vigilanza*, a cura di Costi - Vella, in *Quaderno di Ricerca Giuridica della Banca d'Italia*, n. 62, 2008, p. 27 ss.; CERA, *Le imprese bancarie fra statuti speciali, libertà d'iniziativa, norme imperative*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, I, p. 536 ss.; MINTO, *La governance bancaria tra autonomia privata ed eteronomia*, Padova, 2012, p. 57 ss.

consiliare nelle s.p.a. bancarie (su cui si v. *infra*), sotto il profilo della ripartizione dei poteri gestionali rimane pur sempre un amministratore "non esecutivo" (al pari degli altri consiglieri deleganti), al quale, tuttavia, si applica un paradigma normativo speciale, che attiva, di conseguenza, responsabilità specifiche in dipendenza del ruolo peculiare svolto [5].

Ma procediamo con ordine.

In virtù dell'art. 2381, comma 1, cod. civ., il presidente di qualsivoglia s.p.a. è titolare esclusivo del compito di assicurare il buon funzionamento del c.d.a., garantendo a tutti i consiglieri una partecipazione effettiva e informata ai lavori dell'organo collegiale, così da potervi apportare le specifiche competenze individuali [6]. A tal fine, la norma citata attribuisce al presidente la competenza a convocare l'organo collegiale, fissandone l'ordine del giorno, coordinandone i lavori e provvedendo affinché adeguate informazioni sulle materie da trattare vengano fornite a tutti i consiglieri (con congruo anticipo) [7].

---

[5] Non a caso la dottrina che si è occupata del tema ha osservato come il presidente del c.d.a. di una s.p.a. bancaria sia il "*perno degli assetti organizzativi e di governo societario delle banche, in funzione dell'obiettivo generale della sana e prudente gestione*" [le parole sono di ARDIZZONE, *Il ruolo del presidente delle società bancarie*, in *Riv. soc.*, 2014, p. 1309; cfr. inoltre SCOGNAMIGLIO, *Recenti tendenze in tema di assetti organizzativi degli intermediari finanziari (e non solo)*, in *Banca e borsa*, 2010, I, p. 140 ss.; IRRERA, *Il ruolo del presidente del consiglio di amministrazione nella governance delle banche*, in *NDS*, 2015, p. 7 ss.].

[6] La norma citata ha carattere dispositivo, ben potendo lo statuto sociale fornire una più specifica elencazione delle funzioni e dei doveri del presidente, oppure derogare a specifiche competenze ivi previste. Per maggiori riferimenti in merito all'art. 2381, comma 1, cod. civ., cfr., *ex plurimis*, SANFILIPPO, *Il presidente del consiglio di amministrazione nelle società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa - Portale, 2, Torino, 2006, p. 454 ss. e p. 474 ss.; MONTALENTI, *Sub art. 2381*, in *Il nuovo diritto societario*, *Commentario* diretto da Cottino – Bonfante – Cagnasso - Montalenti, I, Bologna, 2004, p. 679 ss.; VELLA, *La "qualità" del governo delle banche*, in *L'ordinamento italiano del mercato finanziario tra continuità e innovazioni*, a cura di Calandra Buonaura – Bartolacelli - Rossi, Milano, 2014, p. 48 ss.; STRAMPELLI, *Sistemi di controllo e indipendenza nelle società per azioni*, Milano, 2013, p. 281 ss.

[7] Tale competenza presidenziale, tipica e inderogabile, per un verso attribuisce al presidente il potere di definire l'agenda del consiglio di amministrazione, oltre all'ordine e al tempo di trattazione degli argomenti in discussione, e, per altro verso, lo espone a una corrispondente respon-

Onde procedere alla fissazione dell'ordine del giorno e all' informazione preventiva dei consiglieri, il presidente *può* e *deve* richiedere dati e notizie sia agli amministratori esecutivi sia, direttamente, alle strutture e funzioni aziendali di volta in volta interessate. Nell'esercizio di tale attività istruttoria – strettamente funzionale all'espletamento delle proprie mansioni legali – il presidente è libero di scegliere modi, tempi e destinatari a cui rivolgersi, essendo svincolato dalle modalità attraverso le quali gli altri amministratori non esecutivi possono ottenere informazioni sulla gestione dell'impresa.

Un così ampio raggio d'azione incrementa le probabilità, per il presidente, di venire in possesso (nel corso dell'attività istruttoria che gli è propria) di informazioni ulteriori e diverse rispetto a quelle accessibili agli altri consiglieri non esecutivi, e quindi di percepire "segnali d'allarme" o persino di "venire a conoscenza" di fatti organizzativi o gestori censurabili [8].

Da ciò deriva che, nonostante la naturale assenza di *deleghe operative* attribuite al presidente del consiglio di amministrazione [9] – in conformi-

sabilità concernente l'ordinata, tempestiva e adeguata circolazione delle informazioni in suo possesso, l'appropriata indicazione dell'elenco delle materie da trattare e, quindi più in generale, il rispetto delle esigenze di natura gestionale e di riservatezza informativa nello svolgimento delle funzioni presidenziali [cfr. BONELLI, *Presidente del consiglio di amministrazione di s.p.a.: poteri e responsabilità*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 218 ss.].

[8] A tal fine, potranno essere individuati, all'interno delle società le strutture, i presidi e processi organizzativi più idonei a supportare il presidente nei compiti propri, sulla base delle caratteristiche concrete della società medesima e di un generale principio di proporzionalità e adeguatezza. In questo senso, ferma la libertà organizzativa del consiglio di amministrazione. Cfr., *amplius*, MAUGERI, *Note in tema di doveri degli amministratori nel governo del rischio di impresa (non bancaria)*, consultabile sul sito *internet* dell'Associazione *Orizzonti del diritto commerciale*, 2014, p. 5 ss.

[9] Fermo restando quanto precede, la legge italiana non vieta che il consiglio di amministrazione conferisca al presidente deleghe gestionali ma, in dette ipotesi, il presidente – limitatamente alle deleghe conferite – cumula in sé anche la carica di amministratore delegato [MORANDI, *Sub art. 2381 c.c.*, in *Commentario breve al diritto delle società*, diretto da Maffei Alberti, Padova, 2009, p. 586].

tà con la *best practice* in materia di *corporate governance* [10] e con la normativa di settore applicabile (nel caso di specie, le Disposizioni, su cui si v. *infra)* – tale soggetto non può esser qualificato, per i profili di responsabilità che qui interessano, alla stregua di un amministratore non esecutivo "semplice", attesa la diversità delle sue prerogative da quelle in capo agli altri *amministratori deleganti*.

Fermo restando quanto osservato sin qui in termini generali, la peculiarità della figura presidenziale emerge con ancor maggior nettezza in ambito bancario, atteso che le Disposizioni dianzi citate riconoscono al presidente del consiglio di amministrazione di società bancarie «*una funzione cruciale per garantire il buon funzionamento del consiglio, favorire la dialettica interna e assicurare il bilanciamento dei poteri, in coerenza con i compiti in tema di organizzazione dei lavori del consiglio e di circolazione delle informazioni che gli vengono attribuiti dal codice civile*» [11].

È in tale ottica che il presidente del consiglio di amministrazione di società bancaria dispone dei seguenti poteri individuali ed esclusivi: (a) «*promuove l'effettivo funzionamento del sistema di governo societario, garantendo l'equilibrio di poteri rispetto all'amministratore delegato e agli altri amministratori esecutivi*»*;* (b) «*si pone come interlocutore dell'organo con funzione di controllo e dei comitati interni*» [12]; (c) «*garantisce l'efficacia del dibattito consiliare e si adopera affinché le deliberazioni alle quali giunge il consiglio siano il risultato di un'adeguata dialettica e del contributo consapevole e ragionato di tutti i suoi componenti*» [13].

---

[10] Cfr., in particolare, il Codice di Autodisciplina delle società quotate, art. 2, P. 4, P.5 e C.3.
[11] Cfr. paragrafo 2.1 della sezione IV della Circolare 285/2013.
[12] Cfr. paragrafo 2.1 della sezione IV cit.
[13] A questi fini, «*il presidente provvede affinché: i) ai consiglieri sia trasmessa con congruo anticipo la documentazione a supporto delle deliberazioni del consiglio o, almeno, una prima informativa sulle materie che verranno discusse; ii) la documentazione a supporto delle delibera-*

Le disposizioni normative riportate delineano la figura di un "*presidente regista*"[14], chiamato sia a coordinare l'attività dell'organo collegiale da esso presieduto, sia ad assicurare, in qualità di raccordo imparziale, la sussistenza di un adeguato flusso informativo tra i vari organi e funzioni sociali, assurgendo dunque a *garante* dell'efficiente funzionamento del sistema di governo societario [15]. Così si spiega il motivo per cui, nonostante il suo ruolo "non esecutivo" sotto un profilo meramente gestionale, al presidente del consiglio di amministrazione di una banca sono richiesti requisiti di *professionalità* più pregnanti rispetto a quelli degli amministratori non esecutivi "semplici" (e infatti il d.m. 18 marzo 1998 n. 161 incrementa per il presidente gli anni di esperienza necessari da tre a cinque).

3. La tipicità del ruolo e delle prerogative presidenziali impongono un giudizio di responsabilità peculiare, che tenga conto dei doveri connessi alla titolarità, individuale ed esclusiva, del novero di poteri e funzioni illustrati per sintesi al precedente paragrafo 2.

In particolare, il presidente sarà responsabile per eventuali inadempienze ai propri compiti legali specifici, essenzialmente attinenti all' *organizzazione dei lavori consiliari* (ad esempio: omesso inserimento all'ordine del

---

zioni, in particolare quella resa ai componenti non esecutivi, sia adeguata in termini quantitativi e qualitativi rispetto alle materie iscritte all'ordine del giorno» [cfr. paragrafo 2.2, *"Linee applicative"* della sezione IV cit.].

[14] Cfr. ARDIZZONE, *Il ruolo del presidente delle società bancarie*, cit., p. 1316.

[15] A ciò si aggiunga che, oltre ai poteri volti a consentirgli di assicurare il buon funzionamento dell'organo da esso presieduto e ad eventuali competenze ad esso attribuite dallo statuto sociale, al presidente del consiglio di amministrazione spettano altresì tutti i poteri e le prerogative connaturati alla stessa nozione di presidente di un organo collegiale, tra cui quelli di coordinare i lavori del consiglio, regolare la discussione e il voto, ricevere le richieste e le eventuali dichiarazioni di astensione dei presenti, proclamare il risultato, curare la verbalizzazione e dichiarare sciolta la riunione.
Per un'ampia disamina dei poteri spettanti al presidente del consiglio di amministrazione, cfr. SANFILIPPO, *Il presidente del consiglio di amministrazione nelle società per azioni*, cit., p. 454 ss.

giorno di materie di competenza del c.d.a. la cui discussione sarebbe stata necessaria) e alla *circolazione delle informazioni* all'interno del c.d.a. nonché fra quest'ultimo e le altre funzioni societarie di volta in volta competenti (ad esempio: omessa informativa ai consiglieri su argomenti rilevanti in relazione alle materie all'ordine del giorno di cui doveva essere a conoscenza). A ciò si aggiunga che, nell'espletamento delle proprie funzioni, il presidente è tipicamente l'unico consigliere non esecutivo che viene a contatto diretto con le strutture aziendali, e che quindi potrebbe raccogliere eventuali segnalazioni di malfunzionamento, inadeguatezza degli assetti organizzativi o persino *mala gestio*.

In altre parole, dovendosi adoperare per sottoporre alla decisione del c.d.a. ordini del giorno che siano esaustivi e aderenti alle esigenze della realtà aziendale, il presidente è tenuto a instaurare una dialettica continua e approfondita con le funzioni manageriali, da cui possono emergere quei "segnali di allarme" o vera e propria "conoscenza" di fatti censurabili che ne attiva l'obbligo di intervento, da assolversi rimettendo la decisione sul punto agli organi e alle funzioni competenti [16].

Pertanto, nel valutare se il presidente del c.d.a. di un'impresa bancaria abbia diligentemente adempiuto ai «*doveri ad ess[o] imposti dalla legge o dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle [sue] specifiche competenze*» (cfr. art. 2392, comma 1, cod. civ.), il giudicante non potrà limitarsi a verificare se questi abbia richiesto, in sede consiliare, sufficienti informazioni agli amministratori esecutivi sulla base della documentazione di cui dispone la generalità di amministratori in consiglio (es-

[16] Come osserva CAPRIGLIONE, *La governance bancaria*, cit., p. 84, «*È appena il caso di far presente che quest'ultimo [ndr. Il presidente] assolve ad un ruolo fondamentale nel perseguimento degli obiettivi sinora richiamati, dovendo per legge favorire la dialettica interna e assicurare il bilanciamento dei poteri, in coerenza con i compiti di organizzazione rimessi al predetto organo e di circolazione delle informazioni*».

sendo questo il criterio applicabile agli amministratori non esecutivi "semplici")[17]. Occorrerà invece esaminare se un corretto espletamento di tutti i doveri presidenziali avrebbe dovuto portare il presidente a rilevare il "sospetto" o, persino, la "conoscenza" di fatti illeciti [18], in ossequio al principio generale secondo cui lo *standard of care* richiesto agli amministratori esclusi dalla gestione diretta dell'impresa «*si modella in base al genere di potere/dovere di cui siano forniti*» [19].

4. Alla luce delle considerazioni che precedono, i canoni di comportamento a cui la Corte di Cassazione avrebbe potuto fare riferimento (quali indici ermeneutici da cui trarre spunto per valutare la responsabilità del presidente del c.d.a. nel caso di specie) non sarebbero dovuti essere quelli tipicamente applicabili ai consiglieri non esecutivi "semplici", in quanto – nell'ottica di attingere, con intento nomofilattico, all'ordinamento oggi vi-

---

[17] Con riferimento alla responsabilità degli amministratori non esecutivi per violazione del dovere di "agire in modo informato" cfr. in giurisprudenza Cass. civ., sez. II, 5 febbraio 2013, n. 2737, in *Riv. dir. comm.*, 2014, II, p. 133 ss.; Cass. civ., sez. Unite, 30 settembre 2009, n. 20933, in *Foro it*., 2010, I, p. 3128 ss.; Cass., sez. I, 11 novembre 2010, n. 22911, in *Foro it.*, 2011, I, p. 1686 ss.; Corte d'Appello di Milano, prima sez. civ., 25 novembre 2009; Corte d'Appello di Milano, prima sez. civ. 29 ottobre 2008; Corte d'Appello di Milano, prima sez. civ. 24 settembre 2008; Corte d'Appello di Milano, sez. I civ., 26 giugno 2007; Corte d'Appello di Roma 25 gennaio 2007, n. 58982, tutte reperibili in *www.consob.it*; nonché Cass. pen. Sez. V, 10 febbraio 2009, n. 9736, in *Giust. pen*., 2009, II, 710; Trib. Milano, 12 dicembre 2012, in *Giur. comm*., 2013, II, p. 1073, ss. In dottrina cfr. *ex multis* VASSALLI, *Sub art. 2381 c.c.*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, diretto da d'Alessandro, Padova, 2010, p. 39; CALVOSA, *Sui poteri individuali dell'amministratore nel consiglio di amministrazione di società per azioni*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, Torino, 2010, p. 356 ss.; IRRERA, *Gli obblighi degli amministratori di società per azioni tra vecchie e nuove clausole generali*, in *Riv. dir. soc*., 2011, p. 358 ss.; SACCHI, *Amministratori deleganti e dovere di agire in modo informato*, in *Giur. comm*., 2008, II, 379 ss.; SPOLIDORO, *Poteri di controllo individuale degli amministratori "non delegati" nelle società per azioni*, in *Giur. comm*., 2013, II, p. 1077 ss.

[18] Su tale dicotomia, e sui suoi effetti in termini di responsabilità presidenziale, cfr. da ultimo BONELLI, *Presidente del consiglio di amministrazione di s.p.a.: poteri e responsabilità*, cit., p. 218 ss.

[19] Cfr., di recente, REGOLI, *Poteri di informazione e controllo degli amministratori non esecutivi*, in *Riv. dir. soc*., 2014, p. 387.

gente (come ha fatto la Corte Suprema nella vicenda *de qua*) – si sarebbe dovuta cogliere l'occasione per tracciare le linee guida della responsabilità presidenziale propriamente detta.

In altri termini, per verificare se al presidente fosse imputabile la mancata attivazione di procedure adeguate per l'espletamento e per il controllo delle attività di investimento mobiliare, si sarebbe dovuto guardare al perimetro e all'intensità dei poteri deputati a tale ufficio nelle società bancarie organizzate secondo il sistema di governo *tradizionale*, onde enucleare la sussistenza di doveri specifici di indagine, dialettica, impulso e supervisione da parte di quest'ultimo *in subiecta materia*.

Qualora ad esito di tale verifica preliminare fosse emersa una precisa competenza presidenziale a fungere da raccordo fra la funzione aziendale specifica e il c.d.a., si sarebbe dovuto esaminare il corretto e diligente esercizio, in concreto, di tale competenza da parte del presidente. Solo in assenza di una specifica competenza presidenziale in materia – ovvero in caso di diligente assolvimento della stessa – si sarebbe dovuta verificare la condotta del presidente durante i lavori consiliari. E in tal caso, allora, sarebbe stato corretto guardare *anche* al dovere di agire informati richiesto indistintamente a tutti gli amministratori non esecutivi, tenendo tuttavia conto, come canone di valutazione, del maggiore bagaglio informativo di cui è titolare il presidente del c.d.a. di una banca in virtù del ruolo organizzativo svolto.

Andrea Sacco Ginevri

Docente di Comparative Corporate Governance
nell'Università Europea di Roma
Dottore di Ricerca in Diritto ed Economia
nell'Università degli Studi Roma Tre