

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

4 / 2023

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 Editoriale

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

L. Ammannati, E. Bani, P. Benigno, R. Bifulco, A. Blandini, C. Brescia Morra, M. Brogi, R. Calderazzi, E. Cardi, A. Cilento, M. Clarich, A. Clarizia, R. Coccozza, G. Colavitti, F. Colombini, G. Conte, P. E. Corrias, C. G. Corvese, L. De Angelis, M. De Benedetto, P. De Carli, C. De Caro, P. de Gioia Carabellese, M. De Poli, G. Desiderio, L. Di Brina, L. Di Donna, G. Di Gaspare, F. Gaspari, F. Guarracino, F. Di Porto, G. Di Taranto, V. Donativi, M. V. Ferroni, L. Foffani, C. Fresa, P. Gaggero, I. Ingravallo, C. Irti, R. Lener, M. Libertini, P. Lucantoni, L. Ludovici, N. Lupo, M. B. Magro, F. Maimeri, A. Mangione, E. Maria Lombardi, G. Martina, S. Martuccelli, M. Maugeri, P. Messina, R. Miccù, F. Moliterni, S. Monticelli, G. Napolitano, G. Niccolini, A. Niutta, M. Passalacqua, M. Pellegrini, M. Proto, M. Rabitti, N. Rangone, P. Reichlin, R. Restuccia, A. Romano, A. Romolini, C. Rossano, G. Ruotolo, C. Russo, A. Sacco Ginevri, I. Sabbatelli, F. Sartori, A. Sciarrone, M. Sepe, G. Sicchiero, D. Siclari, G. Terranova, G. Tinelli, V. Troiano, A. Urbani, P. Valensise, 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:

A. Antonucci, L. Appio, G. Capo, L. Di Brina, P. Gaggero, M. Guarini,
F. Guarracino, F. Merusi, A. Miglionico, R. Motroni, M. Pellegrini, M. Romano, I. Sabbatelli, M. Sepe

PARTE PRIMA

ARTICOLI

GIOVANNI LUCHENA – *Orizzonti del Diritto dell'economia: un'introduzione oggetto, metodo, dottrine* (Horizons of Economic Law: an introduction Object, method, doctrines).....424

SANDRA ANTONIAZZI – *Il controllo giurisdizionale sulle sanzioni amministrative bancarie* (The judicial review of administrative banking sanctions)481

EDOARDO DE CHIARA – *I poteri di removal della Banca d'Italia* (The removal powers of the Bank of Italy).....553

VARIETÀ

FRANCESCO CAPRIGLIONE – *In ricordo di Pino di Taranto* (In the memory of Pino di Taranto).....573

ANDREA SACCO GINEVRI – *Una possibile convergenza fra clima, energia e finanza nell'ultimo libro del prof. Capriglione* (A possible connection between climate, energy and finance in the latest book by Prof. Capriglione).....580

VINCENZO TROIANO – *Regolamentazione finanziaria, finanza sostenibile e obiettivi ESG* (Financial regulation, sustainable finance and ESG objectives).....587

DIEGO ROSSANO – *Il fenomeno del greenwashing alla luce delle recenti evidenze empiriche. La proposta di direttiva green claims* (The phenomenon of Greenwashing in the light of recent empirical evidence. The Proposal for a Green Claims Directive).....601

PARTE SECONDA

NOTE ED OSSERVAZIONI A SENTENZA

CARLOTTA GIUSTINIANI – *Il potere regolatorio delle amministrazioni indipendenti secondo un recente orientamento del Consiglio di Stato* (The regulatory actions of supervising authorities according to a recent guideline of the Council of State) nota a sentenza del Consiglio di Stato del 29 dicembre 2023, n. 11358.....109

PARTE PRIMA

ARTICOLI

ORIZZONTI DEL DIRITTO DELL'ECONOMIA: UN'INTRODUZIONE
OGGETTO, METODO, DOTTRINE*

*(Horizons of Economic Law: an introduction
Object, method, doctrines)*

ABSTRACT: *In recent times the debate around the object and method of economic law has been enriched by a series of scientific essays, opinions and interventions by scientific communities that stimulate us to offer another point of view. The opportunity is also fruitful to test the state of the art of the relationship between law and economics and, in particular, to account for the ways in which economic law fits into the governance of complexities. In this essay we aim to provide an overview of the different doctrinal positions on the meaning attributed to economic law as an autonomous legal discipline, with its own identity roots. This is a short survey of some of the theories which, even historically, allows us to provide information on the birth, diffusion and characteristics of economic law. Indeed, a path to be explored further through subsequent studies on doctrinal positions which will certainly not fail to enrich the cultural debate in an open perspective free from prejudice or bureaucratic positioning. Ultimately, we try to outline the lines of thought of part of the European doctrine as a point of reference for the subsequent arguments. There are common elements and a communion of cultural and scientific directions which are believed to be useful in addressing a legal discussion on the roots and, indeed, the horizons of the economic law. A discussion that cannot be considered as exhausted with apodictic statements or with the raising of barriers or with the drawing of borders, but with open and constructive discussion based on reasonable and demonstrated argumentative bases.*

SOMMARIO: 1. Considerazioni di carattere introduttivo e campo dell'indagine. – 1.1. Dalla

*Contributo approvato dai revisori.

defunzionalizzazione dell'economia al governo delle complessità: il ruolo del diritto (dell'economia). L'era delle transizioni. – 2. Configurazione del diritto dell'economia. Prime considerazioni sull'interdisciplinarietà quale metodo. Diritto ed economia: un rapporto “conflittuale”? – 2.1. *Wirtschaftsrechts*. Complementarietà tra diritto ed economia. “Compensare” l'*homo oeconomicus* con l'*homo socialis* e l'*homo politicus*. – 2.2. Stato, mercato e diritto dell'economia. 2.2.1. Il diritto privato regolatorio nello Stato regolatore. – 2.2.2. Il ritorno del “pubblico” quale fenomenologia del presente. – 3. Note sul metodo. Storicizzazione del diritto dell'economia. – 3.1. Qualificazioni, letture, controletture. – 3.2. – «Dinamiche istituzionali». Un diritto di secondo livello. – 3.3. La costituzione economica materiale. – 4. *Droit public de l'économie*. – 5. Confini. – 6. Vocazioni tematiche. Notazioni (provvisoriamente) conclusive.

1. In un puntuale saggio di Francesco Capriglione e Marco Sepe¹ è stato affrontato (*rectius*: riproposto, con nuove argomentazioni e avanzamenti rispetto a contributi precedenti sul tema talvolta distonici se non distopici) il discorso sull'identità e sulle prospettive teoriche del diritto dell'economia: tale contributo offre lo spunto per allargare il campo d'indagine a talune questioni (che si ritiene essere) rilevanti fra le quali appaiono degni di attenzione e di approfondimento sia il tema dei (supposti) confini tematici della materia (soprattutto nella dimensione della costituzione economica materiale, il cui “studio” articolato e multiforme è indice della onnicomprensività della medesima tale da renderne complessa la sua fenomenologia²) sia l'apporto dell'inquadramento teorico generale ai fini della definizione di una nozione del diritto dell'economia che assuma una portata cognitivo/esperienziale involgente una pluralità di saperi.

Le motivazioni che hanno spinto i due Autori a ragionare del suddetto *topic* non sono da rinvenirsi, plausibilmente, soltanto nella (pur opportuna) specificazione su cosa debba intendersi per diritto dell'economia (nozione), ma

¹ CAPRIGLIONE, SEPE, *Riflessioni a margine del diritto dell'economia. Carattere identitario ed ambito della ricerca*, in *Riv. Trim. Dir. Econ.*, n. 3, 2021, p. 385 ss.

² STAIANO, *Notazioni conclusive. Regolazione giuridica ed economia: un problema di diritto costituzionale*, in *Federalismi.it*, 25 ottobre 2019, p. 270.

anche nella sottostante prospettazione dei profili in ordine alla sua radice identitaria: vi sono una serie di configurazioni propositive, elaborazioni, analisi delle tradizionali categorie giuridiche che possono consentire di tracciare profili di interesse sui quali promuovere un confronto culturale aperto nella comunità scientifica.

Si tratta, in definitiva, non soltanto di concentrare l'attenzione sulle declaratorie relativamente al settore scientifico-disciplinare come giuridicamente determinate³ quale codifica del sapere⁴ (per taluno valevoli quasi esclusivamente per "marcare il territorio disciplinare") ma anche di scandagliare questioni, argomenti e problematiche che versano nella dimensione teorico-pratica, in termini di riferimenti ai richiamati profili di teoria generale e alle esperienze della legislazione economica nel contesto – talvolta magmatico e sfuggente – di situazioni di carattere eccezionale, delle transizioni/trasformazioni (ad esempio, digitale⁵ e ambientale/energetica⁶ dei cambiamenti in atto nello scenario commerciale e finanziario globale, e così via. Il contributo sembra muovere, infatti, da un'esigenza, segnalata, a ragion veduta, dai due Autori, cioè quella di vagliare le «variegate e composite ragioni che sono alla base di una rapida trasformazione» fattuale e giuridica del presente, considerato che lo stesso «*agere* economico ha subito nel

³ PICOZZA, *Il diritto dell'economia*, in PICOZZA, RICCIUTO, *Diritto dell'economia*, 2^a ed., Torino, 2017, p. 3 ss.

⁴ PASCUZZI, *Una storia italiana: i settori scientifico-disciplinari*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1, 2012, p. 91.

⁵ CANEPA, *I mercanti nell'era digitale. Un contributo allo studio delle piattaforme*, Torino, 2020; DONATI, *Verso una nuova regolazione delle piattaforme digitali*, in *Riv. Regolazione Mercati*, n. 2, 2021, p. 238 ss.; CANEPA, *Dai dati al denaro. Come le piattaforme digitali sono divenute ecosistemi: dagli Stati Uniti alla Cina*, in AMMANNATI, CANEPA (a cura di), *Tech Law. Il diritto di fronte alle nuove tecnologie*, Napoli, 2021, p. 227 ss.; LANDINI, *Transizione digitale e mercato assicurativo*, in PASSALACQUA (a cura di), *Diritti e mercati nella transizione digitale – Studi dedicati a Mauro Giusti*, Padova, 2021, p. 441 ss.; DI PORTO, SCOTTI, *La trasformazione digitale*, in BANI, DI PORTO, LUCHENA, SCOTTI, *Lezioni di diritto dell'economia*, Torino, 2023, p. 275 ss.; CAPRIGLIONE, *Concorrenza e stabilità nel paradigma digitale*, in *Riv. Trim. Dir. Econ.*, n. 3, 2023, p. 281 ss.

⁶ LUCHENA, *Transizione ecologica*, in *PasSaggi Cost.*, n. 2, 2021, 172 ss.; POLISENO, *Transizione energetica transnazionale*, in *Econ. Pubbl.*, n. 1, 2023, 97 ss.

tempo un profondo cambiamento»⁷ dovuto, ad esempio, alla trasformazione delle pubbliche Amministrazioni, alle prospettive del c.d. *tech law*, alle frontiere aperte dalle incertezze scaturenti dalle incognite socio-economiche globali, alle interdipendenze fra sistemi e ordinamenti giuridici e all'inatteso ritorno dello Stato nell'economia quale conseguenza della stagione delle crisi economiche che attraversano il nuovo millennio⁸, che si innestano nella crisi del diritto delle regolazioni pubbliche conseguente alla comparsa di un (supposto) nuovo ordine economico⁹. Questioni, queste, che ordiscono concetti fondamentali del discorso giuridico come le categorie tradizionali, lambiscono il tema della tutela dei diritti fondamentali¹⁰, ineriscono alla teoria generale del diritto¹¹, sfociano nelle più accreditate tesi sugli sviluppi della genesi del diritto dell'economia nelle sue *dinamiche istituzionali*¹², riguardano le garanzie giurisdizionali delle situazioni giuridiche meritevoli di tutela (e, dunque, nella prospettiva sistematica relativamente al ruolo delle corti nell'economia¹³ ma anche, inevitabilmente, sulla

⁷ CAPRIGLIONE, SEPE, *op. cit.*, p. 392.

⁸ LUCHENA, *Profili della dimensione istituzionale dei processi economico-sociali sovranazionali*, in LUCHENA, TEOTONICO (a cura di), *op. cit.*, p. 20 ss.; GERBASI, *Convergenze e divergenze tra dottrine economiche, 'diritto europeo della crisi' economico-finanziaria e prospettive future dell'unione alla prova dei 'fatti'*, in *Federalismi.it*, 23 maggio 2018.

⁹ ROSANVALLON, *L'Etat-providence et les régulations sociales*, in *Les Cahiers français, Les frontières de l'Etat*, n. 271, pp. 35-38.

¹⁰ Fra gli altri, FARJAT, *Le droit, l'économie e le fondamental*, in *Revue Internationale de droit économique*, n. 4, 2005, p. 431 ss.; RAMPA, *L'economia dei diritti fondamentali*, in *Il Politico*, n. 2, 2014, p. 5 ss.; BAILLEUX, *Les droits fondamentaux face à la crise*, in *Revue de l'OFCE*, n. 3, 2014, p. 89 ss., reperibile *online* al sito: <https://www.cairn.info/revue-de-l-ofce-2014-3-page-89.htm>; GIUBBONI, *Libertà d'impresa e diritto del lavoro nell'Unione europea*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2016, p. 89 ss.; CORRIAS, *Dignità della persona e mercato*, in *Riv. Trim. Dir. Econ.*, n. 3, 2022, p. 435 ss.

¹¹ Come dimostrano, solo per ricordarne alcuni, gli studi, secondo le diverse prospettive teoriche di Natalino Irti sull'ordine giuridico del mercato (*L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998) e sulla crisi economica (*Crisi mondiale e diritto europeo* in ID., *Diritto senza verità*, Roma-Bari, 2011, p. 125 ss.), di Giuliana Stella sulla concezione schmittiana del rapporto Stato-economia (*Sovranità e diritti*, Torino, 2013, p. 193 ss.), di Nibert Nozick sulla giustizia distributiva e sull'eguaglianza (*Anarchia, stato e utopia*, Milano, 2008, p. 163 ss. e p. 241 ss.),

¹² L'espressione «dinamiche istituzionali» fa riferimento, per l'appunto, alla teorica elaborata nell'ormai classico *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali* di DI GASPARE, Padova, 2017.

¹³ COOTER, ULEN, *Law and economics*, 3rd ed., Addison, Wesley, Longman, 2000, p. 57 ss.; RABITTI, *Il ruolo della Corte di Giustizia nel diritto dell'economia*, in *Analisi Giur. Econ.*, n. 2,

privatizzazione della giustizia), interessano le forme della regolazione pubblica delle attività economiche che partendo dall'assunto dell'«ampiezza dei campi di studio del diritto dell'economia»¹⁴, approdano a situazioni di più complessa sistemazione come la regolazione dell'intelligenza artificiale nelle sue diverse modalità applicative incidenti sul campo economico¹⁵, la tutela della *privacy* (nell'opera di bilanciamento tra tutela dei dati personali e della tutela dei medesimi quale risorsa economica dell'impresa¹⁶), la disciplina della concorrenza (statica e dinamica), i modi e gli strumenti dell'intervento pubblico nell'economia, le dinamiche della globalizzazione finanziaria, l'evoluzione delle istituzioni europee dell'economia, l'indipendenza di taluni organi dell'Unione europea (come, ad esempio, la BCE), e così via.

Gli *orizzonti* del diritto dell'economia, dunque, possono essere rappresentati in una dimensione scientifica che consenta di delineare ambiti d'indagine e processi valutativi propri di una disciplina che, non da oggi, si colloca in uno scenario culturale nel quale ne viene riconosciuta la fundamentalità in quanto settore che

2018, p. 347 ss.; EAD, *La Corte di Giustizia tra scelte di mercato e interessi protetti*, in *Persona e mercato*, n. 4, 2018, p. 220 ss.

¹⁴ AMOROSINO, *Le regolazioni pubbliche delle attività economiche*, Torino, 2021, p. XII.

¹⁵ Sull'intelligenza artificiale, nei suoi diversi profili, v., tra gli altri, RODIO, *Brevi riflessioni sul funzionamento e potenzialità dell'intelligenza artificiale in ambito giudiziario*, in *Amministrazioneincammno.luiss.it*, 21 ottobre 2020; DI PORTO, *Artificial intelligence and Competition Law. A computational Analysis of the DMA and DSA*, in *Concurrences*, n. 3, 2021, p. 3 ss.; ROSSANO, *L'Intelligenza artificiale: ruolo e responsabilità dell'uomo nei processi applicativi (alcune recenti proposte normative)*, in *Riv. Trim. Dir. Econ.*, suppl. al n. 3, 2021, p. 213 ss.; AMMANNATI, CANEPA, GRECO, MINNECI (a cura di), *Algoritmi, Big Bata, piattaforme digitali. La regolazione dei mercati in trasformazione*, Torino, 2021; FALCE, *Data strategy e intelligenza artificiale*, in PASSALACQUA (a cura di), *op.cit.*, p. 41 ss.; SACCO GINEVRI, *Ancora su intelligenza artificiale e corporate governance*, *ivi*, p. 55 ss.; RABITTI, *La Proposta di Regolamento Europeo sull'Intelligenza Artificiale nel prisma del settore finanziario: uno sguardo critico*, *ivi*, 469 ss.; RABITTI, *Internet of things. Intelligenza artificiale e danno: l'incerta attribuzione delle responsabilità*, in AMMANNATI, CANEPA (a cura di), *Tech Law*, *cit.*, p. 155 ss.; LENER, *Vigilanza prudenziale e intelligenza artificiale*, in *Riv. Trim. Dir. Econ.*, Supplemento al n. 1, 2022, p. 207 ss.; MATTASSOGLIO, *Moneta e tecnologia. Come intelligenza artificiale e DLT stanno trasformando lo strumento monetario*, Torino, 2022.

¹⁶ BELMONTE, *Il consenso al trattamento dei dati personali per la fornitura di contenuti digitali tra tutela della persona e interessi di mercato*, in *Riv. Giur. Molise e Sannio*, n. 2, 2022, p. 133 ss.

studia l'esperienza giuridica della pluriforme densità disciplinare della regolazione dell'economia¹⁷. Tale asserto indica e specifica come sia necessaria anche, per dir così, una *diagnosi* sul ruolo del diritto nella società contemporanea, e segnatamente del diritto dell'economia, considerata la valenza delle questioni economiche – inerenti allo Stato, ai privati, ai bisogni della collettività – che emergono nelle dinamiche politiche, con i suoi ovvi riflessi sulle istituzioni, romaniamente intese, cioè come ordinamento¹⁸, culla delle regole giuridiche e della loro organizzazione interna¹⁹.

1.1. Dopo l'adesione incondizionata alla teorica della defunzionalizzazione del diritto nelle questioni inerenti all'economia – fattasi strada grazie all'esplosione della globalizzazione economica e finanziaria che tende a rifuggire dalle norme e dagli ordinamenti costituiti e in adesione a teorizzazioni come quelle rivenienti, ad esempio, dall'analisi economica del diritto²⁰ (*in brevis*: trattasi di strumenti valutativi tipici dell'economista, cioè l'efficienza del fatto giuridico alla luce dell'analisi microeconomica²¹ – «l'alfa e l'omega» della visione efficientista dell'allocatione del diritto²²) e dalla politica economica del diritto (intervento sul

¹⁷ CASSETTA, FOÀ, *Pubblica amministrazione*, in *Digesto*, IV ed., Discipline Pubblicistiche, Aggiornamento, Torino, 2000, p. 455 ss., *ad vocem*; AMMANNATI, BILANCIA (a cura di), *Governance multilivello regolazione e reti*, Milano, 2008; SEPE, *La nuova regolazione de mercati finanziari*, Padova, 2016; SICLARI, *La regolazione bancaria e dei mercati finanziari: dalla "neutralizzazione" dell'indirizzo politico sul mercato all'unificazione europea*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl. Comunit.*, n. 1, 2016, p. 189 ss.; AMMANNATI, *I nuovi centri di regolazione dell'economia*, in AMMANNATI, CORRIAS, SARTORI, SCIARRONE ALIBRANDI (a cura di), *I giudici e l'economia*, Torino, 2018, p. 439 ss.; ANNUNZIATA, *La vigilanza bancaria europea nell'era della BCE: il caso Landeskreditbank Baden Württemberg – Förderbank v. BCE*, *ivi*, p. 499 ss.

¹⁸ ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, rist., Macerata, 2018, p. 37 ss.

¹⁹ VIOLA, *Le ragioni del diritto*, in VIOLA, ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 2013, p. 10.

²⁰ DEVLIN, *Fundamental principles of law and economics*, New York, 2015, p. 3.

²¹ ROSE-HACKERMANN, *The Economic Analysis of Public Law*, in *European Journal of Law and Economics*, n. 1, 1994, p. 56.

²² Cfr. KIRAT, *Le pragmatisme di Richard Posner: un renard critique, Texte de la communication à la journée d'étude Les philosophes pragmatistes et les économistes: quelles proximités?*, IDHE-ENS de Cachan, 11 avril 2005, p. 7, reperibile online al sito: <https://shs.hal.science/halshs-00004517>.

sistema giuridico per conseguire determinati obiettivi economici²³) – nella fase attuale, il diritto dell'economia rinnova il proprio ruolo nelle dinamiche sociali ed economiche, nella consapevolezza della congiunzione funzionale delle ragioni del diritto e della sua consequenziale funzione di tutela dei diritti della comunità politica: si perviene, infatti, ad una reazione alle spinte regressive che hanno ingenerato i fenomeni della retrocessione del diritto e della politica in favore dell'economia e della tecnica che hanno depotenziato il diritto medesimo quale strumento fondamentale di civiltà e di organizzazione della società²⁴.

Il “ritorno” del diritto nel governo della complessità dei processi economici e sociali in corso di svolgimento emerge come elemento prorompente nello scenario della transizione²⁵ destinata a percorrere un tempo non irrilevante prima della sua stabilizzazione normativa. La transizione indica, infatti, un percorso, indeterminato e in parte indeterminabile, riferendosi ad una condizione insoluta e persino incerta e provvisoria. Eppure, essa si manifesta una certa continuità tra vecchio e nuovo e, per tale ragione, occorre stabilire dove si collocano le interdipendenze tra ciò che è stato e ciò che sarà in termini di regolazione dell'economia: “transizione lunga”, un tempo che richiede, cioè, un percorso che individui le priorità regolatorie cui destinare l'attenzione del giurista dell'economia²⁶. In particolare, l'eccesso della tecnica, gli effetti della globalizzazione, l'assenza di un sistema di garanzie per le collettività e le comunità hanno contribuito all'emersione di nuovi paradigmi che provano ad innovare l'attuale quadro giuridico: quest'ultimo, restando alla teorica delle transizioni, è in movimento, nella direzione di una visuale accantonata dagli anni che dall'approvazione del trattato di Maastricht in avanti hanno caratterizzato

²³ FRANZONI, MARCHESI, *Economia e politica economica del diritto*, Bologna, 2006, p. 8.

²⁴ CAPRIGLIONE, *Crisi della politica e processo economico. Il caso Italia*, in *Apertacontrada.it*, 3 aprile 2018.

²⁵ CELATI, *L'intervento pubblico per la riconversione ecologica dell'economia. Modelli, strumenti e prospettive giuridiche*, Padova, 2021, p. 40, *passim*.

²⁶ Cfr. TEOTONICO, *Riflessioni sulle transizioni. Contributo allo studio dei mutamenti costituzionali*, in *Rivista Aic*, n. 3, 2014.

le politiche pubbliche interne e sovranazionali (le prime, in ogni caso, fortemente condizionate dalle seconde, oltre che dal multilateralismo finanziario). Il tema della distribuzione delle risorse, quello della regolazione dei mercati, quello della dismissione delle imprese pubbliche, e così via, costituisce il *leitmotif* delle politiche che ha caratterizzato il passaggio dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore, quale portato di un processo di progressiva retrocessione dello Stato dalla regolazione dell'economia in adesione alle politiche neoliberiste²⁷ (che costituiscono solo una parte del processo, ben più articolato, dell'internazionalismo e della globalizzazione). La *transizione* entro la quale si dipanano questioni anche di democrazia economica e di giustizia sociale per le future generazioni (basti pensare, ad esempio, ai riflessi del *Just Transition* e del *Fit for 55* che involgono la tutela dei lavoratori nella dimensione della compensazione dei costi sociali conseguenti al processo di de carbonizzazione nel primo caso e nell'utilizzo delle fonti rinnovabili, nella riduzione delle emissioni nel sistema dei trasporti e nell'uso de suolo con elementi regressivi negli effetti redistributivi nell'altro²⁸) si muove nella direzione del ritorno della politica e dello Stato ed è probabilmente questo l'aspetto più rilevante che viene in evidenza considerato non soltanto l'Ente in quanto tale, dotato di sovranità (elemento declinato in varie forme quale strumento di rivendicazione identitaria in campo sia economico sia politico), ma anche quale parte di un processo integrativo più ampio che lo colloca entro la cornice giuridica dell'Unione europea e in quella del mare aperto della competizione globale.

2. La dottrina ha elaborato la nozione di diritto dell'economia muovendo da

²⁷ Tema affrontato secondo diversi angoli visuali: tra gli altri, IANNELLO, *Il «non governo» europeo dell'economia e la crisi dello Stato sociale*, in *Dir. Pubbl Eur. – Rassegna online*, n. 2, 2015, p. 197 ss.; DI GASPARE, *Genesi, metodo e prassi del neoliberismo*, in *Amministrazioneincammino.it*, 20 agosto 2021; CIOCCA, *Distribuzione e occupazione*, in *Apertacontrada.it*, 6 aprile 2022.

²⁸ COSTAMAGNA, *Contrasto al cambiamento climatico e giustizia sociale nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Osservatorio Aic*, fasc. 6, 2023, 7 novembre 2023, p. 12 ss. e 17 ss.

una varietà di prospettive, nella consapevolezza, peraltro, che si tratta di un “diritto” la cui «qualificazione» sarebbe morfologicamente complessa, se non proprio «inafferrabile», a causa della «vastità e varietà dei campi delle attività economiche organizzate in mercati ed oggetto di regolazioni», della «velocità dei mutamenti dei sistemi delle regole» e della «scarsa utilità degli approcci dogmatici tradizionali (...) di derivazione economicistica anglosassone»²⁹.

Il diritto dell'economia è caratterizzato da un'ampia e pluriversa configurazione, connotato da una dimensione interdisciplinare e transdisciplinare, con peculiarità e caratteristiche identitarie sue proprie. Spesso declinato in chiave riduzionistica per quel che concerne il suo portato identitario, ma anche, talvolta, culturale e persino scientifico, tale diritto, al contrario, s'irradia, a mò di riflessi prodotti da un prisma, su una potenziale varietà di ambiti e settori che ne amplia la latitudine cognitiva e scientifica.

Certo, non si può transitare nella riva opposta, cioè incorrere nell'errore di considerare qualunque profilo correlato o contiguo ad aspetti economici, o economicamente rilevanti, o comunque afferenti all'economia anche solo indirettamente (una sorta di disciplina *omnibus*), come ricadenti nell'alveo disciplinare del diritto dell'economia includendo *topic* che nulla hanno a che vedere con l'analisi scientifica propria/identitaria del diritto dell'economia, come peraltro sottolineano Capriglione e Sepe³⁰.

Una versione, per dir così, assolutista, predatoria, quasi dogmatica, del diritto dell'economia che conterrebbe in sé il suo limite: la ricomprensione di ogni esperienza giuridica come ricadente nell'alveo dell'economico³¹. Nemmeno, però, il suo contrario. Invero, il diritto dell'economia non è che una parte della vita economica; inoltre, la riduzione allo studio delle imprese nel suo funzionamento

²⁹ AMOROSINO, *Le dinamiche del diritto dell'economia*, Pisa, 2019, p. 9.

³⁰ CAPRIGLIONE, SEPE, *op. cit.*, p. 397, pp. 400-401.

³¹ DEVOLVÉ, *Droit public de l'économie*, Paris, 1998, 799, p. 6.

interno e nei rapporti con i pubblici poteri non sembra essere idoneo a raffigurare *in toto* l'esperienza giuridica concreta. Ancora più riduttiva sembra essere la configurazione del diritto dell'economia come diritto degli affari o come parte del diritto commerciale: sarebbe, come sottolineato in dottrina, una sorta di «servitore dell'economia privata»³², senza alcun riferimento, dunque, ai profili macroeconomici e al ruolo di garanzia svolto dallo Stato nella ricerca dell'eguaglianza (sostanziale) possibile o auspicabile. Il discorso è arricchito, allora, dagli aspetti pubblicistici che ineriscono all'intervento nell'economia in termini di regole giuridiche abilitanti³³: criterio ordinatorio che consente di intervenire, non in modo invasivo, ma sempre quando occorra, e comunque seguendo il ricordato obiettivo della realizzazione dell'eguaglianza, nei meccanismi di mercato e a promuovere la concorrenza. Gli sviluppi storico-politici demarcano la parabola evolutiva del diritto dell'economia, consentendo di indicare ulteriori affinamenti e sfaccettature che ne designano più compiutamente il perimetro definitorio (se mai ve ne fosse uno idoneo o compiuto o definitivo). L'oggetto del diritto dell'economia – la cui teorica quale branca indipendente della scienza giuridica è risalente e, allo stesso tempo, ampiamente studiata al piano sia interno sia internazionale³⁴ –

³² JAQUEMIN, *Le droit économique, serviteur de l'économie ?*, in *Revue trimestrelle de Droit Civil*, n. 3, 1972, p. 283 ss; CHARTIER, *Droit des affaires*, 4ème ed., Paris, 1993, p. 679.

³³ JEANTET, *Aspects du droit économique*, in *Dix ans de conférences d'agrégation, Etudes de droit commercial offertes à Joseph Hamel*, Paris, 1961, p. 34.

³⁴ Solo per citare alcuni dei contributi sul tema, anche a carattere manualistico, v. DE KIRALY, *Le droit économique, branche indépendante de la science juridique*, in *Receuil d'études sur les sources du droit de l'honneur de F. Geny*, Paris, III, 1935, p. 111 ss.; JACQUEMIN, SCHRANS, *Le droit économique*, Paris, 1970; DE LAUBADÈRE, *Droit publique économique*, Paris, 1974; QUADRI, *Diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1980; CAVALLO, DI PLINIO, *Manuale di diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1983; GIUSTI (a cura di), *Diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1994; GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995; DE CARLI, *Lezioni ed argomenti di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1995; CARULLO, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1997; DI PLINIO, *Diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1998; GHETTI, *Lineamenti di diritto pubblico dell'economia*, Milano, 2001; COCOZZA, *Diritto pubblico applicato all'economia*, Torino, 2003; GIUSTI, *Fondamenti di diritto dell'economia*, Padova, 2005; CHEROT, *Droit publique économique*, Paris, 2007; BERNARD, *Droit public économique*, Paris, 2009; CAPUNZO, *Argomenti di diritto pubblico dell'economia*, 2^a ed., Milano, 2010; CAPRIGLIONE, *Ordine giuridico e processo economico nell'analisi della law and economics*, in

assume una poliedricità contenutistica e un'organicità di metodo tale da consentirle di fungere quale caleidoscopio dell'elaborazione teorica di una molteplicità di fattispecie, di fenomeni e di dinamiche riconducibili al fattore economico, alle attività economiche e al mercato.

Il richiamato aspetto interdisciplinare rappresenta una delle cifre identitarie del diritto dell'economia quale sapere giuridico morfologicamente aperto e dinamico. Esso, oltre tutto, rende più agevole la verifica empirica degli oggetti dell'analisi giuridica e dei soggetti istituzionali, in una prospettiva che esula dalla tradizionale partizione disciplinare³⁵. Del resto, la stessa individuazione di un ambito disciplinare specifico non si spiegherebbe se non con l'identificazione di chiari tracciati di ricerca autonomi, e quindi peculiari, sempre nella consapevolezza della unicità della scienza del diritto³⁶: non, dunque, profilature di una disciplina segmentata – magari frutto di una collazione strumentale di temi aventi rilievo nell'ambito dell'economia (magari ad uso di improvvisatori) – priva di valenza autonomistica ma campo di studio che privilegia l'incontro di (almeno) due sfere come l'economia e il diritto³⁷, ambiti disciplinari non lontani fra loro che nella ricerca continua di possibili interazioni³⁸, confluiscono in un alveo comune in cui

Pellegrini (a cura di), *Corso di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2016, p. 18 ss.; DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2017, in particolare, pp. 3-18; PICOZZA, RICCIUTO, *Diritto dell'economia*, cit., p. 5 ss.; CARDI, *Mercati e istituzioni in Italia. Diritto pubblico dell'economia*, 4^a ed., Torino, 2018; FERRARI (a cura di), *Diritto pubblico dell'economia*, 3^a ed., Milano, 2019; TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, 7^a ed., 2021; VALETTE, *Droit public de l'économie*, Paris, 2021; SARTORI, *Il diritto dell'economia nell'epoca neolibérale: tra scienza e metodo*, in PASSALACQUA (a cura di), *Diritti e mercati nella transizione digitale*, cit., p. 145 ss.; LUCHENA, *Il diritto dell'economia*, in BANI, DI PORTO, LUCHENA, SCOTTI, *op. cit.*, p. 1 ss.; PELLEGRINI (a cura di), *Diritto pubblico dell'economia*, II ed., Padova, 2023.

³⁵ DEVLIN, *op. cit.*, p. 3.

³⁶ COCOZZA, *Diritto pubblico applicato all'economia*, cit., p. 7.

³⁷ CAPRIGLIONE, *Ordine giuridico e processo economico nell'analisi della law and economics*, cit., p. 4; LUCHENA, *La parabola del rapporto tra Stato ed economia: dalla separazione alla resilienza*, in *Proceedings book of the 10th International Scientific Conference – Modern Research and Trends in Economics, Law and Social Politics*, Elbasan, November 19, 2022, Tirana, 2022, p. 24 ss.

³⁸ TORCHIA, *Diritto ed economia tra Stati e mercati*, Napoli, 2016, p. 7.

dimorano aspetti collaterali e sviluppi argomentativi che si autoalimentano.

L'accostamento del dato giuridico al fatto economico è oggi un elemento di analisi da proporre costantemente negli studi scientifici³⁹, perlopiù riguardato in termini di alternanza di scambi conoscitivi (obiettivo scientifico di chi, come Robert Cooter e Thomas Ulen, ritengono che i due “mondi”, quello degli economisti e quello dei giuristi dovrebbero “parlarsi” al fine di meglio comprendere le reciproche realtà⁴⁰), che arricchisce l'elaborazione dottrinale di elementi di valutazione che consentono uno scandaglio accurato delle tematiche di rilevata problematicità (sul versante sia del diritto pubblico – interno, sovranazionale, globale – sia del diritto privato – regolatorio, europeo).

Quello del rapporto tra diritto ed economia, invero, è un tema risalente, studiato sin dagli albori dalla fondazione della Scuola di Friburgo: se ne trovano echi nelle proposizioni di Franz Böhm, ad esempio, fra i primi a ragionare in termini di interdipendenze degli ordini (economico e giuridico)⁴¹, naturalmente per rafforzare il costrutto teorico delle *Soziale Marktwirtschaft*⁴². Diritto ed economia, spesso

³⁹ STAIANO, *Notazioni conclusive. Regolazione giuridica ed economia: un problema di diritto costituzionale*, cit., p. 272.

⁴⁰ COOTER, ULEN, *op. cit.*, p. 7.

⁴¹ GOLDSCHMIDT, WOHLGEMUTH, *Nascita ed eredità della tradizione friburghese dell'economia ordinamentale*, in FORTE, FELICE (a cura di), *Il liberalismo delle regole. Genesi ed eredità dell'economia sociale di mercato*, Soveria Mannelli, 2016, p. 24.

⁴² MAI, *Ehrard's Social Market Economy*, in *The Southwestern Social Science Quarterly*, vol. 44, n. 4, March 1964, p. 329 ss.; WATRIN, *Principles of the Social Market Economy – Its Origins and Early History*, in *Zeitschrift für die gesamte Staatwissenschaft*, 135, Tübingen, 1979; EBNER, *The Intellectual Foundation of the social market economy*, in *Journal of Economic Studies*, vol. 33, n. 3, 2006, p. 206 ss.; UTERWEDDE, *L'économie sociale de marché: la jeunesse d'un référentiel*, in BOURGEOIS (dir.), *Allemagne, les chemins de l'unité: reconstruction d'une identité en douze tableaux*. Cergy-Pontoise, 2011, p. 39 ss.; FORTE, FELICE, FORTE (a cura di), *L'economia sociale di mercato e i suoi nemici*, Soveria Mannelli, 2012; DE WITTE, *The Architecture of a “Social Market Economy”*, in *LSE Working Papers*, n. 13, 2015, p. 1 ss., reperibile online al sito www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps.htm and the Social Sciences Research Network electronic library at: <http://ssrn.com/abst>; SOMMA, *Economia sociale di mercato e scontro tra capitalismi*, in MACARIO, MILETTI (a cura di), *La funzione sociale del diritto privato tra XX e XXI secolo*, RomaTre Press, 2017, p. 189 ss., reperibile online al sito www.romatrepress.uniroma3.it; BARNARD, DE VRIES, *The “Social Market Economy” in a (Heterogeneous) Social Europe: Does it Make a Difference?*, in *Utrecht Law Review*, vol. 15, issue 2, 2019, p. 47 ss.; LUCHENA, *Economia sociale di mercato*, in *Rass. Dir. Pubbl. Eur.*, n. 1, 2020, p. 100 ss.

(auto)collocati su piani separati, sono, al contrario, da considerarsi come interdipendenti⁴³ e integrati. Se il primo tende o aspira a regolare l'altra, e la seconda a svincolarsi o ad affrancarsi dalla prima in un mutuo rincorrersi e smarcarsi, ad un certo punto, l'apparente parallelismo riconosce una direttrice sulla quale convergere, segnatamente verso i richiamati obiettivi comuni, in un fluire continuo di apporti e di condivisione di categorie giuridiche, al fine di giungere a possibili conclusioni che soddisfino entrambe le prospettive.

In generale, si può dire che il terreno su cui si dipana il rapporto tra diritto ed economia può riguardare una pluralità di campi fra i quali si possono segnalare, solo a titolo di esemplificazione, i seguenti: a) la regolamentazione economica, quale strumento attraverso il quale viene delineato il tracciato normativo entro il quale si svolgono le attività economiche e, segnatamente: proprietà industriale, concorrenza, contratti e responsabilità civile, imprese e consumatori, al fine di delineare un ecosistema giuridico che garantisca la sussistenza di un mercato equo, che impedisca comportamenti anticoncorrenziali, tuteli le parti interessate; b) la definizione del quadro giuridico per la formazione dei contratti stabilendone le condizioni di validità, anche in questo caso attraverso la garanzia della legge, per facilitare gli scambi; c) la regolamentazione da parte delle leggi sul mercato del lavoro quale strumento di disciplina delle condizioni di lavoro, della contrattazione collettiva e dei diritti dei lavoratori; d) le leggi che disciplinano le modalità di allocazione delle risorse pubbliche e della contabilità pubblica e il diritto tributario: si tratta di una regolazione che influenza le attività economiche in quanto incide sulle modalità della distribuzione delle risorse, ad esempio, per finalità sociali o di sviluppo dell'economia, da un lato, e sulle entità dei tributi che cittadini ed imprese sono chiamati a corrispondere allo Stato, dall'altro; e) il diritto svolge una funzione

⁴³ JAQUEMIN, *Droit et économie dans l'interprétation de la règle de droit économique*, in *L'interprétation en droit: approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 1978, disponibile *online* al sito <http://books.openedition.org/pusl/8942>.

molto significativa in relazione all'economia anche rispetto ai diritti di proprietà e alla proprietà medesima: non solo proprietà fisica ma anche intellettuale come brevetti, marchi e *copyright* al fine di proteggere, attraverso la sicurezza dei diritti di proprietà, l'innovazione e gli investimenti; f) il ruolo delle giurisdizioni è un fattore rilevante nel rapporto intercorrente fra diritto ed economia: in tale relazione, gli strumenti (di semplificazione e di accelerazione) che agevolino la risoluzione delle controversie economiche costituisce un fattore di stimolo per promuovere territori e settori economici.

Che si voglia controvertere sull'oggetto e sui campi di possibili indagini scientifiche del diritto dell'economia, dunque, è un tema che appassiona relativamente, nel senso che, ad esempio, attestarne la data di nascita come *jus mercatorum* non autorizza appropriazioni disciplinari ultronee considerata la risalente evoluzione, in particolare, del diritto dell'economia quale portato dei precetti costituzionali – frutto di opzioni politiche e disciplinari di orientamento valoriale e di principi ordinatori – non soltanto riferiti al periodo successivo alla seconda guerra mondiale bensì ben prima dell'avvento dello Stato sociale. Inoltre, le potenzialità degli ambiti di studio sono talmente ampie che potrebbe risultare persino fuorviante procedere ad una sua elencazione (ancorché puntuale) e, in ogni caso, proprio l'eterogeneità dei campi di indagine costituisce uno dei monogrammi «strutturali che determinano l'autonomia scientifica del diritto dell'economia»⁴⁴.

Infine, il perseguimento di determinati interessi pubblici può produrre effetti economici pur non avendo un oggetto economico: il riferimento è, ad esempio, alla tutela dell'ambiente che, com'è stato evidenziato, può comportare prescrizioni che incidono sulle attività economico/produttive⁴⁵ oppure alle incentivazioni per la ricerca sperimentale delle nuove tecnologie, che possono avere sia inerenza ad avanzamenti nel campo delle biotecnologie, delle nanotecnologie, dell'intelligenza

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*, p. VII.

artificiale applicata alle tecniche chirurgiche sia espansione delle tutele sociali alla salute quale elemento fondamentale di realizzazione dell'eguaglianza.

Il diritto dell'economia studia dinamicamente i cambiamenti sociali, istituzionali, politici ed economici determinati dalla realtà effettiva e dalla fenomenologia conseguente ai cicli economici, dagli assetti dei sistemi politici e dalle forme di governo, ed è sostanzialmente il testimone privilegiato dei fenomeni grazie alla sua apertura agli altri saperi giuridici: l'evoluzione socio-economica determina il bisogno di nuove regolazioni⁴⁶. La dimensione non è soltanto quella dell'ecosistema nazionale dell'economia ma anche della sua proiezione sovranazionale e globale. Il ritmo dei cambiamenti della società globale può essere proficuamente "testato" dal giurista dell'economia, quale interprete dell'evoluzione della legislazione economica come formatasi nella costituzione materiale dell'economia, nella sua veste di «interprete fedele» della Costituzione e delle leggi, di «architetto delle istituzioni» e di «risolutore» o «co-risolutore» in particolare modo nelle situazioni di carattere eccezionale e straordinario come le crisi economiche⁴⁷, la cui «*mission c'est de "dire le vrai"*»⁴⁸.

La storia del diritto dell'economia, infatti, mostra come l'analisi scientifica dei fenomeni giuridico-economici necessiti di un metodo tipico, peculiare, differenziato, certamente in ossequio al più generale metodo giuridico⁴⁹ nel quale anche l'evoluzione degli assetti istituzionali (le dinamiche, per l'appunto) riveste un ruolo di primo piano. Il tratto peculiare risiede, per l'appunto, nel cogliere i diversi profili della regolazione in relazione alla pluralità dei settori economici interessati,

⁴⁶ BOURGOIGNIE, *Dimensions nouvelles du droit économique contemporain*, in *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques*, n. 1, 1989, p. 3.

⁴⁷ Specificazioni valedoli, naturalmente, per il giurista in generale: cfr. TEOTONICO, *Dottrina, giurisprudenza ed evoluzione del diritto*, in *Dir. Pubbl Eur. – Rassegna online*, n. 1, 2023.

⁴⁸ KIRAT, *Le pragmatisme, l'économie et l'intelligence des règles juridique: leçon de la méthode institutionnaliste de John Rodger Commons*, cit., p. 4.

⁴⁹ NICO, *Alla ricerca della sovranità nello studio di Carlo Lavagna sulle figure giuridiche soggettive*, in *Rivista Aic*, n. 4, 2017, 10 dicembre 2017.

in un dato momento storico. Tale aspetto distintivo è corroborato dalla specialità scientifica della interdisciplinarietà quale momento di incrocio disciplinare – che potrebbe definirsi come il processo di ibridazione delle dinamiche complesse in campo giuridico-economico – volto a perseguire lo scopo comune della regolarità della regolazione dell'economia secondo un percorso giuridico di riferimento assiologicamente orientato: non pietrificazione giuridica impermeabile alle dinamiche storiche e istituzionali – quindi: ai cambiamenti, alle transizioni, agli adeguamenti parziali, agli assestamenti ordinamentali, alle integrazioni – ma adattamento della regolazione entro l'alveo dei principi e dei valori fondanti la comunità.

Occorre ribadire come una sistematica del complesso interrelarsi dei fenomeni economico-sociali⁵⁰ richieda competenze e conoscenze che si collocano su sponde disciplinari che appaiono lontane fra loro, ma che, tuttavia, convergono su uno specifico tema delineandone tracciati e orizzonti di valenza teorico-pratica utili ad affinare i differenti contorni contenutistici.

Superare l'atomizzazione disciplinare e l'iperspecializzazione costituisce uno degli obiettivi dello studio dei *problemi* (che, invero, si estendono ad ambiti anche non giuridici) secondo una visione globale e onnicomprensiva. La polverizzazione della ricerca, infatti, può mutilare una parte significativa di un certo tema da esplorare o di un problema oggetto di studio relegandolo entro confini convenzionali che, di fatto, ne condannano gli sviluppi speculativi all'emarginazione o alla sottovalutazione. La rifrazione (per tornare alla metafora del prisma prima evocata) di una riflessione speculativa e discorsiva sopra un tema-piramide tratteggia le potenzialità di sviluppo scientifico di un certo argomento oggetto di approfondimento. «La storia della scienza è un continuo passaggio dalle "cose" agli "oggetti"; dalle cose oggetto di una sola scienza alla cosa oggetto di sempre più

⁵⁰ GABRIELE, *Democrazia e potere economico fra dimensione sociale, sussidiarietà e controlimiti*, in *Rivista Aic*, n. 3, 2018, p. 1019 ss.

scienze»⁵¹. Così, più scienze, più saperi, alimentano l'analisi scientifica di contenuti valutativi, si collocano su più piani, su tecniche normative differenziate (regolazione, normatività, *soft law*⁵², ecc.) e livelli (istituzioni politiche, nazionali, sovranazionali e globali; attori istituzionali; soggetti ed entità o piattaforme non-formale che esercitano un'influenza nelle dinamiche economiche globali come, ad esempio, il G7-G8-G20⁵³; autorità di regolazione e reti di autorità; entità internazionali a carattere regionale). Taluni *topic*, pertanto, sono studiabili da più versanti scientifici e le singolarità delle proposizioni elaborate in chiave giuseconomica offrono uno spaccato peculiare, o comunque diverso, in termini di processo e di dinamiche istituzionali⁵⁴.

Il diritto dell'economia, allora, pertiene a queste dinamiche anche di sviluppo scientifico proprio in ragione delle superiori argomentazioni inerenti all'adozione di uno strumentario metodologico arricchito di ulteriori elementi che ne consentono la strutturazione non soltanto in quanto autonomo settore scientifico-disciplinare – un dato giuridicamente e culturalmente acquisito (salvo preconcette e strumentali manipolazioni o, peggio, esclusioni persino da talune progettazioni di corsi di laurea per finalità diverse) – ma anche quale formante cognitivo e analitico del sapere⁵⁵. L'esperimento epistemologico è quello di un'analisi che muove dall'insegnamento popperiano relativamente alla *molteplicità dei punti di vista* (come si diceva, in taluni casi anche, talvolta, extragiuridici) al fine di avviare un percorso di "sistemazione" di un problema. In definitiva, accrescere il livello di conoscenza

⁵¹ ANTISERI, *I fondamenti epistemologici del lavoro interdisciplinare*, Roma, 1975, pp. 20-21, *passim*.

⁵² MANFRELLOTTI, *Sistema delle fonti e indirizzo politico nelle dinamiche dell'integrazione europea*, Torino, 2004, p. 299; AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013, p. 14; SARTORI, *op. cit.*, p. 149.

⁵³ HERDEGEN, *Principles of International Economic Law*, Oxford, 2013, p. 33 ss.; ORLANDI, *Il commercio internazionale e sua regolamentazione: una storia dei trattati economici e commerciali*, Padova, 2016, p. 619 ss.

⁵⁴ La cui teorizzazione si deve a DI GASPARÉ, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, cit., p. 7 ss.

⁵⁵ MILLARD, *Teoria generale del diritto*, Torino, 2009, p. 25.

significa tracciare un processo di correzione degli errori: «la ricerca interdisciplinare (...) si può attuare quasi sempre e dovunque»⁵⁶. Nello studio giuseconomico della realtà effettiva, dunque, la definitività del processo cognitivo/scientifico è sempre presunta, e, dunque, andrebbe considerata come rimodulabile in quanto ontologicamente adattiva e irradiante nei suoi profili dinamici, per riprendere la teoria della falsificazione di Popper in base alla quale è scientificamente apprezzabile una tesi emendabile, cioè smentita dai fatti dell'esperienza.

La tesi dell'autonomia scientifica del diritto dell'economia, per come è andata evolvendosi nel corso degli ultimi anni assai ricchi di elaborazioni teoriche come consolidatesi alla luce delle più recenti proposizioni, necessiterebbe, a questo punto, di argomentazioni *a contrario* (cioè di confutazioni argomentate).

Si torni a riflettere su uno dei caratteri identitari del diritto dell'economia, in particolare della sua interdisciplinarietà definibile ontologica. Si è detto poc'anzi che essa consegna un tracciato argomentativo a più fasi, a più voci e su più livelli: non una singola fattispecie giuridica – sia essa di natura ascrivibile alle tradizionali partizioni del diritto – ma, dato un tema d'indagine, una disamina descrittiva/costruttiva/analitica che si staglia a partire dal diritto positivo, ne affronta la varietà dei profili disciplinari, e irrompe sui livelli di governo. L'approccio prescelto può riguardare discipline, o quanto meno oggetti delle medesime, che, sebbene autonome sul piano scientifico e didattico (un'esigenza, quest'ultima già affermata in passato⁵⁷), possono contribuire ad offrire una lettura ampia – sotto certi aspetti inesauribile – di un certo tema oggetto di esame o di interpretazione, non un'interpretazione solitaria o monologica che finirebbe per sottostimare il dato materiale riducendolo a ragguaglio tecnico, ma analisi del contesto di riferimento

⁵⁶ ANTISERI, *op. cit.*, p. 51.

⁵⁷ SAVATIER, *L'enseignement du droit économique dans les pays non socialistes*, in *Il dir. Dell'econom.*, n. 1, 1967, p. 1 ss.

per evitare l'iterazione servile dell'interpretazione sia dei fatti sia delle norme⁵⁸.

Il diritto dell'economia (nella sua configurazione plurale, vale a dire sia in termini di oggettualità⁵⁹ sia di dinamicità del fenomeno giuridico-istituzionale) è l'ambito oggettuale/tematico/scientifico dell'itinerario da percorrere al fine di porre i presupposti dell'esplorazione di un fenomeno d'interesse giuridico, in termini cioè di un percorso argomentativo multifattoriale, secondo una configurazione definibile a vasi comunicanti. La multifattorialità dell'approccio è intrinsecamente connessa alla polarità degli apporti tematici, che riguardano, richiamano, collegano e, in taluni casi, determinano i fenomeni giuridico-economici. Si tratta, dunque, di un discorso sui fattori plurali in ordine alle origini e agli effetti delle dinamiche giuridiche, sociali, istituzionali e politiche all'interno di un ordinamento giuridico dato. Anzi, in molti casi, tali fattori plurimi, ricostruiti in sistema, sono in grado di spiegare le ragioni sottese alle scelte ordinamentali in un contesto giuridico-sistemico qualificato (come, ad esempio, la Costituzione, i trattati internazionali, ecc.). Quelli ora descritti sono fattori che, nella società odierna, risultano perlopiù plasmati dai fatti e regolati da norme "deboli" – generatori di un corto circuito tra l'astrazione propria del diritto in relazione alla complessità delle pratiche economiche⁶⁰ – , un *modus agendi* conformato dalle fonti del diritto dell'economia sempre più "vincolato" dalla regolazione giuridica dell'Unione europea⁶¹: frutto di formule decisionali da parte di soggetti regolatori di un determinato settore da cui emerge l'esigenza stessa della regolazione⁶².

Con l'erompere della società globale le dinamiche dell'economia hanno

⁵⁸ STAMATIS, *La concrétisation pragmatique des normes juridiques*, in *Revue Interdisciplinaire d'Études juridiques*, n. 2, 1993, p. 1 ss.

⁵⁹ GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 15.

⁶⁰ KIRAT, VIDAL, *op. cit.*, p. 4.

⁶¹ LEMMA, STRIPPOLI, *Sistema delle fonti*, in PELLEGRINI (a cura di), *Corso di diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 105 ss.; MAIMERI, *Le fonti nel diritto dell'economia*, in *Dir. Banca Mercato Finanz.*, n. 3, 2021, p. 351 ss.

⁶² BUCALO, *Riflessioni su soft law e autorità indipendenti anche nella prospettiva di alcune recenti pronunce giurisprudenziali*, in *Persona e Amministrazione*, n. 1, 2022, p. 519 ss.

superato il guado della regolazione pubblicistica, con l'effetto di considerare sempre meno "necessario" l'*hard law*: la rapidità dell'assunzione delle decisioni in campo economico mal si concilia, ad esempio, con l'*iter* (ritenuto eccessivamente farraginoso e comunque soggetto a dinamiche politico-parlamentari che, spesso, ne rallentano la formazione) di approvazione della legge ordinaria, i mercati (soprattutto quelli finanziari, ma anche il mercato della rete) cercano "luoghi" remoti avulsi dai controlli e dai sistemi di vigilanza, e così via.

Una prima parziale conclusione del discorso sin qui svolto consente di affermare che *il metodo del diritto dell'economia è il diritto dell'economia* quale strumento interdisciplinare d'indagine di un complesso di fonti normative (costituzionali, sovranazionali, primarie, secondarie) che involge le istituzioni plurilivello e globali quali soggetti regolatori o interventori nell'economia: metodo teorico-pratico arricchito dalle dinamiche e dai contesti giuridico-economici di un determinato momento storico nel quale trovano (dovrebbero trovare) piena legittimazione democratica gli elementi fenomenologici tipici dei sistemi politici (sistemi elettorali, ruolo delle comunità intermedie, organizzazione istituzionale, funzione giurisdizionale, e così via), in un continuo scambio di apporti e di teorie che coronano la materia di una molteplicità di punti di osservazione.

La complessità dei fenomeni studiati incorpora fattori istituzionali e culturali e fa crescere il bisogno illimitato di saperi⁶³; il diritto dell'economia, ontologicamente metodo scientifico con proprie radici culturali e storiche, consente, dunque, di esaminare una determinata tematica avvalendosi di un apparato di conoscenze teoriche applicate all'esperienza giuridica e metodo *per se*.

Per tale ragione la prospettiva multidisciplinare – che si differenzia dalla interdisciplinarietà essendo una metodica che comprende le concezioni delle singole discipline senza integrarle fra loro – mostra di possedere lo strumentario e

⁶³ LARMORE, COSTA, *A che serve il sapere? Una conversazione*, in *Le parole e le cose*, 6 agosto 2015.

le tecniche d'indagine scientifica per consentire lo svolgimento di analisi approfondite dei differenti fenomeni giuridici, economici e sociali per ricondurli ad unità attraverso il metodo interdisciplinare. Ma, soprattutto, il metodo interdisciplinare aiuta a rivedere in forma critica precedenti elaborazioni, magari adeguandole alla realtà e, anzi, contribuendo alla diffusione di saperi avulsi dalla medesima e riorganizzando categorie e istituti ritenuti patrimonio esclusivo di una determinata disciplina. Si tratta del tentativo di ricondurre ad unità una tematica che genera da più poli o fonti, i quali si chiamano vicendevolmente in causa, ciascuno di essi consapevoli della multiformità del reale⁶⁴. In questo modo, i diversi saperi si avvicinano per ricercare gli elementi di congiunzione contenutistica singolare al fine di addivenire ad una elaborazione concettuale multifattoriale e plurale creatrice di identità peculiare.

Le competenze specialistiche o iperspecialistiche, tuttavia, sembrano essere superate da un nuovo approccio ai problemi. Nell'arena globale dei saperi e delle conoscenze tecniche l'approccio transdisciplinare, quale "luogo" del dialogo e delle connessioni fra conoscenze e temi, permette di configurare nuove prospettive di studio: tema attraversato da più saperi che trova nella congiunzione della disciplina del diritto dell'economia il suo luogo di elezione. Oggi più che mai, il giurista, l'economista, il sociologo possono contribuire allo studio delle scienze sociali ed umanistiche mettendo a disposizione conoscenze, ricerche, strumenti, metodi, indicatori che possono aiutare a "costruire" prospettive di analisi ad ampio spettro. Si tratta di un metodo attraverso il quale possono essere considerati temi e problemi nel loro interrelarsi a maggior ragione quando si è dinanzi alla *complessità*. Il diritto dell'economia, allora, diviene l'osservatorio privilegiato per quel che concerne il rapporto intercorrente tra economia, istituzioni e società nel quadro di quello che può essere considerato come il primo livello dell'analisi

⁶⁴ VESCOVI, *Cultura e interdisciplinarietà: quali legami e quali opportunità*, in *Cqia Rivista*, n. 1, novembre 2010, reperibile *online* al sito www.data.unibg.it.

scientifica per il tramite del metodo del diritto dell'economia.

Quello che fino all'avvento dello sviluppo dell'economia globale era rappresentato dalla Costituzione, oggi migra verso luoghi più lontani, spesso invisibili e inafferrabili. I confini fisici e le sovranità facevano da scudo alle "invasioni" esterne, proteggevano l'economia dalle merci di altri Paesi. Il rapporto tra economia, istituzioni e realtà giuridica era assai stretto, strutturato al fine della garanzia del benessere collettivo e in funzione di coordinamento delle attività economiche pubbliche e private. Il sistema fiscale era strettamente connesso alle esigenze della programmazione: il principio della capacità contributiva demarcava l'apporto che ciascuno avrebbe dato alla programmazione del bene comune, anche alla luce del rapporto tra etica e fiscalità nella sua relazione biunivoca tra chi stabilisce le regole ed è tenuto a farle osservare e la dimensione della doverosità⁶⁵; la teoria del bilancio funzionale costituiva il punto di riferimento dell'azione finanziaria dello Stato, che programmava per garantire la più ampia erogazione di servizi collettivi in attuazione della teoria del bilancio funzionale; il sistema delle partecipazioni statali era il portato della cultura dell'assunzione singolare da parte di un pubblico potere di un'attività produttiva, sia essa di beni o di servizi, non soggetta a collettivizzazione⁶⁶; le vicende dello Stato pluriclasse⁶⁷ hanno dimostrato come quanto più si ampliava la rappresentanza politica tanto più venivano in evidenza le esigenze di garanzia dei diritti sociali (depotenziata dai vincoli finanziari e di bilancio⁶⁸).

La regolazione giuridica del fenomeno economico è stata particolarmente

⁶⁵ BUZZACCHI, *La solidarietà tributaria. Funzione sociale e principi costituzionali*, Milano, 2011, p. 41.

⁶⁶ GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 159 ss.

⁶⁷ GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, 1986, Bologna, p. 69 ss.

⁶⁸ SILVESTRI, *Costituzionalismo e crisi dello Stato-nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2013, p. 907; GABRIELE, *Diritti sociali, unità nazionale risorse (in)disponibili: sulla permanente violazione-inattuazione della prima parte (quella intoccabile!) della Costituzione*, in *Rivista Aic*, n.3, 2013, p. 1 ss.

significativa al momento in cui è stato compiuto il passaggio dalla c.d. costituzione economica democratico-liberale alla c.d. costituzione democratico-sociale⁶⁹, con interventi rivolti all'ampliamento dei servizi resi in favore della collettività. Il processo di modernizzazione del Paese, favorito dalla crescita del PIL, ha favorito per l'appunto la nascita dello Stato programmatore con l'obiettivo della riduzione degli squilibri sociali ed economici ed il recupero della stabilità degli organismi di governo agenti sotto l'ala del Comitato ministeriale per la programmazione economica⁷⁰.

2.1. Il concetto di *Wirtschaftsrecht*, almeno secondo una parte della dottrina tedesca⁷¹, ad esempio, si articola in proposizioni ampie, e pone la questione dell'esigenza della regolazione dei *fatti* economici e commerciali verso finalità di ordine politico e sociale: norme di scopo inerenti al conseguimento degli obiettivi posti dall'ordinamento giuridico. Invero, osservando una ricostruzione storica recentemente proposta, il *Wirtschaftsrecht (Economic Law)*⁷² viene considerato «non semplicemente una torcia per identificare i punti ciechi nel pensiero dottrinale contemporaneo; [esso] rappresentava anche un dispositivo concettuale per aiutare ad avanzare l'aspirazione verso la giustizia politica ed economica nel contesto di uno stato sociale in erba»⁷³.

Si tratta di un itinerario teorico che nasce dal movimento culturale volto a considerare la struttura unitaria dell'impresa quale soggetto non soltanto vocato all'esperienza individualistica ma proiettato in uno scenario più esteso, onnicomprensivo, con una struttura organizzativa stabilizzata nella quale

⁶⁹ GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, cit., p. 149 ss.

⁷⁰ DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, cit., p. 155 ss.

⁷¹ HOFMANN, *Grundlagen des Internationalen Wirtschaftsrechts*, in *Skript Internationales Wirtschaftsrecht*, Winter semester, 2013/2014, p. 1 ss., paper.

⁷² ENDERS, *Grundzüge des Internationalen Wirtschaftsrechts*, Munchen, 2021, p. 1 ss.

⁷³ ZUMBANSEN, *Economic Law: Anatomy and Crisis*, in *Journal of Law and Political Economy*, 2021, p. 467 (traduzione mia).

ricomprendere il complesso dinamico e sociale delle attività economiche⁷⁴. E, infatti, sin dalle proposizioni concettuali di uno dei più rilevanti contributi di Rudolf Wiethölter⁷⁵ sull'argomento, la necessità di "bilanciare" l'*homo oeconomicus* per un'economia di mercato razionalizzata con l'*homo socialis* e l'*homo politicus* per una democrazia (economica) moderna diviene l'obiettivo fondamentale del nascente *welfare state*, al di là dei confini della teoria dicotomica che separa il pubblico dal privato: tale impostazione mira, per l'appunto, a risolvere l'antagonismo tra il "non politico" (il privato) e il pubblico (lo Stato). Il periodo storico che meglio caratterizzerebbe questa impostazione, almeno in Germania, sarebbe quello tra la prima e la seconda guerra mondiale che segna il passaggio dallo Stato guardiano allo Stato sociale⁷⁶. Non, dunque, solo diritto dei merca(n)ti – più vicino alla teorica del *droit des affaires* (che peraltro parte della dottrina francese considera non autonoma quale disciplina giuridica⁷⁷) – ma soprattutto positivizzazione dei rapporti economici. La stessa nozione di *droits des affaires* si evolve dal punto di vista concettuale in termini di regole applicabili all'impresa, teoria inclusiva di elementi pluridisciplinari, tanto che, al piano dell'elaborazione teorica, la dottrina francese individua un elemento evolutivo del suddetto *droit des affaires* per l'appunto nel *droit économique* o, talvolta, quale suo sinonimo, nel *droit de l'entreprise*, sia pluralità di regole giuridiche inerenti all'economia sia diritto dell'intervento pubblico in campo economico. In definitiva, sempre alla luce della dottrina, francese, con l'evoluzione tecnologica e l'affermazione del capitalismo, la nozione di *droit commercial* oggettivo e soggettivo sarebbe incapace di tenere insieme tutti gli aspetti delle dinamiche giuridiche dell'impresa e della "vita degli

⁷⁴ MAZZARELLA, *L'impresa – Il contributo italiano alla storia del pensiero*, 2012, reperibile online al sito www.treccani.it.

⁷⁵ WIETHÖLTER, *Die Position des Wirtschaftsrechts im sozialen Rechtsstaat, Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung. Festschrift zum 70. Geburtstag von Franz Böhm*, 16 Februar 1965, p. 41 ss.

⁷⁶ ZUMBANSEN, *op. cit.*, p. 468.

⁷⁷ ALFANDARI, *Droit des affaires*, Paris, 1993, p. 5.

affari”⁷⁸.

Invero, la contiguità del diritto dell’economia con il diritto amministrativo (talvolta declinato come diritto amministrativo dell’economia⁷⁹) è anch’essa questione risalente: dal punto di vista dell’insegnamento della materia, ad esempio, il diritto (pubblico) dell’economia, tempo fa, era impartito quale corso speciale e, comunque, la sua origine era strettamente connessa al diritto amministrativo. Si tenga conto che il *droit public économique* non concerne soltanto la regolazione delle attività economiche ma anche la collaborazione fra soggetti pubblici e privati – posto che il pubblico non ha il monopolio della tutela degli interessi generali⁸⁰ – nella loro qualità di entità cooperanti (sulle cui funzioni occorrerebbe, comunque, agire con «estrema cautela»⁸¹ perché, in effetti, non è con l’attribuzione ai privati della autoregolazione, totale o parziale, in un determinato settore o attività economica, che si conseguono necessariamente finalità di interesse pubblico) quali promotori del mercato, l’esercizio da parte statale del diritto di agire come fornitore di beni e servizi, l’attività di promozione/direzione delle attività economiche, del mercato e dei suoi operatori.

Sullo sfondo, s’intravede la dualità tra diritto ed economia nella quale i due elementi sembrano muoversi su fronti apparentemente antitetici e che si trovano più su di un terreno di opposizione che di affinità⁸², o comunque si collocano dentro

⁷⁸ CHAMPAUD, *Le droit des affaires*, Paris, 2e éd., 1984; CABRILLAC, *Vers la disparition du droit commercial*, Études Foyer, 1997, p. 329; HUMANN, «*Notion de droit des affaires*», in *Fiches de Droit des affaires. Rappels de cours et exercices corrigés*, sous la direction de Humann, Paris, Ellipses, 2019, p. 5-10, reperibile online al sito: <https://www.cairn.info/fiches-de-droit-des-affaires--9782340033672-page-5.htm>.

⁷⁹ BOURGOIGNIE, *op. cit.*, p. 8; HOFMANN, *op. cit.*, p. 1.

⁸⁰ LOMBARD, *Irréductible intérêt général*, in *Actualité Juridique Droit Administratif*, 2006, p. 1809.

⁸¹ BRUTI LIBERATI, *Poteri privati e nuova regolazione pubblica*, in *Dir. Pubbl.*, n. 2023, p. 289.

⁸² KIRAT, VIDAL, *Le droit et l’économie: étude critique des relations entre les deux disciplines et ébauches de perspective renouvelée*, in *Annales de l’Institut André Tunc*, 2005, p. 2.

la teorica del potere neutro come elementi autoreferenziali⁸³, ma che, alla fine del percorso, trovano un punto di connessione, funzionale e teorico, nel seno del diritto dell'economia; tratto identificativo della regolazione pubblicistica del fatto economico in funzione della socialità e della tutela dei nuovi diritti – quale portato della interconnessione tra la «continua espansione del novero dei diritti individuali» e la sua collocazione nell'alveo culturale del della concezione «individualistico libertaria dei diritti»⁸⁴ – che emergono a seguito dell'erompere dell'innovazione tecnologica in termini di impatto su numerosi campi del diritto e dell'economia⁸⁵.

Non solo, ma l'incontro tra diritto ed economia – impossibile da trattare in forma statica ma necessariamente nella sua storicità⁸⁶ – avviene anche al piano della regolazione dei mercati quale strumento di controllo e di vigilanza⁸⁷, a quello delle nuove tecnologie in campo finanziario⁸⁸, fino al diritto dei consumatori: regolazione giuridica dei mercati finanziari, dunque, ai quali sono affiancati operatori diversi, che non sono più da considerarsi separatamente essendo i loro confini assai labili. Le interferenze e, talvolta, le sovrapposizioni fra i diversi mercati finanziari, spostano la questione del metodo dal piano strettamente domestico a quello internazionale, ad esempio, con un sistema di vigilanza sovranazionale

⁸³ MANFRELOTTO, DAGOSTINO, *La BCE come autorità amministrativa europea*, in BARONE, DRAGO (a cura di), *La funzione di vigilanza della Banca centrale europea. Poteri pubblici e sistema bancario*, Roma, 2022, p. 15.

⁸⁴ CARTABIA, *I "nuovi" diritti*, in *OLIR*, febbraio 2011, p. 14, reperibile online al sito: [https://scienze politiche.unical.it/bacheca/archivio/materiale%20%20/18/Corso%20diritti%20e%20cittadinanza%20-%202019-2020/2.CARTABIA%20\(17%20pgg\).pdf](https://scienze politiche.unical.it/bacheca/archivio/materiale%20%20/18/Corso%20diritti%20e%20cittadinanza%20-%202019-2020/2.CARTABIA%20(17%20pgg).pdf).

⁸⁵ BOURGOIGNIE, *op. cit.*, p. 9 ss.

⁸⁶ CAPRIGLIONE, *Introduzione allo studio del diritto dell'economia*, in PELLEGRINI (a cura di), *Diritto pubblico dell'economia*, II ed., cit., p. 4 ss.

⁸⁷ Sulla vigilanza, nei diversi mercati, v., fra gli altri, GIUSSANI, *Il Meccanismo di Vigilanza Unico: primo pilastro dell'Unione bancaria o ingiustificata lesione del principio di sussidiarietà?*, in *Eurojus.it*, 20 novembre 2014; CIRAIOLO, *Il Regolamento UE n. 1024/2013 sul meccanismo unico di vigilanza e l'unione bancaria europea. Prime riflessioni*, in *Amministrazione incammino.luiss.it*, 5 maggio 2014; DI GASPARE, *Autonomia in dipendenza della Banca d'Italia?*, in *Forumcostituzionale.it*; DONATI, VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, XII ed., Milano, 2019, p. 15 ss.; CALDERAZZI, *La funzione organizzativa del capitale nell'impresa bancaria*, Torino, 2020, p. 82 ss.

⁸⁸ GRECO, *Tecnologia a registro distributivo e infrastrutture dei mercati finanziari: più riforma che rivoluzione*, in AMMANNATI, CANEPA (a cura di), *Tech Law*, cit., 191 ss.

strutturato caratterizzato dalla integrazione positiva in termini di regolazione armonizzata e di predisposizione di un sistema di vigilanza prudenziale uniforme⁸⁹.

Insomma, il superamento della teoria hegeliana della complementarità fra diritto ed economia conduce ad un approdo concettuale nel quale si afferma la teorica dei sistemi quali elementi alternativi al piano della regolazione. Invero, il “versante economicista” fa leva sulla complessità delle società il cui superamento non può che avvenire per il tramite dell’economia: si comprende come, in questa prospettiva, la norma giuridica costituisca un intralcio, un’intromissione, un paletto scomodo che avrebbe quale suo effetto la compromissione efficientistica delle istituzioni⁹⁰. Il che giustificherebbe, dunque, la progressiva eliminazione (o la riduzione) dello Stato dalla gestione dell’economia e la conseguente dismissione di eventuali attività in mano pubblica, oltre che, al piano istituzionale, un forte decentramento delle funzioni. Il diritto, al contrario, attenuerebbe le asperità che si riverberano nel tessuto sociale a causa degli effetti prodotti da un’eccessiva devoluzione alle dinamiche mercato delle garanzie sociali (diritti sociali *nel* mercato), innescando un meccanismo sperequativo fonte di disuguaglianze: il rimedio sarebbe, dunque, secondo questa impostazione, lo Stato sociale che avrebbe fra i suoi obiettivi, per l’appunto, l’equa redistribuzione del reddito.

In tal guisa, le diversità ideologiche disegnano un potenziale campo di conflitto nel quale i giuristi, ad esempio, assumono quale asse portante delle argomentazioni la propria conoscenza del fenomeno economico causando una sincronia fra diritto ed economia o spostando puramente e semplicemente al momento organizzativo la configurazione del sistema economico.

⁸⁹ BORRELLO, E. CASSESE, GNES, VESPERINI, *Il controllo sui mercati finanziari*, in CASSESE (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2021, pp. 215-216.

⁹⁰ ZATTI, *Un’occasione per i giuristi di riflettere sul futuro del diritto dell’economia*, in *Diritto e Cultura*, n. 1-2, 2005, p. 309.

2.2. Centro gravitazionale delle attività economiche, il mercato, nella visuale efficientista della *law and economics* (teorica spesso maneggiata con poca cautela da chi presenta scritti descrittivi, ripetitivi del pensiero altrui⁹¹ e, non di rado, accademicamente non corretti al piano del metodo⁹²), tendenzialmente, può migliorare lo *status* di un soggetto a scapito di un altro: equilibrio precario che nulla dice della distribuzione delle risorse e in base a quali criteri essa viene effettuata; e, soprattutto, se si volesse considerare la critica alla teoria del liberismo, i diritti delle collettività trovano spazio solo *entro* le dinamiche del mercato.

Esso, in definitiva, secondo una dottrina, si focalizza, prevalentemente, sul diritto privato e sui suoi istituti, con autorevoli eccezioni perlopiù derivanti dalla dottrina pigouviana, quali, ad esempio, il diritto finanziario pubblico e la legislazione *antitrust*⁹³: più nello specifico, la soluzione al problema delle esternalità, per Pigou, va risolta con lo strumento del diritto pubblico piuttosto che con il diritto privato e, soprattutto, nell'ipotesi di costi sociali elevati nello svolgimento dell'attività d'impresa, con l'assegnazione di un aiuto pubblico se il costo sociale risulti più alto dell'attività meritoria ovvero con un'imposta se il rapporto fosse invertito⁹⁴.

La *law and economics*, o quanto meno la sua diffusione quale «corrente di studi», è animata dal tentativo di ricucitura del «rapporto con il mondo fattuale che il formalismo giuridico aveva spezzato»: l'economia quale scienza privilegiata avrebbe compiuto la sua funzione di guida del giuridico fornendo a quest'ultimo «categorie ordinanti di ampio respiro»⁹⁵. Solo che lo spettro di analisi del diritto è assai più ampio rispetto a quello dell'economia dato che considera variabili come la

⁹¹ Come rileva anche TEOTONICO, *Contributo alla riflessione sul lascito di Vittorio Emanuele Orlando nel diritto pubblico*, Bari, 2018, p. 25.

⁹² ...cioè con citazioni spesso di seconda mano, soprattutto dei testi in lingua inglese, francese e tedesca.

⁹³ ROSE-HACKERMANN, *op. cit.*, p. 53 ss.

⁹⁴ Cfr. PARDOLESI, *Profili comparatistici di analisi economica del diritto privato*, Bari, 2015, pp. 25-26.

⁹⁵ Così FERLITO, *Il volto beffardo del diritto. Ragione economica e giustizia*, Milano-Udine, 2016, p. 267.

politica, l'etica e la giustizia quali elementi costitutivi dell'ordine giuridico. E, del resto, proprio le successive elaborazioni scaturite dalla corrente di pensiero su indicata indicano sfumature e precisazioni che la collocano su un piano differenziato di analisi arricchendo di contenuti una teorica fattasi strada perlopiù nelle realtà nelle quali era già presente, per dir così, il seme dell'individualismo liberista. L'orizzonte è pur sempre l'economia e, in particolare, l'economia di mercato (ritenuta) ostacolata o comunque limitata dalle norme giuridiche che, presuntivamente, si frappongono allo sviluppo incondizionato dell'economia: sia la costruzione sia l'evoluzione delle regole giuridiche sarebbero una questione di pura logica economica⁹⁶. Insomma, l'individualismo metodologico diviene la spada impugnata contro le norme giuridiche al fine di rendere inoffensiva la loro precettività. L'irradiazione dell'analisi economica del diritto applicata, ad esempio, alle norme costituzionali o a quelle che regolano le altre giurisdizioni, sconta, per dir così, un vizio d'origine: mentre per il giurista la norma giuridica appare come uno strumento di per sé indirizzato a svolgere la sua funzione di indirizzo di determinati eventi, per l'economista una tale impostazione non viene considerata come la soluzione ottimale per regolare le dinamiche spontanee del mercato che, infatti, vanno lasciate libere. Se si pensa agli sviluppi successivi, oltre tutto, l'accentuarsi della posizione normativa dell'analisi economica del diritto conduce a risultati se possibile ancora più "radicali", nel senso che, una volta verificati gli effetti prodotti dalle norme, ad esempio al piano macroeconomico, viene in evidenza la trasposizione di tali esiti in formulari di varia intensità tendenti ad articolare una politica del diritto tendente a disarticolare quegli esiti macroeconomici – se ritenuti non conformi alle ragioni di mercato – dalla successiva regolazione. Ed allora: è in questo contesto che l'efficienza economica diviene il parametro di valutazione della

⁹⁶ SOUCHE, *De l'évolution pragmatique du droit face aux réalité économiques. La concurrence des droit sur le domaine public*, in *Politique et Management Public*, vol. 24, n. 1, 2006, p. 100.

norma giuridica⁹⁷.

La versione della prevalenza dell'economico sul giuridico si afferma, poi, progressivamente in Europa con l'erompere dell'economia sociale di mercato quale precipitato dell'ordoliberalismo: un percorso di giuridicizzazione di tale ordito culturale che muove dalla (pur positiva) esperienza socialdemocratica tedesca per diventare il modello economico sovranazionale al quale si sono ispirate le politiche degli ultimi decenni consistenti nei vincoli finanziari pubblici, nelle regole numeriche, nel controllo (spesso rigido) degli aiuti concessi dagli Stati alle imprese e alle attività produttive, nella prevalenza delle politiche monetarie, nelle incursioni nella competenza esclusiva statale in materia tributaria, e così via.

2.2.1. Ed allora: la regolazione pubblica delle attività economiche e dei mercati aspira a rendere socialmente compatibile – in molti casi si parla di tollerabilità, proposizione concettuale di inequivoco orientamento – con l'economia di mercato la tutela dei diritti delle collettività e stabilisce le norme della redistribuzione delle risorse del bilancio (determinando le regole che sovrintendono alla finanza pubblica ai fini della allocazione delle risorse in funzione redistributiva)⁹⁸.

Quest'ultimo profilo si colloca a pieno titolo negli studi fenomenologici del diritto dell'economia giacché proprio le interdipendenze fra ordinamenti ed economie rende la problematica della sostenibilità del bilancio non solo inerente alle modalità di allocazione delle risorse – tema relevantissimo che involge una pluralità di questioni basiche degli Stati democratici e sociali (si pensi alle prestazioni⁹⁹) – ma anche alla “convivenza” – spesso sofferta – delle scelte

⁹⁷ V. ancora FERLITO, *op. cit.*, p. 270 ss.

⁹⁸ LUCHENA, *Finanza pubblica*, in BANI, DI PORTO, LUCHENA, SCOTTI, *op. cit.*, p. 349 ss.

⁹⁹ PINTO, *Origine ed evoluzione del diritto del lavoro*, in DI STASI, GIUBBONI, PINTO, *Lezioni di diritto del lavoro*, Bologna 2021, p. 30 ss.

compiute nel quadro della politica di bilancio con le maglie strette dei vincoli europei di finanza pubblica. Ne consegue la realizzazione di un rapporto ricco di variabili che prende forma proprio a partire dalla transizione dallo Stato liberale allo Stato moderno, periodo nel quale la regolazione degli affari e delle attività economiche assume rilievo nel quadro del *governo dell'economia*.

Se i prodromi del diritto dell'economia, possono farsi risalire, convenzionalmente, dal momento in cui lo Stato assume compiti d'intervento in campo economico e, massimamente, al momento dell'affermazione e degli sviluppi dello Stato sociale, la sua crisi, invero, coincide proprio con l'eccesso di intervento in campo economico, con i noti effetti ingenerati dalla progressiva affermazione della teorica dell'astensionismo dello Stato dagli affari economici, fino a giungere alla fase coincidente con il processo dell'instaurazione dell'economia di mercato, della sua trasformazione nella finanziarizzazione dell'economia¹⁰⁰, dell'erompere del c.d. diritto globale¹⁰¹, e così via. Progressione che vede il suo culmine con l'introduzione di regole e parametri che relegano lo Stato ad esecutore di politiche assunte altrove e, in particolare, entro un territorio disciplinare avvolgente e condizionante.

Una teorica, tuttavia, che sconta un vizio d'origine: la considerazione in base

¹⁰⁰ Sull'argomento GALLINO, *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Torino, 2013, sottolinea: «Che nel corso della sua finanziarizzazione l'economia abbia attraversato in forze i confini della politica, è un fatto che stato osservato da molti. In genere, esso viene interpretato come una sorta di sconfitta della politica, ovvero di una sopraffazione che essa avrebbe subito. Il sistema finanziario, si afferma in conformità a tale interpretazione, ha saputo sviluppare nuovi strumenti di risparmio, di investimento, e di gestione dei patrimoni, i quali hanno approfondito a dismisura la penetrazione della finanza sia nelle imprese di ogni settore dell'economia, sia nelle famiglie. (...) La conclusione che si suole trarre è che dinanzi a simili interventi dell'economia nel suo stesso campo, la politica non può che prenderne atto. (...) Lo fa trasformando i suoi stessi fini. (...) Di conseguenza, anziché prefiggersi di regolare l'economia per adattarla alla società, la politica si è impegnata ad adattare la società all'economia. In luogo di proteggere i cittadini dall'insicurezza socio-economica, essa si propone tutt'al più di fungere da soccorritore di ultima istanza nei confronti di coloro che più direttamente sono stati colpiti da questa» (pp. 20-21). Inoltre, CAPRIGLIONE, *Mercato regole democrazia. L'UEM tra euroscetticismo e identità nazionali*, Torino, 2013, p. 17 ss.

¹⁰¹ Per un'analisi comparativa in ordine ai diversi approcci, v., fra gli altri, AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, cit., p. 13 ss.; CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, 2021, p. 3 ss., *passim*; SARTORI, *op. cit.*, p. 148.

alla quale gli Stati avrebbero irrimediabilmente perso la loro funzione di direzione dell'economia in chiave sociale o, almeno, di indirizzo della medesima. La spesso evocata perdita dell'esercizio della sovranità¹⁰², per effetto della quale gli Stati hanno modificato il loro *modus agendi* nell'economia, non implica la simultanea, totale e definitiva rinuncia della medesima: al contrario, considerata la sua ontologica unitarietà la sovranità è sempre soggetta a revoca ed anzi è proprio nel momento della sua "cessione" (anche, eventualmente) parziale che lo Stato la esercita *in toto* (possibilità di revoca, del resto, ammessa, nel caso del diritto UE, dall'art. 50 TFUE)¹⁰³. Tale circostanza, in ogni caso, non lascia indifferente almeno parte della dottrina che afferma la necessità di un diritto dell'economia in termini di governo (effettivo e democratico) dell'economia, di valorizzazione dei profili sociali della c.d. costituzione economica¹⁰⁴, quali fattori ordinatori della regolazione pubblica dell'economia.

Invero, è la stessa concezione di *Rechtsstaat* che, palesando «un'ambiguità di fondo che non a caso è alle origini dell'attuale crisi della dottrina dello Stato»¹⁰⁵, fa riferimento e si identifica con l'individualismo liberale. In seguito, quello che è stato definito come il *rule of law* del mercato è stato *esportato* per rendere persuasiva la

¹⁰² VALVO, *Il ruolo dell'Unione europea nel quadro della nuova politica mondiale cosmopolita*, in CAGGIANO (a cura di), *Integrazione europea e sovranazionalità*, Bari, 2018, p. 151 ss.

¹⁰³ Cfr. VALVO, *op. cit.*, p. 153.

¹⁰⁴ PIZZORUSSO, *Su alcuni problemi in materia di fonti del diritto pubblico dell'economia*, in AA.VV., *Scritti in ricordo di D. Serrani*, Milano, 1984, p. 6; AMOROSINO, *La "Costituzione economica": note esplicative di una nozione controversa*, in PELLEGRINI (a cura di), *Corso di diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 125 ss.; PICOZZA, RICCIUTO, *op. cit.*, p. 57 ss.; CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Roma-Bari, 2017, p. 3 ss.; AMOROSINO, *Le dinamiche del diritto dell'economia*, cit., p. 11 ss.

Fra le norme della c.d. Costituzione economica si considerino, oltre a quelle inerenti alla disciplina delle attività economiche (articoli dal 41 al 47), anche quelle in materia di lavoro (articoli dal 35 al 38), quelle in materia di libertà sindacale e di sciopero (CIARLO, *Lo sciopero tra fatto e diritto nella fase costituente: Italia e Francia*, in DE SIERVO (a cura di), *Scelte della Costituente e cultura giuridica, II, Protagonisti e momenti del dibattito costituzionale*, Bologna, 1980, p. 341 ss.; ROSELLI, *La dimensione costituzionale dello sciopero. Lo sciopero come indicatore delle trasformazioni costituzionali*, Torino, 2005, p. 47 ss.), nonché quelle relative alla partecipazione del lavoratore alla gestione delle imprese e, infine, le disposizioni in materia di bilancio.

¹⁰⁵ CARRINO, *La dottrina dello Stato e la sua crisi*, Modena, 2014, p. 12.

legittimazione di un ordine economico¹⁰⁶ che pretende di levare l'ancora delle dinamiche dell'economia dalle maglie strette del diritto.

Si comprende, dunque, come, ad esempio, alla luce dell'impostazione di Ronald Coase, il diritto dovrebbe (in)seguire il mercato, imitandolo in termini di accreditamento come «ordinamento giuridico desiderabile solamente nella misura in cui [promuova] l'efficienza economica». L'egemonia culturale di questo orientamento ha nutrito di sé le politiche economiche *post* caduta del muro di Berlino, filone scientifico, politico e culturale che prende le mosse dal c.d. *Washington consensus* e ancor prima dalle proposizioni di Richard von Coudenhove-Kalergi (qui ricordato al di là delle presunte teorie dei complotti, ma esclusivamente dal punto di vista ricostruttivo dei presupposti culturali), prodromiche alla formazione dell'entità sovranazionale¹⁰⁷: delegittimazione del controllo pubblico sul mercato e riduzione delle politiche sociali.

In tale contesto, «non è più il diritto a dettare le regole ed i limiti dell'attività economica valutandone (in chiave di giustizia) l'ammissibilità. È piuttosto il criterio della compatibilità del diritto con le esigenze dell'attività economica (efficienza) a determinarne l'accettabilità»¹⁰⁸: una logica che ha sovvertito lo spirito delle costituzioni sociali del dopoguerra, ivi compresa, naturalmente, quella italiana che, dinanzi all'esperienza giuridica sovranazionale, è quella che dimostra maggiore sofferenza adattativa e politica.

Dalla funzione regolatrice del diritto al governo della tecnica¹⁰⁹, dalla

¹⁰⁶ MATTEI, NADDER, *Il saccheggio. Regime di legalità e trasformazioni globali*, Milano, 2010, p. 5 ss.

¹⁰⁷ MASCIA, *Unione europea cantiere aperto di governance. Teorie istituzioni attori*, Bari, 2016, p. 3 ss.; SOMMA, *Quando l'Europa tradì se stessa. E come continua a tradirsi nonostante la pandemia*, Roma-Bari, 2021, p. 6 ss., *passim*.

¹⁰⁸ Cfr. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, 2011, p. 6.

¹⁰⁹ CAPRIGLIONE, *Mercato regole democrazia. L'UEM tra euroscetticismo e identità nazionali*, cit., p. 171; AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, cit., p. 48.

svalutazione «del ruolo e della forza delle costituzioni»¹¹⁰ (in termini cioè di perdita della sua normatività) alla elasticità della c.d. costituzione economica quale estrinsecazione dell'eclettismo come mutuato dalle «logiche performative di altre scienze sociali»¹¹¹, dalla prevalenza della funzione legislativa al governo legislatore¹¹², dalle politiche keynesiane all'austerità (e ritorno)¹¹³: tutti segni di un percorso di trasformazione prima socio-culturale poi anche materialmente costituzionale. Il risultato è stato quello di confondere la natura dello Stato come comunità politica con le finalità del mercato elevando la teologia economica a valore di riferimento¹¹⁴.

Le proposizioni teoriche inerenti alla regolazione, dunque, sono strettamente connesse alla forma di Stato prescelta. Di tale argomentazione si è detto a proposito dell'evoluzione dello Stato quale soggetto attivo nell'economia, non soltanto nella sua funzione di garante dei diritti sociali ma anche quale soggetto interventore nell'economia per finalità di crescita e di sviluppo.

Un approccio che conferma quanto sin qui sommariamente esposto, si riscontra nella teoria del diritto privato regolatorio¹¹⁵ che trova spazio, fondamentalmente, nello Stato regolatore¹¹⁶, *tipo* di Stato affermatosi nell'epoca dell'ascesa delle politiche delle privatizzazioni¹¹⁷ e delle liberalizzazioni (queste ultime fondamentali nella ricerca dell'equilibrio tra «la libertà di iniziativa

¹¹⁰ AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, cit., p. 9.

¹¹¹ PATRUNO, *L'elasticità della Costituzione*, Torino, 2012, p. 53.

¹¹² DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, cit., p. 306 ss.

¹¹³ Dopo la sospensione del Patto di stabilità e crescita a seguito della crisi pandemica, esso tornerà efficace a partire dal 2024; com'è noto, di recente, il PSC è stato riformato, non senza divergenze e contrasti.

¹¹⁴ AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, Roma-Bari, 2016, pp. 91-92.

¹¹⁵ ANGELONE, *Diritto privato «regolatorio», conformazione dell'autonomia negoziale e controllo sulle discipline eteronome dettate dalle authorities*, in *Nuove Autonomie*, n. 1, 2017, p. 441 ss.; NATOLI, *Il diritto privato regolatorio*, in *Riv. Regolazione Mercati*, n. 1, 2020, p. 134 ss.; BERTI DE MARINIS, *Eteorintegrazione dei contratti tramite disposizioni regolamentari delle autorità amministrative indipendenti*, in *Rev. Boliv. de Derecho*, 2022, p. 230 ss.

¹¹⁶ GENTILI, *IL diritto regolatorio*, in *Rivista di diritto bancario*, suppl. al n. 1, 2020, p. 23 ss.

¹¹⁷ SICLARI, *Le privatizzazioni nel diritto dell'economia*, in PELLEGRINI (a cura di), *Corso di diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 413 ss.

economica privata e la tutela degli interessi che possono essere minacciati dall'attività d'impresa, di mantenere le restrizioni alla concorrenza funzionali all'interesse generale e non a quelli delle categorie professionali»¹¹⁸: le autorità pubbliche indipendenti¹¹⁹, sebbene soggetti regolatori pubblici, regolano i rapporti fra privati per finalità di interesse generale ma ciò non vuol dire affatto la condivisione del potere regolatorio con i soggetti pubblici, potere che, al contrario, rimane pur sempre in mano alle suddette autorità¹²⁰. In taluni casi, è la fonte principale del mercato regolato per le imprese operanti nei singoli settori sottoposti a vigilanza; in altri casi, è il contratto o i codici etici¹²¹ o di condotta¹²² delle imprese a rivestire il ruolo di regolazione dei rapporti giuridici settoriali come determinati dal mercato, a detrimento dell'atto amministrativo, che, invero, ha rappresentato, secondo parte della dottrina, un ostacolo o parte del rallentamento delle attività

¹¹⁸ CLARICH, MATTARELLA, *Un nuovo sistema regolatorio per lo sviluppo economico*, in *Analisi giuridica del diritto*, n. 2, 2013, p. 365.

¹¹⁹ Sulle autorità indipendenti la dottrina è molto vasta. Senza pretesa di esaustività, v. BANI, *Stato regolatore e autorità indipendenti*, in GIUSTI (a cura di), *Diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1994, p. 13 ss.; PERICU, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle autorità amministrative indipendenti*, in *Diritto amministrativo*, 1996, p. 1 ss.; CASSESE, FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996; PICOZZA, *Il diritto pubblico dell'economia nell'integrazione europea*, Roma, 1996, p. 91 ss.; MANETTI, *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. IV, Roma, 1997, *ad vocem*; AMOROSINO, *Le autorità di regolazione dei mercati finanziari e della concorrenza: gli elementi strutturali per un modello comune*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, vol. I, Padova, 1998, p. 71 ss.; AMATO, *Le autorità indipendenti*, in VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia – Annali 14 – Legge, diritto, giustizia*, Torino, 1998, p. 391 ss.; AMMANNATI, *Governance e regolazione attraverso reti*, in AMMANNATI, BILANCIA (a cura di), *Governance dell'economia e integrazione europea*, Vol. II, *Governance multilivello regolazione e reti*, Milano, 2008, p. 181 ss.; MANFRELOTTO, *Autorità indipendenti e funzione sociale del mercato. Programmazione della concorrenza e modelli di tutela giurisdizionale*, Torino, 2012; CLARICH, MATTARELLA, *op. cit.*, p. 376 ss.; DI PORTO, "Razionalizzazione delle autorità indipendenti". *Tagliare le spese, ma non gli artigiani!*, in *Riv. Regolazione dei Mercati*, n. 2, 2014, p. 207 ss.; IANNELLO (a cura di), *Le autorità indipendenti tra funzione regolativa e judicial review*, Napoli, 2018; BANI, MONTEDORO, *Le autorità amministrative indipendenti*, in PELLEGRINI (a cura di), *Diritto pubblico dell'economia*, II ed., p. 169 ss.

¹²⁰ Cfr. BRUTI LIBERATI, *Poteri privati e nuova regolazione pubblica*, in *Dir. Pubbl.*, n. 1, 2023, p. 289.

¹²¹ Su cui, v. PELLEGRINI, *Potere normativo e controllo*, in EAD. (a cura di), *Diritto pubblico dell'economia*, II ed., cit., p. 35.

¹²² HERDEGEN, *op. cit.*, p. 40.

economiche (basti pensare al regime delle autorizzazioni)¹²³. Si tratta del *Privatrechtsgesellschaft* di matrice ordoliberalista¹²⁴ che, com'è noto, indica nello Stato il garante del funzionamento del mercato e che in senso all'Unione europea trova la sua massima espressione. Se ne paventa un mutato ruolo in termini di *diritto privato salvatore* allorquando soggetti privati contribuiscono alla funzione di salvataggio di banche in crisi, per il tramite di sostegni direttamente erogati dal sistema (non senza rilevare taluni abbagli della Commissione nella vicenda del sostegno di talune banche attraverso il fondo interbancario), al fine di evitare il propagare della crisi e di «salvaguardare la stabilità del sistema finanziario e la fiducia dei risparmiatori»¹²⁵.

Sta di fatto che il diritto privato regolatorio indica un orientamento definibile come «sotto-insieme» del diritto speciale, cioè quale complesso di norme che si collocano al di fuori del codice civile, provenienti dall'ordinamento europeo, teleologicamente orientato a favorire l'«integrità del mercato» che «si esplica, per l'appunto, nei settori regolamentati»¹²⁶.

In ogni caso, in questo specifico ambito, la relazione intercorrente tra pubblico e privato andrebbe esaminata alla luce del principio di complementarità, in base al quale i due “diritti” (*id est*: partizioni del diritto) non solo convivono nell'ambito del diritto dell'Unione europea ma riescono conseguire, per il tramite del processo di interazione orizzontale un soddisfacente punto di equilibrio quando pubblico e privato operano a livello europeo ed una interazione verticale quando essi si incontrano a livello interno. La questione non è, dunque, se scegliere o meno il diritto pubblico o il diritto privato ma optare per un'equa combinazione fra i

¹²³ CLARICH, MATTARELLA, *op. cit.*, p. 367.

¹²⁴ PORTONERA, *Diritto privato e interessi generali. Profili storico-sistemati*, in *juscivile*, n. 5, 2023, p. 2021.

¹²⁵ NATOLI, *Il diritto privato regolatorio*, cit., p. 145.

¹²⁶ ZOPPINI, *Diritto privato generale, diritto speciale, diritto regolatorio*, in *Ars Interpretandi*, n. 2, 2021, p. 39.

due¹²⁷.

2.2.2. E' però il "pubblico" che ora tende o aspira a ritornare ad essere la principale fonte di regolazione dell'economia soprattutto a seguito delle varie emergenze che si sono susseguite nel primo scorcio del millennio che ne hanno (ri)consacrato la funzione di coordinamento se non di direzione dell'economia. Dopo la sostanziale devoluzione al privato della funzione di regolazione (codici, contratti, linee guida, giustizia privata), l'approccio in termini di programmazione e controllo riprende il cammino interrotto dalla stagione delle privatizzazioni¹²⁸.

L'esperienza giuridica insegna che una eccessiva regolamentazione può ingessare i processi di sviluppo intessuti dallo Stato per finalità collettive e che la mancanza di un sistema di controlli rende inutile e dannosa qualsivoglia impostazione di programmazione. La stagione delle emergenze ha contribuito a rimettere in campo, rivalutandola, ma pur sempre entro i confini di una regolazione sovranazionale consolidata, la regolazione statale dell'economia – praticamente in tutti i settori – quale elemento di garanzia del rapporto biunivoco tra diritto e politica: la globalizzazione finanziaria, il multilateralismo commerciale, le politiche per le privatizzazioni, le regole ferree di bilancio, e via dicendo, hanno nel tempo depotenziato il ruolo dello Stato (e del suo diritto) in campo economico secondo un'impostazione in base alla quale, come si è accennato in precedenza, anche le garanzie sociali sarebbero state possibili – o, come frequentemente vien detto, *sostenibili* alla luce della teoria della compatibilità finanziaria dei diritti¹²⁹ – per

¹²⁷ Cfr. CAFAGGI, *Private Regulation in European Private Law*, in *EUI Working Papers*, n. 31, 2009, p. 10.

¹²⁸ GAROFOLI, *Le privatizzazioni degli enti dell'economia. Profili giuridici*, Milano, 1998, in part. p. 21 ss.; NICO, *Omogeneità e peculiarità nei processi di privatizzazione*, Bari, 2001, p. 15 ss.; SICLARI, *Le privatizzazioni nel diritto dell'economia*, in PELLEGRINI (a cura di), *Diritto pubblico dell'economia*, II ed., cit., p. 233 ss.

¹²⁹ Nota è la teoria dei diritti finanziariamente condizioni elaborata da BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, Venezia, 1978, p. 28 ss.

l'appunto, esclusivamente *nel* mercato¹³⁰.

Le crisi degli ultimi anni probabilmente porteranno con sé gli effetti delle medesime “dentro” una nuova stagione del giuridico.

Questa fase potrebbe produrre conseguenze che diano nuovo valore, ad esempio, al ruolo degli aiuti pubblici alle imprese nell’ambito delle politiche economiche statali (processo al centro del dibattito nella prospettiva del consolidamento della flessibilizzazione della disciplina giuridica, ad esempio, degli aiuti di Stato già avviata a seguito dell’esplosione della pandemia¹³¹ e che oggi è in fase di rielaborazione pur in presenza di alcuni disallineamenti con altre discipline settoriali e comunque necessitata dalla competizione globale per il posizionamento nel mercato dell’industria del *green*¹³²), oppure che riproducano una stagione di *over-powerful law*¹³³. Nel primo caso, si sarebbe dinanzi alla riscoperta dei parametri endogeni dell’intervento pubblico nell’economia – maggiori interventi

¹³⁰ SOMMA, *Quando l’Europa tradì se stessa. E come continua a tradirsi nonostante la pandemia*, Roma-Bari, 2021, *passim*. Le questioni legate all’eccessivo indebitamento, invero, hanno comportato significative riduzioni della sfera pubblica: essa si realizza in svariati campi, anche in quelli nei quali sussiste un obbligo costituzionalmente sancito come quello della garanzia dei servizi essenziali. Osservando l’esperienza delle privatizzazioni, ad esempio, quella delle dismissioni delle imprese pubbliche si rileva che non sempre si segue un adeguato strumentario regolatorio soprattutto per quel che concerne le imprese cedute in mercati monopolistici: cfr. NAPOLITANO, *Diritto amministrativo e processo economico*, in *Dir. Amm.*, n. 4, 2014, p. 698.

¹³¹ LANDINI, *Rischio pandemia e governance*, in *Assicurazioni*, n. 3, 2020, p. 365 ss.; RISPOLI FARINA, ROTONDO (a cura di), *Il diritto dell’economia tra contesti emergenziale e nuovi paradigmi regolatori*, Roma, 2021; LUCHENA, *Una nuova politica degli aiuti di Stato? Gli aiuti istantanei nel contesto dell’emergenza Covid-19 tra coerenza d’insieme e profili inediti*, in *Concorrenza e Mercato*, vol. 26/27, 2019-2020, numero speciale “Covid-19: aiuti di Stato e diritto della concorrenza”, 2020, p. 17 ss.; ID., *Misure convergenti per una strategia comune di contrasto alla crisi generata dall’emergenza pandemica*, in CARNEVALE, CASTORINA, GRASSO, MANFRELLOTTI (a cura di), *L’Europa dei tre disincanti – Liber amicorum Giovanni Cocco*, Napoli, 2021, p. 561 ss.; ID., *Interventi per il rilancio dell’economia*, in AA.VV., *Scritti in onore di Pietro Ciarlo*, Tomo III, Napoli, 2022, p. 1803 ss.; SCIARRONE ALIBRANDI, MALVAGNA, *Sistema produttivo e sistema finanziario alla sfida del covid: dall’efficienza alla sostenibilità. Voci dal diritto dell’economia*, Pisa, 2021; AMIRANTE, ROTONDO (a cura di), *Strutture sociali e governo del cambiamento nel contesto post-pandemico*, Napoli, 2022; CAVALIERE, *Accelerare la transizione: relazione annuale della Commissione europea sulla politica di concorrenza 2021*, in *Euro-Balkan Law and Economic Review*, n. 1, 2023, p. 353 ss.

¹³² LUCHENA, *Il nuovo intervento pubblico nell’economia tra politiche globali e programmazione europea*, in *European Law and Finance Review*, n. 1, 2023, p. 35 ss.

¹³³ NIGLIA, *Introduction*, in *European Papers*, vol. 3, n. 2, 2018, p. 601.

per la digitalizzazione, per l'innovazione tecnologica, per il programma *omnibus* dell'economia circolare e così via¹³⁴; nel secondo, alla riedizione di una fenomenologia del diritto strumentale all'economizzazione centralizzata¹³⁵, fenomeno che ha caratterizzato buona parte dell'afflusso interventista negli ordinamenti *post* seconda guerra mondiale che, invero, ha causato non poche inefficienze considerata la variabile indipendente della cattura del consenso e la spesso non efficiente dinamica della spesa pubblica.

3. Il diritto dell'economia, secondo un autorevole orientamento dottrinale, ai fini dell'analisi scientifica, adotta, prevalentemente, un metodo d'indagine di tipo teleologico-pratico¹³⁶ (il metodo pragmatico può essere considerato come il "figlio", per così dire, degli istituzionalisti della *law and economics*¹³⁷ che, fra i suoi costrutti teorici, assume rilievo predominante la considerazione in base alla quale gli individui dovrebbero perseguire «senza ostacoli la loro natura e tendenza a massimizzare il loro benessere individuale»¹³⁸) al fine di fornire un contributo all'analisi dei problemi ad ampio raggio, che permette al giurista di esplorare in concreto i diversi campi del fenomeno economico in una prospettiva giuridica di tipo sostanzialistico¹³⁹, inclusiva cioè di realtà, contesti, fattori di varia natura che hanno a che vedere, direttamente o indirettamente, con l'economia e, soprattutto, con la sua regolamentazione. Non, dunque, strumenti della microeconomia come le condizioni di efficacia delle norme giuridiche o la creazione di regole sulla base di un

¹³⁴ JAEGER, *The Future of State Aid*, in *European State Aid Law Quarterly*, n. 2, 2022, p. 117.

¹³⁵ NIGLIA, *op. cit.*, p. 601.

¹³⁶ GIUSTI, *Fondamenti di diritto dell'economia*, cit., p.1.

¹³⁷ KIRAT, *Le pragmatisme di Richard Posner: un renard critique*, cit., p. 2 ss.; MILLARD, *op. cit.*, p. 53.

¹³⁸ DENOZZA, *Il modello dell'analisi economica del diritto: come si spiega il tanto successo di una tale debole teoria?*, in *Ars Interpretandi*, n. 2, 2013, p. 46.

¹³⁹ CAPUNZO, *op. cit.*, p. 1.

approccio prescrittivo in termini di giudizio ottimale dei risultati economici¹⁴⁰ o, ancora, analisi dei comportamenti razionali e del calcolo probabilistico: priorità più appannaggio degli economisti che dei giuristi¹⁴¹. La visuale è quella di John Commons che lega inscindibilmente l'aspetto sociale a quello del controllo democratico sull'attività privata¹⁴², definito da Gino Giugni il «capitalismo ragionevole» in un noto saggio del 1952¹⁴³: un «capitalismo più giusto» come definito dalla teorica del “*legal realism*” che assume quale sua prospettiva (anche politica) la trasformazione della società attraverso il diritto¹⁴⁴.

Il diritto dell'economia, atteggiandosi quale metodo per lo studio sistematico della regolamentazione giuridica di specifici fenomeni aventi rilievo economico, o anche non specificatamente economico, ma sui quali esercitano una qualche incidenza, può essere il viatico, se non la sede privilegiata, per esaltare il «metodo interdisciplinare»¹⁴⁵, una metodica peculiare per lo svolgimento dell'analisi giuridica perché «determinato dall'essenza del fenomeno studiato», dalla contemporaneità fenomenologica e da un approccio integrato delle conoscenze volto a realizzare forme collaborative fra discipline diverse per giungere ad un sapere più ampio ed avanzato nelle singolarità/diversità disciplinari.

Il diritto (pubblico) dell'economia, come si accennava poc'anzi, vede la luce parallelamente all'ampliarsi dell'intervento statale in campo economico, benché non esista periodo storico in cui tale intervento non si sia reso manifesto, in talune

¹⁴⁰ Cfr. BARRAUD, *Le pragmatisme juridique*, L'Harmattan, 2017, Bibliothèque du droit, Jean-Paul Céré, p. 69-70, reperibile online al sito: <https://hal.science/hal-01585675v2/file/Boris%20Barraud%2C%20Le%20pragmatisme%20juridique.pdf>.

¹⁴¹ DEFFAINS, DESRIEUX, *L'analyse économique du droit: bilan et perspectives*, in *Revue d'économie politique*, n. 2, 2019, p. 137 ss.

¹⁴² DEFALVARD, *Pragmatisme et institutionnalisme en économie: une voie outillée*, in *Revue de Métaphysique et de Morale*, n. 3, 2005, p. 379.

¹⁴³ GIUGNI, *Il capitalismo ragionevole di J. Commons*, in *Il Mulino*, n. 12, 1953, p. 674 ss.

¹⁴⁴ KIRAT, *Le pragmatisme, l'économie et l'intelligence des règles juridique: leçon de la méthode institutionnaliste de John Rodger Commons*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n. 2, 2001, p. 4.

¹⁴⁵ QUADRI, *op. cit.*, p. 10; SARTORI, *op. cit.*, p. 146.

circostanze e per taluni settori, in base alla c.d. teoria contenutistica della regolazione che, com'è noto, fa capo a Massimo Severo Giannini¹⁴⁶. I prodromi del diritto dell'economia non coincidono con la nascita dello Stato. L'alba del diritto dell'economia si fa risalire non tanto al momento della nascita dello Stato *superiorem non recognoscens*, costituente soggetto autonomo e parte di una comunità di soggetti omologhi, quanto al *modo* con il quale questo inizia a "trattare" le questioni di carattere economico, cioè il modo di regolare singole fattispecie aventi rilievo economico e il ruolo svolto dai pubblici poteri nell'economia. Da questo punto di vista, quindi, esso è sempre esistito, anche quando si negava allo Stato il ruolo d'intervento negli affari economici, come avvenne all'epoca dello Stato liberale¹⁴⁷.

Dalla teorica dello Stato minimo a quella del *Welfare state* il diritto dell'economia ha vissuto e, si può dire, ancora vive, la sua *plastica armonia col tempo* dovuta, prevalentemente, alle mutevoli situazioni politico-istituzionali che maturano all'interno dei gruppi e delle istituzioni sociali e politiche racchiusi nella comunità-mondo, cioè in quel *villaggio globale* teorizzato dapprima dalla dottrina sociologica che ne ha evidenziato le peculiarità in termini di velocità del mutamento sociale¹⁴⁸, poi rappresentata e posta a sistema dalla scienza giuridica che ne ha decretato la configurazione in termini di diritto internazionale dell'economia¹⁴⁹ o,

¹⁴⁶ D'ALBERTI, *Massimo Severo Giannini e l'intervento pubblico nell'economia*, in FRANCHINI, PAGANETTO (a cura di), *Stato ed economia all'inizio del XXI secolo*, Bologna, 2002, p. 133 ss.

¹⁴⁷ TEOTONICO, *La parabola dello Stato liberale il monito della storia*, in LUCHENA, TEOTONICO (a cura di), *La nuova dimensione istituzionale dei processi economico-sociali*, Bari, 2015, p. 27 ss.

¹⁴⁸ MCLUHAN, *Gli strumenti del comunicare*, Milano, 1967; tematica in seguito sviluppata e approfondita in MCLUHAN, POWERS, *Il villaggio globale. XXI secolo: trasformazioni nella vita e nei media*, Milano, 1988.

¹⁴⁹ BLAGOJEVIC, *Quelques caractéristiques du droit International actuel*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, n. 20-2, 1968, p. 273 ss.; ORLANDI, *Lezioni di diritto internazionale dell'economia*, Napoli, 2009, p. 25 ss.; CHARNOVITZ, *What Is International Economic Law?*, in *International Economic Law*, n. 3, 2011, p. 3 ss.; ENDERS, *op. cit.*, p. 29 ss. Il diritto internazionale dell'economia indicherebbe non tanto (o non solo) lo studio delle dinamiche economiche secondo il diritto e l'economia internazionale ma anche in termini di tecniche regolative dell'economia globale

che riguarda e interessa i profili sia pubblicistici (sistema delle fonti, governo effettivo dell'economia, ec..) sia privatistici (*alternative dispute resolution*, mercati finanziari, principi *unidroit*, servizi assicurativi, transazioni economiche, e così via): sul punto, v. SUBEDI, *International Economic Law. Section A: Evolution and Principles of International Economic Law*, London, 2007, p. 21; SHAFFER, *How Do We Get Along? International Economic Law and the Nation-State*, in *Michigan Law Review*, n. 6, 2019, p. 122 ss.; CHARNOVITZ, *op. cit.*, p. 5. Il "diritto internazionale dell'economia" si configurerebbe, dunque, come parte del diritto internazionale che regola l'ordine economico internazionale e i rapporti fra le nazioni. La dottrina statunitense lo configura come derivante dal processo di privatizzazione dell'economia voluto dall'approccio neoliberale alle politiche economiche e finanziarie globali: tradizione del diritto del commercio e della finanza internazionale che, nella teorica contenuta nel noto volume di John Jackson del 1989 intitolato *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations* aspira a diventare esso stesso un nuovo ed autonomo "genere" peraltro accomunandolo all'ordinamento sovranazionale europeo quale esempio di regolazione economica internazionale (KENNEDY, *The International Style in Postwar Law and Policy: John Jackson and the Field of International Economic Law*, in *American University International Law Review*, vol. 10, issue 2, 1995, p. 671). Lo stesso Jackson prova a tratteggiare il profilo autonomistico dell'*International economic law* non potendo però fare a meno di rilevare come il suo «core» sia rappresentato dal *trade law*. La visuale giuspositivista si riscontra nel traghettare l'approccio teorico nella dimensione pratica svincolando l'ordine giuridico internazionale dai "fatti economici" o dalla "fenomenologia economica" risultante dagli scambi internazionali, non un ordinamento giuridico ma un mercato formato da attori economici (KENNEDY, *op. cit.*, p. 681). Nozione assai ampia, dunque, che includerebbe elementi del diritto commerciale internazionale e del diritto della finanza internazionale e degli investimenti. In questo segmento possono essere inclusi gli studi relativi all'integrazione economica internazionale (Nafta, Mercosur, ecc.) l'organizzazione mondiale del commercio (SANTA MARIA, *L'odierno diritto internazionale dell'economia*, Torino, 2021, p. 21 ss.), il diritto internazionale privato (*forum catching*, sistemi ADR), *antitrust* e diritto della concorrenza, diritto transnazionale, diritto degli investimenti esteri (compreso lo studio della Banca mondiale e del Fondo monetario internazionale), il diritto dello sviluppo, la proprietà intellettuale, i cambiamenti climatici. Gli sviluppi della globalizzazione hanno ampliato il "raggio di azione" di tale "diritto" fondandosi su principi soggetti a interpretazione evolutiva come il diritto alla cooperazione, la sovranità permanente sulle risorse naturali, diritto dei paesi in via sviluppo (SUBEDI, *op. cit.*, p. 22), oltre che linee guida, statistiche e materiali informativi. In definitiva, non soltanto arena dominata dai mercati, ma anche un quadro ordinatorio di regole comuni che indirizzino verso obiettivi comuni e tutelino gli aspetti extraeconomici degli scambi internazionali: una politica regolatoria sostantiva che non separi le questioni internazionali da quelle nazionali (KENNEDY, *op. cit.*, p. 682): in altre parole, «*les mécanismes juridiques ne sont jamais complètement détachés du système qui les a vu naître*» (RAYNOUARD, *Analyse économique du droit et évaluation des systèmes juridiques*, in *Qu'onest-il du code du commerce 200 ans après? État des lieux et projections*, Presses de l'Université de Toulouse, 2008, 5 septembre 2023, reperibile online al sito: <http://books.opnediton.org/putc/1211>). I rapporti commerciali internazionali dall'essere in origine "governati" dagli Stati, oggi, invece, sono guidati dalle *corporations*, facendo riprendere quota, in misura non irrilevante, ai rapporti di natura privatistica di tipo transnazionale (diritto internazionale privato dell'economia) e, correlativamente, consolidando le modalità di produzione del diritto diverse da quelle tipiche degli ordinamenti giuridici come la legge o i trattati internazionali per lasciare spazio alla c.d. *lex mercatoria* come diritto particolare non creato dalla mediazione della società politica e sostanzialmente a-nazionale (GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 5^a ed., 2010, p. 9 ss.). Rapporti *cooperativo-funzionali* che, nel tempo, hanno acquisito una configurazione multilaterale, manifestatasi con la cessione di competenze in favore delle entità internazionali e attraverso la previsione di forme di integrazione tra sistemi economici (ORLANDI,

secondo una diversa prospettiva di studio, invero con una evidente «sovrapposizione» terminologica¹⁵⁰, in termini di diritto globale (dell'economia) come problematico luogo di «incontro tra il diritto e la globalizzazione»¹⁵¹, che sembra avere caratteristiche “totalitarie” in relazione all'inclusione di oggetti e

Il commercio internazionale e sua regolamentazione: una storia dei trattati economici e commerciali, cit., p. XVII), prima antagonisti fra loro, poi legati al comune destino identificato nel profitto. Anche il “diritto internazionale dell'economia”, dunque, assume una rilevanza sempre più significativa non solo in ragione dell'evoluzione degli scambi ma anche per effetto del conseguente incremento delle organizzazioni internazionali a base regionale aventi finalità economiche e, segnatamente, per favorire la circolazione dei capitali e dei beni (WTO, FMI, Mercosur, Nafta, Asean e la stessa UE). In tale contesto di riferimento, subentra un altro e più articolato sistema di rapporti fondato sul principio di interdipendenza che “lega”, cioè “vincola”, gli Stati fra loro e fra questi le organizzazioni internazionali a carattere economico, finanziario e commerciale in maniera ancora più stringente. L'esempio dell'Unione europea è tipico della rappresentazione di cui sopra: i rapporti fra Stati, imprese, individui sono fondati sui vincoli imposti dall'ordinamento UE non già quale ordinamento integrato ma, oramai, come diritto interno. Tali rapporti sono, perlopiù, fondati sull'economia e sulle sue esigenze e questo, verosimilmente, ha favorito il processo d'indebolimento dello Stato nell'esercizio della sua sovranità economica fino alla sua neutralizzazione o, comunque, fino a *confondersi* nello Stato-mercato (LUCHENA, *Aiuti pubblici e sovranità economica*, in ANTONUCCI, DE POLI, URBANI (a cura di), *I luoghi dell'economia. Le dimensioni della sovranità*, Torino, 2019, p. 226 ss.). Il diritto dell'economia dell'Unione europea o sovranazionale (ENDERS, *op. cit.*, p. 81 ss.) rientrerebbe nella prospettiva indicata. Basti pensare alla procedura di bilancio, al coordinamento e ai contenuti delle politiche economiche, sociali e territoriali, all'UEM (CAPRIGLIONE, *Unione monetaria e ruolo della BCE. Unione bancaria europea, SSM, SRM*, in PELLEGRINI (a cura di), *Corso di diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 533 ss.; CONTALDI, *Diritto europeo dell'economia*, Torino, 2019, 263 ss.; SANTA MARIA, *op. cit.*, p. 71 ss.), all'incidenza sui mercati finanziari e assicurativi per constatare la pervasività dell'ordinamento sovranazionale dell'economia negli ordinamenti giuridici degli Stati membri, nonostante, in taluni aspetti, talune corti costituzionali rivendichino il primato del diritto interno su quello sovranazionale, come nel caso degli interventi *non standard* della Banca centrale europea (CONTALDI, *L'evoluzione della politica economica e monetaria*, CAGGIANO (a cura di), *op. cit.*, p. 165 ss.). Anche ad una rapida disamina della letteratura si evince come ad essere interessate al diritto dell'economia vi siano questioni regolatorie tributarie del diritto dell'economia in quanto metodo o comunque ad essa affluite dal punto di vista contenutistico/pratico: a) le libertà economiche; b) il diritto finanziario pubblico; c) le regolazioni dei mercati finanziari, e così via. Non è, dunque, l'oggetto di studio in sé ma le fonti, le modalità della regolazione, l'efficacia nello spazio che specifica la proiezione del diritto dell'economia verso l'esterno. Le fonti del diritto sovranazionale dell'economia rimandano a modalità d'indagine e ad una collocazione teorico/ricostruttiva che ineriscono all'efficacia della fonte nell'ordinamento interno. Si tratta, dunque, del metodo del diritto dell'economia applicato alla disciplina europea inerente ai mercati, alle libertà economiche, alla concorrenza, alle politiche monetarie, e così via: modalità di studio inerente sia agli atti incidenti sull'impresa sia alle dinamiche istituzionali sovranazionali sia, infine, alle eventuali sovrapposizioni disciplinari fra ordinamenti, la cui prospettiva interdisciplinare assume una portata assai rilevante nelle relazioni commerciali e finanziarie, come nel governo dell'economia.

¹⁵⁰ PIERINI, *Il diritto delle organizzazioni internazionali “del governo mondiale”*, in *DPCE online*, numero speciale, 2021, p. 636.

¹⁵¹ FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, Roma-Bari, 2012, p. 5.

soggetti che, in qualche misura, incidono o possono incidere con l'economia¹⁵² (anche se sussiste una corralità di consensi su quale sia la nozione di diritto internazionale dell'economia, non ve né ancora sui *content* del medesimo¹⁵³). In ogni caso, lo Stato quale entità giuridica rimane pur sempre il principale "soggetto" del diritto internazionale dell'economia per la l'esercizio dei suoi poteri di regolazione nelle relazioni economiche internazionali attraverso la creazione delle norme di riferimento ordinatrici della cooperazione e delle organizzazioni internazionali. E, infatti, esso può restringersi o allargarsi in base agli indirizzi di riferimento: si pensi, ad esempio, al principio di non-intervento nella prima ipotesi, e, quanto alla seconda, all'esercizio dei diritti sovrani sulle risorse naturali o alla inclusione di determinati "servizi strategici" eventualmente sottraibili dal regime concorrenziale o, ancora, per il tramite delle *State enterprises*¹⁵⁴.

3.1. Con queste poche e non esaurienti battute, si vuole cogliere lo spunto per sottolineare come un certo tempo della storia porti con sé, per l'appunto, una più ampia o una più ristretta regolazione del compasso delle regole giuridiche pubblicistiche in campo economico e che le varie teorie utilizzate a sostegno di questa o di quella tesi non esauriscono le opzioni interpretative possibili.

La sfera d'azione si dilata o arretra in ragione delle confluenti istanze politiche entro le quali si sviluppa l'indirizzo governativo, anche tenendo conto degli scenari internazionali che via via si manifestano nel corso della storia. In particolare, la regolazione dell'economia va di pari passo con l'evoluzione in senso capitalistico della società e tale circostanza segna le dinamiche politico-istituzionali negli ordinamenti giuridici: un percorso connotato da un'ascesa che maturerà la sua piena configurazione proprio con il sorgere delle *comunità europee* che hanno funto

¹⁵² CHARNOVITZ, *op. cit.*, p. 4.

¹⁵³ HERDEGEN, *op. cit.*, p. 3 ss.

¹⁵⁴ HERDEGEN, *op. cit.*, p. 26.

da spartiacque rispetto a un modello economico divenuto l'asse portante delle politiche "comuni".

La fenomenologia che il diritto dell'economia è chiamato a regolare, pertanto, risulta fortemente ancorato alla storicità, frutto di letture e controletture. La precomprensione in senso heideggeriano costituisce uno strumentario idoneo alla disamina di situazioni complesse che s'inverano in una società interconnessa, globalizzata. Così, la controcultura del neoliberalismo ha sviluppato nel tempo una resistenza agli effetti determinati dalla finanziarizzazione, dall'eccesso di tecnica, dall'uso di strumenti di regolazione materiale fondati sui rapporti individuali. Eppure, anche grazie alla narrazione sociologica della *regressione*, considerata come «il risultato di un'interazione tra i rischi della globalizzazione e quelli del neoliberalismo»¹⁵⁵, il diritto dell'economia, quale metodo di studio della regolazione delle dinamiche economiche, (ri)conquista la sua vivacità proprio con il manifestarsi di quelli che sono considerati i moti regressivi scaturiti dall'adozione del modello liberista (assenza di regolazione, privatizzazioni, compressione della spesa pubblica, retrocessione dei diritti sociali, e così via), un moto di recupero della funzione del diritto quale complesso di regole che disciplinano l'economia in un ordinato ed armonico quadro collaborativo fra istituzioni, enti, collettività.

3.2. Le elaborazioni dottrinali conoscono un processo evolutivo degno di menzione, con convincenti e dimostrate prospettazioni di cui tenere debito conto nella ricostruzione delle teoriche avanzate ai fini di una sistemazione delle coordinate inerenti alla definizione e all'oggetto del diritto dell'economia.

È nota, ad esempio, la ricostruzione¹⁵⁶ che focalizza la nozione di diritto

¹⁵⁵ GEISELBERGER, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *La grande regressione. Quindici intellettuali da tutto il mondo spiegano la crisi del nostro tempo*, Milano, 2020, p. 13.

¹⁵⁶ Già in DI GASPARO, *Teoria istituzionale e diritto dell'economia. Appunti per una riflessione su oggetto e metodo*, in AA.VV., *Il mercato: le imprese, le istituzioni, i consumatori*, Bari, 2002, p. 117 ss.

dell'economia secondo la prospettiva istituzionale tracciando le coordinate di due tesi, una definita totalitaria, l'altra riduzionista.

La teoria *totalitaria* assume una visione «egemonica» della materia, ascrivendovi «tutti i rapporti giuridici sia di diritto privato sia di diritto pubblico attinenti alla produzione, alla distribuzione e/o scambio di beni e servizi»¹⁵⁷. Questa concezione onnicomprensiva del diritto dell'economia racchiude in sé sia gli istituti tipici del diritto privato sia il complesso delle attività svolte dai pubblici poteri per varie finalità, «secondo andamenti diversi nel corso del tempo»¹⁵⁸. Sarebbe, dunque, un *tertium genus* da “affiancare” o “abbinare” al diritto pubblico e al diritto privato ponendosi rispetto a questi in una posizione mediana¹⁵⁹. La teoria *riduzionista* del diritto dell'economia, invece, non considera il «contenuto economico dei rapporti economici e assume come metro di valutazione il profilo formale tipologico degli istituti giuridici», con ciò escludendosi la possibilità di individuazione di un *tertium genus*¹⁶⁰. In tal modo, si nega qualunque fondamento teorico del diritto dell'economia «considerando invece (...) il diritto pubblico o privato dell'economia come un aggregato di normazioni settoriali le cui componenti materiali (...) non presentano un minimo comune denominatore che ne consenta, da un punto di vista della scienza giuridica, una *reductio ad unitatem*»¹⁶¹.

La proposta integrativa, o, se si vuole, di sintesi rispetto a quelle ora considerate, tende a estendersi alle *istituzioni* «individuando così un livello di rappresentazione della realtà giuridica non contrapposto ma complementare a quello tradizionale degli istituti»: il diritto dell'economia, secondo quest'ottica, coprirebbe una fenomenologia giuridica in termini di «diritto delle istituzioni

¹⁵⁷ DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, cit., p. 5; LUCHENA, *Dinamiche istituzionali dell'economia globalizzata (appunti per un'indagine)*, in *Amministrazione in cammino.luiss.it*, s.d.

¹⁵⁸ D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008, p. 7.

¹⁵⁹ DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, cit., p. 5.

¹⁶⁰ DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, cit., pp. 5-6.

¹⁶¹ DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, cit., p. 6.

rilevanti per l'economia, come un diritto di secondo livello» avente per oggetto «lo studio sistemico delle relazioni che intervengono tra le istituzioni rilevanti dell'economia»¹⁶². Tale configurazione, in definitiva, coglie l'essenza della relazionalità determinata dalle dinamiche istituzionali nell'individuo titolare di situazioni giuridiche nello svolgimento delle attività economiche, nelle imprese, nel mercato. Rileva, a maggior ragione, il dato materiale, storicamente determinato, nel quale il terreno della regolazione sia individuabile nello Stato quale soggetto regolatore e "tutore" delle dinamiche del mercato attraverso la regolazione affidata ad entità indipendenti, ma anche promotore dello sviluppo, della coesione economica, dell'eguaglianza, in termini di attuazione della c.d. costituzione economica materiale. Pervenire al "secondo livello" è, dunque, un passaggio chiave nella formulazione della teoria delle dinamiche istituzionali, intanto perché assume quale base costitutiva della ricostruzione l'elemento costruttivo, poi perché non limita alla sola prospettiva interdisciplinare il metodo di studio del diritto dell'economia.

3.3. I precetti contenuti nella costituzione economica formale trovano attuazione in quella materiale¹⁶³, cioè nella legislazione economica come adottata dalle differenti maggioranze parlamentari ed alla luce dei contesti economico-sociali: il che denota l'elasticità e la già evocata storicità della medesima dato che essa deve fare i conti, per così dire, con le dinamiche economiche (variabili e, a volte, indeterminabili), addivenendo ad esiti normativi talvolta contraddittori rispetto al testo, eppure conformi alle norme che rendono compatibile il diritto interno con quello sovranazionale. Non si spiegherebbe, del resto, come in Italia la legislazione economica sia configurabile come un'altalena di indirizzi, anche, eventualmente, confliggenti fra loro, in ogni caso non sempre aderente alle

¹⁶² DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, cit., p. 7.

¹⁶³ DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, cit., p. 127 ss.

disposizioni costituzionali perché i moventi delle scelte politiche sono “orientati” dalle condizioni economiche e sociali del periodo (come, ad esempio, nel caso delle crisi).

La normativa di riferimento, arricchita, sotto diversi profili, dall'introduzione di elementi innovativi sul piano della disciplina sostanziale come della costruzione degli assetti istituzionali, andrebbe considerata nella prospettiva suindicata: dalla armonizzazione del mercato assicurativo alla disciplina del credito, la dimensione europea può essere considerata come il più considerevole fattore d'intervento volto a rendere omogeneo e autenticamente “europeo” un mercato come quello finanziario, certo duttile e bisognoso di regole comuni per far fronte alle sempre più evidenti interconnessioni al piano internazionale. Ad esempio, le entità di vigilanza e controllo e di cooperazione svolgono oggi un ruolo assai significativo nei mercati: cooperazione, collaborazione, scambio di informazioni, omogeneizzazione normativa, funzioni di vigilanza sono tutti elementi di un unico percorso integrativo al piano preventivo, del monitoraggio e dell'apparato sanzionatorio che affidano al “pubblico” la sua funzione primigenia, ad esempio quella del controllo democratico e sociale delle attività economiche più a rischio ai fini della tutela dei soggetti vulnerabili¹⁶⁴; inoltre, la medesima funzione di tutela è svolta dal diritto privato nelle forme previste dal codice civile, come in campo assicurativo, finanziario, bancario. Una convergenza che trova nell'alveo del diritto dell'economia la sede privilegiata di analisi, ma anche di sintesi di un tracciato teorico/argomentativo che ingloba le tutele nel più ampio “spazio” dei principi costituzionali che assumono la *persona* – in tutte le situazioni di vulnerabilità nelle quali viene a trovarsi – quale valore fondamentale cui si ispira la Carta

¹⁶⁴ Quello della tutela dei soggetti vulnerabili è un tema affrontato dalla dottrina giuseconomica che ne è colto le peculiarità dal punto di vista sistematico, affrontandolo da una pluralità di prospettive inerenti al diritto all'economia: v. CORRIAS, PIRAS (a cura di), *I soggetti vulnerabili nell'economia, nel diritto e nelle istituzioni*, vol. I e II, Napoli, 2021; CORRIAS (a cura di), *I soggetti vulnerabili nella disciplina comune e nei mercati regolamentati*, Napoli, 2022.

costituzionale.

4. Il *droit public de l'économie*, come declinato da una parte della dottrina¹⁶⁵, identificherebbe non soltanto il diritto dello Stato di intervenire nell'economia ma anche il suo ruolo di garante delle libertà di impresa. In tale contesto, l'azione dei pubblici poteri diviene indispensabile attraverso sia l'assunzione diretta di attività economiche sia la regolazione pubblicistica dei mercati. Oltre tutto, il diritto dell'economia, fra i suoi oggetti di studio includerebbe l'azione dello Stato nell'economia, svincolandosi dall'approccio ideologico della c.d. oggettificazione dell'economia; essa può essere funzionale al buon funzionamento del mercato o agire nell'economia attraverso lo strumento della pianificazione o della programmazione (strumento sempre esistito e attuato a tutte le latitudini): in ogni caso, «*l'économie ne peut jamais se passer de droit*»¹⁶⁶.

Si tratta di una nozione prossima al “nostro” diritto pubblico dell'economia che non guarda esclusivamente alle libere dinamiche del mercato ma si colloca dentro quel sistema in forma attiva: anzi, a ben vedere, esso consisterebbe nel diritto dello Stato di governare l'economia per il tramite di strumenti diretti ed indiretti in base alle disposizioni costituzionali di riferimento con regolazioni più o meno incisive anche in relazione ai diversi contesti politici e periodi storici. Anzi, la dottrina evidenzia come anche il mercato, in una visione dinamica propria della c.d. economia civile, possa contribuire, per il tramite degli enti del terzo settore, dell'associazionismo e della società *benefit*¹⁶⁷ a fornire un utile contributo alla

¹⁶⁵ COCOZZA, *Sources e perspective du droit de l'économie*, in *Amministrazioneincammino.it*, 23 settembre 2004.

¹⁶⁶ RACINE, *Introduction*, in ID. (sous la direction de), *Le droit économique au XXI siècle. Notions et enjeux*, Paris, 2020, p. 10.

¹⁶⁷ V., per tutti, SICLARI, *Profili giuridici della società benefit. Forme della sostenibilità nel diritto dell'economia. Un'introduzione*, Milano, 2022.

costruzione di una società più sostenibile¹⁶⁸.

Va detto, oltre tutto, che l'intervento pubblico nell'economia, accettato in linea di principio come parte fondamentale per lo sviluppo delle attività economiche sia in mano pubblica sia in mano privata, non può essere considerato in forma statica, cioè immutabile nel tempo ma variabile in relazione ad almeno due fattori: le scelte politiche endogene, connesse, prevalentemente, ad una determinata impostazione d'indirizzo politico, e i vincoli economici esogeni, ai quali, oggi, sono costretti, seppure in forme diverse, i pubblici poteri e le imprese¹⁶⁹. Inoltre, l'intensità dell'intervento nell'economia è soggetta a cicli: fasi nelle quali esso si dilata o si restringe, si colloca cioè in una dimensione più ampia o ristretta, in relazione alle contingenze e ai sistemi politici.

Una visuale aderente al solco concettuale sin qui tracciato farebbe scaturire il diritto dell'economia dal diritto pubblico dell'economia, quasi una specificazione o una derivazione dal secondo: esso sarebbe una «sfaccettatura» del diritto pubblico dell'economia avente l'obiettivo di governare (*régir*) la produzione, la distribuzione e gli scambi. Da questa prospettiva definitoria emergerebbe come nel diritto dell'economia sarebbero, per dir così, (almeno) "ricomprese" sia le norme del diritto pubblico sia quelle del diritto privato inerenti al fenomeno economico nella sua prospettiva istituzionale multivello. Si tratta, invero, di un'impostazione che farebbe riferimento alla teorica risalente a Nicolas Baudeau il quale considera come la legislazione economica debba contribuire a regolare la società attraverso la costituzione economica¹⁷⁰.

¹⁶⁸ Cfr. CORRIAS, *Il mercato come risorsa della persona vulnerabile*, in ID. (a cura di), *I soggetti vulnerabili nella disciplina comune e nei mercati regolamentati*, cit., pp. 17-18.

¹⁶⁹ BRACCONNIER, *Droit public de l'économie*, Paris, 2021.

¹⁷⁰ DE CARLI, *Costituzione e attività economiche*, Padova, 1978, pp. 1-7; OPPO, *L'iniziativa economica*, in AA. VV., *La Costituzione economica a quarant'anni dall'approvazione della Carta fondamentale*, Milano, 1980, p. 35 ss.; LUCIANI, *Economia (nel diritto costituzionale)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, V, Torino, 1990, p. 374 ss., *ad vocem*; AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. Cost.*, 1992, p. 7 ss.; BOGNETTI, *La Costituzione economica italiana*, Milano, 1995;

Nel corso del tempo, la questione del diritto dell'economia è diventata anche questione di rapporti economici, di relazioni fra classe dominanti e classi subalterne e, alla luce della dottrina marxiana, viene in evidenza come i rapporti di produzione nella società siano quelli che dominano l'economia del XIX secolo. A questo si aggiunga poi che, pochi anni dopo, Pierre-Joseph Proudhon invoca quale soluzione l'accordo fra gruppi transnazionali per superare le contraddizioni (*rectius*: disuguaglianze) presenti nella società del tempo: un'operazione che dovrebbe servire da elemento di conciliazione a livello universale, oggi diremmo globale. Si tratta di un embrione di critica della globalizzazione quale elemento divisivo nella società economica; si dovrà attendere l'elaborazione teorica di Max Weber per iniziare ad intravedere una critica alla *summa divisio* tra potere economico ed ordine giuridico.

La storia del diritto dell'economia, in questa fase, si configura, fondamentalmente, come disciplina giuridica delle attività economiche e come diritto dello Stato al governo dell'economia. Non è un caso che il "risveglio" del *pubblico* coincida con la legislazione susseguente alla prima guerra mondiale e soprattutto alla crisi del 1929, con sostanziali differenze da Paese a Paese. Il "salto di qualità", per così dire, dal punto di vista dell'autonomia del diritto dell'economia nell'ambito delle scienze giuridiche è ascrivibile a De Kiraly che, per l'appunto negli anni Trenta del secolo scorso, rivendica l'autonomia del diritto dell'economia dalle altre scienze giuridiche¹⁷¹: *in embryo*, può dirsi, dunque, che il diritto dell'economia inizi a percorrere il suo cammino autonomistico ed identitario sin dagli anni Trenta del secolo scorso.

COCOZZA, *Diritto pubblico applicato all'economia*, Torino, 2003, p. 153 ss., oltre alla dottrina citata *sub nota* 104.

¹⁷¹ TALAPINA, *Contribution à la théorie du droit public économique par l'analyse comparative du droit français et du droit russe*, Université de la Réunion, 2011, p. 38, reperibile *online* al sito <https://theses.hal.science>.

5. Quali sarebbero, dunque, i confini del diritto dell'economia? Non si può non concordare con coloro che sostengono che la fissazione dei confini di un sapere scientifico possa significare confinare all'autoisolamento una disciplina, né, d'altro canto, può erigersi a vessillo della medesima l'architettura burocratica su cui poggia il settore scientifico-disciplinare. Del resto, le considerazioni svolte in questo scritto puntano per l'appunto a identificare come anacronistica la delimitazione delle potenzialità scientifiche di qualunque settore scientifico-disciplinare.

Il *diritto dell'economia si configura come metodo scientifico e come un'offerta disciplinare* ricca di prospettive di analisi il cui *terminus a quo* è sì l'impresa ma inquadrata in chiave dinamica e, per dir così, plurifattoriale, nella sua dimensione del mercato ma anche in quella sociale: essa è riguardata a partire dalla prospettiva costituzionale per giungere a quella globale, reticolo di una fenomenologia della regolazione nella quale il polo di attrazione è l'aspetto sia teorico sia pratico riguardato in termini di rifrazione multiversa dell'esperienza giuridica. Insomma, l'impresa, riprendendo le proposizioni di Claude Chambod, è «un'entità vivente» e, in quanto tale, collocata nella comunità degli uomini in senso alla quale si sviluppa la solidarietà non soltanto fra proprietari e gestori della medesima ma anche fra lavoratori e per tale ragione essa è studiata in termini pluri e interdisciplinari¹⁷².

La delimitazione/allargamento del confine si palesa, dunque, come un pretesto soprattutto per conquistare spazi, con tentativi di annessione e di acquisizioni progressive ad altri campi del sapere. Riconoscere l'esistenza di metodiche differenziate, magari utili per affrontare l'illimitato orizzonte del sapere, ma pur sempre in un quadro disciplinare forgiato sopra un'identità difficilmente negabile e non confondibile è il compito dello studioso.

La storia del diritto dell'economia è contrassegnata da una serie di risultati

¹⁷² DONY, *Éloge de Claude Chambod*, in *La Thérésienne. Revue de l'Académie royale de Belgique*, n.1, 2022.

scientifici privi di ambiguità che, al contrario, taluno tende a sminuirne la portata *confinando*, per l'appunto, competenze e visuali analitiche come sostanzialmente ancillari ad altre discipline.

Sotto il nome di *diritto dell'economia* non ci sono soltanto *topic* da collazionare in un contenitore che racchiuda l'essenza generalista di una disciplina (come taluno pretende si fare) ma è la medesima disciplina generalista *exse* del diritto dell'economia che reclama la sua indiscussa autonomia che sembra essere messa in questione soltanto in chiave burocratica¹⁷³. Secondo questa linea interpretativa, tutte le declinazioni dell'impresa, infatti, tenderebbero verso lo spazio (ritenuto) vitale del diritto commerciale.

In realtà, non si tratta soltanto dell'impresa ma anche dei diversi mercati che, nello scenario dell'integrazione europea e della globalizzazione, risultano essere regolati, in modo più o meno intenso, alla luce dei diversi orientamenti politici o dei cicli economici, secondo tecniche e metodi che necessitano di competenze specifiche quali quelle appunto del giurista dell'economia il quale "osserva" la fenomenologia dei mercati in chiave sia pubblicistica sia privatistica.

I *topic* come sommariamente individuati nel corso di questa prime pagine di riflessione vengono in rilievo nell'ambito delle dinamiche dei mercati (non soltanto quello bancario, assicurativo e finanziario – declinati anche *nel campo dell'impresa* – ma anche in quella del digitale¹⁷⁴, dei servizi pubblici¹⁷⁵, delle infrastrutture, della

¹⁷³ SCOGNAMIGLIO, *Sulla dialettica fra tendenze generaliste e specialismi di settore e sull'apertura all'interdisciplinarietà: spunti per il dibattito sui confini del diritto commerciale*, in *Rivista ODC*, n. 1, 2022, p. 297 ss.

¹⁷⁴ Con significativi riflessi sul piano della tutela dei diritti nella progressione del c.d. autoritarismo digitale: cfr. FAVARO, *Digital Compass: rischi ed opportunità di una governance digitale oltre il paradigma della sovranità*, in TROIANO, SCHMIDT-KESSEL (a cura di), *Diritto e società in trasformazione: le sfide per il giurista europeo*, Napoli, 2023, p. 249 ss.

¹⁷⁵ AMMANNATI, *Presentazione*, in PASSALACQUA (a cura di), *Il «disordine» dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*, Torino, 2015, p. XI ss.; ROSSI, *Regolazione e mercato nei servizi pubblici locali. Quale «riordino»*, ivi, p. 3 ss.; PASSALACQUA, *La regolazione amministrativa degli ambiti territoriali per la gestione dei servizi pubblici locali a rete*, ivi, p. 35 ss.; AMMANNATI, CANEPA, *Un difficile percorso verso la*

finanza pubblica¹⁷⁶, delle istituzioni e della rete fra istituzioni, delle e fra le pubbliche amministrazioni, della scomposizione delle filiere, e così via), della loro regolazione e della loro proiezione ultraterritoriale secondo l'approccio interdisciplinare.

6. Difficile consustanziare le ragioni in base alle quali sussisterebbe una sorta di condizionalità disciplinare inerente a un tema piuttosto che a un altro. Non può sfuggire, peraltro, che dalla determinazione dei settori dipende la carriera dei professori universitari, si strutturano i corsi di laurea, ci si confronta con i meccanismi della valutazione della ricerca e si determinano le forme organizzatorie (ad esempio, i dipartimenti)¹⁷⁷. Se ne comprende, dunque, l'accresciuto interesse in una fase di transizione verso la riforma universitaria. Recenti proposte sembrano riavvolgere il nastro verso un tempo ormai andato ma, in realtà, lo scopo appare essere più un tentativo di formalizzazione a finalità acquisitive che di razionalizzazione/semplificazione.

Per tale ragione, non si comprende come, ad esempio, si possa escludere dai profili caratterizzanti la «prospettiva pubblicistica nell'analisi delle istituzioni economiche» quale "bagaglio" del diritto dell'economia, commettendo, in verità, un errore culturale più che concettuale dato che proprio quella parte del diritto dell'economia costituisce, insieme al diritto privato dell'economia (che, peraltro, parte della dottrina francese assimila al diritto commerciale¹⁷⁸), uno dei pilastri

concorrenza. Gli ambiti di gara per la distribuzione locale del gas, ivi, p. 83 ss.; RANGONE, *Regolazione e concorrenza nel trasporto ferroviario*, ivi, p. 121 ss.; SCOTTI, *Il finanziamento dei servizi pubblici locali tra vincoli di bilancio, aiuti di Stato e diritti fondamentali*, ivi, p. 173 ss.; DI PORTO, *Il «collante» della trasparenza: la disciplina dell'informazione nei rapporti tra Ente locale e sue partecipate*, ivi, 295 ss.; AMOROSINO, *I servizi pubblici: telenovela legislativa e sciarada per i giuristi*, ivi, p. 389 ss.

¹⁷⁶ SICLARI, LO CONTE, *Finanza pubblica: principi ordinatori*, in PELLEGRINI (a cura di), *Diritto pubblico dell'economia*, II ed., cit., p. 153 ss.

¹⁷⁷ PASCUZZI, *op. cit.*, p. 91.

¹⁷⁸ JEANTET, *op. cit.*, p. 39.

della disciplina. Che ci siano ambiti di ricerca sfiorati dal diritto commerciale non vale ad escludere dal terreno gli studiosi del diritto dell'economia che, da tempo, si occupano della fenomenologia della c.d. costituzione economica e degli interessi pubblici. Questi ultimi, del resto, sono ambiti di studio che, al contrario, lambiscono il diritto commerciale essendo tipicamente inerenti alle questioni regolatorie afferenti alla disciplina pubblica dell'economia.

La questione andrebbe considerata secondo un'opposta visione: è il diritto dell'economia, semmai, ad essere specificamente vocato allo studio delle tematiche connesse al diritto di iniziativa economica privata (e ai suoi limiti), alla programmazione economica, alla funzione sociale della proprietà, alla cooperazione, alle nazionalizzazioni e alle privatizzazioni, alla tutela del risparmio, alla regolazione privatistica a spettro aperto, finanche alla prospettiva, pur controversa, della regolazione materiale per il tramite del diritto debole, e così via. Il suo metodo di analisi scientifica costituisce lo strumento principale sia degli sviluppi argomentativi sia delle conclusioni delle indagini svolte. Che tali settori o attività economiche "vivano", per così dire, grazie alle attività svolte dall'impresa è inconferente rispetto a ciò che sta a monte della medesima, cioè la tessitura delle maglie regolative generali come quelle settoriali che "competono", per configurazione giuridica e per intensità regolatoria, agli studiosi dell'impresa in quanto soggetto giuridico operante in determinato mercato ma anche nella società nella quale svolge la sua attività. Finanche la patologia dell'impresa non sembrerebbe essere campo di studio esclusivo di una singola disciplina dato che subentra una normativa che involge non soltanto l'aspetto pubblicistico ma anche altri profili come, ad esempio, quelli giuslavoristici, giuspenalistici e sociologici conseguenti ad una crisi di un'impresa¹⁷⁹.

¹⁷⁹ PINTO, *La cessione del contratto di lavoro e il trasferimento d'azienda*, in DI STASI, GIUBBONI, PINTO, cit., p. 291 ss.; IMBERTI, *Tutela dei creditori e tutela dei lavoratori nel codice della crisi d'impresa*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 3, 2022, p. 2 ss.; DI STASI, *L'importanza*

Tratteggiare conclusioni definitive apparrebbe, dunque, pretenzioso e forse anche contraddittorio alla luce del ragionamento sin qui sviluppato. Continuare a discorrere se il diritto dell'economia sia una materia o una branca del diritto o semplicemente un "oggetto" o, ancora, se debba essere circoscritto entro confini predeterminati sembra essere un esercizio almeno inutile: in teoria, il diritto dell'economia potrebbe continuare a vivere anche senza ricercare una sua definizione¹⁸⁰ (che, in via generale, potrebbe essere circoscritto all' «*ensemble des normes appliquées aux sujets du droit dans leur activité économique*»¹⁸¹, giacché si correrebbe il rischio persino di snaturarne l'essenza, ora "confondendolo" con il diritto commerciale, ora con il diritto dei consumatori o ancora con il diritto della concorrenza¹⁸²).

Il diritto dell'economia è diritto trasversale, transdisciplinare e poliedrico: insieme delle regole giuridiche che consentono di comprendere i fenomeni e le dinamiche dell'economia e regolare i rapporti economici. Può forse ritenersi che la sua natura si collochi all'opposto degli integralismi; è certamente un diritto, per dir così, che "soffre" o che, per meglio dire, può essere particolarmente connesso alle dinamiche dei cicli economici – dato che può implicare integrazioni, abrogazioni, deroghe, ecc., rendendo la normativa fluida e porosa perché adattiva e ontologicamente provvisoria – e spesso delle conversioni degli intellettuali da una sponda all'altra delle correnti di pensiero. Le sue caratteristiche adattative e partecipative costituiscono un modello misto e articolato svincolato dal formalismo giuridico individualistico che vede il rafforzamento delle sue "funzioni" in termini di

della tutela del lavoro nella disciplina sulla crisi di impresa e sull'insolvenza. Una introduzione, in *Variazioni su Temi di diritto del lavoro*, n. 3, 2022, 415 ss.; GAROFALO, *Procedure concorsuali, occupazione e sostegno del reddito: alla ricerca della tutela dei crediti sociali dei lavoratori*, ivi, p. 419 ss.; TRISORIO LIUZZI (a cura di), *Diritto della crisi d'impresa*, Bari, 2023.

¹⁸⁰ FARJAT, *Droit économique*, 2eme ed., Paris, 1982, p. 18; FARJAT, *La notion de droit économique*, in *Archive de Philosophie du Droit*, 1992, p. 27.

¹⁸¹ TALAPINA, *op. cit.*, p. 39.

¹⁸² RACINE, *Introduction*, cit., p. 11.

promozione e di direzione delle dinamiche socio-economiche¹⁸³: si pensi all'irruzione di nuovi attori come i consumatori o alle tematiche associate ai cambiamenti climatici o, ancora, alla (rinnovata) lotta alle diseguaglianze come problema globale. Un dato comune è tuttavia riscontrabile: per sua stessa natura, torna ad essere di attualità, nella sua configurazione teorica, la proposizione in base alla quale è il diritto stesso in quanto tale a non dover essere asservito all'economia. Insomma, «esiste un'economia del diritto, come esiste uno Stato di diritto»¹⁸⁴, proposizione concettuale che ben si attaglia al ragionamento qui proposto: elemento unificante che tiene insieme la (talvolta) dura prossimità del reale e le ambizioni correlate al perseguimento degli obiettivi politici.

Giovanni Luchena

*Ordinario di Diritto dell'economia
nell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro*

¹⁸³ BOURGOIGNIE, *op. cit.*, p. 30.

¹⁸⁴ RACINE, *Introduction*, cit., p. 13.

IL CONTROLLO GIURISDIZIONALE SULLE SANZIONI AMMINISTRATIVE BANCARIE *

(The judicial review of administrative banking sanctions)

ABSTRACT: *In the context of decisions and measures of the SSM, significant critical issues of effectiveness of judicial protection emerge about the challenge of administrative sanctions. The European Court's review allows the control of the sanctioning decisions of the ECB; while the jurisdiction of the national court concerns the sanctions imposed on credit institutions by the national authority - the Bank of Italy - which exercises its sanctioning power in the event of breach of the rules of the Testo Unico Bancario (T.U.B.), of directly applicable European provisions and of rules for areas not falling within the tasks of the European Institution. More specifically, the national court reviews sanctions adopted against banks qualified as "less significant" for the purposes of centralised supervision and those adopted in implementation of ECB decisions. The essay focuses on the administrative sanctions imposed by the ECB and the Bank of Italy on legal entities (credit institutions) and contained in ECB decisions and Bank of Italy measures, and on individuals linked to credit institution but with acts adopted exclusively by the Bank of Italy on the basis of the T.U.B. Such entities may challenge the individual sanctioning measures as directly concerned as provided by Article 263(4) TFEU and national procedural rules.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Principi generali in tema di tutela dinanzi al giudice europeo rilevanti per il controllo delle sanzioni amministrative. 3. Profili ricostruttivi e impugnazione delle sanzioni amministrative europee e nazionali irrogate agli enti creditizi nel Meccanismo di vigilanza unico. – 4. Il sindacato giurisdizionale sulle decisioni di contenuto sanzionatorio della BCE. – 5. Le sostanziali differenze tra il sindacato del giudice europeo e quello del giudice italiano dotato di competenza di merito: l'evidente lacuna e le conseguenze. – 6. La giurisdizione del giudice ordinario e i problemi non risolti. – 7. Conclusioni ed esigenze di uniformità per l'effettività della tutela giurisdizionale

* Contributo approvato dai revisori.

dinanzi al giudice europeo e al giudice nazionale.

1. Nel contesto delle decisioni e dei provvedimenti espressione del Meccanismo di vigilanza unico, emergono rilevanti questioni critiche di effettività della tutela giurisdizionale riguardo all'impugnazione delle sanzioni amministrative¹. Il sindacato del giudice europeo consente il controllo delle decisioni sanzionatorie della Banca centrale europea; mentre la giurisdizione del giudice dell'ordinamento interno ha ad oggetto le sanzioni irrogate agli enti creditizi dall'Autorità nazionale, in particolare dalla Banca d'Italia che esercita il potere sanzionatorio² in caso di violazione di norme del Testo unico bancario, di disposizioni europee direttamente applicabili e di regole per ambiti non riconducibili ai compiti dell'istituzione europea³. Più precisamente, il giudice nazionale controlla le sanzioni adottate nei confronti delle banche qualificate come "meno significative" ai fini della vigilanza centralizzata e quelle adottate in esecuzione di decisioni della BCE.

L'indagine è incentrata sulle sanzioni amministrative irrogate dalla Banca centrale europea⁴ e dalla Banca d'Italia a persone giuridiche e, in particolare, a

¹ Per alcuni spunti di riflessione v. S. ANTONIAZZI, *La tutela giurisdizionale nell'Unione bancaria europea: riparto di giurisdizione e molteplici questioni critiche*, in S. ANTONIAZZI (a cura di), *Forme di tutela nell'Unione bancaria europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, 11 ss.

² Artt. 133, 139, 140, 144, 144 bis, 144 ter, 144 sexies, 144 septies, 145 del t.u.b.

³ Artt. 144 quinquies e 144 septies del t.u.b.

⁴ Per un quadro delle competenze v. S. ANTONIAZZI, *La Banca centrale europea tra politica monetaria e vigilanza bancaria*, Giappichelli, Torino, 2013 e con riferimento alle sanzioni amministrative spec. 129 ss.; ID., *L'Unione bancaria europea: i nuovi compiti della BCE di vigilanza prudenziale degli enti creditizi e il Meccanismo unico di risoluzione delle crisi bancarie*, Parte I (su vigilanza unica bancaria) e Parte II (sistema unico di risoluzione delle crisi bancarie), in *Riv. It. dir. pubbl. com.*, n. 2 e n. 3-4/2014, 359-436 e 717-774; C. BRESCIA MORRA, *From the Single Supervisory Mechanism to the Banking Union. The Role of the ECB and the EBA*, Luiss Academy Working Paper, 2014, n. 2; R. D'AMBROSIO, *The ECB and NCA Liability within the Single Supervisory Mechanism*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia*, 2015, n. 78; S. ANTONIAZZI, *The ECB's banking Supervision and European Administrative Integration: Organisation, Procedures and Legal Acts*, in *Italian Journal of Public Law (IJPL)*, 2015, n. 2, 318 ss. S. AMOROSINO, *L'Unione Bancaria Europea e l'egemonia delle decisioni politiche*, in *Riv. dir. bancario*, 2018, 31 ss.; M. ORTINO, *Le competenze regolatorie dell'Unione europea in materia bancaria*, Giappichelli, Torino, 2021, 227 ss.; G. BELTRAMME, *L'evoluzione dell'attività di supervisione bancaria*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2022, Suppl. n. 2, 4 ss; A. BARONE - G. DRAGO - C. NICOLOSI, *L'erompere della vigilanza prudenziale europea, I compiti della vigilanza prudenziale della BCE*, in A. BARONE - G. DRAGO (a cura di), *La funzione di vigilanza della Banca Centrale Europea, Poteri pubblici e sistema bancario*, Luiss

istituti creditizi, contenute in decisioni della BCE e in provvedimenti della Banca d'Italia, e a persone fisiche ma con atti adottati esclusivamente dalla Banca d'Italia in base al Testo unico bancario⁵; tali soggetti possono impugnare i provvedimenti sanzionatori individuali in quanto diretti interessati come previsto dall'art. 263, par. 4 del TFUE e dalle regole processuali nazionali.

2. La base normativa del controllo giurisdizionale sulle sanzioni amministrative bancarie previste dall'art. 18 del regolamento⁶ (UE), 15 ottobre 2013, n. 1024, istitutivo di compiti specifici di vigilanza prudenziale della BCE, è l'art. 263 TFUE che prevede il controllo di legittimità sugli atti dell'istituzione, escluse le raccomandazioni e i pareri, mediante ricorsi⁷ proposti da uno Stato membro, dal Parlamento europeo, dal Consiglio o dalla Commissione nonché da qualsiasi persona fisica o giuridica contro gli atti adottati nei suoi confronti o che la riguardano direttamente o individualmente.

Le censure attengono ai vizi di incompetenza, di violazione delle forme sostanziali, dei Trattati o di qualsiasi regola di diritto e di sviamento di potere. La violazione di legge è certamente il vizio più frequente, mentre le altre categorie sono speciali e la legalità degli atti amministrativi è garantita dal rispetto dei diritti fondamentali e dai principi di legittimità amministrativa, ormai "patrimonio comune" degli ordinamenti dell'UE. La carenza di competenza coinvolge le istituzioni europee e le agenzie e, quindi, anche la BCE in quanto esercita complessi

University Press, Roma, 2022, 31-36; M. CHIARELLI, *L'Unione bancaria europea tra integrazione finanziaria e dimensione politica*, Cacucci, Bari, 2022, 65 ss. Per un quadro generale delle ragioni e degli obiettivi della vigilanza e sull'influenza delle banche centrali negli ultimi quindici anni nella politica economica v. L. ESPOSITO - G. MASTROMATTEO, *La vigilanza bancaria, Storia, teorie, prospettive*, Carocci, Roma, 2021, 121 ss. e 305 ss.; L. WANSLEBEN, *The Rise of Central Banks, State Power in Financial Capitalism*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2023.

⁵ La disciplina delle sanzioni amministrative destinate a persone fisiche con ruoli di gestione della banca era già prevista nella legge bancaria del 1936.

⁶ Si rinvia al Considerando (86) del regolamento che precisa il rispetto del "diritto ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale".

⁷ I ricorsi devono essere proposti nel termine di due mesi a decorrere, secondo i casi, dalla pubblicazione dell'atto, dalla notificazione al ricorrente ovvero, in mancanza, dal giorno in cui il ricorrente ne ha avuto conoscenza (art. 263, comma 6, TFUE).

compiti nei confronti degli istituti di credito vigilati nel Meccanismo di vigilanza unico che persegue l'integrazione⁸, ma con frequenti difficoltà interpretative.

Una questione assai critica attiene all'esercizio da parte della BCE di poteri previsti da norme nazionali di attuazione delle disposizioni di vigilanza e, in particolare, se le relative decisioni siano qualificabili come atti della BCE *ex art. 24.1* del regolamento (UE) n. 1024/2013. È evidente che l'istituzione esercita legittimamente i poteri previsti dalla legislazione nazionale in esecuzione delle direttive europee, poiché la fonte originaria delle competenze è comunque il regolamento europeo del 2013. Ne deriva un'importante conseguenza per la tutela delle posizioni soggettive: le decisioni della BCE che applicano la disciplina nazionale sulla vigilanza non sono decisioni soggette al controllo giurisdizionale nazionale, ma sono decisioni della BCE sottoposte esclusivamente al sindacato dei giudici europei⁹.

Le decisioni dell'istituzione sono destinate, in via diretta o indiretta (tramite le decisioni di attuazione delle Autorità di vigilanza nazionali) agli istituti creditizi; i relativi obblighi conseguono dalla diretta applicazione dei regolamenti del settore finanziario e bancario e della legislazione nazionale in attuazione delle direttive. Peraltro, con riferimento agli istituti di credito, la BCE deve applicare in alcuni casi (ad es., nel procedimento di autorizzazione bancaria) norme nazionali¹⁰ per l'intreccio necessario delle discipline; inoltre, come è noto, le direttive necessitano del recepimento nell'ordinamento interno e, quindi, potrà configurarsi un ambito significativo di norme nazionali di attuazione riconducibili al diritto

⁸ Si consideri anche l'art. 114 TFUE, circa il ravvicinamento delle legislazioni, che è presupposto dell'adozione dei regolamenti e delle direttive.

⁹ Sul punto v. T. M. C. ARONS, *Judicial Protection of Supervised Credit Institutions in the European Banking Union*, in D. BUSCH - G. FERRARINI (a cura di), *European Banking Union*, II Ed., Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 102-103; G. LO SCHIAVO, *The ECB and its application of national law in the SSM*, in G. LO SCHIAVO (Ed.), *The European Banking Union and the Role of Law*, E. Elgar, Cheltenham, 2019, 177 ss.

¹⁰ Per l'applicazione del diritto nazionale v. A. WITTE, *The application of national law by the ECB, including options and discretions, and its impact on the judicial review*, in C. ZILIOLI - K.-P. WOJCIK (eds.), *Judicial Review in the European Banking Union*, E. Elgar, Cheltenham, 2021, 236 ss.

dell'economia e al diritto amministrativo.

La violazione di requisiti generali sostanziali di carattere procedurale coinvolge i diritti comuni fondamentali di frequente evocati dalla giurisprudenza dei giudici europei e nazionali e dalla Corte dei diritti dell'uomo. In particolare, il diritto ad essere ascoltati¹¹ e l'obbligo della motivazione per tutti gli atti giuridici, inclusi ovviamente gli atti legislativi delegati e di esecuzione, le decisioni e i provvedimenti amministrativi individuali, regole espressamente previste per le sanzioni amministrative¹² dal regolamento (UE) n. 468/2014. Si aggiungono il dovere di riservatezza e di non diffusione di dati ad altri enti pubblici o privati, di informazioni protette dal segreto professionale e, in particolare, di notizie relative alle imprese¹³, alla luce del principio previsto per i membri del Consiglio di vigilanza¹⁴ della BCE; tuttavia, è prevista una deroga quando le informazioni siano utili per un'azione di tutela¹⁵.

Il concetto ampio di violazione di «qualsiasi regola di diritto» relativa all'applicazione dei Trattati¹⁶ riguarda i principi generali rinvenibili nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE e include i diritti riconosciuti nel tempo dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, le libertà e i diritti previsti dalla Convenzione

¹¹ V. art. 41, comma 2, Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

¹² V. artt. 120-133 e in particolare i diritti procedurali *ex* art. 126; v. anche art. 18 del regolamento (UE) n. 1024/2013.

¹³ Art. 339 TFUE.

¹⁴ Artt. 27.1, comma 1, e 27.2. V. art. 37 dello Statuto SEBC-BCE.

¹⁵ V. Corte di Giustizia, Sez. II, 12 novembre 2014, causa C-140/13, *Altmann e altri/Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin)*; la sentenza ha interpretato l'art. 54 della direttiva (CE) n. 39/2004 nel senso che, in una procedura amministrativa, l'Autorità di supervisione nazionale può fare affidamento sul segreto professionale nei confronti di una persona che, in una questione che non riguardi il diritto penale o un processo civile, richieda l'accesso alle informazioni relative ad un'impresa di investimento in liquidazione, anche quando l'attività svolta sia consistita in una frode a danno degli interessi degli investitori. In tema di accesso ai documenti relativi alle decisioni del Consiglio direttivo della BCE e, in particolare, di riservatezza delle delibere (accesso all'importo del credito risultante negli estratti del verbale della decisione), v. Corte di Giustizia, Sez. I, 19 dicembre 2019, causa C-442/2018, *BCE/Espírito Santo Financial (Portugal), SGPS, SA*, e per la disciplina v. art. 10.4 del Protocollo sullo Statuto SEBC-BCE e decisione 2004/3/BCE (2004/258/CE), art. 4.1; Trib. UE, Sez. IV, 25 giugno 2020, causa T-552/19, *Malacalza Investimenti srl/BCE*, circa l'annullamento del diniego di accesso a diversi documenti relativi alla decisione ECB-SSM-2019-ITCAR-11 del Consiglio direttivo della BCE, del 1° gennaio 2019, che ha sottoposto *Banca Carige spa* ad amministrazione straordinaria.

¹⁶ Art. 263.2 TFUE.

europea dei diritti umani e tutti gli altri diritti e principi che derivano dalle comuni tradizioni costituzionali dei Paesi europei. Occorre, inoltre, considerare specifici principi di diritto amministrativo come il diritto ad una buona amministrazione, il diritto di accesso ai documenti amministrativi e il diritto di difesa, il principio di proporzionalità, ecc.

La giurisprudenza frequentemente affronta la questione della legittimazione all'azione in quanto il ricorrente dev'essere titolare di un interesse giuridico concreto e attuale nel senso che l'eventuale annullamento deve avere un'incidenza diretta sulla posizione giuridica per le conseguenze favorevoli; tali presupposti sono generalmente assai evidenti nel caso del provvedimento sanzionatorio che individua il soggetto destinatario persona giuridica, mentre vi sono problemi rilevanti per la determinazione del *quantum* e la sua onerosità.

Diversamente per le decisioni di revoca di un'autorizzazione bancaria, come nel caso *Trasta Komercbanka*: l'atto è stato dapprima impugnato con ricorso dinanzi alla Commissione amministrativa del riesame, che invece ha ritenuto la decisione sufficientemente motivata e proporzionata, anche se era necessario chiarire alcuni elementi poi espressi nel parere, presupposto dell'adozione di una nuova decisione della BCE. Sono conseguite le controversie dinanzi al Tribunale¹⁷ dell'Unione e alla Corte di Giustizia¹⁸ ed è interessante esaminare le argomentazioni che respingono l'eccezione di irricevibilità sollevata dalla BCE e i principi generali richiamati, utili anche per il contenzioso in materia di sanzioni amministrative.

Il Tribunale¹⁹ ha ricostruito il principio di tutela giurisdizionale effettiva²⁰ dei diritti basati sulla disciplina dell'UE a cui si riferisce l'art. 19.1, comma 2, TUE che

¹⁷ Trib. UE, 12 settembre 2017, T-247/16, *Trasta Komercbanka AS/BCE*.

¹⁸ Corte di Giustizia, Grande Sezione, 5 novembre 2019, C-663/17 P, C-665/17 P, C-669/17 P, *BCE, Commissione europea/ Trasta Komercbanka AS e a.*

¹⁹ Trib. UE, ordinanza 12 settembre 2017, T-247/16, *Fusin e altri/BCE*; non pubblicata (EU: T:2017:623).

²⁰ Sul principio di effettività della tutela v. Corte di Giustizia, Grande Sezione, 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses/Tribunal de Contas*, punto 35; Corte di Giustizia, Grande Sezione, 24 giugno 2019, causa C-619/18, *Commissione europea/Repubblica di Polonia*, punto 34 ss.

deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri; inoltre, il principio è previsto dagli artt. 6 e 13 della CEDU e affermato dall'art. 47 della Carta dei diritti dell'UE che, a sua volta, si ricollega all'art. 263, comma 4, TFUE.

Per la ricevibilità del ricorso, l'interessato deve dimostrare di avere espressamente scelto l'azione in sede giurisdizionale sul presupposto di uno specifico mandato al difensore, atto che dev'essere esibito ai sensi del regolamento di procedura. Questa condizione è obbligatoria per una persona giuridica di diritto privato, come nel caso dell'ente creditizio *Trasta Komerbanka*, a pena di irricevibilità; in assenza di una specifica disciplina europea, occorre riferirsi al diritto nazionale per individuare gli organi societari legittimati all'azione di tutela giurisdizionale.

Riguardo al requisito del diretto interesse alla decisione²¹ oggetto del ricorso, la sentenza individua «due criteri cumulativi» nel senso che la misura contestata deve produrre direttamente effetti sulla situazione giuridica individuale e non dev'esservi alcun esercizio di potere discrezionale da parte degli enti destinatari competenti per l'attuazione, che è invece automatica e deriva esclusivamente dalla disciplina dell'UE.

Il Tribunale europeo²² ha incentrato l'attenzione sul pregiudizio economico della decisione controversa di revoca dell'autorizzazione bancaria che incide «necessariamente sulla consistenza e sulla portata» dei diritti degli azionisti dell'ente creditizio, dato che non potranno ricevere i dividendi e neppure potrà essere perseguito l'oggetto sociale, mentre il diritto di voto e di partecipazione alla gestione della società sarebbero «essenzialmente formali». Sulla base di queste considerazioni economiche, che non possono prevalere sugli aspetti giuridici collegati alla legittimazione, il giudice ha erroneamente ritenuto che la decisione della BCE riguardasse gli azionisti in via diretta e, quindi, ha riconosciuto la ricevibilità del ricorso in quanto proposto dai medesimi, dopo la liquidazione della

²¹ Di cui all'art. 263, comma 4, TFUE.

²² Trib. UE, ordinanza 12 settembre 2017, T-247/2016, *Fusin e altri/BCE*, cit.

società decisa dal giudice nazionale in base alla disciplina interna, conseguenza non prevista dalle norme europee sulla revoca dell'autorizzazione creditizia.

La Corte di Giustizia²³ ha, invece, affermato la carenza di legittimazione ad agire degli azionisti, considerata l'assenza di effetti diretti della decisione sulla loro situazione giuridica come incidenza sulla posizione individuale²⁴, aspetto non accertato in concreto dal Tribunale europeo; inoltre, il giudice ha chiarito il contenuto dell'art. 4 del regolamento (UE) n. 1024/2013 in quanto prevede la competenza esclusiva della BCE per il rilascio e la revoca dell'autorizzazione bancaria, salva unicamente la previa consultazione dell'Autorità nazionale competente ex art. 14.6, affinché gli enti creditizi adottino le necessarie azioni correttive e le eventuali misure di risoluzione.

Quindi, l'impugnazione di decisioni della BCE relative alla vigilanza bancaria, possono comportare rilevanti problemi interpretativi già per il profilo della legittimazione, che dev'essere verificata sulla base dell'art. 263, comma 4, TFUE, presupposto non sempre facilmente accertabile anche a causa dell'intricata disciplina di settore. Occorre valutare gli atti giuridici e i loro effetti e, ad. es., la revoca di un provvedimento non comporta di per sé la sua illegittimità, e, quindi, può essere sottoposta al controllo del giudice europeo e, al fine della legittimazione, è sufficiente che l'azione proposta possa avvantaggiare la parte che l'ha esperita. Tuttavia, per riconoscere in concreto questa legittimazione e la ricevibilità del ricorso, la Corte di Giustizia dovrebbe astenersi dal valutare la probabilità che l'azione intentata davanti ad un giudice nazionale in base al diritto nazionale sia effettivamente fondata, sostituendosi ad esso²⁵.

²³ Corte di Giustizia, Grande Sezione, 5 novembre 2019, causa C-663/17; C-665/17 e C-669/17, *BCE/ Trasta Komercbanka e altri*, che ha annullato l'ordinanza 12 settembre 2017 del Tribunale europeo e rinviato ad esso la causa per statuire sul ricorso proposto da *Trasta Komercbanka* volto all'annullamento della decisione della BCE del 3 marzo 2016.

²⁴ V. anche Corte di Giustizia, III Sez., 28 febbraio 2019, causa C-465/16, *Consiglio dell'Unione europea/Growth Energy e Renewable Fuels Association*.

²⁵ V. Corte di Giustizia, Grande Sezione, 19 dicembre 2018, causa C-219/17, *Fininvest/Banca d'Italia/IVASS* e altri. Affinché il processo decisionale sia efficace, deve esserci necessariamente un unico sindacato giurisdizionale, esercitato dal solo giudice europeo, dopo l'adozione della decisione

Nel caso delle sanzioni amministrative pecuniarie, i problemi dell'impugnazione riguardano soprattutto la quantificazione rilevante delle somme e l'applicazione dei criteri previsti dalla disciplina europea, dato che non è prevista una specifica competenza di merito *ex lege* del giudice europeo come richiesto dall'art. 127 TFUE unitamente al sindacato di legittimità. Mentre le sanzioni adottate dalle Autorità competenti nazionali seguono la disciplina nazionale; tuttavia, la BCE può sollecitare, in base all'art. 18 par. 5 del regolamento n. 1024 del 2013, l'Autorità nazionale ad adottare sanzioni secondo il diritto nazionale se necessario, ma non può sostituirsi ad essa nell'apertura del procedimento sanzionatorio o applicare il diritto nazionale.

La BCE, invece, deve applicare le norme nazionali che recepiscono il diritto dell'UE nell'ordinamento nazionale, comprese le norme espressione di consentite "opzioni" e scelte discrezionali, ai sensi dell'art. 4.3 del regolamento sulla vigilanza unica²⁶; quindi, l'assenza di una norma che consenta di sottoporre le questioni di interpretazione a giudici nazionali, può essere di certo considerata una lacuna rilevante, dato che possono esservi differenze significative tra gli istituti previsti dagli ordinamenti interni.

Infatti, il meccanismo di rinvio pregiudiziale non è previsto in senso inverso e cioè non attivabile dai giudici europei nei confronti di quelli nazionali per l'interpretazione del diritto interno, ma i primi possono conoscere della validità di atti nazionali preparatori in via incidentale. E' evidente l'assenza di reciprocità della regola da cui derivano conseguenze nell'applicazione del diritto nazionale.

L'applicazione delle discipline nazionali comporta per la BCE il rischio di

dell'istituzione che chiude il procedimento amministrativo e che è, da sola, in grado di produrre effetti giuridici vincolanti tali da incidere sugli interessi del ricorrente apportando un determinato cambiamento nella sua posizione giuridica (v. § 49 della sentenza).

²⁶ L'art. 4.3 prevede che "Ai fini dell'assolvimento dei compiti attribuitele dal presente regolamento e allo scopo di assicurare standard elevati di vigilanza, la BCE applica tutto il pertinente diritto dell'Unione e, se tale diritto dell'Unione è composto direttive, la legislazione nazionale di recepimento di tali direttive. Laddove il pertinente diritto dell'Unione sia costituito da regolamenti e al momento tali regolamenti concedano esplicitamente *opzioni* per gli Stati membri, la BCE applica anche la legislazione nazionale di esercizio di tali opzioni".

errori di diritto che viziano le decisioni, come nel caso *Corneli*²⁷ con riferimento alla proroga dell'amministrazione straordinaria motivata dalla persistenza del significativo deterioramento della situazione dell'ente vigilato e dall'esercizio del potere, ai sensi dell'art. 70 del t.u.b., appropriato alle circostanze; la BCE ha erroneamente applicato la norma, dato che la condizione non era in realtà espressamente prevista per lo scioglimento degli organi amministrativi o di controllo della banca, l'instaurazione dell'amministrazione straordinaria e l'estensione della sua durata per il periodo previsto nella decisione di proroga.

Il "deterioramento della situazione della banca" non ha carattere generico, ma è una condizione prevista dal t.u.b. che si inserisce in un elenco tassativo di quattro condizioni alternative *ex lege* per la misura "più invasiva" rispetto all'intervento precoce, quale appunto l'assoggettamento di un ente creditizio ad amministrazione straordinaria, mentre quelle indicate per la misura meno invasiva non possono giustificare l'adozione di misure con effetto più grave senza un aggancio normativo. Il tenore letterale dell'art. 70 non può essere superato in via interpretativa richiamando l'art. 29 della direttiva (UE) n. 59/2014. Nel caso *Corneli* la BCE era incorsa nell'errore di applicazione dell'art. 70 t.u.b. mediante "un'interpretazione libera dei testi normativi che consenta di rimodellare le condizioni per l'applicazione di disposizioni concepite in modo distinto nella direttiva 2014/59 e nel diritto nazionale". Quindi, pur essendo vigente l'obbligo per le istituzioni di osservare il diritto dell'UE nell'esercizio delle competenze, in base al principio di legalità, che ovviamente riguarda anche la BCE per la funzione di vigilanza prudenziale degli enti creditizi²⁸, la disciplina applicabile è la legislazione nazionale di recepimento e non si considerano le due fonti normative come riferimenti distinti e vincolanti²⁹.

²⁷ Trib. UE, Sez. IV Ampliata, 12 ottobre 2022, causa T-502/19, *Corneli/BCE/Commissione europea*.

²⁸ V. art. 4, par. 3, del regolamento (UE), 15 ottobre 2013, n. 1024.

²⁹ Come è noto la direttiva non può creare obblighi a carico di un privato e non può essere fatta valere come tale nei suoi confronti, v. Corte di Giustizia, Grande Sezione, 19 gennaio 2010, causa C-555/07, *Küçükdeveci/Swedex GmbH & Co. KG* punto 46.

Quanto all'interpretazione del diritto nazionale da parte dei giudici nazionali, la giurisprudenza costante è orientata nel senso che dev'essere interpretato conformemente al sistema del TFUE, poiché ciò assicura la piena efficacia del diritto dell'Unione e uniformità nella soluzione delle controversie³⁰. Inoltre, la portata delle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative nazionali dev'essere valutata in base all'interpretazione dei giudici nazionali³¹. Tuttavia, vi sono dei limiti nel senso che l'obbligo del giudice di riferirsi, ad es. al contenuto di una direttiva nell'interpretazione e applicazione di norme pertinenti del suo diritto nazionale è limitato ai principi generali del diritto e non può essere la base per un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale³². In sostanza, l'obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale al diritto europeo non può giustificare un'interpretazione in contrasto con i termini e le espressioni che emergono da disposizioni nazionali di recepimento di una direttiva, in quanto solo la legge nazionale è il corretto riferimento.

3. Le sanzioni amministrative bancarie hanno una base normativa europea nell'art. 18 del regolamento (UE) n. 1024/2013 e negli artt. 122-128 del regolamento-quadro n. 468/2014, oltre a regole generali contenute nel regolamento (CE) n. 2532/1998 per le sanzioni della BCE, nonché nell'art. 18 del regolamento (UE) n. 806/2014 riguardo al potere sanzionatorio del Comitato di risoluzione unico. I destinatari delle sanzioni sono esclusivamente persone giuridiche, diversamente dal nostro ordinamento, e già l'art. 34.3 dello Statuto del Sistema europeo di banche centrali e della BCE ha previsto il potere dell'istituzione

³⁰ Corte di Giustizia, Grande Sezione, 24 gennaio 2012, causa C-282/10, *Dominguez/Centre informatique du Centre Ouest Atlantique e Préfet de la région Centre*, punto 24; Corte di Giustizia, Grande Sezione, 24 giugno 2019, causa C-573/17, *Poplawski*, e Corte di Giustizia, Grande Sezione, 19 gennaio 2010, causa C-555/07, *Küçükdeveci/Swedex GmbH & Co. KG*, punto 48.

³¹ Corte di Giustizia, Sez. II Ampliata, 24 aprile 2018, cause da T-133/16 a T-136/16, *Caisse régionale de crédit agricole mutuel Alpes Provence e a./BCE*. V. C. V. GORTSOS, *The Crédit Agricole Cases: Banking Corporate Governance and Application of National Law by the ECB*, in C. ZILIOLI - K.-P. WOJCIK (Eds.), *Judicial Review in the European Banking Union*, cit., 510 ss.

³² Corte di Giustizia, Grande Sezione, 24 gennaio 2012, causa C-282/10, cit., punto 25.

di infliggere sanzioni esclusivamente alle persone giuridiche³³.

Nell'ordinamento italiano, il quadro normativo include le sanzioni amministrative pecuniarie dell'Autorità di vigilanza e di risoluzione nazionale - Banca d'Italia – irrogabili sia a persone giuridiche, sia a persone fisiche³⁴. L'indagine ha ad oggetto questo ambito specifico di norme europee e nazionali che coinvolgono Autorità e banche, amministratori componenti degli organi degli enti creditizi, esaminate per l'impugnazione dei provvedimenti che irrogano sanzioni.

In particolare, per il controllo giurisdizionale degli atti sanzionatori adottati dalla BCE nel settore della vigilanza prudenziale, il complesso contesto normativo è caratterizzato dalla concorrenza di poteri sanzionatori dell'istituzione con quelli delle Autorità nazionali di vigilanza e, quindi, della Banca d'Italia; da ciò le conseguenze per il riparto di giurisdizione tra giudice europeo per gli atti della BCE e giudice nazionale per i provvedimenti della Banca d'Italia.

L'art. 18 par. 7 del regolamento (UE) n. 1024/2013 prevede le sanzioni amministrative pecuniarie che possono essere irrogate dalla BCE nei confronti dei soggetti vigilati enti creditizi³⁵ “significativi” e “meno significativi³⁶” ex art. 122, lett. a) e b) del regolamento (UE) n. 468/2014, per violazioni dolose e colpose di norme europee, propri regolamenti o decisioni secondo i principi generali previsti dal regolamento (UE) n. 2532/98. Gli artt. 120-128 del regolamento (UE) n. 468/2014 integrano la disciplina e ad essi si rinvia per le regole procedurali e l'ufficio competente come unità di indagine indipendente.

L'art. 18 prevede, ai fini dell'assolvimento dei compiti di vigilanza, che la BCE possa irrogare sanzioni pecuniarie in caso di violazione dolosa o colposa, da

³³ L'art. 34.3 prevede che “Entro i limiti e alle condizioni stabiliti dal Consiglio in conformità alla procedura di cui all'art. 41, la BCE ha il potere di infliggere alle imprese ammende o penalità di mora in caso di inosservanza degli obblighi imposti dai regolamenti e dalle decisioni da essa adottati”.

³⁴ Si rinvia agli artt. 133, 139, 140, 144, 144 *bis*, 144 *ter*, 144 *quinquies* – 144 *septies* t.u.b.

³⁵ Oppure società di partecipazione finanziaria o società di partecipazione finanziaria mista.

³⁶ V. art. 122 “Poteri della BCE di irrogare sanzioni ai sensi dell'art. 18, paragrafo 7, del regolamento sul MVU”, lett. “a) soggetti vigilati significativi o b) “soggetti vigilati meno significativi, laddove i pertinenti regolamenti o decisioni della BCE impongano in capo a soggetti vigilati meno significativi obblighi nei confronti della BCE.”

parte degli enti creditizi, delle società di partecipazione finanziaria o delle società di partecipazione finanziaria mista, di obblighi previsti da atti del diritto dell'UE; inoltre, anche la Autorità nazionali di vigilanza devono irrogare sanzioni amministrative conformemente al diritto dell'UE. Le sanzioni della BCE contenute in decisioni sono quantificate fino al doppio dell'importo dei profitti ricavati o delle perdite evitate in conseguenza della violazione se determinabili oppure fino al 10% del fatturato complessivo annuo³⁷ della persona giuridica nell'esercizio finanziario precedente.

Nei casi non previsti dal par. 1 dell'art. 18, se necessario per l'assolvimento dei compiti di vigilanza, la BCE può chiedere, in base al par. 5, alle Autorità nazionali di avviare procedimenti per assicurare che siano imposte *sanzioni appropriate* in base agli atti *ex art. 4.3*, primo comma, e di qualsiasi pertinente disposizione di legge nazionale che preveda poteri attualmente non previsti dal diritto europeo.

Questo schema si applica alle sanzioni pecuniarie nei confronti di persone giuridiche (enti creditizi, società di partecipazione finanziaria o società di partecipazione finanziaria mista) in caso di violazione del diritto nazionale di recepimento e alle misure e sanzioni amministrative pecuniarie irrogate a specifiche persone fisiche (membri dell'organo di amministrazione di un ente creditizio, di una società di partecipazione finanziaria oppure di una società di quest'ultimo tipo mista) o ad ogni altro soggetto responsabile, con funzioni qualificate di amministrazione, di direzione e controllo ai sensi del diritto nazionale, di una violazione da parte di un ente creditizio o di una società di partecipazione finanziaria anche mista. E', quindi, evidente che l'art. 18, par. 5 riguarda sanzioni amministrative che possono essere irrogate dall'Autorità nazionale sia a persone giuridiche, sia a persone fisiche con profonde differenze tra i sistemi sanzionatori europeo e nazionale e riguardo al sindacato del giudice.

Il contenuto dell'art. 18 prevede un sistema complesso di riparto di competenze tra BCE e Autorità nazionale e comporta anche dubbi interpretativi

³⁷ Come definito dal pertinente diritto dell'UE.

considerato il mancato espresso riferimento alla distinzione tra banche “significantive” e banche “meno significantive”, secondo l’impostazione del Meccanismo unico di vigilanza europea. Più chiaramente, gli artt. 122 ss. del regolamento-quadro di cooperazione hanno meglio definito le competenze; in sostanza, la BCE può sanzionare le banche “significantive” per la violazione di regole o di decisioni che prevedono obblighi diretti nei confronti dell’istituzione, ma in ogni caso le sanzioni che possono essere irrogate sono esclusivamente quelle pecuniarie destinate agli istituti bancari come persone giuridiche e non coinvolgono le persone fisiche in quanto componenti degli organi di amministrazione e di controllo.

Fuori da questo ambito, le sanzioni sono decise e applicate dall’Autorità di vigilanza nazionale: la Banca d’Italia sanziona le banche “significantive” esclusivamente a seguito di richiesta della BCE ex art. 18, par. 5 del regolamento 1024/2013, al fine di applicare sanzioni che la disciplina europea non prevede, vale a dire quelle dirette a persone fisiche in base a norme nazionali, anche di recepimento delle direttive, e per applicare sanzioni non pecuniarie.

Tuttavia, sembra essere salva la discrezionalità dell’Autorità nazionale, dato che la BCE, sulla base di accertamenti, chiede a Banca d’Italia di avviare il procedimento sanzionatorio secondo il diritto nazionale e non di sanzionare direttamente l’istituto creditizio. Mentre nei confronti delle banche “non significantive”, la Banca d’Italia esercita un’esclusiva competenza di avvio della procedura; quindi, l’Autorità esercita la potestà sanzionatoria nei confronti delle banche “significantive” e “meno significantive” per quell’ambito di regole che rientrano nella trasparenza e nella correttezza dei comportamenti delle persone fisiche con ruoli negli organi di amministrazione, di direzione e di controllo della banca.

La disposizione risolve eventuali lacune del diritto europeo prevedendo per la BCE la possibilità di chiedere all’Autorità nazionale l’irrogazione di sanzioni in base a norme nazionali e, quindi, dirette a persone fisiche oppure di natura non

pecuniaria in quanto non siano previste dal quadro normativo sulla vigilanza. L'analisi delle norme evidenzia un duplice intento: da un lato, di considerare la distinzione tra le banche secondo la loro "significatività" e, dall'altro, di mettere a disposizione della BCE e delle Autorità nazionali le diverse forme di sanzioni previste dall'ordinamento europeo e interno.

La BCE può, quindi, accertare la responsabilità di persone giuridiche e irrogare sanzioni previste dal diritto europeo e, in seguito, potrebbe chiedere di avviare il procedimento sanzionatorio all'Autorità competente nazionale per sanzioni amministrative destinate a persone giuridiche e fisiche; in teoria, non vi è il rischio di un cumulo di sanzioni per la stessa violazione, dato che l'art. 18, par. 5 si riferisce agli atti (regolamenti, direttive e legislazione nazionale anche di recepimento di direttive) ex art. 4.3, comma 1 del regolamento di vigilanza, a norme nazionali che conferiscano "specifici poteri attualmente non previsti dal diritto dell'Unione"; quindi, sarebbero coinvolti casi che non rientrano nel diritto europeo.

E', inoltre, possibile riflettere se in questo contesto normativo sia individuabile un procedimento composto la cui fase di avvio inizia in sede europea e si conclude in quella nazionale con una decisione di contenuto sanzionatorio per violazione di norme nazionali e nei confronti di soggetti sottoposti al diritto nazionale³⁸. In base all'art. 18, par. 5, del regolamento (UE) n. 1024/2013, la BCE può chiedere alle Autorità nazionali di avviare procedimenti per assicurare che siano imposte "sanzioni appropriate in virtù degli atti di cui all'articolo 4, paragrafo 3, primo comma, e di qualsiasi pertinente disposizione legislativa nazionale che conferisca specifici poteri attualmente non previsti dal diritto dell'Unione". Tuttavia, in questo caso, l'atto finale è adottato dall'Autorità nazionale che applica la sanzione e non è un provvedimento composto, ma un atto assolutamente interno, soggetto esclusivamente alla giurisdizione del giudice nazionale il cui sindacato si estende alla fase iniziale di apertura del procedimento.

Infine, a parte le sanzioni amministrative pecuniarie, sono previste ulteriori

³⁸ Art. 18, § 5, subparagrapho 2.

misure di coercizione volte ad assicurare il più possibile l'applicazione della disciplina sulla vigilanza bancaria e delle decisioni della BCE, consistenti in penalità di mora³⁹.

Il controllo giurisdizionale delle sanzioni amministrative pecuniarie della BCE rientra ovviamente nella giurisdizione del giudice europeo che esercita un sindacato di legittimità circa la violazione di norme europee non solo sulle specifiche sanzioni, ma anche di note regole procedurali quali la notifica dell'avvio del procedimento, la garanzia del contraddittorio nel procedimento, la separazione tra fase istruttoria e fase decisionale e la motivazione del provvedimento finale.

Anche il Comitato di risoluzione può adottare decisioni che irrogano rilevanti sanzioni pecuniarie in base all'art. 38 del regolamento (UE) n. 806/2014, se un'entità *ex art. 2*, per negligenza o intenzionalmente, abbia commesso una delle violazioni elencate nel par. 2 che sono illeciti omissivi e collegati a specifici obblighi di collaborazione (richieste di informazioni, indagini, ispezioni⁴⁰, la necessaria conformazione a decisioni del Comitato). Le decisioni di questo organo di contenuto sanzionatorio⁴¹ sono impugnabili dinanzi al giudice europeo in base ai principi di cui all'art. 263 TUE, in quanto produttive di effetti pregiudizievoli nei confronti dei destinatari.

Se consideriamo il quadro normativo nazionale in tema di sanzioni per la violazione di norme dell'ordinamento bancario, appare immediata la complessità considerate le sanzioni penali⁴² e le sanzioni amministrative (in prevalenza di natura pecuniaria⁴³) destinate a persone giuridiche e a persone fisiche coinvolte nella

³⁹ Come previsto dall'art. 9 del regolamento (UE) n. 1024/2013 e dall'art. 129 del regolamento-quadro n. 468/2014; la penalità di mora è una misura nota da tempo e il regolamento (CE) n. 2532/1998, relativo ai poteri sanzionatori della BCE, prevede una quantificazione fino al 5% del fatturato "medio giornaliero" per ogni giorno di infrazione.

⁴⁰ V. in tema M. DE BELLIS, *I poteri ispettivi dell'amministrazione europea*, Giappichelli, Torino, 2021.

⁴¹ Per le penalità di mora, diverse dalle sanzioni pecuniarie, v. art. 39.

⁴² Artt. 130-140 *bis* del t.u.b.

⁴³ Oppure alternative o accessorie. Le sanzioni alternative a quelle pecuniarie consistono nell'ordine di eliminare infrazioni mediante misure da adottare e un termine di adempimento v. art. 144 *bis* del t.u.b. Le sanzioni accessorie si applicano esclusivamente alle persone fisiche, come l'interdizione

gestione degli istituti bancari; per questa seconda categoria di destinatari sono necessari alcuni approfondimenti anche a confronto con il potere sanzionatorio della BCE e riguardo alla giurisdizione del giudice ordinario, dotato di una “piena giurisdizione” e di competenza di merito a differenza del giudice europeo.

Come è già stato chiarito, la Banca d’Italia esercita la potestà sanzionatoria nei confronti delle banche “meno significative” e delle banche “significative” per quell’ambito di materia escluso dai compiti di vigilanza della BCE, coinvolgendo ad es. la correttezza e la trasparenza di condotte di persone fisiche con ruoli di amministrazione, controllo e di direzione, e del personale, qualora l’inosservanza sia conseguenza dell’omissione e dell’azione per determinate circostanze di fatto previste dall’art. 114 *ter* t.u.b.

Il t.u.b. prevede sanzioni amministrative per tradizione risalente alla legge bancaria del 1936 a garanzia dell’effettività dell’ordinamento bancario, come conseguenza della violazione di norme, di atti e di decisioni della Banca d’Italia e sulla base del principio di tipicità, di regole procedurali (adeguata istruttoria, fasi in contraddittorio, diritto di difesa, audizione⁴⁴), di responsabilità dolosa o colposa e di quantificazione in relazione ad una percentuale del fatturato della banca, schema adottato anche dall’art. 18 del regolamento (UE) 1024/2013 che comporta una significativa afflittività, assai vicina alla sanzione penale. Peraltro, il t.u.b. prevedeva solamente sanzioni pecuniarie destinate a persone fisiche⁴⁵ e di entità non rilevante rispetto a quelle vigenti; le riforme⁴⁶ del 2005 e del 2015 hanno progressivamente introdotto una prevalente logica di incremento degli importi

temporanea dall’esercizio di funzioni di amministrazione, direzione e controllo v. art. 114 *ter*, comma 3, t.u.b.

⁴⁴ Per il procedimento sanzionatorio v. art. 145 t.u.b.

⁴⁵ L’art. 145, comma 10 abrogato, prevedeva che le banche, le società o gli enti ai quali appartengono i responsabili delle violazioni (esponenti aziendali) rispondono, in solido con questi, del pagamento della sanzione.

⁴⁶ Con l. 28 dicembre 2005, n. 262 e d.lgs. 12 maggio 2015, n. 72 in attuazione della l. delega 7 ottobre 2014, n. 154 di recepimento della direttiva (UE) 26 giugno 2013, n. 36 (c.d. CDR IV).

delle sanzioni per entrambe le categorie di destinatari⁴⁷ per assicurare una maggiore trasparenza dei mercati e rafforzare la tutela dei risparmiatori a cui si aggiungono misure non patrimoniali.

Proprio il recepimento della direttiva (UE) n. 36/2013 ha comportato l'inserimento di destinatari persone giuridiche in quanto enti creditizi responsabili della violazione in linea con l'obiettivo di armonizzazione tra le discipline sanzionatorie nazionali e per indurre gli istituti a migliorare l'organizzazione e la formazione professionale interna dei dirigenti e dei dipendenti. Inoltre, l'introduzione del nuovo modello basato sulla punibilità della persona giuridica non ha chiarito l'individuazione dei distinti casi di responsabilità delle persone fisiche e di quelle giuridiche e in assenza di univoci riferimenti normativi, la lacuna è superabile richiamando⁴⁸ gli artt. 144 ss. del t.u.b.: le sanzioni sono applicate di regola agli enti, mentre alle persone fisiche (dirigenti⁴⁹ e personale) solamente

⁴⁷ Per le sanzioni amministrative irrogate da Banca d'Italia ad amministratori v. Cass. Civ., Sez. II, 14 dicembre 2015, n. 25141. V. V. LEMMA, *Amministratori di banca tra rischio d'impresa e responsabilità individuali*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2023, 61 ss.

⁴⁸ Per approfondimenti v. artt. 139-140 e commento di E. BINDI, in S. BONFATTI (a cura di), *Commentario al Testo Unico Bancario*, Pacini, Pisa, 2021, 1096 ss. e per gli artt. 144-144 *septies* il commento di B. GIORGIONE, *ivi*, 1105 ss.; P. LUCANTONI, *art. 139*, in F. CAPRIGLIONE (diretto da), *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, W. Kluwer, Cedam, Milano, 2018, Tomo II, 2616 ss.

⁴⁹ La giurisprudenza ha chiarito alcune condizioni in merito all'obbligo di "agire informati" per gli amministratori delle banche v. Cass. Civ., Sez. II, 18 settembre 2020, n. 19556, in tema di sanzioni amministrative previste dall'art. 144 del d.lgs. n. 385 del 1993; la Corte ha precisato che "l'obbligo imposto dall'art. 2381, ultimo comma, c.c. agli amministratori delle società per azioni di «agire in modo informato», pur quando non siano titolari di deleghe, si declina, da un lato, nel dovere di attivarsi, esercitando tutti i poteri connessi alla carica, per prevenire o eliminare ovvero attenuare le situazioni di criticità aziendale di cui siano, o debbano essere, a conoscenza, dall'altro, in quello di informarsi, affinché tanto la scelta di agire quanto quella di non agire risultino fondate sulla conoscenza della situazione aziendale che gli stessi possano procurarsi esercitando tutti i poteri di iniziativa cognitoria connessi alla carica con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze". Questi obblighi devono essere considerati particolarmente incisivi per gli amministratori di società che esercitano l'attività bancaria, prospettandosi non solo una responsabilità di natura contrattuale nei confronti dei soci della società, "ma anche quella, di natura pubblicistica, nei confronti dell'Autorità di vigilanza". Il contenzioso riguardava il decreto 5 settembre 2017 della Corte d'appello di Roma che aveva rigettato l'opposizione avverso il provvedimento con cui la Banca d'Italia aveva inflitto a un amministratore la sanzione pecuniaria di Euro 30.000 per illeciti amministrativi riferibili alla sua pregressa attività di componente e poi di presidente del consiglio d'amministrazione della Intermedia Credito s.p.a. – ECLA; più, precisamente, la sanzione di Euro

quando l'inosservanza derivi dalla violazione di doveri propri o dell'organo di appartenenza secondo le condizioni⁵⁰ ex art. 144 *ter* t.u.b.

L'incremento del *quantum* delle sanzioni ha suscitato l'attenzione della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo⁵¹ che da tempo ha evidenziato la natura sostanzialmente penalistica e non amministrativa in senso proprio, considerata la particolare afflittività per il vertiginoso incremento del massimo edittale, tendenza che caratterizza anche le sanzioni pecuniarie previste dalla disciplina europea. Tuttavia, il d.lgs. n. 72 del 2015 ha conservato la distinzione formale tra sanzione penale e sanzione amministrativa, nonostante l'entità degli importi e nel 2016 la Corte di Cassazione⁵² ha escluso l'equiparazione - per tipologia, severità e idoneità ad incidere sulla sfera patrimoniale del destinatario - delle sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia per la violazione delle norme in materia di partecipazioni rilevanti⁵³ a quelle per abuso di mercato coinvolte nel caso *Grande*

20.000,00 per carenze nell'organizzazione e nei controlli interni e la sanzione di Euro 10.000,00 per il mancato rispetto del requisito patrimoniale minimo complessivo della società.

⁵⁰ V. B. GIORGIONE, *Art. 144 ter*, in S. BONFATTI (a cura di), *Commentario al Testo Unico Bancario*, cit., 1116 ss.

⁵¹ Si rinvia alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo per il caso *Grande Stevens e a./Italia*, 4 marzo 2014, cause che afferma la natura penalistica degli effetti repressivi nei confronti del destinatario per l'eccessiva onerosità dell'importo delle sanzioni irrogate dalla Consob e delle sanzioni accessorie, da cui deriva il necessario riconoscimento delle stesse garanzie previste dall'art. 6 CEDU, del principio del *ne bis in idem* e del diritto ad un equo processo. In realtà, la prospettiva sostanzialistica risale alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, Plenaria, *Engel e a./Olanda*, 8 giugno 1976, che individuò tre criteri alternativi consistenti nella qualificazione giuridica della misura secondo il diritto nazionale, l'effettiva natura e il grado di severità della sanzione. V. anche F. MUCCIARELLI, *Le ricadute domestiche della giurisprudenza 'europea' sul ne bis in idem*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2020, Suppl. n. 2, 162 ss.

⁵² Cass. Civ., Sez. II, 24 febbraio 2016, n. 3656 e Cass. Civ. Sez. II, 28 settembre 2016, n. 19219. V. F. URBANI, *La natura delle sanzioni comminabili nei confronti degli esponenti aziendali ai sensi del Testo unico bancario. Riflessioni a margine di due recenti pronunce della suprema Corte*, in *Diritto penale contemporaneo*, 23 febbraio 2017, in *DPC*, 2017, n. 2, 147 ss.; E. BINDI - A. PISANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Giappichelli, Torino, 2018; E. BINDI, *Le sanzioni della Banca d'Italia e della Consob: i recenti orientamenti interni e sovranazionali. Introduzione*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2020, Suppl. n. 2, 4 ss.; A. PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative della Consob e della Banca d'Italia: gli indirizzi delle giurisdizioni sovranazionali e le problematiche applicative interne*, ivi, 81 ss.; in tema di illiceità amministrativa e doppio binario sanzionatorio v. F. DE LEO, *Abusivismo bancario: sanzioni penali e amministrative*, in G. CRICENTI - F. GRECO (a cura di), *Il nuovo diritto bancario*, Giuffrè, Milano, 2020, 838-840.

⁵³ Artt. 139, 140 e 144 del t.u.b.

Stevens, non riconoscendo la medesima natura penale.

Le norme ex artt. 139-140 e 144 ss. del t.u.b. descrivono le condotte sanzionabili adottando la soluzione del rinvio a norme del t.u.b. e a fonti regolamentari della Banca d'Italia, secondo la tecnica della norma parzialmente "in bianco", soluzione che suscita perplessità proprio in relazione al contenuto anche "penalistico" delle sanzioni amministrative che richiederebbe il rispetto dei principi di riserva di legge e di determinatezza della fattispecie⁵⁴.

La *ratio* della complessiva disciplina sanzionatoria introdotta dal d.lgs. n. 72 del 2015 e prevista dagli artt. 144 ss. del t.u.b. è quella di garantire la sana e prudente gestione dell'attività bancaria e finanziaria, di tutelare la stabilità del mercato, la correttezza e trasparenza dei comportamenti e della prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose⁵⁵, mediante sanzioni con caratteri di effettività, proporzionalità dipendenti dalla rilevante dissuasività considerando il rilevante importo⁵⁶ e le eventuali sanzioni accessorie non patrimoniali. La punibilità è incardinata su un duplice sistema e regime sanzionatorio che coinvolge la persona giuridica responsabile della violazione e le persone fisiche operanti in essa con diverse posizioni (dirigenti, personale) con misure anche interdittive e accessorie⁵⁷.

L'art. 145 del t.u.b. definisce la procedura sanzionatoria e i relativi principi (contraddittorio, conoscenza degli atti istruttori, verbalizzazione e distinzione tra

⁵⁴ V. art. 25, comma 2, Cost. e Corte Costituzionale 21 marzo 2019, n. 63. Si rinvia a E. BINDI - A. PISANESCHI, *La retroattività in mitius delle sanzioni amministrative sostanzialmente afflittive tra Corte CEDU, Corte di Giustizia e Corte costituzionale*, 27 novembre 2019, in *Federalismi*, 2019, n. 22, 1 ss. Con riferimento all'assenza di determinatezza e alle sanzioni della Consob v. Cass. Civ., Sez. II, 4 settembre 2014, n. 18683 per le sanzioni previste dall'art. 56 del regolamento Consob n. 11522 del 2018; Cass. Civ., Sez. Un., 30 settembre 2009, n. 20935. V. anche la recente Cass. Civ., Sez. II, 3 ottobre 2023, n. 27833 che conferma la legittimità di una consistente sanzione irrogata dalla Consob a un dirigente di Monte dei Paschi con la carica di direttore generale che aveva svolto un ruolo di tramite tra il consiglio di amministrazione di una s.p.a. bancaria, priva di un amministratore delegato e di un comitato esecutivo, e, dopo un'ispezione dell'aprile 2010, aveva ricevuto un'esplicita delega da parte della Consob.

⁵⁵ V. d.lgs. 25 maggio 2017, n. 90 che ha recepito la direttiva (UE) N. 849/2015 "IV direttiva anticiclaggio".

⁵⁶ Si consideri che il massimo degli importi delle sanzioni pecuniarie è pari al 10% del fatturato per gli enti e a 5 milioni di euro per le persone fisiche.

⁵⁷ Ad es., sospensione dell'attività o decadenza dalla posizione rivestita.

funzioni istruttorie e quelle decisorie) con oneri di pubblicazione. E' altresì indicato il giudice ordinario per l'impugnazione del provvedimento che applica la sanzione con alcune regole processuali specifiche⁵⁸ riguardo ai termini di notifica della lettera di contestazione formale degli addebiti, equivalente alla comunicazione di avvio del procedimento, e di deposito di memorie delle parti, ai mezzi di prova e all'audizione personale; invece il termine di precrizione dell'esercizio del potere sanzionatorio è quello generale fissato in cinque anni dall'art. 28 della l. n. 689 del 1981 a decorrere dal giorno della commissione della violazione.

Il t.u.b. prevede alcuni criteri specifici⁵⁹ circa la determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria che tiene conto della gravità e durata della violazione, del grado di responsabilità, l'entità del vantaggio e le eventuali conseguenze della violazione, aspetti che devono emergere dalla motivazione e che sono anche indici di riferimento nel giudizio di legittimità della sanzione, come per le regole del procedimento; alcuni vizi possono emergere riguardo al contraddittorio, ad es. circa la mancata considerazione delle osservazioni espresse nella memoria, vizio che avrebbe una rilevanza sostanziale ed escluderebbe l'ammissibilità di una motivazione del decreto del Direttorio della Banca d'Italia *per relationem* con riferimento agli atti del procedimento e alla motivazione della proposta del Servizio CRE espressa nella conclusione della fase istruttoria, dato che vi sarebbe un dovere di confronto tra la proposta e le osservazioni degli interessati⁶⁰. Tuttavia, tale interpretazione non è accolta dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione⁶¹ che, invece, incentra l'attenzione sulla natura del sindacato

⁵⁸ Per un esame del rito v. G. CANALE, *Il giudizio di opposizione avverso le sanzioni comminate dalla Banca d'Italia e i principi del processo*, in *Giurispr. comm.*, 2019, 528 ss.

⁵⁹ In applicazione dell'art. 70 della direttiva (UE) n. 36/2013. V. art. 144 del t.u.b.

⁶⁰ Si rinvia a E. GUARNIERI, in R. COSTI - F. VELLA (a cura di), *Commentario Breve al Testo Unico Bancario*, W. Kluwer, Cedam, Milano, Padova, 2019, 1036-1037.

⁶¹ Cass. Civ., Sez. II, 18 aprile 2018, n. 9517; Cass. Civ., Sez. II, 2 settembre 2016, n. 17510; Cass. Civ., Sez. II, 14 dicembre 2015, n. 25141; Cass. Civ., Sez. I, 7 agosto 2014, n. 17799; Cass. Civ., Sez. II, 14 giugno 2013, n. 15019; Cass. Civ., Sez. II, 7 agosto 2012, n. 14210; Cass., Sez. Un., 28 gennaio 2010, n. 1786. Si rinvia a W. TROISE MANGONI, *L'impugnazione delle sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia e dalla Consob: l'insoddisfacente qualificazione dei vizi attinenti alla motivazione del provvedimento nella prospettiva giurisprudenziale del giudizio sul rapporto*, in *Riv.*

del giudice che ha ad oggetto il rapporto e la validità sostanziale del provvedimento mediante un autonomo riesame dei presupposti di fatto e di diritto della sanzione.

Emerge un'impostazione "meno collaborativa" e paritaria rispetto ai procedimenti sanzionatori delle altre Autorità amministrative indipendenti⁶², dato che sembrano offrire maggiori occasioni di contraddittorio non solo in vista della decisione finale, ma per l'applicazione di istituti intermedi che possono superare la violazione mediante una fattiva collaborazione dell'impresa, pur considerando che si tratta di settori assai diversi, quali la concorrenza o la regolazione dei servizi pubblici. Infatti, la l. 10 ottobre 1990, n. 287 prevede il potere riduttivo della sanzione⁶³ nel corso del procedimento avviato e durante l'istruttoria con particolari garanzie del contraddittorio, nonché l'adesione agli impegni se valutati idonei e obbligatori e una procedura di transazione.

La sanzione può essere annullata e/o l'ammontare può essere modificato dal giudice ordinario in sede di ricorso in opposizione alla sanzione, soluzione risalente alla legge bancaria del 1936 in deroga alla giurisdizione del giudice amministrativo sugli atti e provvedimenti della Banca d'Italia. Più precisamente, "la sentenza della Corte d'Appello può rigettare l'opposizione, ponendo a carico dell'opponente le spese del procedimento, o accoglierla, annullando in tutto o in parte il provvedimento o *riducendo* l'ammontare o la durata della sanzione⁶⁴". La competenza di merito deve basarsi sui criteri previsti dall'art. 70 della direttiva (UE) n. 36 del 2014 recepiti nell'art. 144 *quater* del t.u.b. "Criteri per la determinazione delle sanzioni" e indicati nelle disposizioni di vigilanza della Banca d'Italia in materia

trim. dir. econ., 2020, Suppl. n. 2, 98 ss., che esamina la giurisprudenza della Corte di Cassazione sull'assenza o sull'insufficienza della motivazione del provvedimento sanzionatorio.

⁶² In tema M. CLARICH, *Sanzioni delle autorità indipendenti e garanzie del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2020, Suppl. n. 2, 40 ss.

⁶³ V. artt. 15 *bis* – 15 *quinquies*; per l'istruttoria v. art. 14; gli impegni *ex art. 14 ter* e per la procedura di transazione v. art. 14 *quater* della l. 287 del 1990.

⁶⁴ Art. 145, comma 7 *bis*, t.u.b.

di sanzioni e procedura sanzionatoria⁶⁵.

Nel 2010, il Codice del processo amministrativo aveva previsto, oltre alla giurisdizione esclusiva, la competenza di merito del giudice amministrativo in materia di sanzioni amministrative pecuniarie; la norma è stata dichiarata incostituzionale⁶⁶ nel 2014 e l'art. 145 del t.u.b. è stato modificato e integrato dal d.lgs. 12 maggio 2015, n. 72 di recepimento della direttiva (UE) n. 36/2013 nel senso della giurisdizione del giudice ordinario e della competenza funzionale della Corte di Appello di Roma con puntuali regole di procedura. La modifica si basa sul riconoscimento della natura vincolata dell'attività sanzionatoria della Banca d'Italia in relazione a posizioni di diritto soggettivo⁶⁷, in realtà non così chiara in tutte le fasi del procedimento, se consideriamo l'esercizio di discrezionalità tecnica con valutazioni complesse riguardo alla violazione di norme speciali o del parametro generale di sana e prudente gestione e le posizioni giuridiche soggettive di interesse legittimo collegate all'esercizio di un potere amministrativo dall'avvio del procedimento, alla qualificazione dell'illecito e alla quantificazione dell'ammontare⁶⁸, nonostante siano coinvolti diritti patrimoniali.

4. Il controllo di legittimità sulle decisioni che irrogano sanzioni segue la regola generale della giurisdizione del giudice europeo ex art. 263 TFUE trattandosi di atti adottati da un'istituzione europea destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi. Il contenzioso è assai rilevante considerata l'entità delle somme per le sanzioni pecuniarie e il pregiudizio economico per gli istituti bancari. La

⁶⁵ Si rinvia a "Disposizioni di vigilanza in materia di sanzioni e procedura sanzionatoria amministrativa" del 18 dicembre 2012 e successive modifiche fino alla delibera n. 322 del 27 luglio 2022, in www.bancaditalia.it, sezione *Procedura sanzionatoria amministrativa*.

⁶⁶ Corte Costituzionale 15 aprile 2014, n. 94; v. anche note 96 e 97.

⁶⁷ Cass. Civ., Sez. Un., 15 luglio 2010, n. 16577.

⁶⁸ In tema di avvio del procedimento sanzionatorio, notifica della sanzione proposta, di presentazione della memoria e di istanza di accesso ai documenti al fine della formulazione delle osservazioni scritte v. Cons. Stato, Sez. V, 16 maggio 2022, n. 3798; riguardo alla segretezza dei provvedimenti per i riflessi che possono avere sul relativo mercato, tanto da posticipare obbligatoriamente "non solo il contraddittorio con i controinteressati, ma anche la stessa conoscenza degli interventi sugli operatori", soprattutto se sia necessario il commissariamento, al momento dell'insediamento dei commissari per impedire manovre speculative sul mercato v. Cons. Stato, Sez. VII, 11 gennaio 2023, n. 407.

giurisprudenza affronta soprattutto questioni inerenti alla quantificazione, ad es., per le sanzioni amministrative irrogate per la violazione dei requisiti prudenziali in base all'art. 26, par. 3 del regolamento (UE) n. 575/2013 con riferimento ai requisiti di capitale primario per l'emissione di azioni ordinarie in assenza di autorizzazione preventiva dell'autorità competente, necessaria dopo il 28 giugno 2013; le autorità consultano l'ABE prima di concedere l'autorizzazione per nuove forme di strumenti di capitale da classificare nella classe 1 e tengono conto del parere e se intendano discostarsene, informano l'ABE delle ragioni entro i successivi tre mesi.

In concreto, la BCE ha inflitto agli enti creditizi sottoposti a vigilanza prudenziale diretta una sanzione in base all'art. 18, par. 1 del regolamento n. 1024/2013, per aver commesso colposamente la precitata violazione in quanto l'ente creditizio ha classificato tra i propri strumenti di capitale primario di "Classe 1" strumenti derivanti da emissioni di azioni ordinarie, senza aver prima ottenuto l'autorizzazione, dato che tale categoria di azioni è inserita nell'elenco pubblicato dall'ABE.

La Corte di Giustizia⁶⁹, tra le varie motivazioni a sostegno del rigetto delle impugnazioni, in parte irricevibili e in parte manifestamente infondate, esamina con particolare attenzione l'assenza di una specifica autorizzazione di *Crédit Agricole* che doveva essere richiesta all'Autorità competente ex art. 26, par. 3 del regolamento (UE) n. 575/2013 applicabile fin dall'inizio per le prime due classificazioni, senza che rilevi l'intervenuta modifica della disciplina che non ha escluso tale obbligo, anche se per la terza classificazione l'autorizzazione è stata rilasciata.

Un altro profilo significativo della sentenza attiene alla conformità delle sanzioni al principio di proporzionalità e ai criteri di cui all'art. 18, par. 3, del regolamento n. 1024/2013 che richiede espressamente una sanzione

⁶⁹ Corte di Giustizia, Sez. X, Ordinanza 16 giugno 2021, cause riunite da C-456/20 P a C-458/20 P, *Crédit agricole SA, Crédit agricole Corporate and Investment Bank, CA Consumer Finance/BCE*, con riferimento alle sentenze del Trib. UE, 8 luglio 2020, cause T-576-577-578/18, di impugnazione delle decisioni della BCE di irrogazioni di sanzioni amministrative.

proporzionata, caratteristica che deve emergere dalla necessaria motivazione da cui risulti la metodologia adottata dalla BCE nella determinazione dell'importo delle sanzioni.

In una diversa controversia, la Corte di Giustizia⁷⁰ ha esaminato l'ambito soggettivo dei destinatari del potere della BCE di infliggere sanzioni, considerando gli organismi centrali di cui all'art. 2, punto 21, lett. c) del regolamento (UE) n. 468/2014, che non sono entità creditizie⁷¹. Dopo la ricostruzione della base giuridica ex art. 127, par. 6, TFUE del regolamento (UE) n. 1024/2013 per l'esercizio di compiti specifici di vigilanza prudenziale degli enti creditizi e delle altre istituzioni finanziarie incluse le imprese di assicurazione, il giudice europeo, confermando l'orientamento del Tribunale⁷², chiarisce che la competenza in materia non è subordinata all'esistenza di un potere sanzionatorio nei confronti dei soggetti sottoposti a vigilanza.

L'art. 18 del regolamento prevede, ai fini dell'assolvimento dei compiti, che la BCE possa imporre sanzioni amministrative pecuniarie agli enti creditizi, alle società di partecipazione finanziaria o alle società di partecipazione finanziaria mista, ma il potere sanzionatorio non rappresenta un presupposto necessario per l'esercizio della competenza di vigilanza prudenziale e del resto ciò non è previsto dal diritto dell'UE. In particolare, l'interpretazione vale per la vigilanza prudenziale su base consolidata nei confronti di un gruppo, competenza che non presuppone che la BCE disponga di un potere sanzionatorio nei confronti di un organismo centrale, ai sensi dell'art. 2, punto 21, lett. c) del regolamento n. 468/2014, facente parte di tale gruppo e non qualificabile come ente creditizio, che si combina con l'art. 18 del regolamento (UE) n. 1024/2013.

⁷⁰ Corte di Giustizia, Sez. I, 2 ottobre 2019, cause riunite C-152/18 P e C-153/18 P, *Crédit mutuel Arkéa/BCE, Commissione europea, Confédération nationale du Crédit mutuel*.

⁷¹ “c) Soggetti vigilati aventi ciascuno la propria sede principale nel medesimo Stato membro partecipante, purchè permanentemente collegati a un organismo centrale che eserciti la vigilanza sugli stessi alle condizioni di cui all'articolo 10 del Regolamento (UE) n. 575/2013 e che sia insediato nel medesimo Stato membro partecipante”.

⁷² Trib. UE, Sez. II Ampliata, 13 dicembre 2017, causa T-712/15, *Crédit mutuel Arkéa/BCE*, punto 91, e Trib. UE, 13 dicembre 2017, causa T-52/16, *Crédit mutuel Arkéa/BCE*, punto 90.

In definitiva, vi sono ipotesi di competenza sanzionatoria esercitata in via esclusiva dalla BCE in base all'art. 18, par. 1 e 7 e casi in cui i poteri sanzionatori sono ripartiti tra BCE e le Autorità di vigilanza nazionali, come previsto dal par. 5 della medesima disposizione. Infine, altre sanzioni sono di competenza delle Autorità nazionali, tra cui quelle relative agli enti meno significativi, alle persone fisiche e alle questioni non coperte dai requisiti prudenziali per gli enti creditizi. Questo scenario di particolare complessità si caratterizza per un nuovo elemento che va oltre l'omogeneità legislativa nel settore bancario: l'istituzione di un'Autorità comune che esercita poteri sanzionatori sugli istituti di credito operanti nell'Eurozona; inoltre, le Autorità di vigilanza nazionali condividono con la BCE il potere sanzionatorio, ma per sanzioni nella sostanza diverse o non previste dalla disciplina europea.

Per le caratteristiche e i criteri di quantificazione della sanzione amministrativa pecuniaria, il giudice europeo⁷³, unica autorità competente ad interpretare⁷⁴ il diritto dell'UE in base all'art. 19 TUE, ha delineato un quadro completo interpretando l'art. 18, par. 1, del regolamento (UE) n. 1024/2013 in relazione alla violazione dell'obbligo di autorizzazione dell'autorità competente per un istituto di credito prima di classificare le sue emissioni di azioni ordinarie come strumenti CET 1 in base all'art. 26, par. 3, primo comma, del regolamento (UE) n. 575/2013. L'interpretazione di questa norma è oggetto di chiarimento riguardo alla considerazione di due diversi processi decisionali che producono due distinte decisioni con finalità diverse e, in particolare, la prima deriva dalla cooperazione tra le autorità competenti e l'ABE di cui alla disposizione richiamata circa l'ammissibilità delle forme di strumenti di capitale che comporta la loro iscrizione nell'elenco pubblicato dalla medesima Autorità di regolazione. Per la seconda decisione adottata dall'Autorità nazionale competente, la consultazione dell'ABE è solamente

⁷³ Trib. UE, Sez. II Ampliata, 8 luglio 2020, causa T-576/18, *Crédit agricole SA/BCE*.

⁷⁴ Si rinvia a Trib. UE, Sez. II Ampliata, 13 dicembre 2017, causa T-712/15, *Crédit Mutuel Aerkéa*, punto 75.

una facoltà al fine di verificare se lo strumento di capitale soddisfi complessivamente i criteri di cui all'art. 28 oppure di cui all'art. 29 di rilevanza generale o individuale⁷⁵.

L'intenzione del legislatore espressa nel regolamento (UE) n. 575/2013 è quella di introdurre un miglioramento qualitativo e quantitativo dei fondi propri che gli enti creditizi sono tenuti a detenere con riferimento "ai criteri rigorosi concernenti gli strumenti di capitale di base"⁷⁶. Di conseguenza, è in linea con la *ratio* di "privilegiare l'interpretazione dell'articolo 26, paragrafo 3, primo comma, del regolamento n. 575/2013, che meglio consente all'autorità competente di assicurare il rispetto delle condizioni alle quali uno strumento può essere qualificato come fondi propri di migliore qualità", vale a dire rientrante tra gli strumenti di CET 1. Quindi, il controllo del rispetto dei criteri *ex art.* 28 oppure *ex art.* 29 se applicabile, è meglio garantito da un procedimento di previa autorizzazione proprio per la legittimità della decisione della BCE di irrogazione della sanzione rispetto alla verifica *ex ante* da parte dell'ente creditizio stesso e il successivo controllo solo *ex post* dell'Autorità competente, schema che non avrebbe carattere sistematico.

La sentenza, a fronte delle censure di parte ricorrente, è anche l'occasione per richiamare alcuni principi generali quale il principio di applicazione retroattiva della legge repressiva meno severa⁷⁷ ormai sancito dall'art. 49, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, invocabile anche per le sanzioni amministrative⁷⁸. Tuttavia, il giudice europeo precisa che l'applicazione del principio può comportare l'annullamento di una decisione solamente se vi sia una modifica del regime

⁷⁵ L'art. 26, par. 3, comma 2, prevede che per gli strumenti di capitale, ad eccezione degli aiuti di Stato, che l'autorità competente ritiene classificabili come strumenti di capitale primario di classe 1, ma riguardo ai quali l'ABE reputa materialmente complesso accertare il rispetto dei criteri di cui all'articolo 28 o, ove applicabile, all'articolo 29, le autorità competenti illustrano le loro motivazioni all'ABE.

⁷⁶ V. *Considerando* n. 1 e n. 72 del regolamento.

⁷⁷ Corte di Giustizia, Grande Sezione, 3 maggio 2005, causa C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi e a.*, punti 67-69 e Trib. UE, 27 giugno 2017, causa T-151/16, *NC/Commissione*, punti 53-54.

⁷⁸ Corte di Giustizia, Grande Sezione, 11 marzo 2008, causa C-420/06, *Jager/Amt für Landwirtschaft Bützow*, punto 60; Trib. UE, 27 giugno 2017, causa T-151/16, cit.

giuridico successivamente ai fatti ma prima dell'adozione della decisione impugnata, mentre esso non opera se l'atto sia stato adottato prima dell'intervenuta nuova disciplina dato che non vi sarebbe alcuna violazione di norme ancora non vigenti.

I principi del diritto di difesa e del contraddittorio sono richiamati dalla sentenza del Tribunale europeo in relazione alle contestazioni di *Crédit Agricole* riguardo alla violazione del diritto ad essere sentita nel corso del procedimento amministrativo sanzionatorio. Per giurisprudenza costante⁷⁹, il rispetto dei diritti di difesa in qualsiasi procedimento con effetti pregiudizievoli rappresenta un principio fondamentale del diritto dell'UE che dev'essere comunque garantito, anche in assenza di qualsiasi specifica norma. L'art. 22, par. 1 del regolamento (UE) n. 1024/2013 rappresenta un'applicazione del principio, dato che prevede che la BCE consenta l'audizione degli interessati e basi le decisioni su addebiti riguardo ai quali le parti "sono state poste in condizione di essere sentite", come previsto più approfonditamente dal regolamento (UE), 16 aprile 2014, n. 468 negli artt. 31 "Diritto a essere sentiti" e 126 "Diritti procedurali" con riferimento specifico all'irrogazione di sanzioni amministrative diverse dalla penalità di mora⁸⁰, disposizioni che prevedono altri istituti quali la presentazione di osservazioni scritte su fatti e addebiti relativi alla decisione di vigilanza, prima della sua adozione⁸¹.

Quanto alla legittimità della sanzione amministrativa pecuniaria, il Tribunale esamina i motivi a sostegno dell'importo in relazione al 10% del fatturato del gruppo al quale appartiene *Crédit Agricole*, ricostruendo alcuni principi essenziali,

⁷⁹ La sentenza in esame del Trib. UE, Sez. II Ampliata, 8 luglio 2020 richiama l'ordinanza della Corte di Giustizia, 12 maggio 2010, causa C-350/09 P, *CPEM/Commissione*, non pubblicata, v. punto

⁸⁰ La penalità di mora *ex art.* 129 del regolamento (UE) n. 468/2014 è volta ad obbligare gli interessati a conformarsi a decisioni e al regolamento di vigilanza con una natura sanzionatoria del tutto particolare e diversa dalle sanzioni amministrative in senso stretto v. A. PERIN, *I poteri sanzionatori della Bce in materia di vigilanza prudenziale*, in A. BARONE - G. DRAGO (a cura di), *La funzione di vigilanza della Banca Centrale Europea*, cit., 276-277 e 284-285. Per le penalità di mora decise dal Comitato di risoluzione v. art. 39 del regolamento (UE) n. 806/2014.

⁸¹ Con questo contenuto già l'art. 27, par. 1, del regolamento (CE), n. 1/2003. V. anche Trib. UE, 24 maggio 2012, causa T-111/08, *MasterCard e a./Commissione*, punto 266 e la giurisprudenza citata.

tra i quali l'adeguatezza della motivazione secondo criteri elaborati dalla giurisprudenza⁸² e in base all'art. 296, secondo comma, TFUE che prevede tale obbligo come formalità sostanziale distinta dalla questione della fondatezza della motivazione inerente alla legittimità del merito dell'atto controverso.

In particolare, circa la necessaria motivazione della sanzione pecuniaria, occorre considerare il criterio previsto dall'art. 18, par. 1, del regolamento (UE) n. 1024/2013 in relazione al fatturato e all'esteso potere discrezionale di cui dispone la BCE per la determinazione dell'importo; di conseguenza, il rispetto delle garanzie procedurali è ancora più determinante e tra queste il carattere sufficientemente motivato della decisione da valutare in relazione al contesto a cui l'atto si riferisce, in modo che il controllo giurisdizionale possa riguardare tutti gli elementi di fatto e di diritto da cui dipende l'adozione di scelte discrezionali. Il sindacato del giudice attiene alla legittimità della decisione e alla corretta valutazione dei criteri *ex art.* 18, par. 3, disposizione che precisa il carattere proporzionato della sanzione, l'efficacia e l'effetto dissuasivo. La motivazione deve evidenziare la *metodologia* (i criteri applicati) adottata dalla BCE nella determinazione dell'importo della sanzione e la ponderazione di questi elementi, secondo le indicazioni ormai univoche della giurisprudenza⁸³.

Il giudice europeo ritiene la decisione della BCE non sufficientemente motivata proprio perché non ha illustrato la metodologia che intendeva applicare al fine di determinare l'importo delle sanzioni inflitte in base all'art. 18 del regolamento (UE) n. 1024/2013; il carattere di sufficienza o meno della motivazione della sanzione dev'essere valutato sulla base dei motivi illustrati nella decisione dell'istituzione.

La BCE ha tenuto conto che l'ente sottoposto alla vigilanza prudenziale ha

⁸² Si rinvia alla giurisprudenza richiamata dalla sentenza del Trib. UE, Sez. II Ampliata, 8 luglio 2020, cit., nel paragrafo "Sulla legittimità della decisione impugnata nella parte in cui infligge una sanzione pecuniaria amministrativa alla ricorrente".

⁸³ Ad es., v. Trib. UE, 27 settembre 2006, causa T-43/02, *Jungbunzlauer/Commissione europea*, punto 91; Corte di Giustizia, 8 dicembre 2011, causa C-386/10 P, *Chalkor/Commissione europea*, punto 61.

erroneamente incluso la maggior parte degli strumenti di capitale nella categoria CET 1, emessi a seguito della distribuzione di dividendi in azioni agli azionisti e, quindi, identici alle azioni ordinarie, circostanza rilevante per la valutazione della gravità della violazione. Ulteriori aspetti decisivi attengono alla durata della violazione⁸⁴ e alla gravità dell'inadempimento ricondotto alla negligenza e all'illeceità del comportamento, considerando che l'ente aveva un tempo sufficiente per adeguare le operazioni ai requisiti di cui al regolamento (UE) n. 575/2013 e che era stato avvisato dalla BCE della necessità di ottenere la previa autorizzazione prima di classificare gli strumenti di capitale CET 1, obbligo non adempiuto.

È, inoltre, considerata come circostanza attenuante della condotta dell'ente creditizio l'aver presentato domanda in seguito, dopo il rilascio dell'autorizzazione da parte della BCE. Tuttavia, nonostante le osservazioni scritte e l'applicazione del principio di proporzionalità, per la sanzione quantificata in una somma assai consistente⁸⁵ la BCE non fornisce indicazioni riguardo alla metodologia adottata, ma "si limita a mettere in evidenza alcune considerazioni sulla gravità dell'infrazione, la sua durata, la gravità dell'inadempimento addebitato alla ricorrente, nonché l'assicurazione che si sarebbe tenuto conto di una circostanza attenuante" con la conseguenza che l'ente creditizio ricorrente non poteva, in realtà, comprendere i criteri di metodo adottati, pur avendo il diritto di conoscere il metodo di calcolo fin dall'inizio, e neppure il giudice può esercitare il controllo di legittimità sulla sanzione irrogata non potendo indagare il metodo di valutazione.

Peraltro, l'illustrazione della metodologia e la considerazione delle dimensioni dell'ente in relazione all'attività di gestione espressi negli atti di difesa della BCE non potevano sanare una motivazione insufficiente, dato che nell'atto impugnato era evidente la sola considerazione della dimensione del gruppo di appartenenza. Nella decisione non vi erano le informazioni minime che avrebbero

⁸⁴ Cinque periodi di dichiarazioni trimestrali consecutive e tre pubblicazioni di informazioni nell'ambito del terzo pilastro nel 2015 e 2016.

⁸⁵ Eur 4 300 000, 0,0015% del fatturato annuo dell'esercizio 2017 del gruppo vigilato, che non eccede il criterio del 10%.

potuto consentire la conoscenza degli elementi valutati dalla BCE per la determinazione dell'importo della sanzione. Inoltre, la menzione delle dimensioni di *Crédit Agricole* impedisce al Tribunale di esercitare il proprio controllo sulla valutazione della BCE circa i criteri di efficacia, proporzionalità e di dissuasione *ax* art.18, par. 3, del regolamento (UE) n. 1024/2013. Quindi, a fronte della carenza di motivazione riguardo all'applicazione della sanzione, la decisione è stata, per questa parte, annullata in quanto illegittima.

I principi richiamati confermano che il sindacato del giudice europeo è incentrato sul controllo della legittimità della sanzione per la conformità alla disciplina europea e delle garanzie del giusto procedimento sanzionatorio. Si accenna, quindi, all'orientamento della giurisprudenza che affronta le controversie in materia di sanzioni amministrative nella prospettiva della rigorosa tutela dei diritti dei destinatari (persone giuridiche nel caso di sanzioni irrogate⁸⁶ dalla BCE) ed estende l'applicazione delle garanzie procedurali previste per le sanzioni penali, sulla base dell'aspetto sostanziale della concreta rilevante gravità della quantificazione delle somme a carico del responsabile, tanto da ritenerle sanzioni

⁸⁶ La scelta del legislatore europeo di limitare il potere sanzionatorio della BCE a determinate persone giuridiche *ex* art. 18 del regolamento (UE) n. 1024/2013 è confermata dall'art. 134 del regolamento quadro (UE) n. 468/2014, che specifica che rientra nella competenza delle autorità nazionali l'irrogazione delle sanzioni amministrative nei confronti dei soggetti non considerati dall'art. 18, par. 1. L'art. 134 precisa che le Autorità nazionali competenti possono avviare un procedimento sanzionatorio nei confronti degli enti creditizi vigilati significativi e delle persone fisiche in essi operanti nei casi di cui all'art. 18, par. 5 solo a seguito di una richiesta espressa della BCE, che è "condizione di procedibilità" del procedimento sanzionatorio nazionale. Ciò è giustificato dalla riconosciuta discrezionalità della BCE circa l'avvio nei confronti di soggetti significativo, in conseguenza del possibile impatto sull'ente e per la stabilità del sistema finanziario; l'Autorità nazionale può, comunque, sollecitare tale richiesta in base all'art. 134, par. 2. La BCE è competente per irrogare unicamente sanzioni amministrative pecuniarie, mentre le altre misure sanzionatorie rientrano nella competenza delle Autorità nazionali anche per la qualificazione giuridica; inoltre, i poteri sanzionatori previsti dai regolamenti europei possono essere esercitati dalla BCE in caso di violazione del diritto dell'UE direttamente applicabile; nelle altre ipotesi la sanzione sarà applicata dall'Autorità nazionale e la BCE potrebbe solamente chiedere di avviare il procedimento. Per le competenze e i procedimenti v. A. PERIN, *I poteri sanzionatori della Bce in materia di vigilanza prudenziale*, in A. BARONE - G. DRAGO (a cura di), *La funzione di vigilanza della Banca Centrale Europea, Poteri pubblici e sistema bancario*, cit., 254-256 e 263-270. In generale, sulle sanzioni amministrative nel diritto dell'UE v. S. ANTONIAZZI, *Le sanzioni amministrative*, in V. CUFFARO - R. D'ORAZIO - V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2019, 1093 ss.

amministrative con una *connotazione punitiva* in senso penalistico⁸⁷, peraltro considerata tale da una parte della giurisprudenza⁸⁸. Tale impostazione condiziona l'inquadramento teorico del potere sanzionatorio⁸⁹ delle Autorità di vigilanza in quanto espressione dell'estesa discrezionalità, riconosciuta dalla disciplina europea e da quella nazionale, e dell'effettività degli obiettivi e delle competenze esercitate.

5. Questi profili giustificerebbero una giurisdizione estesa al merito che consente anche la modifica dell'ammontare della sanzione, come in effetti è previsto da diversi ordinamenti europei, tra i quali quello italiano con riferimento alle sanzioni della Banca d'Italia. Quanto alla possibilità di riformare l'importo della sanzione, per il giudice europeo non è prevista un'espressa competenza giurisdizionale anche di merito ai sensi dell'art. 261 del TFUE nei confronti delle sanzioni amministrative irrogate dalla BCE ex art. 18, par. 1 del regolamento (UE) n. 1024/2013, al fine di sostituire la propria valutazione a quella dell'istituzione per modificare l'importo⁹⁰.

Neppure il riferimento all'art. 5 del regolamento n. 2532/98 è risolutivo anche se l'art. 6 sui mezzi di ricorso si riferisce alla competenza giurisdizionale

⁸⁷ R. D'AMBROSIO, *The Legal Review of SSM Administrative Sanctions*, in C. ZILIOLI - K.-P. WOJCIK (eds.), *Judicial Review in the European Banking Union*, cit., 317 ss., spec. 321, 327-329; A. PERIN, *I poteri sanzionatori della Bce in materia di vigilanza prudenziale*, in A. BARONE - G. DRAGO (a cura di), *La funzione di vigilanza della Banca Centrale Europea*, cit., 253 ss.; ID., *La tutela avverso le sanzioni irrogate dalla Bce*, ivi, 325 ss.; A. URBANI, *Vigilanza bancaria e sanzioni*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2020, Suppl. n. 2, 23 ss. Per il procedimento sanzionatorio v. R. DAGOSTINO, *Il procedimento amministrativo di supervisione bancaria e le principali procedure di vigilanza della BCE, Sezione II, Le principali procedure di vigilanza della Bce*, in A. BARONE - G. DRAGO (a cura di), *La funzione di vigilanza della Banca Centrale Europea*, cit., 137; per lo studio dei profili penalistici v. il contributo di M. DONINI, *Il nodo gordiano della vigilanza bancaria. Aspetti problematici di concorso tra sanzioni penali e amministrative*, in S. ANTONIAZZI (a cura di), *Forme di tutela nell'Unione bancaria europea*, cit., 195 ss.; F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Riv. it. dir. e proc. penale*, 2020, 1775 ss.

⁸⁸ V. Corte di Giustizia, Grande Sezione, 2 febbraio 2021, causa C-481/19, *D.B./Consob*.

⁸⁹ Dalle sanzioni amministrative si distinguono le penalità di mora (v. art. 39 del regolamento (UE) n. 806/2014) previste per obbligare un ente a conformarsi ad una decisione del Comitato di risoluzione o una persona a fornire documentazione oppure a sottoporsi ad un'ispezione.

⁹⁰ V. Trib. UE, 17 dicembre 2015, causa T-486/11, *Orange Polska/Commissione*, punto 67, in tema di concorrenza e di regolamento (CE) n. 1/2003 il cui art. 31 prevede tale competenza estesa al merito della quantificazione della sanzione.

anche di merito ai sensi dell'art. 172 del Trattato CEE per le decisioni definitive che irrogano sanzioni, dato che ora è vigente l'art. 261 TFUE. In ogni caso, il rinvio al regolamento del 1998 da parte dell'art. 18, par. 4 e par. 7 riguarda le regole sul procedimento e il potere sanzionatorio riconosciuto alla BCE in caso di violazione di propri regolamenti o decisioni, fatti salvi i par. 1-6, per l'assolvimento dei compiti di vigilanza, ma non vi sono espressi riferimenti ad una riconosciuta competenza di merito della Corte di Giustizia non prevista dal medesimo regolamento e neppure nel regolamento-quadro (UE) n. 468/2014, diversamente dal settore della concorrenza come previsto dall'art. 31 "Controllo della Corte di Giustizia" del regolamento (CE) n. 1/2003.

In assenza di dati normativi chiari, la questione della piena giurisdizione del giudice europeo non potrà che essere risolta da un'eventuale futura espressa integrazione della disciplina, considerato il carattere eccezionale dell'estensione e la non riconoscibilità in via interpretativa, dato che esiste un espresso vincolo di riserva di regolamento. Peraltro, non dovrebbe prospettarsi un problema di rapporti tra poteri del giudice europeo e quelli dell'istituzione, dato che la competenza di merito è prevista con riferimento ai provvedimenti sanzionatori dell'istituzione Commissione europea in materia di concorrenza.

Occorre, inoltre, tener conto che in questo settore le misure di vigilanza, i provvedimenti amministrativi e le sanzioni amministrative pecuniarie, pur con le distinzioni concettuali dell'ordinamento europeo e degli ordinamenti interni uniformate dal contributo della giurisprudenza, sono volte comunque ad attuare gli obiettivi perseguiti dalle Autorità di vigilanza e che tutte queste componenti sono sottoposte al sindacato giurisdizionale.

Dal quadro normativo emerge l'estesa discrezionalità esercitata dalla BCE e uno stretto collegamento tra poteri di vigilanza, compiti amministrativi e sanzionatori (incluse le penalità di mora), volti ad assicurare l'*enforcement* del

sistema nell'applicazione di regole prudenziali, procedurali e di trasparenza⁹¹. Ciò è confermato dalla funzione di vigilanza della BCE che deve garantire la conformità con i requisiti prudenziali⁹² e, per l'esercizio delle competenze, la disciplina attribuisce poteri di indagine e di supervisione in base agli artt. 10-16 del regolamento (UE) n. 1024/2013, oltre a diversi atti e il necessario potere sanzionatorio di cui all'art. 18.

A fronte delle complessive competenze tecniche e dei poteri espressivi di una rilevante discrezionalità, può prospettarsi qualche dubbio circa l'effettività della tutela dei destinatari degli atti e, in particolare, con riferimento ai provvedimenti sanzionatori che il giudice europeo può solamente annullare e non modificare. Tra l'altro, per la natura del processo, il giudice non è dotato di particolari mezzi istruttori, quali la consulenza tecnica o altri strumenti utili per l'istruttoria e la conoscenza del fatto, al fine di verificare la correttezza della valutazione della BCE a conclusione della procedura sanzionatoria.

Tuttavia, la Corte di Giustizia esercita un rigoroso controllo di legittimità sulle sanzioni orientato dal principio di proporzionalità⁹³, oltre che dalle norme di settore e dagli altri principi dell'ordinamento dell'UE, valutando l'adeguatezza in relazione alla condotta e alla posizione proprietaria dell'ente creditizio che comporterà l'annullamento della decisione. In assenza di una competenza di merito, il sindacato del giudice europeo s'incentra sulla motivazione della decisione sanzionatoria⁹⁴, che esprime un'ampia discrezionalità nell'applicazione dell'art. 18.

La competenza di merito è, invece, prevista per la giurisdizione del giudice

⁹¹ Si rinvia a R. D'AMBROSIO, *The Legal Review of SSM Administrative Sanctions*, in C. ZILIOLI - K.-P. WOJCIK (eds.), *Judicial Review in the European Banking Union*, cit., 316 ss.; L. FLYNN, *The Judicial Review of Fines and Penalty Payments Set by the SRB*, ivi, 429 ss.; J. POSCIA, *The VTB Case: Administrative Penalties and Administrative Measures*, ivi, 571 ss.; L. WISSINK, *The VQ case T-203/18: Administrative Penalties by the ECB under judicial scrutiny*, ivi, 542 ss.

⁹² Art. 4, par. 1, lett. d) ed e).

⁹³ Per la rilevanza centrale del principio nel settore bancario v. G. L. GRECO, *L'equilibrio delle regole nei mercati dinamici, Metodo e prassi della proporzionalità nell'ordinamento bancario*, Cacucci, Bari, 2023.

⁹⁴ Sul contenuto sufficiente della motivazione, v. Trib. UE, 8 luglio 2020, causa T-576/18, *Crédit Agricole/BCE*, par. 132 ss., spec. 132-146.

ordinario del nostro ordinamento in sede di ricorso in opposizione alle sanzioni amministrative pecuniarie nel settore bancario. Il diverso regime è ancora più evidente se consideriamo l'art. 18, par. 5, del regolamento che prevede la facoltà per la BCE di richiedere all'Autorità nazionale di vigilanza di avviare procedure sanzionatorie per i casi non previsti dal par. 1 con riferimento a compiti di vigilanza nei confronti di istituti creditizi significativi, volte ad assicurare che siano imposte sanzioni appropriate in base agli atti ex art. 4, par. 3, primo comma, e di qualsiasi disposizione di diritto bancario nazionale che disciplini specifici poteri ancora non previsti dal diritto europeo con un esteso rinvio alle discipline nazionali. Le sanzioni applicate dalle autorità nazionali devono essere "efficaci, proporzionate e dissuasive".

Peraltro, si prospetta la questione della vincolatività della richiesta della BCE di avviare un procedimento sanzionatorio nei confronti delle autorità nazionali, carattere che prevale in generale per l'adozione di provvedimenti amministrativi, mentre nel caso dell'art. 18, par. 5, le Autorità nazionali sembrano godere di un significativo margine di discrezionalità⁹⁵, dato che non è previsto un espresso obbligo. Questa conclusione è supportata dal considerando 36 del regolamento (UE) n. 1024/2013, in cui si precisa che sarebbe opportuno che la BCE, se reputa che l'assolvimento dei suoi compiti richieda una sanzione in caso di violazioni, possa rinviare la questione alle Autorità nazionali competenti, come confermato dalla giurisprudenza del giudice ordinario italiano⁹⁶ da cui emerge che l'Autorità nazionale deve valutare, con *autonomia e indipendenza* dalla BCE, la rilevanza dei fatti individuati dall'istituzione rispetto alle disposizioni sanzionatorie.

L'Autorità nazionale è competente ad applicare sanzioni ai sensi dell'art. 18,

⁹⁵ Per l'impugnazione, assai teorica, della richiesta da parte dell'Autorità di vigilanza nazionale in quanto destinataria dell'atto della BCE e degli Stati membri (ricorrenti c.d. privilegiati) v. A. PERIN, *La tutela avverso le sanzioni irrogate dalla Bce*, in A. BARONE - G. DRAGO (a cura di), *La funzione di vigilanza della Banca Centrale Europea*, cit., 330 e per le sanzioni irrogate ai sensi dell'art. 18 del regolamento (UE) n. 1024/2013 v. 325-329.

⁹⁶ V. R. D'AMBROSIO, *ult. op. cit.*, 324-326; l'Autore richiama la giurisprudenza della Corte d'Appello di Roma, 19 luglio 2019, n. 5009; 9 gennaio 2020, n. 109; 20 maggio 2020, n. 2417.

par. 5, ma non a seguito di una nuova verifica dei fatti storici accertati dalla BCE, bensì valutando se tali fatti costituiscano una violazione del diritto nazionale da cui derivano sanzioni nei confronti degli istituti di credito e dei membri (persone fisiche) dei loro consigli di amministrazione, senza essere vincolata dalla qualificazione giuridica dei fatti definita dalla BCE e da un obbligo di avviare il procedimento sanzionatorio.

Queste considerazioni sembrano essere confermate dal contenuto dell'art. 144-*septies* del t.u.b. "Applicazione delle sanzioni nell'ambito del MVU", che si applica in caso di violazioni commesse da soggetti significativi o dai loro soci, esponenti o personale in materie inerenti all'esercizio dei compiti attribuiti alla BCE dalle norme del Meccanismo di vigilanza unico. La disposizione chiarisce i limiti della competenza, dato che con riferimento ai soggetti significativi, la Banca d'Italia può applicare le sanzioni amministrative previste dal Titolo VIII *esclusivamente* su richiesta della BCE, quando ricorra una o più condizioni a) la violazione ha ad oggetto disposizioni diverse da quelle dell'UE direttamente applicabili; b) la sanzione è diretta a persone fisiche, nei casi previsti dagli artt. 139, 140, 144-*ter*, 144-*quinquies* e 144-*sexies* del t.u.b.; c) la sanzione ha natura non pecuniaria.

In questi casi la procedura sanzionatoria è quella già prevista dall'art. 145 t.u.b. ed è necessaria la comunicazione dell'esito finale alla BCE; inoltre, la Banca d'Italia *può chiedere* – ed è una facoltà – alla BCE di formulare una richiesta di avvio del procedimento sanzionatorio. Infine, ai sensi dell'ultimo comma 5, l'applicazione delle sanzioni per le violazioni dei regolamenti e delle decisioni della BCE "è *riservata* alla stessa BCE, sia per i soggetti significativi sia per quelli meno significativi, nei casi e secondo le modalità stabiliti dalle disposizioni dell'Unione europea".

Quando alla giurisdizione del giudice ordinario, emergono diversi problemi, pur considerata la competenza di merito che dev'essere in linea con i criteri di cui all'art. 70 della direttiva (UE) n. 36/2013 recepiti nell'art. 144 *quater* del t.u.b. e indicati nel provvedimento della Banca d'Italia sulla procedura amministrativa

sanzionatoria⁹⁷, poichè la sentenza non è impugnabile e il ricorso in Cassazione è ammissibile solo per i vizi di legittimità. La mancata previsione del doppio grado di giudizio contrasta con il meccanismo di impugnazione previsto per gli atti delle altre autorità amministrative indipendenti diverse dalla Banca d'Italia e dalla Consob e, in generale, per le sanzioni amministrative ex l. n. 689/1981.

Inoltre, l'esame dello schema di processo semplificato previsto dall'art. 145, commi 4-8 del t.u.b. evidenzia una minore effettività della tutela sia per l'assenza dell'impugnazione in appello, sia per il ricorso in Cassazione ma per i soli motivi di legittimità che esclude ovviamente i profili di merito della procedura sanzionatoria, nonostante l'entità rilevante delle sanzioni e il pregiudizio per l'ente creditizio.

Peraltro, la disciplina vigente prevede la responsabilità diretta dell'istituto creditizio e ha escluso la responsabilità solidale (prevista prima della riforma del 2015), anche se è possibile l'azione civile da parte della banca o dell'ente destinatario della sanzione nei confronti del responsabile della violazione.

Nella premessa, la disciplina della procedura sanzionatoria della Banca d'Italia distingue il proprio ambito di competenze da quelle della BCE e, in particolare, nel caso degli enti creditizi significativi l'Autorità nazionale interviene esclusivamente su richiesta della BCE per applicare le sanzioni alle persone fisiche e per le violazioni di norme nazionali, incluse quelle di recepimento delle direttive riferite ai compiti di vigilanza della BCE e/o per applicare misure non pecuniarie⁹⁸. Invece per gli enti "meno significativi" la Banca d'Italia applica le sanzioni di propria iniziativa e, in ogni caso, a prescindere dalla significatività, è titolare della potestà sanzionatoria per gli aspetti che non rientrano nei compiti di vigilanza della BCE, quali ad es. la correttezza e la trasparenza dei comportamenti⁹⁹.

Il procedimento speciale consiste in una fase di accertamento che

⁹⁷ V. "Disposizioni di vigilanza in materia di sanzioni e procedura sanzionatoria amministrativa", cit.

⁹⁸ In questi casi la Banca d'Italia può interessare la BCE ai fini dell'avvio di una procedura; v. art. 18, par. 5, del regolamento (UE) n. 1024/2013 e art. 134, par. 2, del regolamento (UE) n. 468/2014.

⁹⁹ Oltre al settore della prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo che coinvolgerà l'Autorità europea AMLA.

presuppone rapporti ispettivi¹⁰⁰ e di contestazione delle violazioni e nella fase istruttoria, a cui segue l'irrogazione della sanzione oppure la comunicazione di archiviazione; i relativi provvedimenti sono adottati dal Direttorio e gli interessati possono presentare controdeduzioni, osservazioni ed essere sentiti in sede di audizione. Le norme¹⁰¹ illustrano le fonti normative di riferimento del t.u.b. e del t.u.f. ed europee, l'ambito di applicazione e i destinatari, disciplinano in modo approfondito queste fasi e le modalità formali della contestazione e degli inviti alla presentazione di memorie e all'audizione personale nonché dell'irrogazione della sanzione e del pagamento.

6. Il contenzioso dinanzi al giudice amministrativo include la possibilità del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia per questioni interpretative di discipline spesso intricate e non chiare, quali ad es., le norme per la determinazione dei contributi al Fondo di risoluzione. Gli istituti bancari devono, come è noto, versare contributi ordinari, straordinari e addizionali al Fondo nazionale di risoluzione italiano e un contributo *ex ante* al Fondo di risoluzione determinato da decisioni del Comitato di risoluzione.

In particolare, il giudice amministrativo è competente per l'impugnazione delle decisioni dell'Autorità di vigilanza nazionale aventi ad oggetto la determinazione appropriata delle somme e il rimborso di quelle versate indebitamente. La controversia attivata da *Iccrea Banca*¹⁰² si basa sull'affermata erronea interpretazione dell'art. 5, par. 1 del regolamento delegato (UE) n. 63/2015 da parte di Banca d'Italia che ha causato un errore nel calcolo dei contributi includendo le passività connesse ai rapporti tra *Iccrea* e alcune banche di credito cooperativo, quando invece queste dovevano essere escluse, in base

¹⁰⁰ Riguardo al potere ispettivo non previsto da una norma specifica del t.u.b., ma connaturato al potere di vigilanza v. Cons. Stato, Sez. VI, 14 novembre 2022, n. 9951.

¹⁰¹ V. "Disposizioni di vigilanza in materia di sanzioni e procedura sanzionatoria amministrativa", cit.

¹⁰² Corte di Giustizia, Grande Sezione, 3 dicembre 2019, causa C-414/18, *Iccrea Banca spa Istituto Centrale del Credito Cooperativo/Banca d'Italia*.

all'applicazione in via analogica delle disposizioni della disciplina del 2015 circa le passività infragruppo e gli enti creditizi che gestiscono prestiti agevolati, considerata la particolarità del sistema integrato in cui operava *Iccrea*.

E', peraltro, assai interessante la ricostruzione del principio di cooperazione tra la Corte di Giustizia e i giudici nazionali e dei criteri che fondano il riparto di giurisdizione; la costante giurisprudenza dei giudici europei afferma la necessità di un'interpretazione del diritto dell'UE utile per il giudice nazionale ed impone che questo "rispetti scrupolosamente i requisiti riguardanti il contenuto di una domanda di pronuncia pregiudiziale" indicati nell'art. 94 del regolamento di procedura della Corte¹⁰³, che richiede un'esposizione sommaria dei fatti rilevanti constatati dal giudice del rinvio oppure un'esposizione dei dati fattuali su cui le questioni sono fondate e nel caso di *Iccrea Banca* la decisione di rinvio contiene dati sufficienti inerenti alla natura dei rapporti tra questa banca e una serie di banche di credito cooperativo.

Secondo la giurisprudenza costante della Corte¹⁰⁴, sempre nell'ambito della cooperazione, spetta al giudice nazionale, a cui è stata sottoposta la controversia e che adotterà la sentenza finale, valutare in base alle circostanze la necessità di una pronuncia pregiudiziale e la rilevanza delle questioni sottoposte alla Corte; nel caso *Iccrea Banca*, l'interpretazione delle norme applicabili al calcolo dei contributi è necessaria al fine di precisare le modalità con le quali la Banca d'Italia avrebbe dovuto intervenire nella procedura di determinazione e riscossione dei contributi *ex ante* per il fondo di risoluzione europeo per l'anno 2016. In sostanza, le fasi sono due: quella iniziale del procedimento che precede e si chiude con l'adozione delle decisioni del Comitato di risoluzione unico circa il calcolo dei contributi, individuando gli elementi di informazione che devono essere trasmessi al Comitato

¹⁰³ La sentenza sul caso *Iccrea Banca* richiama Corte di Giustizia, Sez. IX, 19 aprile 2018, causa C-152/17, *Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi*, punto 21 e giurisprudenza ivi citata.

¹⁰⁴ V. ad es. Corte di Giustizia, Grande Sezione, 4 dicembre 2018, causa C-378/17, *The Minister for Justice and Equality e The Commissioner of the Garda Síochána/Workplace Relations Commission*, punto 26 e la giurisprudenza richiamata.

dalla Banca d'Italia, e la fase successiva all'adozione delle decisioni del Comitato e volta alla riscossione dei contributi.

La sentenza della Corte di Giustizia contribuisce a constatare l'invalidità delle decisioni dell'Autorità di vigilanza nazionale che siano presupposto delle decisioni del Comitato adottate in seguito; tuttavia, si prospetta un problema rilevante di riparto di giurisdizione: il giudice del rinvio potrà pronunciarsi sull'intervento della Banca dell'Italia nella fase del procedimento che precede l'adozione delle decisioni del Comitato di risoluzione? Come è noto, l'art. 263 TFUE conferisce alla Corte di Giustizia la competenza esclusiva per il controllo della legittimità degli atti adottati dagli organi e organismi dell'UE; il coinvolgimento di Autorità nazionali, nel corso del procedimento volto all'adozione di tali atti, non incide sulla qualificazione di atti dell'UE, qualora l'adozione rappresenti "una tappa di un procedimento nel quale un organo o un organismo dell'Unione esercita, da solo, il potere decisionale finale senza essere vincolato dagli atti preparatori o dalle proposte promananti dalle Autorità nazionali."¹⁰⁵

Dopo la decisione del Comitato in merito al calcolo dei contributi, le Autorità di risoluzione nazionali esercitano unicamente compiti di notifica e di esecuzione alla decisione finale e non sono legittimate a riesaminare i calcoli e a riconsiderare nel merito l'esposizione al rischio di un ente creditizio, rimettendo in discussione la valutazione definitiva del Comitato. Di conseguenza, le Autorità nazionali e i giudici nazionali coinvolti in controversie riguardo alla legittimità dell'azione di queste, non possono adottare decisioni o sentenze in contrasto con le valutazioni del Comitato, impedendo la riscossione dei contributi.

Peraltro, quando la soluzione di una controversia pendente dinanzi al giudice nazionale dipende dalla validità di una decisione del Comitato, il medesimo può, in linea di principio, sottoporre al giudice europeo una questione pregiudiziale riguardo alla validità della decisione dell'Autorità europea di risoluzione. Tuttavia,

¹⁰⁵ Nel caso *Iccrea Banca*, la Corte di Giustizia richiama Corte di Giustizia, Grande Sezione, 19 dicembre 2018, causa C-219/17, *Berlusconi e Fininvest*, cit.

occorre distinguere riguardo alla ricevibilità della questione pregiudiziale tra gli atti necessari per il calcolo dei contributi *ex ante* al Fondo di risoluzione unico e il calcolo per i contributi ordinari, straordinari e addizionali al Fondo nazionale di risoluzione italiana, proprio sulla base del criterio di riparto di giurisdizione richiamato in relazione ai procedimenti amministrativi composti.

Per queste procedure complesse, il legislatore europeo prevede che le Autorità nazionali adottino atti preparatori per la decisione finale di un'istituzione (o di un organo) dell'UE produttiva di effetti giuridici, secondo "un meccanismo particolare di collaborazione fondato sulla competenza decisionale esclusiva dell'istituzione dell'Unione¹⁰⁶". I processi decisionali comportano necessariamente un controllo giurisdizionale unico dei soli giudici dell'UE, dopo l'adozione della decisione dell'istituzione che conclude il procedimento amministrativo, ed è l'unico atto idoneo a produrre effetti giuridici vincolanti e pregiudizievoli per gli interessi del ricorrente, modificando la situazione giuridica soggettiva.

Infatti, non spetta al giudice nazionale valutare la compatibilità di decisioni della Banca d'Italia con le norme che disciplinano¹⁰⁷ i contributi *ex ante*, dato che il medesimo giudice non può, in base al diritto dell'UE, pronunciarsi sugli atti della Banca d'Italia che "preparano tale calcolo, né impedire la riscossione, a carico di *Iccrea Banca*, di un contributo corrispondente all'importo determinato da atti del Comitato di risoluzione la cui validità non è stata accertata"; per questi aspetti prevale la decisione finale del Comitato e, quindi, la giurisdizione del giudice europeo. Di conseguenza, alcuni profili della questione sollevata dal giudice nazionale sono stati ritenuti dalla Corte di Giustizia irricevibili¹⁰⁸, mentre la questione è ricevibile per la parte che si riferisce al calcolo dei contributi ordinari,

¹⁰⁶ Caso *Iccrea*, sentenza punto 41-42 che richiama la sentenza del 19 dicembre 2018, causa C-219/17 cit., punto 48.

¹⁰⁷ Per gli atti delle autorità di risoluzione nazionali che precedono il calcolo dei contributi *ex ante* destinati al Fondo di risoluzione unico, occorre riferirsi per il calcolo e la riscossione alla procedura di cui al regolamento (UE), n. 806/2014 e al regolamento di esecuzione (UE), n. 81/2015.

¹⁰⁸ V. nella sentenza per il caso *Iccrea Banca* i punti 73-74 e le argomentazioni contenute nei punti 43-72.

straordinari e addizionali al Fondo nazionale di risoluzione italiano.

Il criterio applicato per individuare il giudice competente dipende dall'ordinamento in cui ha sede l'Autorità che ha adottato le misure di risoluzione, definendo così la giurisdizione nazionale per l'impugnazione dei provvedimenti di vigilanza e di risoluzione delle crisi bancarie. Il criterio della giurisdizione unica del giudice di uno Stato membro garantisce certezza alla tutela giurisdizionale degli operatori economici bancari, considerata la soluzione centralizzata come riferimento unitario; tuttavia, vi possono essere difficoltà in relazione alla specializzazione del giudice.

Mentre può ritenersi certamente adeguato il sindacato diretto da parte del giudice amministrativo per la prevalente competenza in materie che rientrano nel diritto dell'UE, possono emergere difficoltà per il sindacato indiretto sulle misure di risoluzione da parte del giudice civile che è competente in caso di controversie tra privati. Infatti, azionisti, creditori e terzi coinvolti da misure di risoluzione possono attivare controversie nei confronti di altri soggetti privati sulla base dell'affermazione di diritti in relazione a istituti di diritto privato (azioni, obbligazioni, diritti di garanzia).

In questi casi, il tribunale civile competente è individuabile in base al regolamento (UE) 12 dicembre 2012, n. 1215, e dipende da criteri quali la sede del soggetto convenuto o il luogo di adempimento dell'obbligazione, non rilevando la fase delle misure di risoluzione che potrebbe essere incidentalmente sindacata da un giudice nazionale nel valutare la fondatezza del reclamo.

Dopo l'applicazione delle misure di risoluzione, le controversie civili sono state assai frequenti negli ordinamenti dell'Unione bancaria, ad es. incentrate sulla legittimità delle misure adottate in un altro Stato membro con la conseguenza che può essere in concreto pregiudicata l'effettività delle azioni adottate¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Sul punto v. L. LEHMANN, *Bail-in and Private International Law, How to Make Bank Resolution Measures Effective Across Borders*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 2017, 66, n. 1, 107 ss.

Inoltre, possono esserci conflitti tra le misure adottate dalle diverse Autorità di risoluzione nazionali, nonostante la valutazione del Comitato di risoluzione unico se un istituto è in dissesto o a rischio di dissesto, ma espressa dopo la necessaria comunicazione della BCE al Comitato¹¹⁰; peraltro, ciò non influisce sul sindacato giurisdizionale che comunque è esercitato dalla Corte di Giustizia.

Nell'ordinamento europeo non è previsto un "sistema giudiziario integrato"; tuttavia, il diritto europeo stabilisce un meccanismo specifico di cooperazione tra i giudici europei e quelli nazionali. Il principio della competenza esclusiva della Corte di Giustizia circa l'interpretazione del TFUE e l'interpretazione e la validità degli atti delle istituzioni, organi e uffici dell'UE è previsto dell'art. 267 TFUE che consente il rinvio pregiudiziale da parte dei giudizi nazionali, ed è un obbligo in sede di impugnazione di appello in ultima istanza per l'esigenza primaria di uniformità di applicazione del diritto dell'UE.

La possibilità del rinvio pregiudiziale sollevato in sede di giudizio dinanzi a un giudice nazionale risolve frequenti questioni interpretative che dipendono dall'applicazione o dalla mancata applicazione del diritto dell'UE. Questo istituto processuale può riguardare l'interpretazione di norme relative al sistema unico di vigilanza e di risoluzione contenute in regolamenti e in altri atti di natura legislativa; ciò consente ai giudici nazionali di sottoporre problemi di validità delle istruzioni e delle linee guida della BCE, che non possono essere impugnate in via autonoma¹¹¹. Tuttavia, si prospetta un rilevante problema di tempi non brevi del giudizio nell'ambito di processi in sede nazionale che, di conseguenza, devono essere

¹¹⁰ V. art. 18, in tema di procedura di risoluzione, del regolamento (UE) 15 luglio 2014, n. 806. Per una controversia relativa alla procedura di risoluzione e alla dichiarazione della BCE v. Trib. UE, ordinanza 6 maggio 2019, T-281/18, *ABLV Bank AS/BCE* punto 30 e Corte di Giustizia, Sez. III, 6 maggio 2021, cause riunite C-551/19 P C-552/19 P, *ABLV Bank AS e a./BCE*, Commissione europea.

¹¹¹ Trib. UE, cause T-283/18, *Bernis e altri/BCE*; T-281/18, *ABLV Bank AS/BCE*. In tema v. C. BRESCIA MORRA, *The interplay between the ECB and NCAs in the 'Common Procedures' under the SSM Regulation: Are There Gaps in the Legal Protection?*, in AA. VV., *Judicial review in the Banking Union and in the EU Financial Architecture*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia*, 2018, n. 84, 79 ss.

sospesi. Emergono, quindi, la preoccupazione riguardo al pregiudizio del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva e la necessità di interventi di riforma per la tutela degli interessati soprattutto per gli aspetti processuali¹¹².

Esiste un vasto ambito di controversie che dipendono dagli effetti giuridici di atti e provvedimenti adottati dall'Autorità di vigilanza nazionale nei confronti di istituti bancari; come è noto, le banche centrali degli Stati membri sono tenute ad attuare le decisioni e gli altri atti giuridici (ad es., istruzioni) della BCE. L'ente creditizio può non conoscere il contenuto dell'istruzione della BCE destinata all'Autorità di vigilanza nazionale oppure può non essere legittimato all'impugnazione di questo atto dinanzi al giudice europeo, dato che non è il diretto destinatario, ma è di certo titolare del diritto di tutela a fronte della decisione dell'ente nazionale di vigilanza dinanzi al giudice nazionale competente, se direttamente pregiudicato dagli effetti giuridici.

Tuttavia, si prospetta un limite rigoroso nei giudizi disciplinati dal diritto nazionale, in quanto il ricorrente non può contestare in questa sede l'invalidità della decisione della BCE, presupposto della decisione in sede nazionale. Inoltre, se il ricorrente ha già agito dinanzi al giudice europeo, ma non entro il termine a pena di decadenza¹¹³, il ricorso è inammissibile¹¹⁴ e, comunque, il giudice nazionale non

¹¹² Sul punto M. P. CHITI, *Gli aiuti di Stato nel prisma degli interessi pubblici. Per un rinnovato approccio*, in M. P. CHITI - V. SANTORO (a cura di), *Il diritto bancario europeo, Problemi e prospettive*, Pacini, Pisa, 2022, 189 ss. L'Autore esamina il problema dell'effettività della tutela in relazione ai due lunghi giudizi per il caso *Tercas*, che non si sono risolti prima dell'avverarsi della situazione di irreversibilità della crisi; questo complesso contenzioso potrebbe giustificare l'avvio di una riforma delle norme processuali dell'Unione con riti accelerati e speciali, oltre alla necessaria revisione della nozione di aiuti di Stato. In particolare, nella disciplina delle risoluzioni bancarie, le decisioni della BCE e del Comitato di risoluzione non sembrano poter incidere sulle decisioni della Commissione in materia di aiuti di Stato, con il rischio di frequente contenzioso. V. anche M. CLARICH - A. PISANESCHI, *Aiuti di Stato e tutela della concorrenza: i casi Tercas, Monte dei Paschi e Carige*, ivi, 159 ss.; L. R. PERFETTI, *L'approccio del giudice nazionale ed europeo a confronto*, in L. R. PERFETTI - G. GALLONE - A. G. OROFINO, *Profili di raffronto tra giurisdizione italiana ed europea*, in A. BARONE - G. DRAGO (a cura di), *La funzione di vigilanza della Banca Centrale Europea*, cit., 334-336. In generale, sugli aiuti di Stato in questo settore v. K. BLANCK, *State Aid and Bank Resolution Law before the European Court of Justice*, in C. ZILIOLI - K.-P. WOJCIK (Eds.), *Judicial Review in the European Banking Union*, cit., 473 ss.; M. DE POLI, *Fundamentals of European Banking Law*, Cedam-Wolters Kluwer, Milano, 2020, 213 ss., spec. 216-219.

¹¹³ Art. 263.6 TFUE.

potrà mai annullare una decisione dell'istituzione europea. Neppure la Corte di Giustizia può sindacare la decisione dell'Autorità nazionale destinata all'istituto di credito; questo controllo spetta al giudice del sistema interno, che può attivare il rinvio pregiudiziale per questioni interpretative¹¹⁵.

Nel nostro ordinamento esiste un settore di controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e relativo alle azioni di tutela intraprese dagli istituti di credito nei confronti dell'Autorità nazionale di vigilanza bancaria e di risoluzione delle crisi¹¹⁶ - Banca d'Italia - per gli atti e i provvedimenti nell'esercizio delle competenze¹¹⁷ con effetti giuridici diretti. Invece, come è noto, i giudizi in opposizione a provvedimenti che applicano sanzioni amministrative pecuniarie sono decisi dal giudice ordinario la cui giurisdizione si estende agli atti amministrativi o regolamentari che sono presupposto del provvedimento sanzionatorio finale, come chiarito dalla Corte di Cassazione¹¹⁸, orientamento che

¹¹⁴ V. ad es., Corte di Giustizia, Sez. III, 23 febbraio 2006, causa C-346/03, *G. Atzeni e altri/Regione Sardegna* e C-529/03, *M. Scalas, R. Lilliu/Regione Sardegna*.

¹¹⁵ Art. 267 TFUE.

¹¹⁶ L'art. 95 del d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180 (in attuazione della direttiva (UE) n. 59/2014), richiamando gli artt. 119, 133, 128 e 135 del c.p.a., ha previsto la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per le controversie relative ai provvedimenti contenenti le misure intraprese dalla Banca d'Italia per la gestione della crisi degli enti creditizi.

¹¹⁷ Si rinvia all'art. 145 *bis* del t.u.b. per le procedure contenziose, secondo cui la tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo è disciplinata dal Codice del processo amministrativo. Si ricorda che la Corte Costituzionale, con sentenza 15 aprile 2014, n. 94, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 133, comma 1, lett. l), 134, comma 1, lett. c) e 135, comma 1, lett. c) del c.p.a. nella parte in cui attribuiva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, con cognizione estesa al merito, e alla competenza funzionale del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sede di Roma, le controversie in materia di sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia. Mentre la Corte Costituzionale con sentenza n. 162 del 2012 aveva dichiarato l'illegittimità per la parte delle disposizioni che si riferivano ai provvedimenti sanzionatori della Consob. Inoltre, la sentenza dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 1, numero 17 dell'Allegato 4 al medesimo d.lgs. 104/2010 nella parte in cui abrogava l'art. 145, commi 4-8, del t.u.b. e così per gli artt. 187-*septies*, commi 4-8, e 195, commi 4-8 del t.u.f.

Per la rilevanza del dibattito successivo circa il nodo della giurisdizione v. P. LAZZARA, *Sanzioni amministrative nel credito e nel risparmio*, in *Ius publicum Network Review*, 2012, n. 1, 1 ss.;

¹¹⁸ L'art. 145, comma 4, t.u.b., sulla procedura sanzionatoria, prevede la competenza funzionale della Corte d'Appello di Roma. La giurisdizione del giudice ordinario si estende agli atti amministrativi o regolamentari presupposti del provvedimento sanzionatorio finale v. Corte Cass., Sez. Un., 2 ottobre 2019, n. 24609 e Corte Cass., Sez. Un., 18 febbraio 2021, n. 4365: "Le controversie relative all'applicazione delle sanzioni amministrative irrogate dalla Banca d'Italia, ex art. 145 d.lgs. n. 385 del 1993, per violazioni commesse nell'esercizio dell'attività bancaria sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario, la cui cognizione si estende agli atti amministrativi

suscita diverse perplessità che saranno in seguito esaminate.

Il giudice amministrativo¹¹⁹ ha affrontato diversi problemi interpretativi, ad es. riguardo all'eventuale natura sanzionatoria delle misure di intervento precoce adottabili dalla Banca d'Italia previste dagli artt. 69-*octiesdecies* ss. del t.u.b., introdotte dai d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180 e n. 181 in recepimento della direttiva (UE) n. 59/2014 che ha previsto il "principio di condivisione"¹²⁰ degli oneri, c.d. *burden sharing*. L'intervento dello Stato mediante la misura di risoluzione è legittimo solamente quando rappresenti "l'estrema possibilità", dopo che "il sacrificio degli interessi dei soggetti interni alla banca in crisi non sia stato sufficiente a risolverla".

Le misure di intervento precoce si caratterizzano per una *ratio* di prevenzione delle crisi bancarie al fine di ridurre il più possibile i pregiudizi per l'economia e le finanze pubbliche in modo tale da anticipare il "deterioramento

e regolamentari presupposti che hanno condotto all'emissione del provvedimento finale, i quali costituiscono la concreta e diretta ragione giustificativa della potestà sanzionatoria esercitata nel caso concreto ed incidono pertanto su posizioni di diritto soggettivo del destinatario (v., con riferimento a precedente in termini, Cass., Sez. Un., 2/10/2019, n. 24609)". Inoltre, il medesimo giudice è competente per le domande di risarcimento del danno proposte da azionisti e investitori nei confronti della Banca d'Italia e Consob per i danni conseguenti alla mancata, inadeguata o ritardata vigilanza nei confronti di banche e intermediari finanziari; in tal caso, non sono oggetto di contestazione i poteri amministrativi, ma i comportamenti doverosi, che non investono scelte e atti autoritativi, dato che queste Autorità sono tenute a rispondere delle conseguenze della violazione dei canoni di diligenza, prudenza e perizia, di norme di legge e di regolamento relativi al corretto svolgimento dell'attività di vigilanza, quali espressione del principio generale del *neminem laedere*; v. Corte Cass., Sez. Un., 5 marzo 2020, n. 6324; Cass., Sez. Un., 6 marzo 2020, n. 6454; v. anche Ta.r. Lazio, Sez. II *Bis*, Roma, 6 giugno 2022, n. 7307. Per ulteriori profili critici v. E. GUARNIERI, *Un riparto di giurisdizione per le sanzioni di Banca d'Italia e di Consob?*, in *Banca, Impresa, Società*, 2019, 559 ss.; S. AMOROSINO, *Effettività della tutela, giurisdizione ordinaria e ruolo del giudice amministrativo in tema di sanzioni di Banca d'Italia*, in *Riv. dir. bancario*, 2019, 389 ss.; C. SERENI LUCARELLI, *Le sanzioni della Banca d'Italia nel panorama delle sanzioni amministrative tra "mito" e "realtà"*, in *Banca, Impresa, Società*, 2020, 329 ss. In generale sul ruolo del giudice amministrativo v. F. MERUSI, *Il giudice amministrativo fra macro e microeconomia*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2018, 429 ss.

¹¹⁹ Consiglio di Stato, Sez. VI, 19 luglio 2022, n. 6254.

¹²⁰ Per il principio di condivisione degli oneri, il risanamento e la liquidazione degli istituti di credito e le conseguenze per il diritto di proprietà già noto prima del sistema unico di risoluzione del 2014 v. Corte di Giustizia, Grande Sezione, 19 luglio 2016, causa C-526/2014, *Kotnik e a./Drzavni zbor Republike Slovenije*, con riferimento all'interpretazione della direttiva (CE) n. 24/2001 e direttive (UE) n. 30/2012, agli aiuti di Stato alle banche nel contesto della crisi finanziaria e alla liquidazione del capitale degli azionisti e alla tutela degli interessi dei soci e dei terzi. Sull'interpretazione della direttiva (CE) n. 24/2001 v. anche Corte di Giustizia, Grande Sezione, 13 settembre 2022, causa C-45/21, *Banka Slovenije*, su rinvio pregiudiziale della Corte Costituzionale slovena.

irreparabile” della condizione della banca e assicurare i servizi essenziali, la loro continuità e un rapido risanamento.

Gli interventi di vigilanza preventiva sono volti ad individuare i segnali di deterioramento dell’istituto, prevenendo gli “effetti sistemici” prodotti da una crisi sulla stabilità del sistema bancario; gli artt. 69 *bis* e ss. del t.u.b., introdotti dal d.lgs. n. 181/2015, disciplinano le misure preparatorie e di intervento precoce¹²¹. La Banca d’Italia, oltre alla funzione di vigilanza prudenziale¹²² ex art. 5 del t.u.b., esercita collegati compiti ispettivi da cui possono emergere problemi gestionali per l’istituto di credito e la “scarsa sostenibilità delle iniziative” adottate che escludono qualsiasi possibilità di risanamento dell’azienda in via autonoma. In questo contesto, se soluzioni di carattere aggregativo o di ricapitalizzazione da parte di un investitore istituzionale non siano in concreto prospettabili, l’intermediario dovrà considerare l’uscita dal mercato.

L’art. 17, comma 1, lett. b) del d.lgs. n. 180/2015 precisa che le azioni di risoluzione sono adottabili quando non vi sia una ragionevole prospettiva di misure alternative che consenta il superamento della situazione di crisi prevista dalla lett. a) in tempi adeguati “tra cui l’intervento di uno o più soggetti privati o di un sistema di tutela istituzionale, o un’azione di vigilanza, che può includere misure di intervento precoce o l’amministrazione straordinaria ai sensi del Testo Unico Bancario”.

Queste forme di partecipazione possono essere ricondotte alle disposizioni di carattere generale che hanno ad oggetto l’adeguatezza patrimoniale, che può

¹²¹ Titolo IV del t.u.b. Per un’analisi della disciplina v. S. BONFATTI, *Art. 69-bis*; da *Art. 69-duodecies* a *Art. 69-septiesdecies*, in S. BONFATTI (a cura di), *Commentario al Testo Unico Bancario*, Pacini, Pisa, 2021, 372-378 e 408-428; S. BOATTO, dall’art. 69-ter all’art. 69-undecies e dall’*Art. 69-octiesdecies* all’*Art. 69-vicies-bis*, *ivi*, 378-408 e 428-441. Per l’amministrazione straordinaria e la liquidazione coatta amministrativa v. artt. 70-95; per le norme in materia di banche operanti in ambito comunitario, relative al riconoscimento dei provvedimenti di risanamento e delle procedure di liquidazione, di sistemi di garanzia dei depositanti e di liquidazione volontaria v. dall’art. 95-*bis* all’art. 97.

¹²² La vigilanza prudenziale è finalizzata “alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all’efficienza e alla competitività del sistema finanziario nonché all’osservanza delle disposizioni in materia creditizia”.

essere assicurata mediante “poste attive” derivanti da un nuovo partner societario, e il contenimento del rischio nelle diverse manifestazioni come nel caso di integrazione con un altro intermediario, soluzione che può contribuire a contenere il rischio della banca sottoposta a vigilanza; l’art. 17 e le soluzioni adottabili confermano il carattere generale del potere attribuito alla Banca d’Italia.

Secondo il Collegio, l’autorizzazione, di competenza dell’Autorità di vigilanza, all’acquisizione e all’incremento delle partecipazioni qualificate nelle imprese del settore “non appare criticabile” nella valutazione dell’intervento precoce al fine di prevenire la crisi definitiva della banca¹²³. La *ratio* delle norme relative agli assetti proprietari e alla ricapitalizzazione della banca è quella di evitare che dall’acquisizione o dalla detenzione di partecipazioni rilevanti derivino pregiudizi per la sana e prudente gestione degli intermediari sottoposti a vigilanza.

Peraltro, nel caso del *Credito di Romagna* occorre accertare quali organi abbiano effettivamente adottato le misure se, ad es., l’acquisizione della partecipazione di controllo sia stata decisa dal nuovo consiglio di amministrazione e approvata dalla Banca d’Italia oppure promossa dal consiglio di amministrazione e approvata dall’assemblea dei soci, secondo la procedura ordinaria; in questo caso, l’operazione dipende da un’autonoma determinazione della banca e non da una scelta della Banca d’Italia, che è intervenuta solamente nella fase istruttoria per individuare l’assenza di elementi ostativi sulla base di criteri previsti dalla disciplina nazionale e sovranazionale circa l’acquisizione di partecipazioni di controllo. In sostanza, l’Autorità di vigilanza ha inizialmente disposto la rimozione e il rinnovo dei componenti degli organi con compiti di amministrazione e controllo e del direttore generale; in seguito, è stata convocata l’assemblea dei soci per il rinnovo degli organi.

La Sezione VI conferma la coerenza costituzionale della misura in relazione alla tutela delle proprietà e della libertà di iniziativa economica che dev’essere contemperata con “la necessità di assicurare il buon funzionamento dei mercati

¹²³ V. punto 6 in *Diritto* della sentenza.

finanziari (cfr. art. 47 Cost.), che può essere seriamente pregiudicato anche dalla crisi di un singolo istituto di credito”, considerati i possibili effetti sistemici con pregiudizio per l’economia reale e i risparmiatori.

Le misure di intervento precoce si caratterizzano per la *ratio* comune di “salvare” l’intermediario che si trovi in una situazione di “seria criticità”, al fine di evitare misure di contenuto più grave come la risoluzione che ha effetti “più incisivi sui diritti e le libertà dei soggetti interessati” alle attività della banca. L’applicazione delle misure può essere cumulativa in quanto dipende dai concreti aspetti critici e dall’assenza “di valide alternative perseguibili”. Gli interventi di rimozione dei componenti degli organi del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale e il commissariamento temporaneo rappresentano soluzioni graduali che la Banca d’Italia può adottare¹²⁴ prima di decidere provvedimenti più incisivi; tra l’altro, queste misure sono coerenti con la Costituzione, dato che l’ordinamento bancario consente l’amministrazione straordinaria che incide notevolmente sull’autonomia dell’ente, dato che il consiglio di amministrazione non può scegliere i soggetti amministratori della banca.

Il problema centrale di interpretazione delle misure adottate se siano in realtà qualificabili come *sanzioni*, nonostante tale qualificazione non sia prevista dal t.u.b., è risolto in senso negativo, sulla base dell’esame degli istituti. Nella medesima sentenza, il giudice amministrativo sottolinea la natura “non sanzionatoria” della rimozione collettiva degli organi di amministrazione e di controllo, in quanto misure di intervento precoce che rientrano nell’ambito dei poteri di vigilanza della Banca d’Italia per prevenire il dissesto definitivo dell’istituto e preservare la stabilità e la sana gestione della banca. L’applicazione della rimozione comporta conseguenze per le persone non riconducibili agli effetti di una sanzione con finalità punitiva in senso proprio per la violazione di regole di condotta, dato che dipendono dal ruolo svolto nell’istituto. Infatti, rilevano i presupposti oggettivi di cui agli artt. 69-*octiesdecies*, comma 1, lett. b) del t.u.b. che

¹²⁴ Si rinvia agli artt. 69-*octiesdecies* e 69-*vicies-semel* del T.U.B.

si riferiscono non solo a gravi violazioni normative e irregolarità amministrative, ma anche al significativo deterioramento della situazione che non può essere superata con misure meno invasive.

Il problema interpretativo di riconoscimento o meno del carattere sanzionatorio di una determinazione dell'Autorità nazionale è superato dall'evidente inserimento della disposizione nella parte del t.u.b. sulla vigilanza¹²⁵ ed è, quindi, riconducibile alla *regolazione* e non ad un potere sanzionatorio, dato che segue l'art. 53 "Vigilanza regolamentare" che prevede nei commi 1 e 2 poteri di natura regolatoria; peraltro, il contenuto sanzionatorio del provvedimento comporterebbe la giurisdizione del giudice ordinario prevista per l'opposizione a sanzioni pecuniarie della Banca d'Italia, anziché del giudice amministrativo.

La sentenza qualifica la valutazione prognostica dell'Autorità di vigilanza come scelta con un rilevante contenuto di discrezionalità (tecnica) che è "un significativo indice della natura di vigilanza della misura" adottata che è inclusa tra gli interventi volti ad escludere le conseguenze di un dissesto. La necessità di approfondimenti evidenzia ancora difficoltà nel riconoscimento della reale natura dei provvedimenti adottabili nell'ambito della vigilanza. Ad es., l'amministrazione straordinaria ha suscitato l'intervento della Corte Costituzionale¹²⁶: essa rientra tra le misure di intervento precoce come procedura di amministrazione temporanea finalizzata a "scongiurare il dissesto degli enti creditizi" ed è in contrapposizione alla procedura di risoluzione, misura di gestione della crisi in conseguenza dell'irreversibile degenerazione della situazione aziendale.

L'amministrazione straordinaria e la sostituzione degli amministratori non

¹²⁵ Capo I "Vigilanza sulle banche" del Titolo III "Vigilanza" dopo l'art. 53 "Vigilanza regolamentare". Per l'interpretazione della vigilanza esercitata dalla Banca d'Italia v. Cons. Stato, Sez. VI, 29 agosto 2022, n. 7499 che incentra l'attenzione sul "controllo continuo sull'attività delle imprese autorizzate", in cui l'oggetto della valutazione risiede sia nelle singole ed eventuali mancanze in sé considerate, sia nell'idoneità delle stesse a riflettersi negativamente sul complessivo andamento dell'attività. Così, il rischio a cui sono esposti gli investitori, le informazioni agli stessi fornite, le misure di controllo interno predisposte, l'andamento economico, le prospettive di mercato, l'esistenza e l'ammontare del patrimonio di garanzia, sono tutti elementi di un giudizio complessivo sull'andamento dell'impresa e dell'attività esercitata".

¹²⁶ Corte Costituzionale 21 dicembre 2021, n. 248.

configurano sanzioni¹²⁷, ma soluzioni condivise che consentono deroghe al principio del contraddittorio, mentre gli altri principi sul procedimento amministrativo sono applicabili ai provvedimenti individuali della Banca d'Italia in quanto compatibili, in base all'art. 24 della l. 28 dicembre 2005, n. 262¹²⁸. Inoltre, proprio per la *ratio* di prevenzione della crisi di una banca con possibili effetti sistemici sul funzionamento del mercato creditizio, emergono in questo contesto le particolari esigenze di celerità del procedimento che giustificano l'omissione della comunicazione di avvio ex art. 7 della legge n. 241/1990. La deroga è giustificata da esigenze di salvaguardia dell'efficacia della funzione di vigilanza e di stabilità degli intermediari e del sistema bancario¹²⁹.

Il Consiglio di Stato¹³⁰ esamina anche l'ambito del sindacato giurisdizionale a fronte di provvedimenti adottati dalla Banca d'Italia nell'esercizio dell'attività ispettiva¹³¹, espressione di scelte di discrezionalità tecnica di natura certamente complessa. E', quindi, approfondito il contenuto dell'attività di vigilanza per la quale occorre richiamare l' "apprezzamento di concetti giuridici indeterminati"; in questo contesto è un riferimento determinante il concetto giuridico di "sana e prudente gestione¹³²", riconducibile alla categoria delle valutazioni tecniche complesse, che sono giudizi che comportano l'apprezzamento di una serie di elementi di fatto per la loro "consistenza storica e naturalistica", le relazioni e in base a regole, che non sono espressione di leggi scientifiche esatte e non opinabili, ma invece di scienze inesatte e opinabili con natura prevalentemente economica.

Le valutazioni comportano in genere contestualità e "parziale sovrapposizione logica tra il momento della valutazione tecnica e la ponderazione

¹²⁷ V. anche Corte d'Appello di Milano, 17 gennaio 2019 n. 71 e la giurisprudenza del giudice ordinario citata dal Consiglio di Stato, Sez. VI, 19 luglio 2022, n. 6254, cit., in *Diritto*, punto 9.4; v. anche v. Cons. Stato, Sez. VI, 26 aprile 2023, n. 4171.

¹²⁸ "Disposizioni per la tutela del risparmio e dei mercati finanziari".

¹²⁹ Si rinvia al Cons. Stato, Sez. VI, 4 giugno 2007, n. 2945, v. punto 4.5. del *Fatto e Diritto*; l'art. 70 del d.lgs. n. 385/1993 comporta una deroga di tipo speciale all'art. 7 della l. n. 241/1990.

¹³⁰ Consiglio di Stato, Sez. VI, 19 luglio 2022, n. 6254, cit.

¹³¹ Art. 7 t.u.b. I verbali riguardo alle circostanze e ai fatti accertati assumono la particolare efficacia probatoria dell'atto pubblico.

¹³² Art. 5 t.u.b.

dell'interesse pubblico" in "un procedimento logico unitario" nell'ambito di un potere di valutazione riservato all'amministrazione competente, di conseguenza il giudice amministrativo non potrà sostituire la propria valutazione a quella dell'ente. Non sono applicabili parametri oggettivi, ma la valutazione dipende dal caso concreto con riferimento all'imminenza di un pregiudizio per i creditori e i risparmiatori e al grado di affidabilità e fiducia della banca.

Questi parametri si applicano al caso della rimozione degli organi responsabili come soluzione di intervento precoce e cautelare che può essere adottato in una fase iniziale della crisi per evitare "il definitivo deterioramento della situazione aziendale", secondo la *ratio* di evitare il più possibile una situazione irreversibile e di indirizzare la banca ad una sana e prudente gestione. Il provvedimento che decide la rimozione è chiaramente tecnico-discrezionale e si basa sull'accertamento dei presupposti oggettivi di cui all'art. 69-*octiesdecies*, comma 1, lett. b) t.u.b. e sulla valutazione di opportunità della rimozione collettiva degli organi sociali o di soluzioni di carattere meno incisivo o più rilevante.

Il sindacato del giudice amministrativo è circoscritto ad alcuni specifici aspetti: la piena conoscenza dei fatti e il controllo della logicità, congruità, ragionevolezza e dell'adeguatezza del provvedimento e della sua motivazione, della regolarità del procedimento e della completezza dell'istruttoria nonché dell'esistenza dei presupposti di fatto, della correttezza del criterio tecnico e del procedimento applicato¹³³, ma la sentenza non può sconfinare in valutazioni autonome in sostituzione dell'Autorità di vigilanza. Nel caso concreto, pur sempre esclusa una valutazione di opportunità riservata all'Autorità, il limite del sindacato dev'essere inteso come valutazione dell'"attendibilità" o "maggiore attendibilità" delle operazioni tecniche per la correttezza dei criteri applicati da Banca d'Italia sulla base di una consulenza tecnica d'ufficio che può essere disposta dal giudice, a differenza del giudice europeo che non può utilizzare questo strumento.

Questa impostazione non pregiudica la tutela della posizione giuridica

¹³³ Cfr., Cons. Stato, Sez. VI, 3 marzo 2022, n. 1510.

soggettiva, ma dipende proprio dalle caratteristiche del processo circa la valutazione dei fatti; il giudice è titolare di una giurisdizione piena e può accertare la fondatezza della pretesa sostanziale non limitata dal divieto di valutazioni sostitutive che opera per gli effetti giuridici della sentenza¹³⁴.

La complessità del contenzioso in questo settore è emersa con tutta evidenza nella sentenza del T.a.r. Lazio, Sez. II *quater*, 7 gennaio 2017, n. 165 che ha affrontato vari profili di impugnazione con riferimento al contesto di crisi di quattro banche¹³⁵ in amministrazione straordinaria, ricostruendo la disciplina e le competenze di vigilanza di Banca d'Italia ed esaminando i provvedimenti volti ad adottare le strategie di risoluzione e la costituzione di quattro enti ponte e di

¹³⁴ V. Cons. Stato, Sez. VI, 19 gennaio 2021, n. 584.

¹³⁵ Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio, Banca delle Marche, Cassa di Risparmio di Ferrara, Cassa di Risparmio della Provincia di Chieti. Per la complessa vicenda processuale incentrata sul programma di risoluzione avviato dalla Banca d'Italia nel novembre del 2015 per le quattro banche già in amministrazione straordinaria e in seguito oggetto di cessione, ad esclusione delle passività, a nuovi enti con la medesima denominazione v. L. PAJEVIC, *La risoluzione della crisi delle Quattro Banche e le Argonautiche giurisdizionali*, in M. P. CHITI - V. SANTORO (a cura di), *Il diritto bancario europeo, Problemi e prospettive*, Pacini, Pisa, 2022, 129 ss. Per la giurisprudenza amministrativa v. T.a.r. Lazio, Roma, Sez. II *quater*, 30 dicembre 2016, n. 12889 e n. 12890; Cons. Stato, Sez. VI, 22 gennaio 2019, n. 549 e n. 550; Cons. Stato, Sez. VI, 24 gennaio 2019, n. 581 e n. 582; ordinanze Cons. Stato, Sez. VI, 7 ottobre 2019, n. 6758, n. 6757 e n. 6759; Cons. Stato, Sez. VI, 9 febbraio 2022, n. 927 e n. 925 e n. 928 di rigetto della domanda risarcitoria in quanto non adempiuto l'onere probatorio; v. anche Cass., Sez. Un., 4 aprile 2022, n. 10852. Per gli atti della Commissione europea v. Comunicazione 27 febbraio 2015 e la decisione 23 dicembre 2015 per il recupero dell'aiuto concesso alla Banca Tercas s.p.a., annullata dal Trib. UE, Sez. III Ampliata, 19 marzo 2019, Cause riunite T-98/16, T-196/16 e T-198/16 *Italia, Banca Popolare di Bari s.c.p.a., già Banca Tercas s.p.a., Fondo interbancario di tutela dei depositi*, sostenuto da *Banca d'Italia/Commissione europea*; la decisione è stata confermata da Corte di Giustizia, Grande Sezione, 2 marzo 2021, causa C-425/19 P, *Commissione/Italia e a.* Con riferimento al caso *Tercas v. V. MINERVINI, La regolazione delle crisi bancarie dopo la sentenza Tercas*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2020, 73 ss.; C. BRESCIA MORRA, *Gestione delle crisi bancarie e aiuti di Stato. Alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Banca, Impresa, Società*, 2020, 191 ss.; M. P. CHITI, *Gli aiuti di Stato nel prisma degli interessi pubblici. Per un rinnovato approccio*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2022, 403 ss.; M. A. BARATA, "To be, or not to be (State Aid)" – *That is the question the Court of Justice had to answer regarding the funding provided by deposit guarantee schemes*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2022, 381 ss.; S. MACCARONE, *Gli aiuti di Stato alle banche in crisi: l'esperienza del FITD*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2022, 587 ss. Per ulteriori approfondimenti in tema di aiuti di Stato alla ristrutturazione nel settore bancario e alle misure di condivisione degli oneri v. Corte di Giustizia, Grande Sezione, 31 gennaio 2023, causa C-284/21 P, *Commissione europea/Braesch e a.*, che annulla, per difetto di legittimazione dei ricorrenti, la sentenza Trib. UE, 24 febbraio 2021, causa T-161/18, *Braesch e a./Commissione europea*; il ricorso era volto all'annullamento della decisione C (2017) 4690 final della Commissione, 4 luglio 2017 destinata all'Italia per nuovi aiuti e modifica del piano di ristrutturazione della Banca Monte dei Paschi di Siena.

un'unica società di gestione delle attività, alle quali era destinata la gestione delle "sofferenze". La strategia di risoluzione prevede una doppia operazione che consiste nella cessione delle attività dalla banca in risoluzione all'ente ponte¹³⁶ e la successiva cessione dei crediti "in sofferenza" dall'ente ponte ad una società veicolo che genera un credito dell'ente ponte nei confronti della stessa società veicolo, remunerato ad un tasso di mercato e garantito dal Fondo nazionale di risoluzione¹³⁷. La voluminosa sentenza decide in parte per l'inammissibilità del ricorso in quanto proposto da *Codacons* associazione non legittimata ad agire in giudizio per conto dei risparmiatori e in parte lo respinge per le censure nei confronti della soluzione decisa da Banca d'Italia e la domanda di risarcimento del danno ex art. 30 c.p.a. subito dai risparmiatori che avevano visto azzerati i propri investimenti per l'omessa e/o illegittima attività di controllo e vigilanza esercitata da Banca d'Italia sugli enti creditizi sottoposti alla procedura di risoluzione.

In sede di appello¹³⁸, peraltro respinto, le argomentazioni del Consiglio di Stato, assai approfondite anche in questa sede, sono incentrate sulla *ratio* della direttiva che ha introdotto il noto principio di condivisione degli oneri *bail in* di cui all'art. 132 della Direttiva (UE) n. 59/2014 sui dissesti degli istituti bancari e richiamano alcuni profili particolarmente interessanti. L'intervento dello Stato deve ritenersi legittimo solamente quando rappresenti "l'estrema possibilità, dopo che il sacrificio degli interessi dei soggetti interni alla banca in crisi non è stato sufficiente a risollevarla" con la conseguenza che, prima di autorizzare l'intervento statale, devono essere azzerati prima di tutto le partecipazioni degli azionisti e in seguito i crediti degli obbligazionisti, a iniziare da quelli dei portatori di obbligazioni

¹³⁶ Si rinvia a S. BONFATTI, *Risoluzione della banca "in crisi": la responsabilità degli "Enti Ponte" (e delle banche incorporanti) è regolata dalla disciplina della cessione di azienda*, in *Riv. dir. bancario*, 2018, 29 ss.; ID., *Crisi bancarie in Italia 2015-2017*, in *Riv. dir. bancario*, 2018, 247 ss.; per le procedure di crisi e le misure di risoluzione ID., *La disciplina delle situazioni di "crisi" degli intermediari finanziari*, Giuffrè, Milano, 2021, 150 ss.

¹³⁷ Sulla complessa vicenda di risoluzione delle quattro banche v. anche G. BOCUZZI, *Banking Crises in Italy, An Application and Evaluation of the European Framework*, Palgrave Macmillan, Cham, 2023, 53 ss.

¹³⁸ Consiglio di Stato, Sez. VI, 9 ottobre 2020, n 5991.

subordinate e i crediti dei depositanti per la parte eccedente una data giacenza massima nei depositi.

La nuova disciplina presuppone una maggiore responsabilità delle Autorità di vigilanza e degli investitori con gli strumenti previsti dall'ordinamento, al fine di segnalare e intervenire tempestivamente a fronte di situazioni di gestione inefficiente dell'impresa bancaria, escludendo tendenzialmente un intervento pubblico "a valle" di risanamento. Ovviamente la sentenza richiama il d.lgs. n. 180/2015 che ha introdotto l'istituto della risoluzione in recepimento della direttiva (UE) n. 59/2015 e, in particolare, l'art. 17 per lo stato di "dissesto" o di "rischio di dissesto" e l'art. 20 "Individuazione della procedura di crisi" che prevede che quando siano accertati i presupposti *ex art. 17*, è disposta in via alternativa nei confronti della banca a) la riduzione o conversione di azioni, di altre partecipazioni, di strumenti di capitale e delle passività computabili¹³⁹ emessi dalla banca oppure, se la misura di cui alla lett. a) non consenta di rimediare allo stato di dissesto o di rischio di dissesto *ex art. 17*, b) la risoluzione della banca o la liquidazione coatta amministrativa *ex art. 80 t.u.b.*

Il giudice amministrativo ripercorre tutti gli istituti della risoluzione e affronta il noto e dibattuto tema della *discrezionalità tecnica*, dato che sono contestate le modalità di esercizio del potere di vigilanza della Banca d'Italia volto alla tutela dei risparmiatori e delle garanzie per l'esercizio dell'attività di raccolta del risparmio e di erogazione del credito, della complessiva affidabilità del sistema bancario e di ogni istituto. Il limite del sindacato giurisdizionale impedisce al giudice nazionale di esprimere proprie valutazioni in sostituzione dell'Autorità di vigilanza; i provvedimenti impugnati contengono valutazioni che non dipendono da un parametro oggettivo precostituito valido in generale, ma dalla valutazione relativa al contesto concreto nel quale sono assai rilevanti la fiducia e l'affidabilità del sistema bancario nazionale.

¹³⁹ Tali passività computabili devono rispettare i requisiti di cui all'art. 16-*octies*, comma 6, lett. a), anche se di durata inferiore all'anno.

Le censure per i provvedimenti di risoluzione sono respinte dal Collegio richiamando i programmi di risoluzione che contengono analisi circa la sussistenza dei requisiti dell'interesse pubblico e dell'assenza di soluzioni alternative e la necessità della riduzione integrale dei diritti degli azionisti, considerata la portata del *deficit* patrimoniale, le fasi della crisi, l'amministrazione straordinaria ex artt. 70, comma 1, lett. a) e b) e 98 del t.u.b., la regola secondo cui gli azionisti e i creditori devono sopportare le perdite per primi in base all'art. 22, lett. a) e b) del d.lgs. n. 180/2015 e art. 34, par. 1, lett. a) e b) della direttiva n. 59/2014. La scelta di adottare lo strumento della risoluzione non risultava irragionevole rispetto alla liquidazione coatta amministrativa, come già era stato affermato dal giudice di primo grado.

Il Consiglio di Stato, respingendo le censure, afferma "l'uso ponderato e ragionevole, certamente non arbitrario, della discrezionalità tecnica" da parte della Banca d'Italia; la grave situazione delle quattro banche era stata confermata anche dai tribunali civili che ne hanno dichiarato l'insolvenza, confermando la legittimità delle stime effettuate sui crediti deteriorati. I provvedimenti considerati legittimi dal Collegio sono stati adottati per situazioni conclamate di dissesto in corso e non di rischio di dissesto; inoltre, come evidenziato dalla Banca d'Italia, essi hanno consentito di minimizzare gli oneri a carico dei creditori, che avrebbero subito "un trattamento di gran lunga peggiore" in caso di liquidazione coatta amministrativa, come è emerso da relazioni di esperti indipendenti in base all'art. 88 del d.lgs. n. 180/2015.

La sentenza evidenzia tutte le difficoltà insite nella disciplina applicata dall'Autorità nazionale di risoluzione, ricostruendo con particolare chiarezza le problematiche e i profili collegati alle valutazioni di discrezionalità tecnica della Banca d'Italia.

7. È evidente che la centralizzazione del controllo del giudice europeo sulle decisioni della BCE che attengono alla funzione di vigilanza dipende proprio dal

sistema di vigilanza unico; è, comunque, riservato al giudice nazionale il sindacato su tutti gli atti e provvedimenti di vigilanza della Banca d'Italia. Possono emergere difficoltà quando occorre interpretare il diritto interno e la disciplina europea riconosca una certa autonomia all'Autorità di vigilanza nazionale per l'attuazione di istruzioni oppure quando occorre risolvere il contenzioso su atti di *soft law*, di frequente adottati nell'esercizio di compiti di vigilanza¹⁴⁰. In ogni caso, prevalgono le regole del necessario contestuale sindacato sulle decisioni finali e sugli atti preparatori oppure sulle istruzioni, quando l'interessato intenda far valere una presunta illegittimità degli atti preparatori; tale schema è volto a garantire un processo decisionale efficace accanto a un sindacato complessivo sugli atti coinvolti¹⁴¹.

Lo studio della disciplina e dell'interpretazione della giurisprudenza ha evidenziato chiaramente l'integrazione assai evoluta tra apparati pubblici europei e nazionali e la cogestione di poteri amministrativi come principio generale con conseguenze dirette per la tutela giurisdizionale; il sistema si basa sulla netta separazione tra giudice europeo e giudice nazionale secondo un principio di "doppia esclusività"¹⁴² nel senso che le Corti sovranazionali sono competenti in via esclusiva a sindacare la legittimità degli atti adottati dalle istituzioni (organi o

¹⁴⁰ Per la tutela giurisdizionale con riferimento a raccomandazioni e linee guida, atti di *soft law*, nel contesto del Meccanismo unico di supervisione v. F. ANNUNZIATA, *The Remains of the Day: EU Financial Agencies, Soft Law and the Relics of Meroni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2022, 331 ss.; M. DE BELLIS, *Soft law, agenzie europee e controllo giurisdizionale: le contraddizioni del caso FBF*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2022, 327 ss.; A. DE GREGORIO MERINO, *The ECB's Regulatory Powers, their Scope and their Judicial Review*, in C. ZILIOLI - K.-P. WOJCIK (Eds.), *Judicial Review in the European Banking Union*, cit., 333 ss., che esamina gli atti di regolazione della BCE in quanto "regolamentari" nel senso del par. 4 dell'art. 263 TFUE e sottoposti a criteri di impugnazione per i richiedenti (qualsiasi persona fisica o giuridica) più blandi rispetto agli atti legislativi. Anche gli atti normativi di *soft law*, che non comportano effetti vincolanti, possono essere sottoposti al controllo della Corte di Giustizia tramite il rinvio pregiudiziale. V. anche M. BODELLINI, *Tra principi generali e standards internazionali di soft law: la disciplina europea sulla finanza sostenibile e l'inizio di una nuova stagione per il 'Brussels effect'*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2023, 338 ss., spec. 68.

¹⁴¹ Escluse le raccomandazioni e i pareri come previsto dall'art. 263, par. 1, TFUE.

¹⁴² Per questo schema ormai consolidato v. B. MARCHETTI, *Il sistema integrato di tutela*, in L. DE LUCIA - B. MARCHETTI (a cura di), *L'amministrazione europea e le sue regole*, il Mulino, Bologna, 2015, 198 ss.; G. FALCON, *Separazione e coordinamento tra giurisdizioni europee e giurisdizioni nazionali nella tutela avverso gli atti lesivi di situazioni giuridiche soggettive europee*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 1153 ss.

agenzie) europee e ai giudici nazionali spetta la cognizione in via esclusiva degli atti adottati dalle Autorità nazionali, secondo criteri interni di riparto tra giudice amministrativo e giudice ordinario.

La tutela giurisdizionale e il meccanismo del rinvio pregiudiziale garantiscono uniformità di applicazione del diritto dell'Unione e dei principi generali, quali il principio di effettività e di equivalenza, esaminati nel caso *BT/Balgarska Narodna Banka*¹⁴³ con riferimento ai sistemi di garanzia dei depositi e al risanamento e liquidazione degli istituti di credito.

Più in generale, il Meccanismo di vigilanza unico, pur nella sua evidente complessità, ha senza dubbio dimostrato la capacità di affrontare situazioni di grave difficoltà e di limitare rischi per il sistema creditizio. Proprio la Corte di Giustizia richiama, nella sentenza *BT/Balgarska Narodna Banka*, il meccanismo unitario incentrato sul ruolo della BCE e sui compiti decentrati delle Autorità nazionali, assicurando l'applicazione di regole europee uniformi di supervisione che comportano inevitabili limiti alla sovranità degli Stati membri¹⁴⁴.

Peraltro, occorre precisare che la vigilanza dev'essere considerata soprattutto come vigilanza prudenziale di applicazione di regole con finalità di "prevenzione" delle crisi, anticipando con un'intensa attività di controllo, di valutazione del rischio e di situazioni di difficoltà nell'attività bancaria anche con riferimento alle richieste professionalità e all'onorabilità degli amministratori; questa logica di prevenzione riguarda più dell'80% delle banche significative del sistema europeo, ma coinvolge anche le banche meno significative, dato che la disciplina nazionale è stata adottata in recepimento di quella europea.

Il principio della concentrazione della tutela giurisdizionale dinanzi alle Corti

¹⁴³ Corte di Giustizia, Sez. IV, 25 marzo 2021, causa C-501/18, *BT/Balgarska Narodna*, sentenza a seguito di rinvio pregiudiziale.

¹⁴⁴ Per l'interpretazione restrittiva della Corte costituzionale tedesca v. R. D'AMBROSIO, *The German Federal Constitutional Court and the Banking Union*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia*, 2021, n. 91, 43 ss.

europee per assicurare l'uniformità di applicazione delle norme sulla vigilanza e per la risoluzione delle crisi bancarie¹⁴⁵ è ormai condiviso dalla giurisprudenza¹⁴⁶ del giudice del nostro ordinamento; la cessione di sovranità da parte degli Stati membri anche per la vigilanza bancaria ha comportato inevitabilmente l'applicazione della giurisdizione unica europea. Questo schema vale anche in materia di risoluzione delle crisi bancarie per gli atti del Comitato di risoluzione unico, sindacabili dal giudice europeo, e le regole del *bail-in* che prevalgono sulle posizioni giuridiche di azionisti e creditori, impostazione che ha superato il controllo della Corte Costituzionale italiana¹⁴⁷; al giudice nazionale spetta il controllo dei provvedimenti adottati dalla Banca d'Italia.

La tutela giurisdizionale dinanzi ai giudici europei, sede ulteriore di applicazione uniforme del diritto dell'UE e di armonizzazione delle diverse soluzioni giuridiche delle discipline nazionali, è sempre garantita in via diretta per l'impugnazione delle decisioni della BCE, dell'ABE e del Comitato di risoluzione unico; le sentenze esaminate sono state determinanti per comprendere gli istituti e i meccanismi di ricorso e chiarire l'interpretazione della disciplina assai analitica per le regole tecniche, tipiche della regolazione e della vigilanza nel settore bancario.

La giurisprudenza¹⁴⁸ ha un ruolo centrale per l'individuazione dei limiti del

¹⁴⁵ Corte di Giustizia, Grande Sezione, 3 dicembre 2019, causa C-414/18, cit.; Corte di Giustizia, Sez. IV, 16 luglio 2020, causa C-686/19, SIA "Soho Group"/*Patērētāju tiesību aizsardzības centrs*.

¹⁴⁶ V. ad es., Cons. Stato, Sez. VI, 3 maggio 2019, n. 2890 e Cass. Civ., Sez. Un., 20 aprile 2021, n. 10355, cit.; Cons. Stato, Sez. VI, 31 maggio 2021, n. 4169, circa la trasformazione di banche popolari in società per azioni in conseguenza dell'art. 29, comma 2-ter, del t.u.b., dopo la modifica mediante l. 24 marzo 2015, n. 33.

¹⁴⁷ Corte Costituzionale, 15 maggio 2018, n. 99.

¹⁴⁸ V. Trib. UE, Sez. II Ampliata, 24 aprile 2018, Cause riunite T-133-136/2016, *Caisse régionale de crédit agricole mutuel Alpes Provence e altri/BCE*; la BCE, con decisione 7 ottobre 2015 poi impugnata, aveva approvato la nomina dei presidenti dei consigli di amministrazione di ciascuna delle banche richiedenti, ma si è opposta ad essa per ragioni di incompatibilità in quanto gli stessi soggetti svolgevano contemporaneamente la funzione di amministratore effettivo in ciascuna di tali banche. V. anche Trib. UE, Sez. II Ampliata, 13 luglio 2018, causa T-733/16, causa 768/16, causa T-758/16, causa T-757/16, causa T-751/16 e causa T-745/16, *La Banque Postale, BNP Paribas, Société Générale, Crédit Agricole SA, Confédération nationale du Crédit Mutuel e BPCE/BCE*. Il Tribunale ha annullato le decisioni della BCE che non hanno consentito a istituti di credito francesi la possibilità di escludere dal calcolo del coefficiente di leva finanziaria alcune esposizioni connesse a libretti di risparmio; inoltre, il Tribunale ha precisato che nel controllo della fondatezza della motivazione della decisione impugnata, il giudice non può sostituire la propria valutazione a quella

sindacato giurisdizionale, soprattutto in relazione all'ampia discrezionalità espressa dalla BCE nelle decisioni di vigilanza, più precisamente qualificata come discrezionalità tecnica, che prevale anche per gli atti delle altre Autorità europee, comunque riconducibili alla qualifica sostanziale di decisioni a prescindere da singole specifiche definizioni. Dal confronto con il controllo di legittimità in sede nazionale esercitato dal giudice amministrativo, dotato di giurisdizione esclusiva per tutti i provvedimenti della Banca d'Italia, non sembrano emergere divergenze significative per i vizi contestabili¹⁴⁹ in base all'art. 263.2 TFUE, anche se il vizio di sviamento di potere non ha una particolare rilevanza nel sindacato del giudice europeo, diversamente dall'eccesso di potere nel giudizio amministrativo.

Peraltro, il controllo in entrambe le giurisdizioni sembra prevalentemente incentrato su vizi procedurali o di forma, violazione di garanzie di partecipazione che giustificano l'annullamento di provvedimenti e di decisioni, come sindacato "esterno". Infatti, nonostante le controversie di rilevanza economica significativa e di particolare complessità giuridica siano incentrate su decisioni adottate da Autorità specializzate, il giudice tende costantemente ad individuare vizi che non coinvolgono la legittimità della valutazione tecnico-discrezionale¹⁵⁰. Occorre, inoltre, tener conto dei contenuti delle decisioni della BCE e dei provvedimenti della Banca d'Italia, istituzioni con competenze, esperienze e conoscenze altamente specializzate, che richiedono altrettanta profondità di studio nella fase del sindacato giurisdizionale. In realtà, il giudice europeo dispone di strumenti che consentono prevalentemente il controllo della legittimità formale e non assicurano

della BCE, a meno che si basi su fatti materiali inesatti e non sia viziata da un errore di diritto o da un errore manifesto di valutazione o da sviamento di potere, dato che si applica sempre il principio di buona amministrazione.

¹⁴⁹ La Corte di Giustizia è competente a pronunciarsi sui ricorsi "per incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione dei Trattati o di qualsiasi regola di diritto relativa alla loro applicazione ovvero per sviamento di potere". Per i vizi sindacabili v. M. ORTINO, *Le competenze regolatorie dell'Unione europea in materia bancaria*, Giappichelli, Torino, 2021, 70 ss.

¹⁵⁰ Per uno studio assai critico v. L. R. PERFETTI, *L'approccio del giudice nazionale ed europeo a confronto*, in L. R. PERFETTI, G. GALLONE, A. G. OROFINO, *Profili di raffronto tra giurisdizione italiana ed europea*, in A. BARONE, G. DRAGO (a cura di), *La funzione di vigilanza della Banca Centrale Europea*, cit., 331-334.

la pienezza del sindacato sulla discrezionalità tecnica, più esteso per il giudice amministrativo, mentre può approfondire rilevanti questioni interpretative in sede di rinvio pregiudiziale.

La complessità delle norme di regolazione e di vigilanza è emersa ad es. con riferimento al carattere di “significatività” di una banca, che dev’essere riconosciuto da una decisione della BCE in quanto presupposto della vigilanza prudenziale diretta che esclude la vigilanza decentrata dell’ente nazionale competente. Il Tribunale dell’UE si era pronunciato¹⁵¹ sulla legittimità del parere della Commissione di riesame, di conferma della legittimità della decisione originaria¹⁵² della BCE che aveva qualificato come significativa, ai fini della vigilanza centralizzata, la banca tedesca *Landeskreditbank Baden-Württemberg*; da ciò l’esclusione della vigilanza in forma decentrata di competenza delle Autorità di nazionali in relazione ad asserite «circostanze particolari»¹⁵³. Il parere aveva affermato la legittimità della decisione originaria ed è stato il presupposto, dato che non ha carattere di decisione autonoma a differenza delle decisioni degli altri organi di riesame¹⁵⁴, della (seconda) decisione finale¹⁵⁵.

La Corte di Giustizia¹⁵⁶ ha confermato la stessa soluzione e ha sottolineato il

¹⁵¹ Trib. UE, Sez. IV Ampliata, 16 maggio 2017, T-122/15, *Landeskreditbank Baden-Württemberg – Förderbank/BCE*.

¹⁵² Decisione BCE/MVU/14/1° settembre 2014.

¹⁵³ V. artt. 6.4 del regolamento (UE) n. 1024/2013 e 70.2 del regolamento europeo quadro del MVU, in materia di circostanze particolari che determinano la classificazione di un soggetto vigilato come meno significativo, e punto 128 della sentenza del Trib. UE, Sez. IV Ampliata, 16 maggio 2017, T-122/15, cit.

¹⁵⁴ Per il riesame degli atti dell’ABE il *Board of Appeal* e per quelli del Comitato di risoluzione unico l’*Appeal panel*.

¹⁵⁵ Decisione BCE/MVU/15/1, 5 gennaio 2015.

¹⁵⁶ Corte di Giustizia, Sez. I, 8 maggio 2019, causa C-450/17 P, cit. Il giudice ha aderito all’orientamento costante circa l’adeguatezza della motivazione e l’art. 296 TFUE, in relazione alla natura dell’atto che «deve fare apparire in forma chiara e non equivoca l’iter logico seguito dall’istituzione da cui esso promana, in modo da consentire agli interessati di conoscere le ragioni del provvedimento adottato e al giudice competente di esercitare il suo controllo». V. anche Corte di Giustizia, Sez. II, 5 dicembre 2013, causa C-455/11 P, *Solvay SA/Commissione europea*; Corte di Giustizia, III Sez., 10 marzo 2016, causa C-247/14 P, *HeidelbergCement AG/Commissione europea*. V. Corte di Giustizia, Sez. II, 5 dicembre 2013, causa C-455/11 P, cit., punto 91, circa l’accertamento degli obblighi di cui all’art. 296 TFUE dipendente dal tenore della norma, ma anche dal contesto concreto e dal quadro complessivo delle norme applicabili; Corte di Giustizia, Sez. III, 10 marzo 2016, causa C-247/14 P, cit., punto 16.

rilevante contenuto discrezionale della decisione della BCE come emerge dal *considerando* n. 55 del regolamento (UE) n. 1024/2013 circa la responsabilità «in termini di salvaguardia della stabilità finanziaria nell'Unione e di esercizio il più possibile efficace e proporzionato dei suoi poteri di vigilanza».

Peraltro, i compiti di vigilanza offrono certamente più occasioni di conflitto rispetto alla distinta funzione di politica monetaria per le conseguenze giuridiche ed economiche sulle posizioni degli istituti di credito, ad es. circa il diniego o la revoca dell'autorizzazione bancaria e l'applicazione di sanzioni amministrative decise¹⁵⁷ dalla BCE oppure per le misure di sorveglianza dei sistemi di pagamento di importanza sistemica¹⁵⁸.

Per le decisioni e gli atti di politica monetaria, il TFUE prevede esclusivamente il controllo e l'interpretazione della Corte di Giustizia¹⁵⁹, giurisdizione meglio precisata dall'art. 35 (Controllo giudiziario e materie connesse¹⁶⁰) dello Statuto del SEBC e della BCE, considerati i prevalenti rapporti tra l'istituzione europea e le banche centrali nazionali secondo criteri di coordinamento e gli obblighi definiti dal TFUE e dallo Statuto. Inoltre, l'art. 263.3 TFUE stabilisce la giurisdizione del giudice europeo per i ricorsi proposti dalla BCE «per salvaguardare le proprie prerogative». Per gli atti giuridici della BCE, il giudice può esercitare il controllo di legittimità, certamente condizionato dall'ampio potere decisionale dell'istituzione per la politica monetaria e l'obiettivo della stabilità dei prezzi¹⁶¹.

¹⁵⁷ Sul regime sanzionatorio previsto dalla disciplina europea v. J. M. PEMÁN GAVÍN, *Derecho sancionador bancario*, Iustel, Madrid, 2022, 56 ss.

¹⁵⁸ V. Decisione della BCE 26 luglio 2019, n. 1349, relativa alla procedura e alle condizioni per l'esercizio da parte di un'autorità competente di determinati poteri in materia di sorveglianza dei sistemi di pagamento di importanza sistemica.

¹⁵⁹ Art. 263 TFUE.

¹⁶⁰ V. artt. 35.1 e 35.6 dello Statuto SEBC-BCE. Sono incluse le sanzioni amministrative v. regolamento (CE) n. 2532/1998.

¹⁶¹ V. Corte di Giustizia, Grande Sezione, 16 giugno 2015, causa C-62/14, *Peter Gauweiler e altri/Deutscher Bundestag*; Corte giust., Grande Sezione, 11 dicembre 2018, causa C-493/17, *Heinrich Weiss e altri*, su rinvio pregiudiziale della Corte Costituzionale federale tedesca; la sentenza riguarda le caratteristiche tecniche concernenti le operazioni definitive monetarie dell'Eurosistema sui mercati secondari del debito sovrano (artt. 119, 123 e 127 TFUE). Le norme del TFUE, lette in combinato disposto con l'art. 5.4 TUE, e gli artt. 17-24 del relativo Protocollo devono essere interpretati nel senso che autorizzano il SEBC, con ampio potere discrezionale, ad

L'esame del contenzioso dinanzi ai giudici europei è determinante per comprendere non solo l'effettività della tutela delle posizioni soggettive coinvolte, ma anche per l'interpretazione e l'attuazione delle discipline sulla vigilanza e sulla regolazione. Il controllo giurisdizionale è approfondito quando l'accertamento riguarda la legittimità di decisioni individuali destinate – come le sanzioni amministrative pecuniarie - a singoli istituti di credito e i limiti del sindacato dipendono dalla natura delle decisioni impugnate, a seconda del margine di discrezionalità, del contenuto delle norme, oppure se contengano disposizioni di regolazione o valutazioni di carattere tecnico che richiedono un accertamento complesso e riservato all'autorità o all'istituzione competente.

Tuttavia, si prospetta un problema di disomogenità nel confronto tra i parametri costituzionali e le regole processuali volte a garantire l'effettività della tutela negli ordinamenti interni e le caratteristiche del sindacato giurisdizionale del giudice europeo proprio in tema di sanzioni amministrative pecuniarie, considerata la possibile rilevante entità e il pregiudizio per gli enti creditizi in un contesto di frequente crisi. Peraltro, la materia delle sanzioni europee e nazionali è in continua espansione, se consideriamo ad es. le norme¹⁶² della bozza di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo all'istituzione dell'euro digitale e soprattutto l'*AML Package*, che include il regolamento istitutivo dell'Autorità per la lotta al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo, il regolamento e la direttiva

adottare il programma di acquisto di titoli di Stato sui mercati secondari, pur nel rispetto del principio di proporzionalità, nel senso che le misure devono essere proporzionate agli obiettivi della politica monetaria, e delle garanzie procedurali (art. 296.2 TFUE). Così anche Corte di Giustizia, Grande Sezione, 19 novembre 2013, causa C-63/12, *Commissione europea/Consiglio dell'Unione Europea*, punti 98-99) circa il controllo giurisdizionale degli atti giuridici, considerate le scelte di natura tecnica con previsioni e valutazioni complesse. Sul ruolo di «controllo costituzionale» esercitato dalla Corte di giustizia nell'interpretazione delle norme dell'UE v. K. LENAERTS, *The Court of Justice and the Economic and Monetary Union: a constitutional perspective*, in *ECB Legal Conference 2019*, cit., 419 ss. Circa la diversa intensità del sindacato del giudice europeo sulle decisioni della BCE a seconda coinvolgano la politica monetaria oppure la vigilanza bancaria v. C. ZILIOLI, *Justiciability of central banks' decisions and the imperative to respect fundamental rights*, in *ECB Legal Conference 2017, Shaping a new legal order for Europe: a tale of crises and opportunities*, cit., 98 ss. Per il conflittuale rapporto tra le misure adottate dalla BCE, gli orientamenti della Corte di giustizia e la Corte Costituzionale federale tedesca v. sentenza 5 maggio 2020, BvR 859/15, BvR 1651/15, BvR 2006/15, BvR 980/16, in www.bundesverfassungsgesicht.de.
¹⁶² V. artt. 6 e 29.

antiriciclaggio¹⁶³, e il regolamento riguardante i dati informativi che accompagnano i trasferimenti di fondi e determinate criptovalute¹⁶⁴.

Ad oggi la tutela giurisdizionale è certamente il riferimento prevalente per gli operatori bancari e gli enti interessati, per le garanzie procedurali uniformi ormai consolidate, l'indipendenza del giudice e l'effettività degli strumenti previsti dal TFUE nonché per gli interessi economici in gioco – l'entità rilevante delle sanzioni amministrative pecuniarie - e le esigenze di certezza giuridica, pur con il noto problema della durata del processo.

Non si può, infatti, trascurare l'esigenza di soluzioni veloci per controversie, spesso complesse ed economicamente rilevanti, sollevate dinanzi al giudice europeo dagli istituti creditizi. Dopo un'esperienza di applicazione della disciplina e degli istituti ormai decennale, il contenzioso che deriva dall'intreccio di diritto europeo e di diritto nazionale, di decisioni tecnico-discrezionali di Autorità europee e di atti preparatori di Autorità nazionali potrebbe essere forse risolto più velocemente da un Tribunale specializzato, istituito ex art. 257 TFUE, oppure da una sezione specializzata in materia di vigilanza e di risoluzione delle crisi bancarie per le azioni esperibili nei confronti delle decisioni della BCE, dell'ABE e del Comitato di risoluzione unico con la possibilità di appello alla Corte di giustizia.

Nel contesto complesso di possibili controversie, è possibile ricostruire principi di sintesi e in generale la giurisdizione dei giudici nazionali riguarda gli atti delle Autorità dell'ordinamento interno e non può certo estendersi ad atti adottati da enti di altri sistemi. Per quanto riguarda l'impugnazione degli atti dell'Autorità di vigilanza nazionale, ogni Stato stabilisce il riparto interno di giurisdizione (giudice amministrativo o giudice ordinario) mediante un'autonoma disciplina, non sottoposta a regole del diritto europeo¹⁶⁵.

L'assenza di uniformità di regole degli ordinamenti interni non comporta un

¹⁶³ In corso di approvazione.

¹⁶⁴ V. art. 28 per le sanzioni previste dal regolamento (UE) 31 maggio 2023, n. 1113.

¹⁶⁵ Come per le controversie di diritto civile e commerciale v. regolamento (UE), 12 dicembre 2012, n. 1215 in tema di competenza giurisdizionale in materia civile e commerciale nell'UE.

insuperabile problema, considerato l'effettivo ruolo di armonizzazione e di integrazione svolto dal giudice europeo con l'interpretazione delle norme del diritto dell'UE, risolvendo le difficoltà di applicazione nei casi concreti, ma con tempi certo non veloci, come nel caso del rinvio pregiudiziale, che può assicurare soluzioni di unità e coesione tra gli ordinamenti interni¹⁶⁶. Tuttavia, occorre considerare le differenze tra il sistema di tutela europeo e quello interno, che possono influenzare l'effettività e l'intensità della tutela, nonché gli effetti extraterritoriali estesi ad altri Stati membri.

Sono, invece, diverse le conseguenze degli interventi di risoluzione, dato che possono avere effetti su altri Stati membri e per questi aspetti la direttiva n. 59/2014 prevede regole speciali¹⁶⁷; per gli Stati membri in cui sono situate le attività bancarie o la cui legge disciplina tali attività è vietato applicare la propria legge alle contestazioni degli azionisti, dei creditori e dei terzi in altri Stati interessati dall'esercizio dei poteri di risoluzione delle crisi¹⁶⁸. In base all'art. 66, par. 6, ciascuno Stato membro deve *assicurare rimedi efficaci* come posizioni di diritto conformemente alla disciplina dell'Autorità di risoluzione e, in particolare, il diritto degli azionisti, dei creditori e dei terzi di contestare mediante il ricorso ex art. 85, la cessione di azioni, altri titoli di proprietà o attività, diritti o passività, il diritto dei creditori di contestare con il medesimo ricorso la svalutazione o la conversione del valore nominale di uno strumento o di una passività e le salvaguardie per le cessioni parziali in relazione ad attività, diritti o passività, di cui ai paragrafi precedenti. In sostanza anche per la risoluzione, fonte di un significativo contenzioso, esistono un livello europeo di tutela e uno nazionale.

La concentrazione della giurisdizione nel giudice europeo è rafforzata dalla

¹⁶⁶ Cfr. A. BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, Cacucci, Bari, 2008, 10 ss.

¹⁶⁷ Direttiva UE del Parlamento europeo e del Consiglio, 15 maggio 2014, n. 59 di istituzione di un sistema di recupero e di risoluzione delle istituzioni creditizie e delle società di investimento e di modifica di discipline previgenti (Direttiva 82/891/CEE e Direttive 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE, 2013/36/UE e regolamento (UE) n. 1093/2010 e n. 648/2012.

¹⁶⁸ V. art. 66, §§ 3 e 5, della Direttiva (UE) n. 59/2014 in materia di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento.

direttiva sulla liquidazione degli enti creditizi¹⁶⁹, che conferisce alle misure di risoluzione delle crisi effetti nell'ambito dell'UE, mentre vi sono difficoltà riguardo al riparto di giurisdizione per le controversie tra soggetti privati che possono essere instaurate davanti ai giudici civili nazionali sulla base di discipline diverse.

L'indagine sulla tutela giurisdizionale ha evidenziato un'operatività complessivamente efficace, ma con molteplici profili di dibattito ancora non risolti e aree di tutela "scoperte", soprattutto riguardo alla compatibilità con i principi costituzionali e le regole processuali degli ordinamenti interni¹⁷⁰. Si consideri il sindacato di sola legittimità del giudice europeo sulle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate con decisioni della BCE e del Comitato di risoluzione¹⁷¹. E', inoltre, evidente la difficoltà di applicare regole anche rilevanti per le fasi del processo elaborate dalla giurisprudenza in assenza di un codice di riferimento che potrebbe essere utile per un'integrazione processuale a fronte di discipline complesse, a garanzia dell'effettività della tutela.

Il criterio di riparto della giurisdizione conferma la logica di rigorosa concentrazione nel giudice europeo per gli atti della BCE e di *intersezione* delle giurisdizioni in relazione alle competenze della BCE e delle Autorità nazionali con problemi interpretativi anche per il diritto nazionale esaminato dal giudice europeo¹⁷², dato che non esiste l'istituto del rinvio pregiudiziale in senso inverso.

Per le questioni non risolte, il giudice europeo dovrà affrontare nuove sfide, nel doppio ruolo di garante della legalità e dei diritti fondamentali, per la definizione di un modello di tutela unitario che riflette l'integrazione amministrativa

¹⁶⁹ Direttiva (CE) 4 aprile 2001, n. 24, circa il risanamento e la liquidazione degli enti creditizi, v. art. 3 per i provvedimenti di risanamento e la legge applicabile; per le misure di riorganizzazione che includono i compiti e i poteri di risoluzione v. art. 2 della direttiva modificato dall'art. 117 della direttiva (UE) n. 59/2014.

¹⁷⁰ Si rinvia a M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa e Unione bancaria*, Giappichelli, Torino, 2019, 211 ss.

¹⁷¹ V. art. 38 del regolamento (UE) n. 806/2014 che non prevede la competenza di merito del giudice europeo. Peraltro, l'esecuzione forzata è disciplinata da norme procedurali nazionali e il controllo di regolarità dei provvedimenti esecutivi spetta al giudice nazionale; la sospensione dell'esecuzione forzata può essere decisa solamente dalla Corte di giustizia.

¹⁷² In tema v. M. P. CHITI, *I procedimenti amministrativi composti e l'effettività della tutela giurisdizionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 187 ss.

in questo ampio e complesso settore, che non può sacrificare l'accesso alla tutela e la pienezza del sindacato sull'esercizio dei poteri della BCE e delle altre Autorità o agenzie europee coinvolte.

Il confronto con il sistema di tutela nell'ordinamento italiano evidenzia la concentrazione delle controversie nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per l'impugnazione di tutti provvedimenti di vigilanza della Banca d'Italia¹⁷³ sottoposti ad un controllo di legittimità nella sostanza identico a quello esercitato dal giudice europeo, a parte la maggiore considerazione dei profili di sviamento di potere; la medesima giurisdizione è prevista per le misure adottate dalla Banca d'Italia nel ruolo di Autorità nazionale di risoluzione¹⁷⁴. È quindi, possibile affermare un effettivo allineamento tra le giurisdizioni nazionale e quella europea per il controllo delle decisioni e degli atti di vigilanza bancaria. È invece, assai diversa situazione nel caso di tutela delle posizioni soggettive a fronte dell'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie, ambito di controversie che spetta al giudice ordinario con poteri di "piena giurisdizione" per la modifica della sanzione, a differenza del giudice europeo per il sindacato sulle sanzioni pecuniarie bancarie previste dalla disciplina europea.

Come è noto, nel nostro ordinamento l'art. 133 lett. l) del Codice del processo amministrativo prevede la giurisdizione esclusiva per l'impugnazione di tutti i provvedimenti delle Autorità amministrative indipendenti e la competenza di merito riguardo alle sanzioni pecuniarie che consente un potere di riforma, ad esclusione dei provvedimenti sanzionatori della Banca d'Italia e della Consob, che appunto ricadono nella giurisdizione del giudice ordinario con un processo speciale.

Questa disorganicità del sistema suscita perplessità riguardo all'adeguatezza del rito, concentrato in un unico grado e semplificato ex art. 145 del

¹⁷³ Come per i provvedimenti delle altre Autorità amministrative indipendenti ex art. 133, lett. l) del Codice del processo amministrativo.

¹⁷⁴ L'art. 95 del d.lgs. 16 novembre 2015 (di recepimento della direttiva (UE) n. 59/2014), richiamando gli artt. 119, 133, 128 e 135 c.p.a., ha previsto la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per le controversie relative ai provvedimenti contenenti le misure intraprese dalla Banca d'Italia per la gestione della crisi degli enti creditizi.

t.u.b., e dei poteri del giudice ordinario e alle diverse modalità di tutela con riferimento a provvedimenti identici adottati da amministrazioni diverse. Il dubbio se sia garantita l'effettività della tutela ex artt. 113 Cost. e 47 CEDU, considerate le conseguenze concrete rilevanti per le caratteristiche del diverso sindacato con riferimento al procedimento sanzionatorio e al provvedimento finale espressione di poteri pubblici, di competenze specialistiche e di discrezionalità tecnica¹⁷⁵, si basa su dati oggettivi.

Il confronto con il processo amministrativo evidenzia, oltre al doppio grado di tutela, maggiori garanzie del contraddittorio che, invece, sembra ridimensionato dinanzi al giudice dell'opposizione, e la disponibilità di mezzi di prova che consentono un'approfondita ricostruzione dei fatti¹⁷⁶ nel contesto della diversa posizione delle parti (istituto creditizio e autorità amministrativa), del prevalente controllo del legittimo esercizio dell'azione amministrativa volta a realizzare interessi pubblici e della motivazione. Il principio dispositivo è bilanciato dalla

¹⁷⁵ In tema di controllo giurisdizionale del provvedimento sanzionatorio V. G. ROMAGNOLI, *Il potere punitivo delle autorità di vigilanza dei mercati finanziari*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, 238 ss.; S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017; S. ANTONIAZZI, *Obbligazioni pubbliche e giurisdizione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2010, in tema di sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia e di dibattito riguardo agli artt. 133-134 del c.p.a. v. 163 ss., spec. 183-185 e 218-230.

¹⁷⁶ G. ROMAGNOLI, *op. cit.*, 250 – 255. Peraltro, l'onere della prova dell'illecito che grava sull'Autorità di vigilanza, può essere soddisfatto con la produzione di verbali ispettivi che, con riferimento agli aspetti non coperti da efficacia probatoria privilegiata, costituiscono comunque elemento di prova, che il giudice deve valutare in concorso con gli altri elementi e che può disattendere solo in caso di motivata intrinseca inattendibilità o di contrasto con gli altri elementi acquisiti nel giudizio v. Cass. Civ., Sez. II, 8 febbraio 2022, n. 4006, v. F. AGNINO, *Capitolo XXVIII, Le sanzioni amministrative*, in *Rassegna della giurisprudenza di legittimità, Gli orientamenti delle Sezioni Civili*, IPZS, Roma, 2023, 618; nel caso di illecito omissivo di pura condotta è sufficiente la prova dell'elemento oggettivo dell'illecità comprensivo della "suità" della condotta inosservante e non è necessaria la concreta dimostrazione del dolo o della colpa in capo all'agente sul quale grava l'onere della dimostrazione di aver agito senza colpa v. Cass. Civ., Sez. II, 16 maggio 2022, n. 15585, *ivi*, 619. Con riferimento alla responsabilità del consigliere di amministrazione per mancata o insufficiente vigilanza, in assenza di specifiche deleghe ad alcuni consiglieri, è sufficiente la dimostrazione del comportamento omissivo, essendo obbligo di tutti vigilare sul comportamento della banca, v. Cass. Civ., Sez. II, 18 febbraio 2022, n. 5344, *ivi*, 619. Gli amministratori anche non esecutivi sono tenuti ad agire in modo informato e, per i requisiti della propria professionalità, ad agire per ostacolare l'evento dannoso; di conseguenza, essi rispondono "del mancato utile attivarsi" v. Cass. Civ., Sez. II, n. 15585/2022, *ivi*, 620; per il concorso di persone nell'illecito e l'applicabilità della sanzione a "tutti coloro che abbiano offerto un contributo alla realizzazione dell'illecito, concepito come struttura unitaria, nella quale confluiscono tutti gli atti dei quali l'evento punito costituisce il risultato" v. Cass. Civ., Sez. II, 4 maggio 2022, n. 14145, *ivi*, 621.

possibilità per il giudice di acquisire prove e di approfondire la conoscenza del fatto¹⁷⁷, elementi di un esteso sindacato che consiste nell'esame del procedimento e della motivazione del provvedimento e nell'applicazione di regole processuali che favoriscono un contraddittorio paritario¹⁷⁸.

Peraltro, l'adozione del provvedimento sanzionatorio non è semplicemente riconducibile ad attività vincolata, se valutiamo le norme del t.u.b. che consentono un'ampia scelta di discrezionalità tecnica¹⁷⁹ con riferimento all'opportunità nel caso concreto di una sanzione pecuniaria o di un'altra misura in relazione all'offensività oppure alla necessaria applicazione dei concetti giuridici indeterminati previsti dal t.u.b. Occorre, inoltre, considerare il procedimento sanzionatorio specifico della Banca d'Italia contenuto in un atto normativo che dev'essere espressione del principio del "giusto procedimento", sindacabile dal giudice amministrativo che però non può esercitare il controllo sul provvedimento individuale.

Proprio riguardo alle garanzie e alle regole procedurali, la Corte di Cassazione¹⁸⁰ non dimostra una particolare attenzione, come del resto il giudice ordinario competente. La questione distinta dell'impugnazione del regolamento sul procedimento e dell'opposizione alla sanzione comportava una distinta giurisdizione¹⁸¹ a seconda della domanda di annullamento, se incentrata sull'atto normativo oppure sulla sanzione, fino a quando la Corte di Cassazione¹⁸² non ha stravolto questa soluzione rigorosa; è stata, infatti, affermata la giurisdizione della

¹⁷⁷ V. ad es. l'art. 63, comma 1, c.p.a. circa la richiesta di chiarimenti alle parti riguardo ai fatti introdotti nel giudizio; l'art. 116, comma 2, c.p.a. per la possibilità del ricorrente di presentare, nel corso del giudizio, un'istanza di accesso a documenti amministrativi che siano rilevanti.

¹⁷⁸ Cons. Stato, Sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990.

¹⁷⁹ Art. 144 *bis*, comma 1, del t.u.b. La natura vincolata del provvedimento sanzionatorio non è compatibile con le sanzioni in materia bancario-finanziaria v. P. LUCCARELLI, *Profili critici dei procedimenti sanzionatori Consob e Banca d'Italia: analisi e riflessioni sul difficile ruolo del difensore tra prassi consolidate e il favor giurisprudenziale nei confronti delle Autorità di vigilanza*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2020, Suppl. n. 2, 67-68.

¹⁸⁰ Cass. Civ., Sez. Un., 2 ottobre 2019, n. 24609. Per considerazioni critiche v. G. ROMAGNOLI, *op. cit.*, spec. 280-285.

¹⁸¹ Cons. Stato, Sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1596, par. 3 della motivazione.

¹⁸² V. Cass. Civ., Sez. Un., 2 ottobre 2019, n. 24609; la Corte richiama il concetto di *petitum* sostanziale per il quale occorre considerare anche la natura della controversia in relazione al rapporto e alle posizioni giuridiche soggettive e non solo la domanda del ricorrente, v. Cass. Civ., Sez. Un., 18 febbraio 2021, n. 4365; Cass. Civ., Sez. Un., 11 aprile 2006, n. 8374.

Corte di Appello estesa agli atti presupposti (atti e regolamenti) che possono essere oggetto di disapplicazione in via incidentale¹⁸³.

Di conseguenza, è evidente la “riduzione” in via giurisprudenziale della prevista giurisdizione del giudice amministrativo e della piena tutela che deriva dal sindacato diretto sui possibili vizi della legittimità degli atti. L’indirizzo restrittivo, confermato¹⁸⁴ dalla Corte di Cassazione, comporta un’importante conseguenza che si riflette sull’effettività della tutela ex art. 113, comma 2, Cost., vale a dire la sostanziale limitazione dell’impugnazione diretta e principale dei regolamenti che disciplinano i procedimenti sanzionatori, dato che inevitabilmente questi sono oggetto di giudizio in relazione all’irrogazione di una sanzione, nonostante l’art. 133, comma 1, lett. l) preveda la giurisdizione esclusiva per tutti i provvedimenti della Banca d’Italia e della Consob, escluse solamente le sanzioni pecuniarie.

Vi sono ulteriori aspetti critici circa la “giurisdizione piena” del giudice ordinario che meritano di essere evidenziati, nonostante la risalente tradizione di questa giurisdizione per le sanzioni pecuniarie bancarie, se consideriamo ad es. alcuni orientamenti in senso chiaramente riduttivo espressi dalla Corte di Cassazione, che sottovalutano alcune regole fondamentali del procedimento, considerate in realtà “formali”, quali il contraddittorio, il diritto di difesa e le garanzie ex l’art. 6 della CEDU, ad es. riguardo alla comunicazione delle risultanze dell’istruttoria, dato che il provvedimento sanzionatorio è impugnabile dinanzi a un giudice indipendente e imparziale con “piena giurisdizione” presso il quale “è garantito il pieno dispiegamento del contraddittorio tra le parti¹⁸⁵” senza attribuire

¹⁸³ La Corte di Cassazione, Sez. Un., 18 febbraio 2021, n. 4365 ritiene, sorprendentemente, la disapplicazione “modalità di piena tutela delle posizioni di diritto soggettivo incise dal provvedimento amministrativo illegittimo garantita dal giudice ordinario” che coinvolge il raggiungimento del risultato finale dell’interessato ricorrente e destinatario della sanzione.

¹⁸⁴ Cass. Civ., Sez. Un., 3 novembre 2020, n. 4365; Cass. Civ., Sez. Un., 18 febbraio 2021, n. 4365.

¹⁸⁵ Cass. Civ., Sez. II, 21 maggio 2020, n. 9371; v. anche Cass. Civ., 15 dicembre 2015, n. 25141. Tuttavia, la Corte di Cassazione, Sez. II, 11 febbraio 2022, n. 4521 (v. F. AGNINO, *Capitolo XXVIII*, cit., 621) ha chiarito, ma con riferimento alle sanzioni del t.u.f., che la configurazione del giudizio di opposizione come giudizio sul rapporto e non sull’atto non autorizza “una totale obliterazione del controllo di legittimità del provvedimento sanzionatorio sotto il profilo del rispetto delle garanzie endo-procedimentali fissate dagli artt. 187 *septies* e 195 t.u.f.; in particolare, la

rilievo alla precedente fase procedimentale, sacrificando l'imparzialità del giudizio a fronte di accertamenti compiuti dal medesimo ente e la parità sostanziale delle parti nel processo, affermata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁸⁶. Il ruolo del giudice dell'opposizione quale giudice del rapporto che avrebbe un potere-dovere di rivalutare, con piena cognizione del merito, la fondatezza della pretesa sanzionatoria, ma non di sindacare il provvedimento e il procedimento per i vizi di legittimità, sembra essere più che altro teorico, dato che spesso il controllo sul fatto presupposto è in realtà "debole" in quanto attribuisce prevalente rilevanza agli accertamenti dell'Autorità, senza disporre consulenze d'ufficio o altre forme di istruzione probatoria¹⁸⁷.

È, inoltre, riconosciuta un'ampia discrezionalità del giudice nell'esercizio del potere di riforma dell'entità della sanzione senza sia tenuto a precisare i criteri, pur considerata la sindacabilità in Cassazione; tuttavia, la determinazione è incensurabile per la legittimità se siano stati rispettati i limiti previsti dall'art. 11 della l. n. 689/1981 circa la gravità del fatto concreto e della violazione, la personalità dell'agente e le condizioni economiche¹⁸⁸.

Gli aspetti del diverso processo¹⁸⁹ e le differenze di garanzia del

violazione del nucleo irriducibile di garanzie del contraddittorio endo-procedimentale rappresentato dalla contestazione dell'addebito e dalla valutazione delle controdeduzioni dell'interessato impone di per se stessa l'annullamento del provvedimento sanzionatorio illegittimamente emesso". Peraltro, con riferimento al procedimento sanzionatorio dinanzi alla Banca d'Italia e alla Consob, secondo Cass. Civ. Sez. II, n. 4521/2022 (in F. AGNINO, *Capitolo XXVIII*, cit., 406) la contestazione della violazione del diritto al contraddittorio presuppone "la deduzione di una lesione concreta ed effettiva del diritto di difesa specificamente conculcato o compromesso, ma ciò non opera quando la lesione derivi dalla mancata identità tra fatto contestato e fatto sanzionato; infatti, la violazione della regola legale della previa contestazione dell'illecito per il quale sia stata emessa una sanzione amministrativa deve ritenersi di per sé lesiva del diritto di difesa, determinando l'illegittimità del provvedimento sanzionatorio per violazione di legge".

¹⁸⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 gennaio 2014, su ricorso n. 48754/2011.

¹⁸⁷ Per le conclusioni dell'Autorità di vigilanza sembra prevalente la presunzione di veridicità non solo per i dati acquisiti in sede di accertamento, ma anche per gli apprezzamenti e le valutazioni del caso concreto e per queste considerazioni v. P. LUCCARELLI, *Profili critici dei procedimenti sanzionatori Consob e Banca d'Italia: analisi e riflessioni sul difficile ruolo del difensore tra prassi consolidate e il favor giurisprudenziale nei confronti delle Autorità di vigilanza*, cit., 69 ss.

¹⁸⁸ Cass. Civ., Sez. II, 28 febbraio 2020, n. 5526.

¹⁸⁹ Peraltro, nell'opposizione dinanzi al giudice ordinario non è possibile introdurre una domanda di risarcimento del danno come nel caso del ricorso per l'annullamento della sanzione in sede di processo amministrativo e su questo problema che pregiudica il giusto processo e il principio di

contraddittorio che distinguono la sostanza dei due modelli di tutela giurisdizionale a seconda che l'oggetto dell'opposizione sia una sanzione amministrativa pecuniaria della Banca d'Italia oppure dell'Ivass, nonostante siano atti equiparabili, giustificano fondati dubbi riguardo alla coerenza con il principio costituzionale di effettività della tutela ed evidenziano la necessità di un intervento normativo di estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con cognizione di merito per l'opposizione alle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dalla Banca d'Italia, come era inizialmente già previsto dagli artt. 133, comma 1, lett. l), 134, comma 1, lett. c) e 135, comma 1, lett. c) del c.p.a., prima della dichiarazione di illegittimità costituzionale per eccesso di delega¹⁹⁰, ancora oggetto di rilevante dibattito.

Sandra Antoniazzi

Associato di Diritto dell'economia

nell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

concentrazione delle tutela v. G. ROMAGNOLI, *op. cit.*, 271 ss. V. anche E. BINDI, *Il giudizio di opposizione alle sanzioni di Banca d'Italia e Consob: un'anomalia del sistema italiano*, in *Riv. regolazione dei mercati*, 2020, 280 ss.

¹⁹⁰ Corte Costituzionale 13 aprile 2014, n. 94, sentenza che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme del c.p.a. che prevedevano la giurisdizione esclusiva con cognizione estesa al merito per le sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dalla Banca d'Italia; già la Corte Costituzione 27 giugno 2012, n. 162 era intervenuta sulla giurisdizione per le sanzioni amministrative della Consob con argomentazioni diffusamente richiamate dalla sentenza n. 94/2014. V. nota 115.

I POTERI DI REMOVAL DELLA BANCA D'ITALIA *

(The removal powers of the Bank of Italy)

ABSTRACT: *The paper examines the legal nature of the Bank of Italy's removal powers and the implications of various classifications in terms of judicial review. The essay aims to determine whether the powers to remove directors and senior managers of a bank represent an exceptional particularity in Italian corporate law.*

SOMMARIO: 1. Breve introduzione. – 2. Il quadro normativo; – 3. Cenni al diritto societario comune. – 4. La natura giuridica del potere di rimozione della Banca d'Italia. – 4.1 (*Segue*): la tesi della natura sanzionatoria. 4.2. – (*Segue*): l'antitesi della natura di intervento precoce. – 4.3 (*Segue*): la sintesi. 5. – Le incongruenze in termini di sindacato giurisdizionale. – 6. Riflessioni conclusive.

1. I poteri di *removal* riconosciuti alla Banca d'Italia, ponendo in tensione contrapposti interessi¹ e potenzialmente anche diversi modelli teorici²,

* Contributo approvato dai revisori.

¹ Da un lato, gli interessi particolari e l'autonomia privata, dall'altro, invece, gli interessi di stampo pubblicistico ed i poteri della banca d'Italia. Sul punto M. CERA, *Il buon governo delle banche tra autonomia privata e vigilanze pubbliche*, in *Riv. soc.*, 2015, p. 953; R. COSTI, *Le trasformazioni dell'ordinamento bancario*, in *Banca Imp. Soc.*, 2019, p. 194, ove l'A. afferma che l'ordinamento bancario, post crisi (2007 - 2013) è caratterizzato non solo da un aumento delle regole che limitano l'autonomia imprenditoriale, ma anche dall'ampliamento "oltre misura" del grado di discrezionalità delle Autorità di vigilanza. Sottolinea tale tensione, nell'ottica di una tendenza all'"amministrativizzazione" del diritto societario, con la sostituzione dell'atto amministrativo al negozio, almeno rispetto all'impresa bancaria, anche R. PISELLI, *I poteri di intervento precoce di Banca d'Italia: spigolature di diritto commerciale*, in *Giur. comm.*, 2023, II, p. 390 ss.

² Da un lato, un modello più conforme al diritto dell'impresa e, dall'altro, quello teorizzato da Massimo Severo Giannini, ormai ottanta anni or sono, il quale definì quello del credito, sulla base della tesi romaniana della pluralità degli ordinamenti giuridici, come un ordinamento sezionale o settoriale caratterizzato da tre elementi: 1) un'organizzazione incentrata su un'autorità di vertice, con poteri di normazione secondaria sui comportamenti dei soggetti autorizzati ad operare; 2) una struttura chiuso all'interno del quale sono inseriti ed operano i soggetti autorizzati; 3) l'assoggettamento degli atti rilevanti, dei soggetti autorizzati, al controllo amministrativo dell'Autorità (cfr. M.S. GIANNINI, *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, in *Scritti per Santi Romano*, II, Padova, Cedam, 1939, p. 707 ss.; ID., *Istituti di credito e servizi di interesse pubblico*, in *Mon. cred.*, 1949, p. 106 ss.; ID., *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, p. 171 ss.). La Banca d'Italia, esercitando la funzione di vigilanza e di regolamentazione (con il Ministero del Tesoro ed il CICR), dirigeva il settore del credito e l'operato dei singoli istituti bancari al perseguimento dell'assetto di interessi pubblicamente programmato. Si trattava, infatti, di un mercato amministrato in modo da scongiurare gli effetti negativi derivanti dall'eccesso di concorrenza

rappresentano fattispecie molto discusse non solo in dottrina ma anche in giurisprudenza.

In tal contesto assume rilievo una nota vicenda giudiziaria³, avente ad oggetto il provvedimento, adottato dalla Banca d'Italia, e volto, tra l'altro, alla

interna, alla luce della qualificazione dell'attività bancaria in termini di pubblico servizio (cfr. S. AMOROSINO, *Le amministrazioni di regolazione dei mercati finanziari e della concorrenza: gli elementi strutturali per un modello comune*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1995, p. 58 ss.).

Un vero cambio di paradigma si ebbe a seguito delle direttive comunitarie, in tema di banche, che portarono al TUB (d.lgs. n. 385/1993) e che, tra le altre cose, determinarono il venir meno del potere di direzione di Banca d'Italia, sia per quanto riguarda gli assetti del mercato bancario interno, sia rispetto alle singole società bancarie.

Secondo alcuni autori la tesi dell'ordinamento sezionale non sarebbe stata più compatibile con un sistema in cui la Banca d'Italia non svolge più una funzione di direzione tanto rispetto al mercato, quanto rispetto alle singole società bancarie. La configurazione della banca nell'ordinamento comunitario non sarebbe cioè compatibile con un ordinamento sezionale che presuppone un potere di direzione (cfr. R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, Il mulino, 1994, p. 182; L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, Cedam, 1992, *passim*; ID., *Gli interessi affidati alla cura delle Autorità Indipendenti*, in Aa.Vv., *I garanti delle regole*, a cura di Cassese e Franchini, Bologna, 1996, p. 60 ss.).

In senso opposto, invece, altra dottrina, teorizzando un ordinamento sezionale "rivisitato", ricostruiva il sistema del credito, anche dopo l'entrata in vigore del TUB, in termini di conformazione, ma non più di funzionalizzazione, dell'impresa bancaria, tendeva a superare le resistenze della precedente impostazione. Infatti, in *primis*, tale dottrina osservava la piena compatibilità dei poteri conformativi con la concezione d'impresa bancaria e con l'impostazione di mercato concorrenziale configurato dal sistema comunitario (cfr. S. AMOROSINO, *Le amministrazioni di regolazione dei mercati finanziari e della concorrenza*, cit., p. 73; M.S. GIANNINI, *Il nuovo T.U. delle leggi bancarie e l'ordinamento sezionale* in Aa. Vv., *Le banche. Regole e mercato*, a cura di S. Amorosino, Milano, Giuffrè, 1995, p. 7 ss.).

Tale impostazione dell'ordinamento sezionale "rivisitato" è, per taluni, più di recente, corroborata dall'introduzione dell'Unione Bancaria Europea (cfr. M.P. CHITI, *Profili della tecnificazione: la nuova disciplina delle banche e dei mercati finanziari*, in Aa.Vv., *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, Vol. IV, *La tecnificazione*, a cura di Sorace - Leonardo - Civitarese - Matteucci - Torchia, Firenze, Firenze University press, 2016, p. 285 ss.; V. SANTORO - M.P. CHITI, *Introduzione*, in Aa.Vv., *L'unione bancaria europea*, Pisa, Pacini, 2016, p. 16; E. PICOZZA, *Autonomie territoriali ed esercizio del credito, decentramento, identità, concorrenza*, in Aa.Vv., *Liber Amicorum per Vittorio Domenichelli*, Bari, Cacucci, 2018, p. 389 ss.).

In senso contrario però si veda Autorevole dottrina che considera il richiamo inappropriato, atteso che essa fa riferimento ad una "pluralità di ordinamenti" all'interno di un "unitario" contesto politico istituzionale, realtà al presente di certo non ipotizzabile con riguardo all'Unione Europea (cfr. F. CAPRIGLIONE, *L'Europa e le banche. Le 'incertezze' del sistema italiano*, in questa *Rivista*, 2017, I, p. 2. In senso, non troppo dissimile, S. AMOROSINO, *La regolazione pubblica delle banche*, Milano-Padova, Wolters Kluwer - Cedam, 2016, p. 33. Infine, con argomentazioni in parte diverse, sia consentito anche il rinvio a E. DE CHIARA, *Autonomia privata e conformazione amministrativa. Il paradigma delle banche popolari*, Padova - Milano, Cedam - Wolters Kluwer, 2020, p. 198 ss.).

³ Si veda a conclusione della vicenda la nota sentenza del Consiglio di Stato, 19 luglio 2022, n. 6254, in *Giur. comm.*, 2023, II, p. 389 ss. con nota di R. PISELLI, *op. cit.*, p. 390 ss. e di G. FIDONE, *Sulla qualificazione del potere di removal della Banca d'Italia, sulla natura del potere esercitato e sul correlato sindacato del Giudice amministrativo. Il Consiglio di Stato compie un altro passo verso la full jurisdiction*, p. 407 ss.

rimozione dei componenti del CdA e del collegio sindacale, nonché del direttore generale dell'(allora) Credito di Romagna s.p.a. (oggi Solution Bank s.p.a.)⁴. Il tema nevralgico della questione attiene infatti alla natura (sanzionatoria o meno) dei poteri di rimozione riconosciuti alla Banca d'Italia dal Testo Unico Bancario, per i risvolti in termini di garanzie procedurali oltre che di portata del sindacato giurisdizionale. Prima di procedere al vaglio di tali problematiche, pare però opportuno descrivere il complesso quadro normativo in tema di *removal* anche al fine di segnare la differenza con i poteri di revoca e denuncia al tribunale che caratterizzano l'impresa di diritto comune, onde evidenziare l'ontologica autonomia e specificità del diritto bancario.

2. A mo' di premessa si deve precisare che il potere di rimozione si articola, a ben vedere, in una pluralità di poteri di rimozione⁵. Il compendio normativo, come noto, contiene infatti almeno due differenti forme e declinazioni di *removal* che in tal contesto assumono rilievo:

a) una prima fattispecie è disciplinata dagli artt. 53-*bis*, comma 1, lett. e) / 67-*ter*, comma 1, lett. e), T.U.B.;

b) una seconda ipotesi è regolata dall'art. 69-*vicies semel* T.U.B.

L'antecedente⁶ disposizione eurounitaria dell'art. 16, par. 2, lett. m), Reg. 1024/2013⁷, non sarà invece oggetto di approfondimenti, in quanto esula dal perimetro di queste note, essendo riferibile ad un potere discrezionale di rimozione

⁴ A tali misure si affiancavano poi: a) la convocazione entro 15 giorni dell'assemblea dei soci, da tenersi entro i successivi 30 giorni, per il rinnovo degli organi con funzioni di amministrazione e di controllo da sottoporre alla approvazione della Banca di Italia ai sensi dell'art. 69-*vicies semel*, comma 4, T.U.B.; b) la nomina di un commissario in temporaneo affiancamento al Consiglio di amministrazione ai sensi dell'art. 75-*bis* del T.U.B.

⁵ Sulle diverse declinazioni si veda F. CIRAOLO, *Il removal alla prova dei fatti. Note minime intorno al caso Credito di Romagna s.p.a.*, in *Riv. dir. banc.*, 2017, 200 ss.

⁶ Ancora precedenti, sebbene non riguardanti le banche, sono i poteri di rimozione di cui agli artt. 112-*bis*, comma 7, e 128-*terdecies*, comma 3, T.U.B., come notano: P. DE BIASI, *La rimozione in via amministrativa degli esponenti aziendali: una anomalia del settore bancario o una crepa del sistema*, in *Riv. reg. merc.*, 2016, p. 70; L. DI BRINA, *La rimozione di amministratori, sindaci e dirigenti nella disciplina delle crisi bancarie*, in questa *Rivista*, 2019, I, p. 98.

⁷ Sul tema si rinvia a A. ANTONUCCI, *I poteri di removal degli esponenti aziendali nell'ambito del Single supervisory Mechanism*, in *Banca Imp. Soc.*, 2016, p. 39 ss.

degli esponenti dell'amministrazione riconosciuto alla BCE, non alla Banca d'Italia, indipendentemente dalle dimensioni dell'ente soggetto al SSM, in caso di carenza dei requisiti previsti da "tutto il pertinente diritto dell'Unione".

Non sarà analizzato nello specifico, se non in via incidentale, nemmeno l'art. 26 T.U.B., ossia il potere attribuito alla Banca d'Italia di dichiarare la decadenza dalla carica degli "esponenti aziendali", non tanto o non solo per una possibile ontologica difformità della natura del potere, quanto per la diversità sostanziale di presupposti e funzioni⁸.

Tornando quindi alle prime due ipotesi, è possibile discernere tra la c.d. rimozione individuale e la c.d. rimozione collettiva, sebbene entrambe siano accomunate tanto dal tipo di provvedimento⁹, quanto dai significativi effetti di deroga alla disciplina del diritto societario comune¹⁰.

Partendo dalla c.d. rimozione individuale, vale ricordare come, in occasione del recepimento della direttiva 2013/36/UE (c.d. CRD IV¹¹), l'art. 53-bis T.U.B. sia stato inserito dall'art. 1, comma 20, D. Lgs. 12 maggio 2015, n. 72, mentre l'art. 67-ter T.U.B. sia stato introdotto dall'art. 1, comma 28, D. Lgs. 12 maggio 2015, n. 72.

⁸ Sul punto già L. DONATO - M. COSSA, *Giocare d'anticipo: crisi bancarie e interventi preventivi dell'Autorità di vigilanza*, in *Banca Imp. Soc.*, 2011, p. 355, ove si affermava che fosse preferibile evitare un collegamento del *removal* con la disciplina dei requisiti degli esponenti aziendali, perché la rimozione male si incasella in un sistema rigido, quale quello delle norme in materia di requisiti, in cui l'accertamento di professionalità ed onorabilità è sostanzialmente automatico e basato su un mero riscontro dell'esistenza, o meno, delle condizioni previste. Sicché gli Autori ritenevano non compatibile la sovrapposizione dei piani con una misura funzionalmente discrezionale e radicata non tanto su ciò che l'esponente "è", ma su ciò che in concreto "fa" o "non fa" e sui conseguenti riflessi di ciò sulla situazione della banca.

⁹ Potere da tempo invocato dalla stessa Banca d'Italia. Si veda I. VISCO, *Intervento del Governatore della Banca d'Italia*, ASSIOM Forex, Bergamo, 9 febbraio 2013, p. 6 ss. rinvenibile in <https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi-governatore/integov2013/index.html>; ID., *Considerazioni finali del Governatore sul 2013*, p. 18 ss, rinvenibile in <https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi-governatore/integov2014/index.html>. Come del resto segnalato da molti in dottrina, *ex multis*, M. CERA, *op. cit.*, p. 955; P. DE BIASI, *op. cit.*, p. 73.

¹⁰ Cfr. L. DI BRINA, *Sub art. 69-vicies semel*, in *Aa.Vv.*, *Commentario al T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. Capriglione, Milano, Wolter Kluwer, 2018, Tomo II, p. 980 ss.

¹¹ Sul punto A. BROZZETTI, *Il diritto europeo della banca e della finanza tra passato e futuro*, in questa *Rivista*, 2023, I, p. 7, ove definisce quale codice bancario europeo quello composto dal c.d. pacchetto Crd4/Crr di cui alla dir. 2013/36 UE e al reg. (UE) n. 575/2013.

La differenza tra le due previsioni di c.d. *removal* individuale¹², contenute, in entrambe le disposizioni, al comma 1 lett. e)¹³ e che per la loro collocazione rientrano appieno tra gli strumenti di vigilanza, attiene al fatto che mentre la prima si riferisce agli “esponenti aziendali” della banca, la seconda riguarda gli “esponenti aziendali” della capogruppo. Per il resto, invece, il dettato normativo resta sostanzialmente lo stesso anche in termini di presupposti. In ambedue le disposizioni è infatti stabilito che la rimozione: a) viene disposta quando la permanenza di uno o più componenti sia di pregiudizio alla sana e prudente gestione; b) non viene pronunciata, di regola, al sussistere delle condizioni di decadenza *ex art. 26*, fatta salva l’urgenza di provvedere.

Quest’ultimo inciso è agilmente comprensibile ponendo a raffronto, in un’ottica sistematica, le differenti norme. Il potere di rimozione come premesso si fonda su un presupposto tutt’altro che obiettivo, cioè su una clausola generale dal contenuto indeterminato (*id est*: la sana e prudente gestione); viceversa, le condizioni di decadenza¹⁴ di cui all’art. 26 T.U.B. hanno natura oggettiva. Si spiega quindi che, salvo insuperabili ragioni di urgenza¹⁵, il potere di rimozione non può essere esercitato in presenza dei presupposti obiettivi di decadenza. Sicché, almeno

¹² Parte della dottrina ritiene che il tenore letterale delle norme consenta una interpretazione estensiva, sicché rimozione di “uno o più” esponenti possa significare anche rimozione per intero di uno solo degli organi collegiali. Cfr. F. ANNUNZIATA, *Notarelle a margine della nuova disciplina sulla rimozione degli esponenti aziendali di banche e intermediari*, in *Atti del Convegno Regole del mercato e mercato delle regole. Il diritto societario e il ruolo del legislatore, Venezia 13-14 novembre 2015*, Milano, 2016, 530 ss.; L. DI BRINA, *La rimozione di amministratori, sindaci e dirigenti*, cit., p. 106.

¹³ Sul tema A. BLANDINI, *Profili procedurali della rimozione dei componenti degli organi di amministrazione e controllo delle banche*, in questa *Rivista.*, 2019, I, 33 ss.

¹⁴ Tali condizioni fanno riferimento a cause che determinano l’inidoneità dell’esponente bancario a ricoprire l’incarico, non avendo rilievo diretto il profilo della sana e prudente gestione. Sul punto si veda però L. DI BRINA, *La rimozione di amministratori, sindaci e dirigenti*, cit., p. 103, ove si afferma che al di là dell’apparente distinzione di presupposti, in realtà gli strumenti sono fungibili perché connotati da un medesimo giudizio di disvalore dell’operato degli esponenti.

¹⁵ Sul tema si veda però anche la posizione di F. CIRAIOLO, *La banca d’Italia ed il potere di rimozione degli esponenti aziendali tra vigilanza prudenziale e disciplina della crisi*, in *Banca Imp. Soc.*, 2016, 59, secondo cui la valutazione dei requisiti degli esponenti aziendali può essere svolta solo nei tempi e con le modalità procedurali prestabilite. Sul punto si consideri che Banca d’Italia ha emanato, il 5 maggio 2021, le “*Disposizioni di Vigilanza in materia di procedura di valutazione dell’idoneità degli esponenti di banche, intermediari finanziari, istituti di moneta elettronica, istituti di pagamento e sistema di garanzia dei depositanti*”.

di regola, il *removal* potrà essere azionato solo a fronte di circostanze diverse da quelle obiettive che giustificano la decadenza.

Tale logica sussidiaria però si rinviene rispetto alla decadenza. Ben altro è invece il rapporto con la c.d. rimozione collettiva, di cui all'art. 69-*vicies semel* T.U.B., introdotta dall'art. 1, comma 13, D. Lgs. 16 novembre 2015, n. 181, in sede di recepimento della direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio (c.d. BRRD)¹⁶ ed in sostituzione dell'abrogato art. 70-*bis* T.U.B.¹⁷.

La rimozione collettiva, infatti, ex art. 69-*octiesdecies*, comma 1, lett. b), potrà essere disposta solo ove le misure di cui all'art. 69-*noviesdecies* o quelle di cui agli artt. 53-*bis* e 67-*ter* T.U.B. non siano sufficienti a porre rimedio alla situazione, per la maggiore incisività sull'autonomia privata¹⁸.

A ciò si aggiunga che, probabilmente in ragione della collocazione nell'alveo delle misure di prevenzione della crisi, i presupposti della rimozione collettiva sono più puntuali¹⁹ di quelli della c.d. rimozione individuale, pur avendo il medesimo riferimento soggettivo essendo espressamente applicabile anche all'alta dirigenza e non solo ai componenti degli organi di amministrazione e controllo delle banche²⁰ (nonché della capogruppo).

Proprio per la dimensione collettiva di questa fattispecie di rimozione non sorgono problemi di coordinamento con la decadenza, purtuttavia, difficoltà sistematiche vi sono in relazione ad altre misure. L'istituto della rimozione collettiva consente infatti alla Banca d'Italia di evitare o rinviare il ricorso a misure maggiormente incidenti sull'autonomia delle imprese bancarie, come

¹⁶ Sul punto si veda M. PELLEGRINI, *Piani di risanamento e misure di early intervention*, in *Federalismi.it*, 17 gennaio 2018, p. 11; L. DI BRINA, *Sub art. 69-vicies semel*, cit., p. 981 ss.

¹⁷ Tale articolo era stato inserito dall'art. 1, comma 30, D. Lgs. 12 maggio 2015, n. 72 e, successivamente, è stato abrogato dall'art. 1, comma 15, D. Lgs. 16 novembre 2015, n. 181.

¹⁸ In tema sempre A. BLANDINI, *Profili procedurali*, cit., p. 35 ss., sottolinea come sia banale constatare che la rimozione "generale" è più grave ed incisiva di quella "singolare".

¹⁹ Sono costituiti: a) dalle gravi violazioni di disposizioni legislative, regolamentari o statutarie o gravi irregolarità nell'amministrazione; b) dal deterioramento della situazione della banca o del gruppo bancario particolarmente significativo.

²⁰ Sul punto L. DI BRINA, *La rimozione di amministratori, sindaci e dirigenti*, cit., p. 101, ove l'A. individua i soggetti passivi negli esponenti aziendali di cui all'art. 26 T.U.B.

l'amministrazione straordinaria²¹, e che assumono carattere sussidiario. La dottrina²² ha, del resto, correttamente fatto notare come tra il *removal* collettivo e l'amministrazione straordinaria vi sia, in disparte da una diversa collocazione topografica all'interno del compendio normativo, una parziale identità di presupposti. Identità condivisa pure con la diversa misura dei commissari temporanei in affiancamento²³, la quale però pone meno problemi potendo concorrere con il c.d. *removal*. La scelta viene così rimessa ad una decisione della Banca d'Italia connotata da un certo tasso di discrezionalità circa l'individuazione delle misure concretamente più idonee al caso di specie per superare le disfunzioni. Tale scelta dovrebbe comunque essere calibrata nell'ottica della tendenziale sussidiarietà delle misure di gestione coattiva, in ossequio al principio di proporzionalità²⁴.

Altra peculiarità della fattispecie è poi quella per cui non si produce un effetto (necessariamente) immediato di cessazione della carica, poiché questo si realizza allo spirare del termine indicato nel provvedimento²⁵. Si consideri, del resto, che il provvedimento in parola, *ex art. 69-vicies semel*, comma 2, T.U.B., oltre alla

²¹ Si veda, per una ricostruzione della disciplina della crisi antecedente alla c.d. BRRD ed al c.d. SRM, F. CAPRIGLIONE, *La nuova gestione delle crisi bancarie tra complessità normativa e logiche di mercato*, in questa *Rivista*, 2017, p. 107 ss.

²² Cfr. A. BLANDINI, *Profili procedurali*, cit., p. 41 ss., l'A. ritiene che non possa discernersi solo ragionando in termini di gravità o significatività delle violazioni o irregolarità, dovendo anche considerarsi il momento di efficacia e di decorrenza della misura, osservando come le tempistiche del *removal* non sono così immediate come la nomina di commissari in temporaneo affiancamento o l'amministrazione straordinaria. Sul tema della coincidenza dei presupposti tra misure di intervento precoce ed amministrazione straordinaria si veda già V. SANTORO, *Prevenzione e "risoluzione" della crisi delle banche*, p. 6., rinvenibile in: <http://www.regolazionedemercati.it/it/pubblicazioni>.

²³ Sul tema si rinvia ad A. BLANDINI, *Sub art. 75-bis*, in *Commentario al Testo Unico*, cit., p. 1043 ss.

²⁴ Cfr. D. SICLARI, *Modalità e limiti del sindacato giurisdizionale sulle misure di vigilanza prudenziale e di intervento precoce*, in questa *Rivista*, 2017, II, p. 107. Si consideri la rilevanza del principio in ambito di SRM e sul punto si rinvia a I. DONATI - L. STANGHELLINI, *Il principio di proporzionalità nell'ambito del SRM: la prospettiva italiana*, in *Il diritto bancario europeo. Problemi e prospettive* a cura di M. P. Chiti - V. Santoro, Pisa, Pacini, 2022, p. 109 ss.

²⁵ Sul punto vi sono però due tesi almeno apparentemente diverse: a) quella di coloro i quali ritengono che la rimozione degli interi organi debba decorrere dalla data in cui i nuovi componenti abbiano accettato la carica onde evitare un vuoto gestorio (cfr. A. BLANDINI, *Profili procedurali*, cit., p. 38); b) quella di coloro i quali, invece, ritengono che non vi possa comunque essere una *prorogatio* oltre il termine di efficacia fissato per la rimozione e dunque l'applicazione delle regole di diritto comune (L. DI BRINA, *Sub art. 69-vicies semel*, cit., p. 981 ss.; ID., *La rimozione di amministratori, sindaci e dirigenti*, cit., p. 109).

rimozione provvede anche alla convocazione dell'assemblea per il rinnovo degli organi, ciò in ragione del fatto che la nomina dei nuovi componenti, sebbene soggetta a *placet*, viene lasciata all'organo interno competente²⁶.

Al di là di questa ultima constatazione, resta il fatto che tali poteri sono fortemente derogatori rispetto alle generali regole del diritto societario, sicché appare utile verificare se anche in quel contesto siano presenti previsioni eccezionali di tenore analogo o simile.

3. I poteri di *removal* esterno costituiscono una chiara deroga alle regole generali del diritto societario, sebbene l'atecnica locuzione utilizzata dal legislatore del T.U.B. (*id est*: "rimozione") possa apparire produttiva del medesimo effetto tipico delle fattispecie di revoca rinvenibili nel codice civile. Sembra allora necessario verificare se, nel diritto societario codicistico, vi siano o meno misure volte ad attribuire ad entità esterne un tal tipo di potere sostitutivo o surrogatorio rispetto a quello degli organi societari di regola competenti.

Non essendo qui possibile affrontare *funditus* tali tematiche, ci si limiterà però a segnalare talune delle ipotesi peculiari di attribuzione di poteri di revoca a soggetti esterni diversi dall'organo societario di norma competente, tanto per gli amministratori²⁷ quanto per i sindaci²⁸.

Si consideri, ad esempio, che per gli amministratori ed i sindaci²⁹ sussiste

²⁶ Solleva acutamente il problema del riferimento, nell'art. 69-*vicies semel*, comma 2, T.U.B., alla sola assemblea e non anche al consiglio di sorveglianza del sistema dualistico, A. BLANDINI, *Profili procedurali*, cit., p. 38.

²⁷ Si può richiamare, ad esempio, l'art. 2383, comma 3, c.c. (in tema di revoca assembleare) e 2393, comma 5, c.c. (la revoca d'ufficio in caso di delibera di azione di responsabilità).

²⁸ Si consideri che, per le società chiuse, ai sensi dell'art. 2400, comma 2, c.c., un sindaco può essere revocato in virtù di una deliberazione assembleare solo per giusta causa e la revoca deve essere approvata con decreto dal tribunale, sentito l'interessato.

²⁹ Sul tema, tra i tanti, si rinvia a G. MOZZARELLI, *Nomina e cessazione dei componenti del collegio sindacale nelle società chiuse*, in *Riv. dir. soc.*, 2018, p. 287 ss., ove si pone poi il problema se tali enti abbiano bisogno di addurre una giusta causa e si afferma che, a differenza della dottrina prevalente, la giurisprudenza tende a ritenere che poiché l'atto di revoca dei sindaci delle società con partecipazione pubblica è espressione di una facoltà inerente la qualità di socio è essenzialmente privatistica, pertanto, anche per tale revoca devono ritenersi operanti il limite della giusta causa e della necessità di approvazione da parte del tribunale.

almeno una norma certamente attributiva di un potere esterno all'organo assembleare. È noto, infatti, che la revoca degli amministratori e dei sindaci (nonché dei componenti del consiglio di sorveglianza), nominati dallo Stato o dall'ente pubblico, ex art. 2449, comma 1, c.c.³⁰, può essere disposta soltanto da questi ultimi. In tal caso, però, il potere di revoca: a) non è del tutto esterno all'ente, sebbene attribuito ad un soggetto diverso dall'organo di regola competente; b) non può essere inteso in termini surrogatori o sostitutivi, direttamente derivando da una prerogativa connessa al particolare *status soci* del soggetto pubblico.

Altra norma rilevante potrebbe essere quella di cui all'art. 2409 c.c., ove, come noto, si prevede che i titolari di una certa aliquota di capitale (differenziata in ragione del fatto che la società faccia o meno ricorso al mercato del capitale di rischio) possano procedere alla c.d. denuncia al tribunale di gravi irregolarità nella gestione e questo possa poi, nei casi più gravi, persino revocare gli amministratori (ed eventualmente pure i sindaci) nominando un amministratore giudiziario.

Qui appare però evidente la difformità con il *removal* della Banca d'Italia, provenendo la revoca non da un'autorità indipendente³¹ ma da un organo giurisdizionale.

L'utilità del raffronto con il diritto societario "comune" si esaurisce con i richiami che precedono. Del resto, solo di recente nel diritto societario si è data autonoma rilevanza al concetto di crisi "emancipandolo", in termini anche definitivi, da quello dell'insolvenza; la stessa disciplina della crisi non pare peraltro disporre di strumenti – specie in seguito alle modifiche attuate in sede di recepimento della c.d. direttiva *Insolvency*³² e dunque al superamento dell'allerta e della composizione

³⁰ Sul punto M. COSSU, *Le società "pubbliche"*, in *Trattato delle società*, diretto da Donativi, Tomo IV, Torino - Milano, Utet - Wolters Kluwer, 2022, p. 689 ss.; C. PECORARO, *Gestione delle partecipazioni ed esercizio dei diritti sociali*, in Aa. Vv., *Società di diritto speciale*, Milano, Giuffrè, 2022, 289 ss. Sui *golden powers* in ambito bancario si rinvia, invece, a A. SACCO GINEVRI, *Golden powers e banche nella prospettiva del diritto dell'economia*, in *Riv. reg. merc.*, 2021, 55 ss.

³¹ Tale ricostruzione è accolta anche dalla giurisprudenza. Si rinvia a M. FRATINI, *Manuale sistematico di diritto amministrativo*, Roma, Diké, 2018, p. 253, ove si afferma che l'indipendenza delle autorità amministrative non è assimilabile alla indipendenza ed alla terzietà del giudice.

³² Cfr. D. lgs. 17 giugno 2022, n. 83, Modifiche al codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza di cui al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, in attuazione della direttiva (UE) 2019/1023 del

assistita della crisi³³ – dotati della medesima incisività ed efficacia di prevenzione o di intervento precoce rispetto a quelli tipizzati dal diritto bancario³⁴. Ciò è confermato anche dai piani di risanamento previsti dal CCII³⁵, i quali non sono predisposti in funzione di potenziali crisi future, ma per far fronte a crisi già in atto.

4. Alla luce delle puntualizzazioni che precedono si può affrontare il tema nevralgico della questione, cioè la natura giuridica del potere di *removal* di cui all'art. 69-*vicies semel* T.U.B., per le notevoli conseguenze che ciò comporta in termini di garanzie procedurali e di sindacato giurisdizionale. Questo potere di conformazione³⁶ della *governance* delle società bancarie attribuito alla Banca d'Italia rappresenta del resto una novità³⁷ significativa anche per l'ambito bancario

Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019, riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, e che modifica la direttiva (UE) 2017/1132 (direttiva sulla ristrutturazione e sull'insolvenza).

³³ L'originaria allerta, infatti, prevedeva che a fronte di adempimento degli obblighi di segnalazione interni o esterni, poteva avere un riflesso all'esterno dell'organizzazione aziendale in caso di inerzia dell'imprenditore con coinvolgimento dell'OCRI ai fini dell'attivazione della composizione assistita. Ciò entrava in contraddizione con il principio di gestione esclusiva, allo scopo di consentire una effettiva emersione anticipata della crisi. Questo meccanismo però generava il concreto pericolo di un'apertura della liquidazione giudiziale a fronte dell'obbligo di segnalazione al PM in caso di mancata composizione. Oggi, dunque, gli obblighi di segnalazione hanno come destinatario solo l'imprenditore o gli amministratori, sicché solo costoro e non i terzi possono decidere di avviare la composizione negoziata della crisi. Sul tema si veda, *ex multis*, S. PACCHI, *Le segnalazioni per la anticipata emersione della crisi. Così è se vi pare*, in *Quaderni di Ristrutturazioni Aziendali*, n.2/2022, p. 87 ss.

³⁴ Sulla funzione di prevenzione della crisi che anima la disciplina bancaria si rinvia a F. CAPRIGLIONE, *La nuova gestione delle crisi bancarie*, cit., p. 115 ss.

³⁵ Cfr. artt. 56 e 284, comma 5, CCII. Tanto è vero che sono inserite tra gli strumenti di regolazione della crisi. Si consideri però che parte della dottrina afferma che a seguito della novella, l'art. 2086 c.c. sarebbe ormai impositivo dell'obbligo di dotazione di piani preventivi della crisi anche per il diritto comune. Parte della dottrina, infatti, non limitando la portata precettiva dell'art. 2086, comma 2, c.c., ai soli assetti organizzativi, arriva ad affermare che la capogruppo sia ormai destinataria di un dovere generale di redigere piani strutturati secondo i modelli del piano di risanamento e di risoluzione. Tale soluzione pare però non imposta esplicitamente, sicché si potrebbe dubitare della validità di tale generalizzazione.

³⁶ In tal senso si esprime anche S. AMOROSINO, *La regolazione pubblica delle banche*, cit., p. 129 e p. 143 ss.

³⁷ In tal senso si pone P. DE BIASI, *op. cit.*, p. 69 ss., ove si afferma che la Banca d'Italia ha sempre avuto un potere di proporre lo scioglimento degli organi amministrativi, ma solo come atto preliminare alla loro sostituzione con i commissari. La Banca d'Italia non godeva in passato di poteri diretti di intervento e di gestione. Nota però A. ANTONUCCI, *op. cit.*, p. 49, che in realtà le norme sul *removal* si limitano a formalizzano un potere che si è sempre utilizzato in maniera più indolore ed efficace in forma di *moral suasion*.

nazionale³⁸, sicché nei successivi paragrafi si tenterà di dipanare l'intricata massa di speculari argomentazioni prospettate in dottrina ed in giurisprudenza, sul tema della natura giuridica e dei suoi precipitati.

4.1 Secondo un certo filone interpretativo il potere di *removal* andrebbe sostanzialmente ricondotto a quello sanzionatorio a prescindere dalla formale qualificazione di misura di intervento precoce e dalla specifica collocazione nell'ambito del Testo Unico Bancario. Tale impostazione, che pare muoversi nell'ottica del "*nomina nuda tenemus*", viene solitamente motivata con il richiamo ai cc.dd. "criteri Engel"³⁹. Come ben noto la Corte EDU ha elaborato due principali criteri, alternativi e non cumulativi, i quali – a prescindere dalla diversa qualificazione formale dell'atto nell'ordinamento nazionale – consentono, in via interpretativa ed autonoma, di sussumere la misura applicata nell'alveo delle sanzioni di natura penale. Applicando tali coordinate teoriche taluni arrivano ad affermare che alla luce della funzione "correttiva", nonché della severità della sanzione in ragione della gravità delle conseguenze e del sacrificio imposto, il *removal* concreti una misura sanzionatoria. Tale affermazione viene corroborata sottolineando le gravi conseguenze, non solo economiche ma anche reputazionali, che subiscono i soggetti rimossi. Sicché l'applicazione della misura andrebbe censurata non garantendo non solo un giusto processo ma nemmeno un giusto procedimento amministrativo.

4.2 Altra impostazione, accolta da ultimo nella nota sentenza del Consiglio di Stato del 19 luglio 2022, n. 6254⁴⁰, sostiene specularmente che il potere di *removal* si esplica non solo formalmente ma anche sostanzialmente in un provvedimento

³⁸ Sul punto L. DONATO - M. COSSA, *op. cit.*, p. 354 ss. ove gli Autori in chiave comparativa con altri Paesi come la Francia, la Germania e gli Stati Uniti, sottolineano il ritardo del nostro ordinamento.

³⁹ Tali criteri sono stati elaborati a partire dalla nota pronuncia Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel c. Olanda*.

⁴⁰ Si veda per riferimenti la nt. 3.

amministrativo recante una misura di intervento precoce, il cui scopo primo non è quello di sanzionare (*id est*: reprimere e dissuadere) i destinatari della misura, ma solo garantire tempestivi rimedi per far fronte alla crisi embrionale e prevenire il dissesto della società bancaria, onde assicurarne la stabilità nell'ottica di una sana e prudente gestione. Si osserva, del resto, che i presupposti del *removal* non sono di certo focalizzati sulla condotta del singolo esponente aziendale, né tantomeno sulla "imputabilità" della condotta. Il provvedimento di rimozione collettiva è dunque espressione dell'esercizio dei poteri di vigilanza che nulla hanno a che vedere con finalità repressive e deterrenti, la cui gravità non è poi tale da poter giustificare l'appellativo di sanzione. Si argomenta, in punto, con il richiamo all'amministrazione straordinaria, la quale secondo consolidata giurisprudenza⁴¹ non ha natura sanzionatoria⁴². Sicché ciò che vale per una misura più grave e maggiormente afflittiva per la governance societaria, non può che valere anche per il potere di *removal*. Sulla base di tali coordinate ermeneutiche la più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato giustifica la non applicazione delle garanzie procedurali di cui alla L. 241/90, in virtù dell'art. 24 della L. 265/2005, peraltro osservando come lo stesso art. 7 della legge sull'azione amministrativa consenta l'omissione della comunicazione di avvio del procedimento ove sussistano esigenze di celerità, le quali connotano i provvedimenti di intervento precoce.

4.3 A parere di chi scrive la soluzione accolta dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, in ossequio al principio del "*nomina sunt substantiam rerum*", almeno parzialmente è da condividersi – fatta eccezione per alcune incongruenze manifestate per quanto attiene ai limiti del sindacato giurisdizionale (v. *infra*) – anche sulla base di ulteriori argomentazioni. È ben vero che la concezione

⁴¹ Si veda Corte Cost., 21 dicembre 2021, n. 248, in *Federalismi.it*, ove si afferma sostanzialmente che l'amministrazione straordinaria è una misura di intervento precoce.

⁴² *Ex multis*: Cons. St., 19 febbraio 2015, n. 835, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, II, 266 ss., si veda in particolare p. 270. Sulla natura della misura per approfondimenti F. CAPRIGLIONE - I. SUPINO, Sub art. 70, in *Commentario al Testo Unico*, cit, p. 996 ss., E. CECCHINATO, *L'amministrazione straordinaria delle banche tra vigilanza prudenziale e gestione della crisi*, in *Riv. dir. banc.*, 2021, p. 303 ss.

“sostanzialista” di sanzione penale adottata dalla Corte EDU – precipitato dell’approccio tipicamente appartenente ad altre tradizioni ordinamentali – ha il merito di attenuare in parte il peso delle differenti impostazioni giuridiche dei vari paesi sottoscrittori della CEDU, consentendo alla Convenzione, grazie all’operato della relativa giurisprudenza, di produrre una significativa effettiva portata innovativa sugli ordinamenti nazionali. Vale osservare, tuttavia, che il richiamo ai cc.dd. Engels *criteria* dovrebbe assumere rilievo tendenzialmente al solo fine di riqualificare in senso penale una sanzione formalmente amministrativa in ambito nazionale. Il diverso tentativo, invece, di trasmutare un provvedimento di vigilanza preventiva in sanzione amministrativa o persino poi penale, quasi attraverso un doppio passaggio analogico, evidenzia un utilizzo improprio dei criteri elaborati dalla Corte di Strasburgo⁴³.

La tesi “penalistica” non considera un profilo dirimente: il provvedimento di rimozione costituisce, tanto formalmente quanto sostanzialmente, espressione di una funzione amministrativa⁴⁴ non sanzionatoria, come dimostra anche la sua collocazione⁴⁵. Vale inoltre porre mente al fatto che lo stesso concetto di “sanzione” presuppone una duplice dimensione repressiva/dissuasiva⁴⁶. Rispetto al provvedimento di *removal* collettivo difettano entrambe le dimensioni. La misura non è infatti connessa alla condotta colpevole del singolo, anche in termini di presupposti, sicché funzionalmente non reprime in senso stretto (posto che gli effetti pregiudizievoli sono solo un danno collaterale di un intervento precoce sulla potenziale crisi della banca) e di conseguenza il *removal* collettivo non assolve ad alcuna funzione dissuasiva o di prevenzione dell’illecito. La funzione precipua del

⁴³ Sebbene resti da intendersi che si è ben consapevoli della tendenziale fungibilità, specie in virtù di fenomeni di transcodificazione, tra sanzioni amministrative e sanzioni penali, come dimostrano proprio i fenomeni di depenalizzazione.

⁴⁴ In tal senso si veda anche G. FIDONE, *op. cit.*, p. 412, ove l’A. qualifica il *removal* come misura di vigilanza.

⁴⁵ Sulla non neutralità della collocazione all’interno del testo normativo già in vigenza della pregressa normativa si veda pure E. GALANTI, *Le sanzioni amministrative nel settore bancario*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2012, p. 521.

⁴⁶ Per riferimenti alla duplice accezione in senso filosofico si rinvia a N. ABBAGNANO, *Dizionario di filosofia*, Torino, Utet, 1998, p. 953. Per un’analisi filosofico-giuridica N. BOBBIO, voce *Sanzione*, in *Noviss. Dig. it.*, XVI, Torino, 1969, 530 ss.

removal deve quindi ricondursi al principio di precauzione, cioè di cura concreta⁴⁷ dell'interesse pubblico alla stabilità e sana e prudente gestione della banca e di rimando del settore creditizio. Proprio sul principio di precauzione si fonda la dottrina che riconduce alla funziona di supervisione (almeno in senso lato) anche le misure di prevenzione del dissesto⁴⁸. Si consideri, del resto, che le disposizioni in tema di *removal* attribuiscono una certa discrezionalità alla Banca d'Italia nella selezione della misura più idonea, pur nel rispetto del principio di proporzionalità, sicché tale assenza di vincolatività (quantomeno in ordine all'*an*) mal si attaglierebbe ad una misura sanzionatoria⁴⁹ che invece dovrebbe implicare solo un accertamento dell'illecito. Ciò pare confermato dalla stessa giurisprudenza del Consiglio di Stato, la quale riconosce, senza mezzi termini, che la Banca d'Italia è chiamata ad una valutazione complessa⁵⁰, di talché, una volta accertata l'esistenza dei presupposti oggettivi, è poi investita, sulla base di una valutazione di graduazione, della facoltà di decidere se disporre il *removal*, ovvero se, nel caso di specie, siano prospettabili soluzioni meno gravose o se viceversa sia necessaria una misura ancora più incisiva. Una simile ponderazione non potrebbe venire in rilievo in

⁴⁷ Si veda, in ambito affine, F. GUERRERA, *La «rimozione» degli esponenti aziendali di Sim, Sgr, Sicav e Sicaf*, in *Riv. dir. banc. merc. fin.*, 2016, I, p. 429, ove l'A. qualifica come "autoritativo" il provvedimento di rimozione.

⁴⁸ Cfr. S. AMOROSINO, *La regolazione pubblica delle banche*, cit., p. 81 ss. e p. 97; M. PELLEGRINI, *op. cit.*, p. 12, ove l'A. sembra porre le misure di *early interventation* tra supervisione e risoluzione. Sul punto anche L. STANGHELLINI, *La gestione delle crisi bancarie. La tradizione italiana e le nuove regole europee*, in *Ricerche giuridiche*, Vol. 4, n. 2/2015, p. 325, ove si afferma che: "L'altro pilastro degli strumenti di vigilanza è il c.d. intervento precoce..."; O. CAPOLINO, *La vigilanza bancaria: prospettive ed evoluzione dell'ordinamento italiano*, in *Scritti sull'Unione Bancaria* a cura di R. D'Ambrosio, in *Quaderni di Ricerca Giuridica*, 2016, n. 81, p. 71, ove vengono qualificati come poteri di vigilanza tanto la rimozione individuale quanto quella collettiva.

⁴⁹ Si veda, tuttavia, E. GALANTI, *op. cit.*, p. 526 ss., ove l'A. riconosce spazio per la discrezionalità per di più tecnica, ma non esclude totalmente la possibilità di esercizio di discrezionalità sulla punibilità di infrazioni minime.

⁵⁰ Cfr. par. 9.1 della sentenza del Consiglio di Stato del 19 luglio 2022, n. 6254, cit., ove si afferma che: "Rilevano invece i presupposti oggettivi legati alla situazione della Banca (...) ed il fatto che altre misure meno invasive non siano sufficienti a risolvere la situazione (cfr. art. 69-octiesdecies). Quest'ultimo presupposto - che evidentemente risente della peculiarità del caso concreto e della valutazione prognostica svolta dall'ente di vigilanza, che si connota certamente di un certo margine di discrezionalità (...)". Ancor più esplicito il prosieguo (cfr. par. 10.1) ove si riconosce che: "In tali valutazioni complesse è dato registrare sovente una contestualità cronologica ed una parziale sovrapposizione logica tra il momento della valutazione tecnica e la ponderazione dell'interesse pubblico e, più in generale, la fusione dei due momenti in un procedimento logico unitario (...)".

un procedimento sanzionatorio che non ha una funzione di cura concreta dell'interesse pubblico, ma punitiva⁵¹, quasi giusdicente⁵², di accertamento.

Ancora, sostenere la natura sanzionatoria riproporrebbe l'antica questione del coordinamento con la denuncia al tribunale, agilmente superabile ove invece si aderisca alla tesi dell'assimilazione all'amministrazione straordinaria, in virtù della possibilità di applicare in via analogica la norma di raccordo contenuta nell'art. 70, comma 7, T.U.B.⁵³.

La bontà di tale ricostruzione, del resto, pare giustificata da considerazioni legate al riparto di giurisdizione. Se il *removal* costituisse una sanzione, non operando il criterio della posizione giuridica azionata, dovrebbe rientrare in una giurisdizione di merito e dunque in quella del giudice ordinario (salvo diversa espressa previsione come testimonia anche l'art. 134, comma 1, lett. c), c.p.a.⁵⁴) e non in quella del giudice amministrativo e ciò in disparte dall'applicazione dell'art. 145, comma 4, T.U.B.⁵⁵, il quale non viene in rilievo⁵⁶ poiché limitato alle sole sanzioni di cui al titolo VIII. Sicché, in senso opposto, pare corretto, a fronte della

⁵¹ Si veda però U. MORERA, *Sanzioni amministrative e disciplina delle attività finanziarie*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2012, p. 514 ss., ove l'A. afferma che le sanzioni amministrative pecuniarie non hanno solo la solita funzione deterrente e afflittiva, poiché la funzione sanzionatoria "completa" le funzioni di regolamentazione e vigilanza, secondo una logica "unitaria". In tal senso anche M. FRATINI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie nel settore finanziario*, ivi, p. 543.

⁵² In senso non dissimile E. CAMILLI - M. CLARICH, *I poteri quasi giudiziali delle autorità indipendenti*, in *www.astrid-online.it*, p. 12; F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, Diké, 2016, p. 730.

⁵³ Cfr. R. PISELLI, *op. cit.*, p. 399. Su tema affine si vedano le riflessioni di F. GUERRERA, *op. cit.*, p. 433.

⁵⁴ Specie in seguito alla Corte Cost., 27 giugno 2012, n. 162 (cfr. M. CLARICH, *Le sanzioni amministrative pecuniarie nelle attività finanziarie: problemi di giurisdizione*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2012, p. 556 ss., in particolare 565), nonché Corte Cost., 9 - 15 aprile 2014, n. 94, che ha dichiarato: "l'illegittimità costituzionale degli artt. 133, comma 1, lettera l), 134, comma 1, lettera c), e 135, comma 1, lettera c), del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo), nella parte in cui attribuiscono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, con cognizione estesa al merito, e alla competenza funzionale del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio - sede di Roma le controversie in materia di sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia".

⁵⁵ Sul tema dell'effettività della tutela rispetto alle sanzioni di Banca d'Italia e Consob si rinvia a S. AMOROSINO, *Effettività della tutela giurisdizionale ordinaria e ruolo del giudice amministrativo in tema di sanzioni di Banca d'Italia e Consob*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2019, I, p. 389 ss.; E. BINDI, *Il giudizio di opposizione alle sanzioni di Banca d'Italia e Consob: un'anomalia del sistema italiano*, in *Riv. reg. merc.*, 2020, p. 280 ss.

⁵⁶ Cfr. F. CIRAULO, *Il removal alla prova dei fatti*, cit., p. 212.

funzione amministrativa del provvedimento, ed indipendentemente dalla posizione giuridica soggettiva fatta valere alla luce dell'art. 133, comma 1, lett. l), c.p.a.⁵⁷, riconoscere la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo⁵⁸, fatta salva probabilmente solo l'ipotesi del dirigente apicale in cui potrebbe essere forse adito il giudice ordinario⁵⁹.

Infine, si consideri che, pur a voler ipotizzare una possibile sussunzione negli Engel *criteria* e dunque a configurare la misura come sanzionatoria, resta il fatto che la giurisprudenza della Corte EDU⁶⁰ non richiede necessariamente, quantomeno in fase procedimentale, l'osservanza delle garanzie del giusto processo, purché il provvedimento resti poi soggetto al sindacato di un giudice terzo ed imparziale⁶¹, dotato di *full jurisdiction*⁶². Sicché, in virtù di ciò ed in uno con la previsione di cui all'art. 24 della L. 265/2005, alcun rilievo assumono le censure circa l'assenza di garanzie processuali o procedurali. Il tema della *full jurisdiction* si interseca però con quello del sindacato giurisdizionale sulla c.d. discrezionalità tecnica.

5. Sin dalla fine degli anni Novanta del secolo scorso, la giurisprudenza ha definitivamente superato, sebbene con un certo ritardo, l'assimilazione tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica⁶³, affermando per quest'ultima un sindacato non più estrinseco (c.d. *giudizio di insostenibilità agli*

⁵⁷ Si rimanda alla nota n. 53.

⁵⁸ Sul rapporto tra giudice amministrativo ed attività economiche, S. AMOROSINO, *Le regolazioni pubbliche delle attività economiche*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 25 ss.

⁵⁹ In tal senso F. CIRAIOLO, *Il removal alla prova dei fatti*, cit., p. 215, ove si valorizza il rapporto di lavoro subordinato, sicché potrebbe essere fatto valere il licenziamento o il demansionamento davanti al giudice ordinario, il quale si limiterebbe ad accertare in via incidentale l'illegittimità del provvedimento.

⁶⁰ Cfr. Corte EDU, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*, par. 139. Sul punto per maggiori riferimenti si rinvia a F. FOLLIERI, *La giurisdizione di legittimità e full jurisdiction. Le potenzialità del sindacato confutatorio*, in *P.A. Pers. Amm.*, 2/2018, p. 136.

⁶¹ Nella giurisprudenza nazionale si veda Corte cost., 31 gennaio 2019, n. 13, rinvenibile in www.jusforyou.it, con commento di R. GIOVAGNOLI, *Secondo la Corte costituzionale l'AGCM non è un giudice. implicazioni in punto di sindacato di full jurisdiction*.

⁶² In tema di *full jurisdiction* si veda sempre S. AMOROSINO, *op. ult. cit.*, p. 27.

⁶³ Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1988, p. 493 ss., l'A., infatti, ha sostenuto che è solo per un errore storico della dottrina che si qualifica la discrezionalità tecnica come una forma di discrezionalità.

occhi del profano) ma intrinseco (c.d. *giudizio di inattendibilità agli occhi dell'esperto*) fondato sul criterio tecnico utilizzato e sul suo esito applicativo⁶⁴. A tale cambio di passo ha però tradizionalmente fatto da contrappeso l'idea secondo cui il sindacato del giudice amministrativo rispetto a valutazioni tecniche, specie delle autorità indipendenti, seppur intrinseco, non possa essere di tipo sostitutivo, dovendosi il giudice arrestare a valutare "l'attendibilità" (non la "maggior attendibilità") del criterio e della sua applicazione. Sicché in dottrina si tende ad escludere una *full jurisdiction*⁶⁵ del giudice amministrativo⁶⁶.

La recente giurisprudenza amministrativa in tema di *removal*, invece, secondo, parte della dottrina⁶⁷, aprirebbe ad un vero e proprio sindacato di *full jurisdiction*. Sul punto⁶⁸ però la giurisprudenza richiamata appare, tuttavia, contraddittoria, infatti, da un lato, nega che il sindacato del giudice possa "*spingersi fino ad esprimere proprie autonome valutazioni in sostituzione dell'Autorità*", dall'altro afferma che il "*limite che il sindacato giurisdizionale incontra rispetto ad elementi valutativi, quali quelli che vengono in discorso nel caso in esame, in base alla giurisprudenza più recente è declinabile in termini di "attendibilità", o meglio della "maggior attendibilità", sempre con esclusione della possibilità per il giudice di sostituirsi all'amministrazione*". L'espressione sindacato di "maggior attendibilità", tuttavia, altro non è che un sinonimo di giudizio sostitutivo esteso sino alle soglie del merito. Qualificare il sindacato come di "maggior attendibilità" implica per il ricorrente la possibilità di provare in giudizio che, sebbene sia tecnicamente "attendibile" il criterio tecnico opinabile sotteso al provvedimento,

⁶⁴ Cfr. R. GIOVAGNOLI, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, in *Approfondimenti di diritto amministrativo* a cura di R. Giovagnoli, Torino, Itaedizioni, 2018, 125 e ss.

⁶⁵ Si rinvia a F. GOISIS, *Il concetto di full jurisdiction e il sindacato giurisdizionale sulle sanzioni amministrative nella giurisprudenza della Corte EDU e della Corte Europea di giustizia. Recenti conferme e sviluppi*, 14 luglio 2023, rinvenibile in www.giustiziainsieme.it

⁶⁶ Sebbene parte della dottrina faccia notare come la Corte EDU non abbia ravvisato il difetto dei requisiti di *full jurisdiction*, si veda L.R. PERFETTI, *La full jurisdiction come problema. Pienezza della tutela giurisdizionale e teorie del potere, del processo e della Costituzione*, in *P.A. Pers. Amm.*, 2/2018, p. 248.

⁶⁷ Cfr. G. FIDONE, *op. cit.*, p. 416.

⁶⁸ Cfr. par. 10.2 e 10.3 della sentenza del Consiglio di Stato del 19 luglio 2022, n. 6254, cit.

purtuttavia, vi era un altro criterio tecnico “maggiormente attendibile” che non è stato utilizzato. Sicché il giudice avrebbe la facoltà di annullare il provvedimento sulla scorta di questo peculiare giudizio sostitutivo⁶⁹.

Oltre questa soglia non si può andare, ricordando per di più che il giudizio di *full jurisdiction* è richiesto dalla giurisprudenza della Corte EDU e più di recente da quella della CGUE⁷⁰, in virtù, da un lato, dell’art. 6 CEDU e, dall’ altro, dell’art. 47 della Carta di Nizza, solo a fronte di sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente penali alla luce dei c.d. criteri *Engel*. Solo in tal contesto, dunque, a dispetto di addebiti sostanzialmente penali, si giustifica un sindacato così penetrante e pieno⁷¹ idoneo a consentire all’afflitto di dimostrare che il concetto giuridico indeterminato vada ricostruito secondo un criterio tecnico diverso e più attendibile di quello, pur attendibile, utilizzato dall’autorità⁷². Sostenere invece la possibilità di applicare un simile tipo di sindacato rispetto a provvedimenti propriamente amministrativi di natura non sanzionatoria/penale, appare, dunque, ad avviso di chi scrive, una indubbia e non necessaria confusione di piani. Specie a considerare che nel caso dei provvedimenti di *removal* vengono in rilievo forme di discrezionalità complesse caratterizzate da una sovrapposizione del piano dell’opinabilità con quello dell’opportunità.

6. Infine, come noto, la funzione della vigilanza è quella di dare attuazione

⁶⁹ Si vedano però le dovute precisazioni di M. RAMAJOLI, *Clausole generali e diritto amministrativo*, in Aa. Vv., *Le clausole generali nel diritto dell’economica*, Torino, Giappichelli, in corso di pubblicazione, p. 40 (bozze), ove l’A., se non si fraintende, nega che ci possa essere una sostituzione aprioristica della valutazione del giudice a quella dell’amministrazione.

⁷⁰ Cfr. CGUE, sez. VIII, 7 aprile 2022, causa C-150/21, D.B.; CGUE, sez. IV, 23 marzo 2023, causa C-412/21, D.P. s.r.l.

⁷¹ Più in generale si vedano le preoccupazioni sul presidio giustiziale rispetto alle sanzioni di M. LAMANDINI, *Il diritto bancario dell’Unione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, p. 447.

⁷² Proprio però l’assenza in Italia di un sindacato pieno in parte giustifica l’appiattimento del formante giudiziale sulle posizioni delle autorità di vigilanza. Tale tema è affrontato in chiave critica rispetto alle misure sanzionatorie da F. CAPRIGLIONE, *La nuova finanza: operatività, supervisione, tutela giurisdizionale. Il caso «Italia». Considerazioni introduttive (La finanza post-crisi: forme operative e meccanismi di controllo)*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 113.

all'art. 47 della Costituzione⁷³. La tutela costituzionale del risparmio si esplica, infatti, non solo in senso soggettivo, come tutela dei risparmiatori, ma anche e soprattutto in senso oggettivo⁷⁴, come garanzia di stabilità, efficienza e competitività delle singole banche e di rimando dell'affidabilità del sistema complessivamente inteso. Pertanto, si può distinguere tra *scopo mezzo* (c.d. tutela del singolo intermediario) e *scopo fine* (c.d. tutela del mercato del credito e del risparmio). Il superamento del modello di ordinamento sezionale del credito ("figlio" dello Stato interventista, basato sul mero perseguimento dell'interesse pubblico in una posizione di indifferenza rispetto alla dimensione degli altri interessi coinvolti) caratterizzato dal riconoscimento di amplissima discrezionalità amministrativa alla Banca d'Italia, non ha comportato il venir meno della specialità della regolazione dell'impresa bancaria⁷⁵. Si deve constatare, infatti, che l'attività bancaria è, e resterà probabilmente ancora a lungo salvo imprevedibili sviluppi delle innovazioni tecnologiche⁷⁶, non un'attività d'impresa simile alle altre ma uno dei pilastri dei sistemi capitalistici contemporanei, con conseguente rilevanza pubblicistica del tutto peculiare rispetto alle ulteriori intraprese private⁷⁷. Non è un caso allora che l'ordinamento riconosca alla Banca d'Italia una significativa discrezionalità⁷⁸, non propriamente amministrativa⁷⁹ seppur spesso inevitabilmente caratterizzata da

⁷³ Per approfondimenti si veda, su tutti, F. CAPRIGLIONE, *Fonti normative*, in *Manuale di diritto bancario e finanziario* a cura di Capriglione, Milano- Padova, Wolters Kluwer . Cedam, 2015, p. 8 ss.; S. AMOROSINO, *Le dinamiche del diritto dell'economia*, Pisa, Pacini, 2018, p. 26 ss.

⁷⁴ Cfr. R. COSTI, *Tutela del risparmio e Costituzione: storia e attualità dell'art. 47*, in *Banca Imp. Soc.*, 2018, p. 393 ss.; F. SCUTO, *La tutela costituzionale del risparmio negli anni della crisi economica. Spunti per un rilancio della dimensione oggettiva e sociale dell'art. 47 Cost.*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 5, p. 169 ss.

⁷⁵ Si veda anche A. MIRONE, *Regole di governo societario e assetti statutari delle banche tra diritto speciale e diritto generale*, in *Banca Imp. Soc.*, 2017, p. 33 ss.

⁷⁶ Su tali temi, su tutti, si veda F. CAPRIGLIONE, *Brevi note sul crowdfunding*, in questa *Rivista*, 2023, I, 118 ss.; ID., *Le crypto attività tra innovazione tecnologica ed esigenze regolamentari*, in questa *Rivista*, 2023, I, 225 ss.

⁷⁷ Si rinvia a F. CAPRIGLIONE- R. MASERA, *La corporate governance delle banche: per un paradigma diverso*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2016, I, p. 306.

⁷⁸ Si veda, del resto, in termini di scelta tra risoluzione e liquidazione coatta, L. STANGHELLINI, *Risoluzione, bail-in e liquidazione coatta: il processo decisionale*, in *Analisi giur. econ.*, 2016, p. 571 ss.

⁷⁹ La Banca d'Italia, prima del T.U.B., nell'esercizio dei poteri godeva invece di un relevantissimo spazio di apprezzamento, il che significò il riconoscimento alla stessa di discrezionalità

valutazioni di opportunità⁸⁰, con ciò confermando come lo scopo dell'azione dell'Autorità sia quello di garantire non solo la stabilità del singolo intermediario, ma anche, in ultima istanza, la tenuta del mercato e la tutela del risparmio. In sintesi, proprio tali interessi pubblicistici giustificano⁸¹, nell'esplicazione delle funzioni di vigilanza⁸², poteri di intervento⁸³ conformativo⁸⁴ così penetranti sull'autonomia societaria⁸⁵.

Edoardo De Chiara

Docente a contratto di

“Corporate governance delle società pubbliche e quotate”

nell'Università degli Studi di Salerno

amministrativa. Cfr. S. AMOROSINO, *I modelli ricostruttivi dell'ordinamento amministrativo delle banche: dal mercato “chiuso” alla regulation unica europea*, in *Banca, Borsa tit. cred.*, 2016, p. 393 ss.

⁸⁰ Di recente, proprio rispetto al *removal*, M. RAMAJOLI, *Clausole generali e diritto amministrativo*, cit., p. 44 ss. In tema già F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e giurisdizionalizzazione*, Milano, 2005, p. 204 ss., ove si afferma che a causa della contaminazione tra diritto e tecnica, non è più possibile una distinzione netta tra discrezionalità tecnica ed amministrativa, in quanto le valutazioni tecniche opinabili e le scelte di opportunità “appaiono talora fuse in un procedimento logico unitario”. In tale ottica, le valutazioni tecniche, in alcuni casi, assorbirebbero anche il momento della convenienza, seppur valutata alla luce del criterio tecnico, rendendo così “impalpabile la linea di demarcazione tra diritto e tecnica” mescolando “l'attività di interpretazione della norma con la di ponderazione degli interessi in gioco”. Si consideri pure G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in Aa. Vv., *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, a cura di A. Predieri, vol.1, Firenze, Passigli, 1997, p. 242, ove già si affermava che la vigilanza regolamentare ed autorizzatoria, spesso accostate alla discrezionalità tecnica, sono invece più vicine alla discrezionalità amministrativa. Sia consentito, infine, il rinvio ad E. DE CHIARA, *op. cit.*, p. 167 ss.

⁸¹ Cfr. par. 6.2 della sentenza del Consiglio di Stato del 19 luglio 2022, n. 6254, cit.

⁸² Si rinvia alla nota n. 46 per riferimenti dottrinali.

⁸³ Si vedano, d'altronde, già le riflessioni di G. OPPO, *Principi*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da V. Buonocore, Sez. I, Tomo I, Torino, Giappichelli, 2001, p. 82.

⁸⁴ Cfr. S. AMOROSINO, *L'amministrativizzazione del diritto delle imprese*, in *Dir. Amm.*, 2011, p. 607, ove si afferma che sono incompatibili con la Costituzione economica europea le programmazioni imperative e la direzione amministrativa del mercato, ma non certo la conformazione. In tema si veda però L. DI BRINA, *La rimozione di amministratori, sindaci e dirigenti*, cit., p. 117, ove si afferma che la misura rispecchia una concezione “dirigistica” dell'impresa bancaria paragonando il potere ad una sorta di “eterodirezione”; P. DE BIASI, *op. cit.*, p. 81, ove l'A. ritiene che un simile potere sarebbe stato al più coerente in vigenza dell'ordinamento sezionale del credito. Tali affermazioni non panno del tutto condivisibile solo a considerare gli altri ordinamenti di matrice liberale prevedono da tempo tali poteri. Cfr. L. DONATO - M. COSSA, *op. cit.*, p. 354 ss.

⁸⁵ Sia consentito il rinvio ad E. DE CHIARA, *op. cit.*, *passim*.

VARIETÀ

IN RICORDO DI PINO DI TARANTO

(In the memory of Pino di Taranto)

1. Ringrazio l'Università Luiss G. Carli e i suoi rappresentanti per avermi invitato a dare una testimonianza di ammirazione ed amicizia per Pino Di Taranto, in questo incontro dedicato al suo ricordo.

È difficile per me delineare i tratti che rappresentino le doti umane e scientifiche di una persona alla quale ero legato da un'amicizia ultra trentennale che, peraltro, non mi fa velo nell'elogio della sua cultura e della capacità intellettuale con cui ha svolto l'attività di insigne economista e di docente universitario, circondato dalla stima dei colleghi e dal rispetto degli studenti. Sono lusingato, peraltro, di poter onorare in questa sede la sua memoria, dichiarando in pubblico le ragioni che hanno vivificato gli anni trascorsi insieme nella Luiss.

Tutti conoscono il rigoroso impegno di Pino Di Taranto come accademico e studioso, la sua qualificata produzione scientifica e la cura con cui ha invogliato tanti giovani ad intraprendere il difficile percorso universitario. Non tutti, forse, sanno che tale impegno fonda le radici in una costante ricerca di adesione alla verità, nell'intento di far chiarezza, dissipare i dubbi e le incertezze che la storia economica presenta, soprattutto a far tempo dal Trattato di Maastricht. La sua ricerca, infatti, è mirata ad evidenziare i pericoli di una fuorviante lettura degli eventi che connotano il processo d'integrazione economica europea, nel tentativo di mettere in guardia l'interprete dai rischi connessi ad una sostanziale manipolazione della logica dispositiva che è a fondamento dei Trattati che regolano l'Unione europea.

Fondamentale è, pertanto, il Suo contributo scientifico nel quale è dato ampio spazio alla verifica delle modalità esplicative del rapporto tra i canoni disciplinari della 'moneta unica' e la concretezza fattuale delle sue ricadute, che

spesso si sono risolte in situazioni sperequate a danno di alcuni paesi ed a beneficio di altri. Egli, quindi, sul piano intellettuale è particolarmente vicino al 'positivismo giuridico' che, negli studi di diritto, induce ad incentrare l'analisi sul «rapporto tra norma e fatto»; sicchè la Sua ricerca non dà spazio a interpretazioni che, nel riferimento a posizioni ideologiche ed a finalità politiche predeterminate, danno una lettura della realtà che altera il corso della storia.

Dagli scritti di Pino Di Taranto traspare il chiaro intento di non voler aderire a tesi che offrano una giustificazione teorica alla violazione, perpetrata in nome di una presunta logica concorrenziale, dell'equilibrio sistemico che si realizza rinunciando all'utilizzo del potere riveniente da posizioni di maggior forza economica. Pertanto, in essi si manifesta una ferma condanna per le impostazioni strategiche (talora prive di qualsivoglia radicamento nei principi fondanti dell'economia) che generano soprusi, causando disuguaglianze che ostacolano lo sviluppo di alcuni paesi a vantaggio di altri, e ritardano l'ordine che deve contraddistinguere il dispiegarsi della realtà socio-economica.

In tale premessa, si comprende come la Sua ricerca sia espressione della integrità e coerenza intellettuale dell'uomo, ma anche di una non comune sensibilità per l'analisi delle tematiche che esamina seguendo con rigore il metodo storiografico dell'approccio fenomenologico, che lo induce ad optare per soluzioni corrette nelle quali il «giusto» si raccorda all'«equo» e l'interesse al «nuovo» non si risolve in una immotivata rinuncia del «passato».

2. Pino di Taranto, europeista convinto, crede in un processo d'integrazione economica che sia in grado di realizzare «l'unità nella diversità» e, dunque, un'effettiva eguaglianza tra gli Stati UE, in linea con una logica concorrenziale che postula per tutti i paesi «pari condizioni di operatività» (per citare una locuzione ricorrente nei Suoi lavori). Da qui l'appassionata critica costruttiva mossa alle modalità che hanno caratterizzato l'evoluzione della storia della Comunità

economica europea e, più in particolare, l'introduzione della 'moneta unica'; eventi ai quali riconduce gli squilibri che hanno connotato i primi decenni di questo secolo, sottoponendo gli appartenenti all'Unione a periodi di rigorosa *austerità*.

La Sua indagine risulta costantemente protesa ad affermare che solo l'ordine proveniente da regole giuste assicura il conseguimento di obiettivi socio-politici coerenti con uno sviluppo che deve trovare attuazione seguendo i canoni logici della «eguaglianza di trattamento», quale regola fondamentale che - a ben considerare - riconduce in un ambito di eticità l'*agere* finanziario.

Da qui l'opzione per argomentazioni che non lasciano dubbi sulla validità delle tesi sostenute per contrastare con rigore ogni linea comportamentale orientata a piegare la realtà ad interessi di parte. Ciò senza timore alcuno di andare talora contro corrente, di proporsi a volte quale vindice solitario di una costruzione europea la quale - nel riferimento all'ideale programma dei *padri fondatori* Gualtiero Spinelli ed Ernesto Rossi - persegue un 'sogno federativo' destinato a far trionfare, dopo secoli di lotte e contrasti, il progetto mirato all'aggregazione dei popoli europei.

Si comprende, quindi, la ragione per cui negli scritti di Pino Di Taranto la conoscenza positiva viene supportata dal legame tra la storia e l'economia, che lo induce a contestare statuizioni giuridiche poco convincenti, come quelle che fissano i rigidi criteri del 'patto di stabilità' e il noto principio concernente il limite del 3% imposto al *deficit* assumibile nella legge di bilancio; limite che Egli ravvisa disancorato da una razionale riferibilità ad un corretto criterio fondato su una puntuale analisi economica.

Ne consegue che la Sua opera è costantemente protesa a rappresentare i pericoli rivenienti da una lettura talora fuorviante della regolazione europea per piegare l'attività svolta a determinate finalità, che avvantaggiano alcuni paesi a discapito di altri. Analogamente, in tale contesto logico, si inseriscono le serie perplessità che Egli nutre per il Mes le quali lo inducono a consigliare di non far

ricorso a tale Meccanismo, pur riconoscendo che esso deve essere approvato per non precludere ad altri paesi di fruirne ove siano disposti ad accettare le *condizionalità* che impone.

Pino Di Taranto vuole un'Europa diversa! Lo dimostra la denuncia delle anomalie che contraddistinguono la moneta unica, effettuata all'indomani della sua introduzione; Egli ipotizza, infatti, la *possibilità per l'Italia di cambiare l'euro*, come si intitola un suo lavoro nel quale, a fronte della richiesta di un *referendum* per procedere alla sua abrogazione, propone invece: «restiamo nell'euro, cambiando però le regole. Paradossalmente, può essere questa la nostra forza. Se usciamo ci indeboliremo». E' questo un suggerimento ricorrente nei Suoi scritti volto a svincolare la moneta unica dalla rigidità delle regole che ne caratterizzano l'istituzione, le quali sono giustamente considerate «incuranti del fatto che possano venir disattese le promesse di benessere e stabilità per tutti i paesi dell'eurozona». Da qui il configurarsi di una realtà che vede la posizione dominante della Germania, gli effetti lesivi causati dall'innalzamento dello *spread*, l'impovertimento che per lunghi anni ha afflitto la Grecia.

E' questo uno scenario di cui è offerta una compiuta narrazione che è un atto di accusa e, nello stesso tempo, di proposta costruttiva, indotta da un «improcrastinabile ripensamento» (per usare le Sue parole) finalizzato alla affermazione di nuove regole giuridico istituzionali. Sotteso a queste parole è, quindi, il convincimento che necessita porre rimedio agli errori di una politica economica e monetaria che, alla luce delle realizzazioni attuate nei primi lustri di questo secolo, sembra aver «tradito» l'Europa, essendo questa venuta meno alle aspettative di quanti in essa avevano creduto, dandole piena fiducia.

Di certo, se oggi Pino Di Taranto fosse vivo denuncierebbe, con aspri toni, il fatto che in uno Stato membro dell'Unione, in violazione delle regole sullo Stato di diritto, sia possibile tradurre in Tribunale un detenuto in attesa di giudizio in catene e ceppi alle caviglie, come purtroppo di recente è avvenuto in Ungheria.

Sotto altro profilo, rileva l'interesse che Pino di Taranto, dimostra per la geopolitica del mondo contemporaneo che Egli ritiene caratterizzata dalla fine del multilateralismo, avendo ben compreso che «i protagonisti dell'economia ... Stati Uniti ed Unione Europea, da una parte, e Cina e Russia, dell'altra, si confrontano in uno scenario che da collaborativo si è trasformato in competitivo», con un conseguente deterioramento dei rapporti internazionali. Un suo scritto, pubblicato in una recente opera collettanea curata da Mirella Pellegrini, apre ad una prospettiva di incertezze e perplessità in quanto Egli ci dice che il mondo è cambiato essendo ormai avviato verso un processo di deglobalizzazione del quale si ravvisano i prodromi, senza riuscire peraltro a comprendere fino in fondo quale sia la realtà che il futuro ci riserva.

3. Voglio concludere questa mia testimonianza ricordando la Sua partecipazione ad un convegno dedicato alla presentazione di un libro di Guido Alpa sulla «Solidarietà», svoltosi a fine marzo del 2023, che rappresenta quindi uno tra gli ultimi interventi pubblici del nostro compianto amico. Ebbi la fortuna di ascoltarlo in quell'occasione che ritengo particolarmente significativa in quanto venne offerta da Pino Di Taranto all'uditorio una pregevole sintesi delle tematiche oggetto degli Suoi studi.

Muovendo dalla domanda «dove sta la solidarietà in Europa», Egli solleva dubbi sulla configurabilità di una effettiva solidarietà nell'Unione, perplessità che non consentono di ravvisare la piena affermazione di tale principio etico indispensabile per la convivenza tra gli uomini.

La Sua relazione tiene a sottolineare che fino ad un recente passato sarebbe stata vana cosa ricercare nell'Unione segnali volti ad attestare l'affermazione di tale principio in ambito UE. Per converso, a seguito della crisi pandemica, come correttamente viene da Lui precisato, sembra sia dato riscontrare - con la sospensione del 'patto di stabilità', l'emissione di *eurobond*, la costituzione del cd.

SURE (*Support to mitigate unemployment risks in emergency*) destinato a supportare tanto la 'cassa integrazione italiana' quanto il *kurzarbeitergeld* tedesco - un probabile cambiamento di prospettiva; ciò fermo restando che le perduranti contrarietà ad una mutualizzazione del debito, manifestate dalla Germania, dall'Olanda e da altri Paesi del Nord Europa ridimensionano le aspettative di un cambiamento siffatto e vivificano il clima di incertezza sul futuro dell'Unione.

Al contempo, Egli pone l'inevitabile interrogativo «perché non si è attivato prima il processo che ha dato giusto riconoscimento ad una 'solidarietà condivisa'?», premessa, questa, di un discorso chiarificatore sui limiti di un *agere* che viene definito '*politicamente corretto, ma economicamente falso*', a lungo praticato nell'Unione, aprendo la strada ad una sostanziale 'subalternità' dei paesi mediterranei a quelli del nord Europa. Da qui un susseguirsi di argomenti - dalla critica alla carenza di democrazia nell'UE alla politica degli alti tassi attualmente disposti dalla Bce - che riportano al tema centrale della Sua analisi, riguardante la necessità di eliminare le disuguaglianze tuttora presenti tra i paesi dell'Unione.

Le motivazioni a fondamento degli esiti di tale ricerca inducono a riflettere sui molteplici aspetti problematici che connotano l'attuale momento storico, indicando le linee comportamentali da seguire per superare le incertezze suscitate dalla strategia politica che ha guidato la storia economica del nostro continente e vincere le difficoltà di quest'era caratterizzata da intensi cambiamenti geopolitici e dalla transizione ad una realtà che si qualifica in termini di particolare complessità. Le parole di Pino Di Taranto ci dicono che siamo in presenza di una mutazione profonda delle modalità di gestione della economia e della finanza, suggerendoci i criteri base che devono segnare il percorso precauzionale da seguire per salvaguardare gli equilibri sistemici che assicurano il benessere delle generazioni future.

È questo il messaggio di un acuto intellettuale, dal pensiero profondo sempre attento all'insegnamento della storia, ma al contempo aperto al nuovo, a cercare di

capire le modifiche della realtà che ci circonda, ad analizzare quanto costituisce oggetto della curiosità intellettuale che lo ha costantemente mosso. Mi piace ricordare così il *nostro* Pino, come uno studioso moderno, la cui attività diviene linfa di conoscenza per gli altri e dà contenuto allo sviluppo della 'scienza economica'.

Francesco Capriglione

UNA POSSIBILE CONVERGENZA FRA CLIMA, ENERGIA E FINANZA NELL'ULTIMO LIBRO DEL PROF. CAPRIGLIONE *

*(A possible connection between climate, energy and finance in
the latest book by Prof. Capriglione)*

ABSTRACT: *This paper analyses the innovative thoughts of Professor Capriglione, delivered by his latest book, which provides a critical analysis of the current financial markets. This analysis moves starts with the evidence that the financial environment should be taken into account also considering the underlying political scenario, highlighting the possible connection between environmental issues and sustainable growth in the financial sector. Hence, the opportunity to implement a new Italian securities act aimed at incorporating the issues coming from a contemporary and sustainable regulatory framework.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Sostenibilità, persona e finanza. – 3. Conclusioni.

1. L'ultimo libro del Maestro di molti di noi qui presenti, intitolato "*Clima Energia Finanza. Una difficile convergenza*", lancia un messaggio rassicurante sul nostro futuro che prende corpo ad esito di un'analisi condotta con il metodo proprio del diritto dell'economia, inteso come esame interdisciplinare "*delle molteplici componenti che danno contenuto alla realtà economica*" in cui le "*linee interventistiche idonee ad assicurare la stabilità e gli equilibri per una crescita duratura*" costituiscono "*un fattore di successo per la competitività del sistema*

*Contributo approvato dai revisori.

Intervento al Convegno "*Mercato dei capitali, transizione energetica e finanza sostenibile nelle indicazioni UE. Riflessioni a margine del libro *Clima Energia Finanza. Una difficile convergenza* di Francesco Capriglione, Utet, 2023*" tenutosi il 19 ottobre 2023 presso l'Università LUISS Guido Carli.

*produttivo e distributivo*¹.

È questa, del resto, la prospettiva in cui le problematiche del moderno *homo oeconomicus* – afflitto dalla sfida climatica, dalla crisi energetica e dallo *short-termism* finanziario – sono suscettibili di trovare una difficile, ma possibile, convergenza.

In quest’ottica si coglie appieno la modernità e profondità delle riflessioni svolte dall’Autore, nelle quali, diversamente dalla narrativa comune, la regola di *sostenibilità* – che mira a coniugare le diverse esigenze in giuoco nel sistema economico – non è applicata in maniera atomistica ai singoli operatori del mercato (*i.e.* emittenti, intermediari, investitori, autorità, ecc.), bensì alla stregua di un criterio ordinante in ambito finanziario, e segnatamente, come osserva l’Autore, *“quale parametro di riferimento di un’economia orientata non soltanto al profitto, ma anche al benessere e al miglioramento delle condizioni di vita, donde la rilevanza della stessa nello sviluppo sociale e ambientale dei popoli”*².

In altre parole, in questa sua *“innovativa”* dimensione, la finanza *“diviene, pertanto, determinante nel consentire di guardare a un futuro nel quale lo sviluppo economico è reso possibile dal superamento degli ostacoli che ad esso sono posti da un inadeguato agire degli uomini”*³.

Ciò trova conferma nella convinzione che *“la redditività di lungo periodo, che si estrinsechi in benefici comuni, è la dimensione da ascrivere ad una economia che guardi all’uomo”*, caratterizzata da una *“finanza responsabile che si proponga una mission coerente con le aspettative della società civile”*, senza limitarsi al mero sostegno del processo produttivo *“in quanto la sua forza deve convergere verso una*

* Intervento al Convegno *“Mercato dei capitali, transizione energetica e finanza sostenibile nelle indicazioni UE. Riflessioni a margine del libro Clima Energia Finanza. Una difficile convergenza di Francesco Capriglione, Utet, 2023”* tenutosi il 19 ottobre 2023 presso l’Università LUISS Guido Carli e organizzato dalla Prof.ssa Mirella Pellegrini.

¹ Cfr. F.CAPRIGLIONE-M.SEPE, *Riflessioni a margine del Diritto dell’economia. Carattere identitario ed ambito della ricerca*, in questa Rivista, 2021, 385 ss.

² Così F.CAPRIGLIONE, *Clima Energia Finanza. Una difficile convergenza*, 2023, spec. 139.

³ Così F.CAPRIGLIONE, *Clima Energia Finanza*, cit., 135.

costruzione che valorizzi le prerogative della persona”⁴.

L’Autore, tuttavia, nel rimarcare il ruolo centrale della finanza nella sfida al cambiamento climatico e al contrasto energetico⁵, pur lasciando trapelare un personale *favor* per lo *stakeholderism* in “una logica di mercato strumentale alla valorizzazione dei profili sociali”⁶, è perfettamente consapevole del “carattere concorrenziale dell’attività finanziaria”⁷ così da improntare le Sue tesi non tanto agli obiettivi della singola impresa bensì, con visione ben più organica, alle condotte di tutti gli operatori del mercato nel loro complesso.

Pertanto, pur in presenza di una *neutralità* dei luoghi di scambio⁸, sono le modalità di impiego dei flussi economici a dover essere orientate a “un ritorno dell’investimento” anche “in chiave sociale”⁹.

Lo strumento prescelto per conseguire gli obiettivi prefissati è individuato nell’utilizzo del parametro della *sostenibilità*, intesa “quale metodologia operativa che si contraddistingue per l’interazione strategica che crea tra le componenti del settore economico-finanziario ... correlata a un cambiamento orientato ad una gestione delle risorse in termini rispettosi dei diritti dell’uomo”¹⁰.

Di qui le conclusioni cui giunge l’Autore, icasticamente stilizzate nell’immagine di un’*economia lineare*, un tempo orientata al profitto, che si trasforma in un’*economia circolare*, oggi incentrata su un *agere responsabile*¹¹.

2. Le riflessioni del Prof. Capriglione condensate nel precedente paragrafo sono il frutto di una lunga gestazione, che prende le mosse dagli studi del Maestro

⁴ Così F.CAPRIGLIONE, *Clima Energia Finanza, cit.*, 137.

⁵ Così F.CAPRIGLIONE, *Clima Energia Finanza, cit.*, 133.

⁶ Così F.CAPRIGLIONE, *Clima Energia Finanza, cit.*, 135-6.

⁷ Così F.CAPRIGLIONE, *Clima Energia Finanza, cit.*, 134.

⁸ Così F.CAPRIGLIONE, *Clima Energia Finanza, cit.*, 135.

⁹ Così F.CAPRIGLIONE, *Clima Energia Finanza, cit.*, 155.

¹⁰ Così F.CAPRIGLIONE, *Clima Energia Finanza, cit.*, 156-7.

¹¹ Così F.CAPRIGLIONE, *Clima Energia Finanza, cit.*, 157.

su etica e finanza, di cui è stato precursore¹², e beneficiano, più di recente, del dialogo su questi argomenti tenuto con il Suo amico di sempre Prof. Alpa¹³ e con i propri allievi¹⁴.

Nell'evoluzione del pensiero dell'Autore su queste materie si coglie, dapprima, la convinzione che il canone della sostenibilità rappresenti una regola di condotta dei moderni operatori economici secondo finalità precauzionali¹⁵, e poi la sublimazione di tale tesi che, nel libro di cui oggi si discute, attribuisce alla sostenibilità natura di *metodologia operativa* che non si limita più semplicemente a declinare le linee esplicative di politiche lucrative ammissibili in quanto edulcorate (c.d. *enlighted shareholders' value*) ma diventa un gradiente che mira a "*ridare un senso umano all'economia*"¹⁶.

E ciò nella convinzione che, in un orizzonte temporale di lungo periodo, i vari interessi in giuoco si allineano fisiologicamente nel segno di uno sviluppo

¹² Senza pretesa di esaustività si v. F.CAPRIGLIONE, *Etica della finanza e finanza etica*, Bari, 1997, *passim*; ID., *Etica della finanza, mercato e globalizzazione*, Bari, 2004, *passim*; ID., *Finanza impresa e nuovo umanesimo*, Bari, 2007, *passim*; ID., *Il Rapporto tra etica e mercato alla luce dell'insegnamento di Papa Giovanni Paolo II*, in Aa.Vv., *Giovanni Paolo II. Le vie della giustizia. Itinerari per il terzo millennio* a cura di Loiodice e Vari, Roma, 2003, 677 ss.; ID., *Cultura delle responsabilità ed etica della finanza*, in Aa.Vv., *La responsabilità sociale dell'impresa* a cura di Conte, Bari, 2008, 140 ss.

¹³ Cfr. G.ALPA, *Solidarietà. Un principio normativo*, Bologna, 2022, spec. 275 ss.; ID., *Responsabilità degli amministratori di società e principio di "sostenibilità"*, in *Contratto e impr.*, 2021, 721 ss., al quale si deve la felice osservazione che, in ambito finanziario, la regola di solidarietà si declina in termini di sostenibilità [sul punto sia consentito il rinvio a A.SACCO GINEVRI, *Solidarietà e corporate governance*, in questa *Rivista*, 2023, suppl. 1 al n. 1, 131 ss.].

¹⁴ Cfr. AA.VV., *Riflessioni a margine dell'opera "Solidarietà. Un principio normativo" di Guido Alpa. Esito di Convegni in suo onore*, in questa *Rivista*, 2023, suppl. 1 al n. 1, 1 ss.; AA.VV., *Atti del Convegno "L'ecosistema del mercato europeo tra diritto e innovazione" tenutosi il 24 giugno 2022 presso l'Università di Pisa*, in questa *Rivista*, 2022, suppl. n. 4 al n. 4, 1 ss.

¹⁵ Cfr. F.CAPRIGLIONE, *Responsabilità sociale d'impresa e sviluppo sostenibile*, in questa *Rivista*, 2022, suppl. n. 4 al n. 4, 22 ss.; ID., *Il sistema finanziario verso una transizione sostenibile*, in questa *Rivista*, 2021, 241 ss.; ID., *Il dopo Covid-19: esigenza di uno sviluppo sostenibile*, in *NGCC*, suppl. 5, 2020, 26 ss.; sul punto v. anche M.SEPE, *Sviluppo sostenibilità e sana e prudente gestione in ambito finanziario*, in *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale. Studi dedicati a Mauro Giusti* a cura di Passalacqua, Padova, 2021, 69 ss.; M.PELLEGRINI-A.DAVOLA, *Il ruolo dello Stato nella transizione della finanza verso la sostenibilità*, in *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale*, cit., 83 ss., nonché sia consentito il rinvio a A.SACCO GINEVRI, *Divagazioni su corporate governance e sostenibilità*, in questa *Rivista*, 2022, terzo suppl. al n. 1, 83 ss.

¹⁶ Così F.CAPRIGLIONE, *Clima Energia Finanza*, cit., 155.

sostenibile, non solo della produttività bensì del sistema nel suo complesso.

La logica che orienta l'analisi dell'Autore non trascura l'importanza della *redditività* quale obiettivo degli investitori, né la centralità di una *finanza* che sappia premiare i più meritevoli, ma riconduce la funzione di quest'ultima a quella di un *mezzo*, e non di un *fine*, nel convincimento che “*forme di equilibrio fra produzione e profitto*” siano le uniche che consentono di conseguire quella “*visione pluralistica del benessere*” necessaria a salvaguardare le “*ricchezze del pianeta*”¹⁷.

L'originalità del pensiero risiede nell'aver disancorato gli obiettivi di sostenibilità dalla micro-prospettiva dell'impresa o dell'investitore o finanche delle autorità di vigilanza. Prospettive atomistiche, queste, che si giustificano nell'ottica dei pochi operatori globali del mercato – interessati a scongiurare un pericoloso rischio di contagio derivante da una concorrenza pienamente plutocratica – ma che non consentirebbero di cogliere appieno il potenziale sistemico della regola di sostenibilità interpretata come suggerisce l'Autore, e segnatamente alla stregua di vero e proprio elemento equilibratore fra obiettivi di efficienza economica e valori della persona.

In questa dimensione di metodo è possibile – e doveroso – mirare al conseguimento di una auspicabile convergenza fra sfide ambientali e crescita sostenibile delle economie nazionali e globali.

Alla luce di quanto precede, se dovessi immaginare di collocare il pensiero del mio Maestro in ideale continuità con le immagini tanto care a chi si è occupato di istituzionalismo in Italia, direi che ai Battelli del Reno del Prof. Asquini (che navigavano a prescindere dal profitto dei propri azionisti)¹⁸ e alla Navi Vichinghe del Prof. Mignoli (capitanate metaforicamente da fieri amministratori scevri da conflitti

¹⁷ Così F.CAPRIGLIONE, *Clima Energia Finanza*, cit., 155.

¹⁸ Cfr. A.ASQUINI, *I battelli del Reno*, in *Riv. soc.*, 1959, 617 ss.

di interessi)¹⁹ si affiancano ora le “imbarcazioni di Greenpeace” del Prof. Capriglione, che veleggiano per il mondo al fine di sensibilizzare la comunità sui cambiamenti climatici e sugli impatti che questi producono sul futuro di tutti noi.

3. La lettura dell'ultimo libro del Prof. Capriglione lascia un messaggio rassicurante e ben radicato sul dato normativo, in cui la spinta alla crescita e al progresso non poggia esclusivamente sull'etica o sulla finanza, ma si fonda sull'avvertito convincimento che i nuovi assetti politici globali – con cui il nostro legislatore è chiamato a confrontarsi – necessitano scelte coraggiose e di ampio respiro in ambito finanziario, nel cui contesto il nostro ordinamento potrebbe svolgere un ruolo guida.

Di qui l'occasione del d.d.l. capitali e, ancor più, dell'imminente riforma del testo unico della finanza; entrambi terreni fertili per implementare e sperimentare le riflessioni che emergono anche dalla lettura del libro di cui oggi parliamo, in cui si privilegia la logica del *grandangolo* con l'obiettivo di contribuire allo sviluppo organico dei nostri mercati.

In estrema sintesi, l'insegnamento che traggo dall'ultimo libro del Prof. Capriglione, considerata la modernità delle Sue tesi, risiede nel fatto che nell'aggiornare i principi del nostro ordinamento finanziario sarà essenziale tener conto del significativo mutamento che negli ultimi venticinque anni hanno subito le esigenze della società civile prima ancora che del mercato dei capitali.

Quindi, nel constatare l'affievolimento di concetti come trasparenza, contendibilità, concorrenzialità, *et similia* – che erano pilastri del Decreto Draghi del 1998 – a vantaggio di regole quali la solidarietà, la stabilità, la responsabilità sociale, ecc., ci si attende un rinnovo del testo unico della finanza improntato a un assetto normativo e valoriale contemporaneo e sostenibile.

¹⁹ Cfr. A.MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, in *Contr. Impr.*, 1986, 729 ss.; F.D'ALESSANDRO, *Il diritto delle società dai “battelli del Reno” alle “navi vichinghe”*, in *Foro it.*, 1988, V, 48 ss.

E ciò ricordandoci il monito del Maestro che oggi onoriamo: la finanza – e dunque la sua regolazione – è un mezzo e non un fine, e il diritto dell'economia è il metodo di interpretazione e applicazione di quel mezzo.

Andrea Sacco Ginevri

*Ordinario di Diritto dell'economia
nell'Università degli Studi Roma Tre*

REGOLAMENTAZIONE FINANZIARIA, FINANZA SOSTENIBILE E OBIETTIVI ESG *

(Financial regulation, sustainable finance and ESG objectives)

ABSTRACT: *Starting from Prof. Capriglione's essay on the difficult convergence between climate, energy and finance, the paper examines the relationship between sustainable finance, ESG objectives and financial regulation. In particular, it reviews the main provisions at European and national level on transparency, rules of conduct and prudential frameworks that address the nexus between finance and sustainability, and offers some reflections on the scope of the ECB's secondary mandate.*

SOMMARIO: 1. La convergenza difficile tra clima energia e finanza. – 2. Finanza sostenibile, obiettivi ESG e regolamentazione finanziaria. – 3. Le disposizioni di tutela: regole di trasparenza e comportamentali. – 4. Le disposizioni di spinta: le regole prudenziali e la problematica del *secondary mandate* della ECB. – 5. Conclusioni.

1. L'individuazione delle possibili linee di intersezione nella difficile convergenza tra clima energia e finanza costituisce l'obiettivo dell'ultimo saggio del Prof. Capriglione¹.

Con il fine di dare luce all'atteggiarsi nel tempo della complessa realtà economico finanziaria l'A. volge l'attenzione alle più evidenti emergenze dei giorni odierni. Il riferimento ai più significativi fenomeni socio-politici di questi anni serve a qualificare il contesto di riferimento che la regolamentazione, poi quella del

*Contributo approvato dai revisori.

Intervento al Convegno “*Mercato dei capitali, transizione energetica e finanza sostenibile nelle indicazioni UE. Riflessioni a margine del libro Clima Energia Finanza. Una difficile convergenza di Francesco Capriglione, Utet, 2023*” tenutosi il 19 ottobre 2023 presso l'Università LUISS Guido Carli.

¹ Vedi Capriglione, *Clima energia e finanza. Una difficile convergenza*, Utet, 2023, (il “Saggio”).

campo finanziario, deve inquadrare, catturare e orientare. Ne sono esempio le pagine dedicate alle sfide poste dal cambiamento climatico e al cammino difficile ed accidentato delle soluzioni tempo per tempo immaginate per farvi fronte. L'incertezza è la cifra distintiva del percorso prospettato verso una sostenibilità energetica, messa a repentaglio anche dai tragici accadimenti bellici ai confini dell'Europa. In questo ambito, una cronaca che si fa storia e che purtroppo l'attualità di questi tempi colloca in un quadro non più di occasionalità, ma forse sistemico.

L'eco degli scritti degli inizi del secolo, dedicati alla finanza etica, testimonia l'attenzione dell'A. a comprendere come l'agire economico e la correlata disciplina finanziaria possano essere innervate da ispirazioni valoriali.

La non celata delusione derivante dalla osservazione che la prassi degli ultimi venti anni ha lasciato irrisolte le grandi urgenze dei paesi definiti poveri, rendendo evanescente il progetto di una "rinascita globale", si accompagna tuttavia – e qui è il cuore del Saggio – alla indicazione di una nuova via che deve rendere possibile il governo della complessità sistemica.

E' nuovamente il riferimento all'etica nelle scelte comportamentali l'ancora cui l'A. affida l'ambizione di una modifica delle soluzioni strategiche della politica e della finanza, volta a comporre unitariamente tutela e transizione ambientale ed energetica.

2. Nell'ampio quadro delle riflessioni proposte dal Saggio, le pagine che seguono tendono più limitatamente a segnalare per cenni il raccordo possibile tra finanza sostenibile, obiettivi ESG e regolamentazione finanziaria.

Il Green Deal europeo conferma come la transizione verso un'economia neutra sotto il profilo climatico, sostenibile, efficiente sotto il profilo dell'energia e delle risorse, sia concepita come un elemento fondamentale per assicurare la competitività a lungo termine dell'economia dell'Unione e il benessere dei suoi

popoli².

Attraverso gli investimenti nella transizione verde l'Europa si candida ad essere il primo continente a impatto climatico zero, nella quale si rafforzi, attraverso investimenti in fonti energetiche pulite e sostenibili, l'autonomia strategica dell'UE e si riduca la dipendenza dalle importazioni da paesi terzi³.

La comunicazione della Commissione europea sul quadro della finanza sostenibile segnala che, per raggiungere i traguardi fissati dalle varie misure in campo, l'UE avrà bisogno di ulteriori investimenti pari a circa 700 miliardi di EUR l'anno, la maggior parte dei quali proveniente da finanziamenti privati⁴.

Ambiziosi obiettivi, per il cui conseguimento anche la regolamentazione deve fornire il proprio contributo.

Architrave dell'impianto disciplinare in materia di finanza sostenibile dell'UE è certamente il *regolamento sulla tassonomia*, importante strumento di trasparenza del mercato e che contribuisce a orientare gli investimenti verso le attività economiche maggiormente necessarie per una transizione verde⁵.

Il regolamento definisce i criteri che le attività economiche devono soddisfare per diventare sostenibili, considerando che la componente di attivi allineati alla tassonomia potrà aumentare con il progredire della transizione verso un'economia climaticamente neutra e sostenibile.

La tassonomia è concepita come strumento a disposizione *delle imprese*, che per tal via possono trovare più facile l'accesso ai finanziamenti per la transizione

² Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Il Green Deal europeo* (COM(2019) 640 final). Vedi in letteratura, Passalacqua, *Green deal e transizione digitale verso un diritto eventuale*, in Aa.Vv., *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale*, Milano, 2021, p. 10 ss.

³ Vedi, in generale, Ammannati, *Energia e ambiente: regolazione per la transizione*, in Aa.Vv., *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale*, cit., p. 169 ss.

⁴ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Un quadro della finanza sostenibile che sia efficace sul campo*, COM(2023) 317 final, p. 1 (la "Comunicazione").

⁵ Regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2020, relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili e recante modifica del regolamento (UE) 2019/2088.

verde, e *del settore finanziario*, onde creare portafogli finanziari e di investimento coerenti con le logiche di fondo della disciplina in parola. Resta inteso tuttavia che viene proposto un elenco obbligatorio di investimenti, atteso che gli investitori possono fare ricorso alla tassonomia anche al solo fine di prendere decisioni più informate di impiego delle proprie risorse⁶.

L'adozione nel giugno scorso del nuovo *Sustainable finance package*, rilancia in una visione maggiormente comprensiva le tipologie di interventi già adottati, dando rinnovata spinta all'impegno delle istituzioni europee nelle varie direttrici in cui si dipanano le misure di indirizzamento verso tale obiettivo strategico.

E ciò anche attraverso strumentazioni che potranno dare assetto più compiuto all'intero disegno, come a proposito della proposta di regolamento sui rating ESG.

Gli ulteriori atti delegati del regolamento tassonomia presentati dalla Commissione si basano in larga misura sulle raccomandazioni della *piattaforma sulla finanza sostenibile*⁷, includendovi nuove attività economiche rilevanti. La Commissione non ha considerato tutte le attività economiche raccomandate dalla *piattaforma*, avendo dato priorità a quelle giudicate idonee a fornire un contributo sostanziale.

Di tutta evidenza la valenza politica e di indirizzamento che tali scelte hanno nella definizione dell'orizzonte di sostenibilità che si va a disegnare.

Volendo fare sintesi in un processo magmatico ed in continua evoluzione, le misure che la regolamentazione finanziaria propone possono essere ricondotte in

⁶ Secondo quanto indicato nella Comunicazione, gli investitori possono “scegliere di investire in imprese che svolgono attività con livelli diversi di prestazione ambientale o in attività non conformi ai criteri della tassonomia. Il semplice fatto che un'impresa non svolga attività allineate alla tassonomia non significa che si possano trarre conclusioni circa la sua prestazione ambientale o la sua capacità di accedere ai finanziamenti. Le imprese possono utilizzare su base volontaria la tassonomia come strumento per specificare gli obiettivi di transizione per le attività economiche, ad esempio in combinazione con un piano di transizione” (p. 8).

⁷ Per indicazioni su composizione ruolo e modalità di funzionamento della piattaforma, istituita ai sensi dell'art. 20 del *regolamento tassonomia*, si rinvia al seguente link: Platform on Sustainable Finance (europa.eu)

due macrocategorie: *misure di tutela e misure di spinta*.

Entrambe mirano a favorire il qualche modo il reindirizzamento delle risorse finanziarie verso obiettivi genericamente ESG (si consenta la semplificazione), ma mediante logiche differenti. Le misure di tutela, nel cui ambito è possibile accogliere due sottocategorie di interventi, quelle di *trasparenza* e quelle *comportamentali*, mirano ad accrescere per l'appunto la trasparenza relativa ai prodotti di potenziale investimento, di modo che l'investitore e chi deve consigliarlo possano comprendere e confrontare le caratteristiche del prodotto e valutarne i rischi rilevanti, nell'assunto che vi sia una domanda rilevante verso tali prodotti e che la loro connotazione quali prodotti coerenti con gli obiettivi ESG possa essere di per sé attrattivo per il mercato. I secondi strumenti mirano viceversa direttamente ad influenzare il flusso di investimenti attraverso iniziative che ne alimentano la domanda.

3. Il regolamento relativo all'informativa sulla sostenibilità nel settore dei servizi finanziari (SFDR)⁸ – cui per logica funzionale si può affiancare la direttiva relativa alla rendicontazione societaria di sostenibilità (CSRD)⁹ – si colloca chiaramente nel solco degli strumenti dedicati a costruire un regime di trasparenza e chiarezza nella informativa in capo ai partecipanti ai mercati finanziari e ai consulenti finanziari per quanto riguarda l'integrazione dei rischi di sostenibilità e la considerazione degli effetti negativi per la sostenibilità nei loro processi e nella comunicazione delle informazioni connesse alla sostenibilità relative ai prodotti finanziari¹⁰. Un regime specifico riguarda tanto la trasparenza delle politiche in

⁸ Regolamento (UE) 2019/2088 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 novembre 2019, relativo all'informativa sulla sostenibilità nel settore dei servizi finanziari (il “Regolamento 2019/2088”).

⁹ Direttiva (UE) 2022/2464 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 dicembre 2022, che modifica il regolamento (UE) n. 537/2014, la direttiva 2004/109/CE, la direttiva 2006/43/CE e la direttiva 2013/34/UE per quanto riguarda la rendicontazione societaria di sostenibilità.

¹⁰ Vedi Regolamento 2019/2088 considerando 5 ss.

materia di rischio di sostenibilità che quelle in materia di remunerazione, come pure, ricorrendone i presupposti, le informazioni precontrattuali¹¹.

Complementare è l'iniziativa dell'EBA, che propone standard di informativa al pubblico e linee guida per una gestione efficace dei rischi ESG¹², così come le proposte di revisione della disciplina europea sulle banche e sulle imprese di investimento (CRR3-CRD6), promosse dalla Commissione europea, che puntano a rafforzare l'informativa al mercato (Terzo Pilastro) e i presidi che gli intermediari devono porre in essere per assicurare un governo consapevole dei rischi (Secondo Pilastro)¹³.

Ad un'analogia logica si affianca la adozione, da parte di BCE e Banca d'Italia, di documenti contenenti le *aspettative di vigilanza* in relazione alla gestione dei rischi climatici ed ambientali ed alla loro integrazione nelle strategie aziendali, nei sistemi di governo e controllo, nel risk management framework e nella disclosure¹⁴.

Ora è chiaro che uno dei principali profili di attenzione attiene alla *effettività* degli strumenti posti in campo per indirizzare risorse verso investimenti utili.

Il pericolo del *greenwashing* assegna alla disciplina di trasparenza una rilevanza fondamentale nella definizione di un quadro affidabile e credibile per gli operatori ed il mercato¹⁵.

L'A. nel Saggio dà conto delle iniziative a vario titolo individuate per la

¹¹ Cfr. Busch, *EU Sustainable Finance Disclosure Regulation*, in *Capital Markets Law Journal*, 2023, Vol. 18, No. 3, p. 303 ss..

¹² Vedi, al riguardo, anche EBA, *Report on the role of environmental and social risks in the prudential framework*, EBA/REP/2023/34, October 2023.

¹³ Sui profili della interazione tra sostenibilità e ordinata gestione in campo finanziaria, vedi Sepe, *Sviluppo, sostenibilità e sana e prudente gestione in ambito finanziario*, in Aa.Vv., *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale*, cit., p. 63.

¹⁴ Cfr. BCE, *Guida sui rischi climatici e ambientali, Aspettative di vigilanza in materia di gestione dei rischi e informativa*, Novembre 2020; Banca d'Italia, *Aspettative di vigilanza sui rischi climatici e ambientali*. Vedi sul punto anche Visco, *Le banche centrali e la finanza per lo sviluppo sostenibile*, Intervento del Governatore della Banca d'Italia alla Presentazione del Rapporto ASviS 2023, Roma, 19 ottobre 2023.

¹⁵ Vedi, sul punto, ESMA, *Progress Report on Greenwashing, Response to the European Commission's Request for input on "greenwashing risks and the supervision of sustainable finance policies"*, 31 May 2023.

definizione di un quadro ordinamentale europeo relativo a strumenti a valenza verde, i *green bonds*. La Commissione europea già nel 2020 nella Comunicazione relativa piano di investimenti del Green Deal europeo, aveva previsto l'istituzione di una disciplina per le obbligazioni ecosostenibili al fine di accrescere ulteriormente le opportunità di investimento e agevolare l'individuazione degli investimenti ecosostenibili attraverso marchi chiari¹⁶.

Nei mesi scorsi è stato finalmente adottato il regolamento europeo sulle *obbligazioni verdi europee*, identificate quale uno dei principali strumenti per finanziare gli investimenti relativi alle tecnologie ecosostenibili, all'efficienza energetica e delle risorse, nonché alle infrastrutture di trasporto ecosostenibili e alle infrastrutture di ricerca¹⁷.

L'esigenza ad intervenire per regolamento è volta proprio a conseguire una definizione unitaria di attività economiche ecosostenibili, sì da consentire agli investitori di individuare facilmente le obbligazioni i cui proventi sono allineati con gli obiettivi ambientali stabiliti dall'accordo di Parigi oppure contribuiscono a detti obiettivi. Allo stesso modo la individuazione di regole uniformi di trasparenza e responsabilità in capo ai verificatori esterni di dette obbligazioni possono aiutare gli investitori nell'individuare le obbligazioni ecosostenibili, avere fiducia nelle stesse e confrontarle¹⁸.

Il Regolamento 2023/2631 stabilisce requisiti specifici per le obbligazioni emesse da imprese finanziarie e non finanziarie e da emittenti sovrani che desiderano avvalersi della denominazione "obbligazione verde europea" o "EuGB" per tali obbligazioni, anche in termini di destinazione dei proventi acquisiti tramite

¹⁶ Vedi Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Piano di investimenti per un'Europa sostenibile. Piano di investimenti del Green Deal europeo*, (COM(2020) 21 final).

¹⁷ Vedi Regolamento (UE) 2023/2631 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 22 novembre 2023 sulle obbligazioni verdi europee e sull'informativa volontaria per le obbligazioni commercializzate come obbligazioni ecosostenibili e per le obbligazioni legate alla sostenibilità (il "Regolamento 2023/2631").

¹⁸ Vedi Regolamento 2023/2631, considerando n. 5 ss.

l'emissione. Al fine poi di agevolare il confronto e affrontare il greenwashing, sono individuati modelli di informativa volontaria sulla sostenibilità, tanto per le obbligazioni commercializzate come obbligazioni ecosostenibili che per quelle legate alla sostenibilità.

Passando alle *regole comportamentali*, il riferimento è a a tutti quegli interventi che hanno introdotto nelle direttive settoriali previsioni atte a dare emersione e rilevanza ai profili connessi ai rischi di sostenibilità, duplice prospettiva: di valutazione degli investimenti e nella fase relazionale tra intermediario e clientela. Sono stati, dunque, fissati specifici obblighi fiduciari negli ambiti della gestione patrimoniale, della (ri)assicurazione e degli investimenti, ricomprendendovi anche i rischi di sostenibilità e, per un altro, indicando che le preferenze di sostenibilità degli investitori al dettaglio debbano essere discusse presso il punto vendita¹⁹.

L'intero novero delle misure sinora richiamate si colloca dunque in una prospettiva di trasparenza informativa e di irrobustimento degli oneri comportamentali in capo agli intermediari finanziari, ferma restando la assoluta volontarietà del ricorso o meno a strumenti che mirano a cogliere obiettivi di

¹⁹ Il riferimento è a diversi strumenti normativi che hanno calato nei distinti silos regolamenti del campo finanziario le previsioni atte a dare sostanza e rilevanza ai rischi ed alle preferenze di sostenibilità: vedi Direttiva delegata della Commissione che modifica la direttiva 2010/43/UE per quanto riguarda i rischi di sostenibilità e i fattori di sostenibilità di cui tenere conto per gli organismi d'investimento collettivo in valori mobiliari (OICVM); regolamento delegato della Commissione che modifica il regolamento delegato (UE) n. 231/2013 per quanto riguarda i rischi di sostenibilità e i fattori di sostenibilità di cui i gestori di fondi di investimento alternativi debbono tenere conto; regolamento delegato della Commissione che modifica i regolamenti delegati (UE) 2017/2358 e (UE) 2017/2359 per quanto riguarda l'integrazione dei fattori di sostenibilità, dei rischi di sostenibilità e delle preferenze di sostenibilità nei requisiti in materia di controllo e di governo del prodotto per le imprese di assicurazione e i distributori di prodotti assicurativi e nelle norme di comportamento e nella consulenza in materia di investimenti per i prodotti di investimento assicurativi; direttiva delegata della Commissione che modifica la direttiva delegata (UE) 2017/593 per quanto riguarda l'integrazione dei fattori di sostenibilità negli obblighi di governance dei prodotti; regolamento delegato della Commissione che modifica il regolamento delegato (UE) 2015/35 per quanto riguarda l'integrazione dei rischi di sostenibilità nella governance delle imprese di assicurazione e di riassicurazione; direttiva delegata della Commissione che modifica il regolamento delegato (UE) 2017/565 per quanto riguarda l'integrazione dei fattori di sostenibilità, dei rischi di sostenibilità e delle preferenze di sostenibilità in taluni requisiti organizzativi e condizioni di esercizio delle attività delle imprese di investimento.

trasformazione o di rilevanza a fini di sostenibilità.

4. Di diverso segno sono, viceversa, quelle previsioni disciplinari che possono essere considerate come direttamente volte a conseguire una propulsione, una spinta, più o meno gentile volendo evocare la nota espressione di Thaler e Sunstein²⁰, alla destinazione di flussi finanziari verso l'economia verde, circolare, più genericamente gli obiettivi ESG.

Più in particolare, e venendo a strumentazioni della regolamentazione prudenziale, il riferimento è a quegli interventi che, ammettendo la praticabilità di determinate tipologie di investimento, ampliandone gli spazi possibili o manovrando sui livelli di ponderazione delle esposizioni verso tali investimenti, conseguano il risultato di veicolare o comunque creare incentivi verso specifici ambiti operativi.

Il fenomeno non è nuovo in sé ed ha trovato diverse paradigmatiche applicazioni nel tempo ed in diversi ambiti del campo finanziario.

Volendoci limitare all'area domestica, basti ricordare nella regolamentazione creditizia tutta l'evoluzione che dalla legge bancaria del '36 sino agli esordi del testo unico bancario ha riguardato la materia del vincolo di portafoglio quale misura latamente riferibile nella sua concreta applicazione ad obiettivi di politica monetaria e quindi disgiunta da mere logiche prudenziali. Al riguardo, mi fa piacere ricordare gli scritti dell'A. che già sul finire degli anni '70 si interrogava delle forme di interazione tra *intervento pubblico e ordinamento del credito*, mancando al tempo una previsione esplicita dei fini delle azioni di vigilanza riferita alle autorità di settore.

Se poi volgiamo l'attenzione al campo assicurativo, è immediato il riferimento alla disciplina amministrativa degli investimenti degli attivi a copertura

²⁰ Vedi Thaler and Sunstein, *Nudge, Improving Decision About Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press, New Haven & London, 2008.

delle riserve tecniche, più volte utilizzata quale strumento per offrire alle imprese di assicurazione, intese quali investitori istituzionali, lo spazio per intervenire in specifici settori, penso per tutti agli investimenti in infrastrutture.

L'evoluzione disciplinare in ambito finanziario ha per certo poi superato, nella ormai indiscussa separazione tra vigilanza prudenziale e logiche di politica monetaria, gli ultimi echi di un passato non più adeguato ai tempi. Di qui – per i cultori del diritto bancario – l'abrogazione dell'art. 147 tub, e nel campo assicurativo le logiche ispiratrici della Solvency II, tra cui il principio della persona prudente, che hanno alimentato la definizione di scelte imprenditoriali interne nella destinazione degli attivi, superando la pregressa logica interventistica di tipo amministrativo.

E, tuttavia, come riecheggia in tutta la costruzione del Saggio, le nuove emergenze climatiche, energetiche, di buon governo, ripropongono un'istanza anche interventistica volta a favorire il contributo del campo finanziario verso questi ambiti, ponendo ancora in tensione pura logica prudenziale e obiettivi più generali. Viene in rilievo per certi aspetti la intrinseca funzione sociale ascrivibile all'attività degli attori del settore finanziario.

Di questa tensione sono testimonianza i dibattiti in corso su vari segmenti di possibili interventi.

Nell'ottobre scorso, intervenendo all'Insurance Summit dell'ANIA, dedicato al contributo del settore assicurativo rispetto ai cambiamenti climatici e all'innovazione, il presidente dell'IVASS è tornato con una certa puntualità su rapporto tra rischi ambientali e vigilanza prudenziale²¹, anche richiamandosi ai lavori in corso per la revisione di Solvency II, nel cui contesto si pone l'eventuale revisione del trattamento prudenziale di attività e passività assicurative, al fine di tener conto di obiettivi legati alla sostenibilità.

²¹ Cfr. *Intervento* di Luigi Federico Signorini, Presidente dell'Ivass, ANIA Insurance Summit 2023. Cambiamenti climatici e innovazione: il contributo del settore assicurativo, Roma, 3 ottobre 2023.

Ebbene, sul punto, l'opinione espressa è stata chiaramente nel senso che la transizione energetica vada perseguita tramite politiche generali (regole, incentivi o tasse, investimenti pubblici); per contro, la regolamentazione prudenziale, bancaria e assicurativa, “dovrebbe tenerne conto, non tanto a fini di incentivazione diretta, quanto nell'ambito dell'obiettivo che le è proprio, e cioè la stabilità delle istituzioni finanziarie”²². Sotto questo versante il più grande contributo che la regolamentazione prudenziale può offrire agli obiettivi generali, ivi incluso quello connesso ad una sana transizione ecologica, consiste nel garantire la stabilità del sistema finanziario. Donde l'esigenza che l'eventuale introduzione nella disciplina di settore di “fattori di sostenibilità” sia sempre giustificata da una solida e comprovata evidenza empirica²³.

Nel campo creditizio la situazione non diverge da quella appena menzionata per il settore assicurativo, come pure testimoniato dall'EBA che recentemente ha evidenziato come “[w]hile there is already some evidence about the effect that environmental risks have on risk metrics, more comprehensive changes to the Pillar 1 framework are warranted only where a clear link between E&S factors and traditional categories of financial risks can be established”²⁴.

Un ulteriore profilo di analisi si concentra sulla tematica relativa alla valenza ed effettività del cd. mandato secondario della BCE. Come è noto, ai sensi dell'art. 127 (e 282) TFUE, l'obiettivo principale del Sistema europeo di banche centrali è il mantenimento della stabilità dei prezzi. Fatto salvo questo obiettivo (che è l'obiettivo primario) il SEBC “sostiene le politiche economiche generali dell'Unione al fine di contribuire alla realizzazione degli obiettivi dell'Unione”. Per lungo tempo questo secondo mandato è risultato negletto, poco esplorato nella sua valenza

²² Vedi *Intervento*, cit., p. 4.

²³ Ancora, *Intervento*, p. 5.

²⁴ Cfr. EBA, *Report on the role of environmental and social risks in the prudential framework*, cit., p. 10.

espansiva ed effettiva²⁵. Più di recente tuttavia l'attenzione si è ravvivata, proprio in considerazione della possibilità che nell'ambito di tale obiettivo secondario della BCE potessero rientrare anche le tematiche ESG che tanto prepotentemente in questi ultimi anni stanno assumendo rilevanza²⁶.

Ciò ha trovato alimento anche nella risoluzione del Parlamento Europeo del febbraio 2023²⁷, in qualche modo sollecitata dalla presidente della BCE che aveva indicato che tra gli obiettivi secondari rientra lo sviluppo economico, il rispetto per l'ambiente e la lotta contro il cambiamento climatico, ma che sarebbe stato molto opportuno ricevere una indicazione più chiara da parte del Parlamento europeo²⁸. Ebbene la risoluzione del Parlamento Europeo chiarisce che quando la BCE deve optare tra diverse scelte di politica monetaria deve scegliere quella che meglio supporta le politiche economiche generali della UE.

Va da sé che la tematica della effettività del ricorso al mandato secondario chiama in causa le tradizionali questioni in materia di indipendenza e legittimazione democratica della BCE, laddove evidentemente il supporto alle politiche economiche generali si può prestare sovente ad applicazioni discutibili sotto questo versante.

Ed ancora la EP Resolution 2023 fornisce chiara eco di queste problematiche laddove invita la BCE, nel rispetto della propria indipendenza, ad affrontare le carenze del mercato e garantire un'allocazione efficiente delle risorse in un orizzonte di lungo termine, rimanendo al tempo stesso apolitica e rispettando il principio della neutralità del mercato; osserva che la BCE si sarebbe già discostata dalla neutralità del mercato in diversi casi; sottolinea che tali decisioni non devono

²⁵ Cfr., de Boer and van 't Klooster, *The ECB's neglected secondary mandate: an inter-institutional solution*, PositiveMoney Europe, October 2021.

²⁶ Cfr., Ioannis, Murphy, Zilioli, *The mandate of the ECB: Legal considerations in the ECB's monetary policy strategy review*, in *ECB Occasional Paper Series*, No 276, September 2021.

²⁷ European Parliament resolution of 16 February 2023 on the European Central Bank annual report 2022, P9_TA(2023)0057 ("EP Resolution 2023").

²⁸ Cfr. EP Resolution 2023, punto 28.

essere prese a scapito del raggiungimento dell'obiettivo primario della BCE²⁹.

Sotto altro versante, si pone la questione della possibilità che l'art 127 TFUE possa costituire la base per una autonoma agenda di politica economica della BCE; tesi cui va preferita piuttosto una soluzione che veda il mandato e gli strumenti ammissibili specificati dal Consiglio europeo tramite l'articolo 121 (2) TFUE³⁰.

Certo, sullo sfondo rimane il dubbio se abbia ancora senso distinguere tra primo mandato e mandato secondario considerato che ormai i bilanci delle banche hanno il 15% influenzato da asset collegati ad elementi con tematiche ambientali.

5. L'indagine condotta dall'A. nel Saggio ha testimoniato delle difficoltà della fase di transizione che l'ordinamento europeo sta attraversando e dei ritardi della politica nel delineare le linee guida di un sistema interventistico che asseondi una diversa e migliore interazione tra clima ed energia (p. 233).

Le disposizioni di trasparenza e comportamentali certamente possono essere di ausilio ad un indirizzamento operativo che, tuttavia, posto in quei limitati termini, fonda troppo sulla coscienza individuale che dovrebbe attivare un *agere* improntato eticamente verso un approccio più attento alla sostenibilità. Cosa che, fatalmente, diviene più semplice nella misura in cui anche il ritorno economico renda appetibile un investimento così orientato.

Di qui la opportunità di misure di spinta, che riescano ad indirizzare lì dove la sola propensione individuale non arriva. E tuttavia, come si è cercato di rilevare, la adozione di misure di spinta si confronta sovente con limitati appoggi sul piano tecnico, quando non su evidenti freni correlati alle implicazioni di carattere politico

²⁹ Cfr. EP Resolution 2023, punti 39 ss.. Vedi, ora, anche European Parliament resolution of 27 February 2024 on the European Central Bank – annual report 2023 P9_TA(2024)0094, in particolare i punti 24 ss.

³⁰ Cfr. Thiele, *Independence, accountability and proportionality in the context of the ESCB's secondary mandate*, in ECB Legal Conference 2023, *Treading softly: How central banks are addressing current global challenges*, December 2023, in particolare p. 36 ss.

e di relazioni tra Stati che discendono dalle misure che potrebbero prospettarsi.

Trova dunque conferma quanto enunciato nel sottotitolo del saggio: la convergenza tra clima energia e finanza è difficile da conseguire; vi è il dubbio che le emergenze della situazione politica dell'oggi non aiutino a concentrare la dovuta attenzione dei *policymakers* verso questi obiettivi.

Vincenzo Troiano

*Ordinario di Diritto dell'economia
nell'Università degli Studi di Perugia*

**IL FENOMENO DEL GREENWASHING
ALLA LUCE DELLE RECENTI EVIDENZE EMPIRICHE.
LA PROPOSTA DI DIRETTIVA GREEN CLAIMS ***

(The phenomenon of Greenwashing in the light of recent empirical evidence. The Proposal for a Green Claims Directive)

ABSTRACT: *This article aims to provide insights into the phenomenon of so-called "greenwashing," highlighting the consequences of behaviors that do not align with the principle of balancing developmental needs with environmental protection. The recent initiatives adopted by the European Union (EU) to combat this phenomenon are commendable.*

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il *greenwashing*: gli esiti delle indagini statistiche. 3. Considerazioni conclusive.

1. Con il presente contributo, si intende offrire qualche spunto di riflessione sul fenomeno del cd. *greenwashing* e in particolare sulle conseguenze derivanti da condotte non improntate alla logica di un equilibrio tra esigenze di sviluppo e rispetto dell'ambiente.

A tal fine, occorre preliminarmente far presente che il processo di transizione ecologica attualmente in atto è stato accelerato dalla recente crisi pandemica la quale, come è stato sostenuto dalla dottrina, ha agito «da catalizzatore nel mettere in evidenza i limiti di un sistema economico giuridico nel quale la logica del benessere, declinata nelle modalità derivate dalle forme di un capitalismo avanzato,

*Contributo approvato dai revisori.

Intervento al Convegno “*Mercato dei capitali, transizione energetica e finanza sostenibile nelle indicazioni UE. Riflessioni a margine del libro Clima Energia Finanza. Una difficile convergenza di Francesco Capriglione, Utet, 2023*” tenutosi il 19 ottobre 2023 presso l'Università LUISS Guido Carli.

ha assunto un ambito prospettico negativo»; la ricerca di «nuove modalità di vita» viene dunque correlata all'esigenza di adottare «comportamenti virtuosi volti a rimediare i danni della pandemia»¹. Chiaro è il riferimento a comportamenti che diano contenuto ad un impegno per il *Green Deal* e quindi alla cd. trasformazione verde la quale è divenuta emblematica di una «pratica esperenziale e politica»².

Si è in presenza di una realtà che, come è stato osservato, introduce elementi di significativa innovazione rispetto al passato, orientata alla tutela dei 'diritti umani' da realizzare attraverso processi decisionali e condotte improntate a criteri che preservino l'ambiente e assicurino il pieno sviluppo sociale³.

Al perseguimento di tali obiettivi appare, del resto, preordinato il piano denominato *Next Generation UE* che costituisce, come è noto, il provvedimento principe, emblematico della reazione dell'Europa alla crisi pandemica. Al riguardo è bene ricordare che quest'ultimo si basa, come è noto, sul disposto di cui all'art. 122 TFUE nel quale si declina il concetto di *solidarietà* in termini *competitivi*, legittimando gli Stati membri, in condizione di particolare difficoltà, a beneficiare, sia pure nel rispetto di certi limiti, di un piano di assistenza finanziaria concertato con l'Unione⁴.

Come si è già evidenziato in altra sede⁵, le misure ivi contenute non sembrano tuttavia rispondere a pieno alle sollecitazioni di una paritaria distribuzione degli oneri tra i Paesi dell'UE, per quanto esse riflettano un modello di *condizionalità* ispirato a logiche parzialmente differenti rispetto al passato essendo

¹ Cfr. CAPRIGLIONE, *Emergenza coronavirus e finanza sostenibile*, in AA.VV., *Covid-19 emergenza sanitaria ed economica. Rimedi e prospettive*, a cura di D. Rossano, Milano, 2020, p. 20.

² PASSALACQUA, *Green deal e transizione digitale verso un diritto eventuale*, in AAVV., *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale*, Studi dedicati a Mauro Giusti, a cura di Passalacqua, Milano, 2021, p. 29.

³ Cfr. CAPRIGLIONE, *Clima energia finanza una difficile convergenza*, Milano, 2023, p. 67.

⁴ Cfr. CENTURELLI, *Verso un futuro migliore: azioni nazionali ed europee sulla politica di coesione per riparare il tessuto sociale, disattivare gli squilibri causati dalla crisi Covid-19 e rilanciare l'economia*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2020, p. 723.

⁵ Sia consentito il rinvio a ROSSANO, *Solidarietà e stabilità economica nella ridefinizione del patto di stabilità e crescita*, in *Riv. trim. dir. econ.*, suppl. n. 1/2023, p. 133.

dirette «a massimizzare l'efficacia delle politiche nazionali di investimento intorno a comuni obiettivi strategici di crescita e sviluppo sociale ed economico»⁶. Tale approccio, adottato da parte del legislatore europeo, opportunamente declinato in una chiave solidaristica comunque più sentita rispetto al passato, è destinato probabilmente ad orientare i futuri interventi in materia prefigurandosi come astrattamente idoneo a perseguire, altresì, le istanze di efficienza e concorrenzialità imposte dal mercato⁷.

Conferma tale assunto la circostanza che il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), di attuazione del *Next Generation UE*, prevede una articolata procedura tecnica in base alla quale gli Stati membri devono anticipare le risorse economiche necessarie alla realizzazione dei progetti di crescita approvati, impegnandosi a presentare due volte all'anno alla Commissione una richiesta di rimborso del contributo finanziario. Tale restituzione delle somme versate è, peraltro, subordinata alla verifica da parte dell'Autorità europea del conseguimento degli obiettivi prefissati.

Qualora i risultati attesi non fossero conseguiti, ai sensi del Regolamento (UE) 2021/2041, il rimborso potrebbe venire sospeso, in attesa che lo Stato membro interessato adotti le «*misure necessarie per garantire un conseguimento soddisfacente dei traguardi e degli obiettivi*» (art. 24, par. 6 del citato

⁶Così GIUBBONI, *Crisi pandemica e solidarietà europea*, in *Quaderni Cost.*, 1, 2021, p. 219 secondo cui, a fatica, si sta facendo strada una deroga – oggettivamente circoscritta e temporalmente delimitata – alla regola cardine della stretta condizionalità, la quale resta il fulcro – soggetto, anzitutto, alla occhiuta e interessata vigilanza del *Bundesverfassungsgericht*.

⁷Pur sempre attuali appaiono le considerazioni di W. STREECK, *Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva*, in *Stato e Mercato*, 1, 2000, p. 22 secondo cui la coesione sociale viene ricercata attraverso uguali opportunità e non attraverso uguali risultati; e i concetti tradizionali di solidarietà vengono permeati di uno spirito borghese- di efficienza e autosufficienza- che enfatizza l'importanza dello sforzo individuale e dell'investimento collettivo nei confronti della competitività almeno tanto quanto le garanzie sociali per livelli minimi di ricompensa o consumo.

Sotto altro profilo, appare opportuno che ciascun settore di intervento sia destinatario di procedure amministrative e regole diverse, essendo auspicabile la predispersione di un corpo di norme che tenga conto delle specificità del contesto nelle quali esse operano (sul punto, cfr. TORCHIA, *Il sistema amministrativo italiano e il Fondo di ripresa e resilienza*, 2020, consultabile su <https://www.irpa.eu/il-sistema-amministrativo-italiano-e-il-fondo-di-ripresa-e-resilienza/>).

Regolamento). Se ne deduce dunque che, nell'ipotesi in cui l'Italia non dovesse adottare le riforme strutturali richieste (in materia di digitalizzazione e innovazione, transizione ecologica, infrastrutture per mobilità sostenibile, inclusione e coesione, salute), essa potrebbe perdere il diritto ad ottenere il rimborso delle risorse già impiegate, essendo costretta, altresì, a restituire quanto in precedenza già ottenuto (art. 24, par. 9 del menzionato Regolamento)⁸.

È possibile, dunque, giungere ad una prima conclusione. Si rende necessario costituire un *pactum fiduciae* nel settore finanziario tra i Paesi UE al fine di realizzare le riforme necessarie per incrementare gli investimenti *green*; obiettivo tra l'altro previsto nel piano *Next Generation UE*, prima, e nel *PNRR*, poi. Naturalmente il raggiungimento di tali scopi implica l'identificazione dei fattori che, incidendo sulle dinamiche finanziarie, sono in grado di contrastare i rischi della sostenibilità. Sicché, diviene indispensabile *in subjecta materia*, come si dirà, individuare gli strumenti che impediscono il cd. *greenwashing* e dunque la circostanza che le imprese del mercato adottino strategie di comunicazioni finalizzate a presentare come ecosostenibili talune attività delle quali viene accuratamente celato l'impatto ambientale negativo.

2. Su tali profili d'indagine denotano importanza gli esiti dell'indagine conoscitiva condotta dalla Commissione UE e le autorità nazionali di tutela dei consumatori secondo cui nel 42% dei casi analizzati vi era motivo di ritenere che le affermazioni fornite dalle imprese in materia *green* fossero *esagerate* e configurassero potenzialmente pratiche commerciali sleali a norma del diritto dell'UE⁹. Significative al riguardo è anche il sondaggio globale coordinato dalla *Competition and Market Authority* (CMA), l'autorità di regolamentazione della

⁸Sul punto, cfr. DAVANZATI, *Le debolezze del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in *Montea e credito*, 2022, vol. 75, n. 297, p. 78 s.

⁹Si veda il comunicato stampa pubblicato il 28 gennaio 2021 consultabile sul sito della Commissione UE dal titolo "Greenwashing": lo screening dei siti web rivela che la metà delle affermazioni ecologiche è priva di fondamento.

concorrenza nel Regno Unito, in collaborazione con *l'International Consumer Protection and Enforcement Network* (ICPEN), rete internazionale per la protezione dei consumatori, le quali hanno rilevato che il 40% delle affermazioni ecologiche online potrebbero essere *fuorvianti* per i consumatori¹⁰. Tali dati statistici vanno raccordati con quelli resi pubblici nel corso del convegno della Consob dal titolo “Investimenti sostenibili. Conoscenze, attitudini e scelte degli investitori italiani”, secondo cui nel 2022 l’interesse degli italiani verso gli investimenti sostenibili è calato. Come riportato nel rapporto Greenwashing 2023, infatti, nel 2021 l’interesse nei confronti degli investimenti *green* era del 17%, mentre nel 2022 si è attestato al 15%, sebbene il 48% degli intervistati (57% nell’anno precedente) si è dichiarato disposto ad investire in prodotti finanziari ESG (Environment, Social, Governance) solamente nel caso in cui i rendimenti fossero pari o addirittura superiori a quelli offerti da investimenti non sostenibili¹¹.

Se ne deduce che, per un verso, nonostante gli sforzi profusi in sede UE, l’interesse ad investire nel settore *green* è strettamente collegato ai margini di profitto offerti alla clientela, e per altro verso, che il successo dell’intero piano di intervento predisposto dalle Autorità competenti europee in materia dipende dalla capacità di contrastare il dilagante fenomeno del *greenwashing*. Nella prospettiva di dar corso ad un mercato efficiente e stabile diviene, dunque, obiettivo di primaria importanza quello che si propone di non relegare il perseguimento di finalità “*green*” in un ambito di mero “slogan” pubblicitario identificando opportune modalità di intervento capaci di assicurare i risultati attesi.

Si riscontra, inoltre, in detto ambito, il pericolo per cui l’imposizione di meri obblighi informativi cd. *green* posti a carico delle imprese si riduca, di fatto, al rispetto di un semplice protocollo formale, è ulteriormente avvalorato dai dati statistici pubblicati dalla Commissione UE secondo cui un numero significativo di

¹⁰Cfr. Government UK, *Global sweep finds 40% of firms’ green claims could be misleading*, 2021.

¹¹Consultabile su [https://ambientenonsolo.com/il-rapporto-greenwashing-2023/#:~:text=Nel%202023%20la%20Francia%20ha,anidride%20carbonica%20\(o%20una%20dicitura.](https://ambientenonsolo.com/il-rapporto-greenwashing-2023/#:~:text=Nel%202023%20la%20Francia%20ha,anidride%20carbonica%20(o%20una%20dicitura.)

asserzioni ambientali (pari al 53,3%!) fornisce informazioni *vaghe, ingannevoli o infondate* in merito alle caratteristiche ambientali dei prodotti nell'UE e in relazione ad un'ampia gamma di categorie di prodotti offerti¹².

Indicazioni di sicuro interesse, sul punto, provengono dalla giurisprudenza¹³ secondo cui, in coerenza col quadro disciplinare di riferimento in materia (art. 12 del Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale), le comunicazioni commerciali che evocano benefici di carattere ambientale, devono fondarsi su dati veritieri, pertinenti e scientificamente verificabili. Da qui l'importanza che in detto ambito assume l'informazione e le modalità mediante le quali essa circola e viene elaborata dai soggetti cd. *inesperti*. Sicché, ad avviso della richiamata giurisprudenza, la comunicazione avente tale destinazione, nel prospettare un beneficio ambientale, deve consentire di comprendere chiaramente a quale aspetto del prodotto o dell'attività pubblicizzata i benefici vantati si riferiscono, donde l'inadeguatezza di ragguagli che si fondano sul mero richiamo a frasi di uso comune, prive di concreto significato ai fini della caratterizzazione e della differenziazione dei prodotti.

L'importanza di fornire ai consumatori informazioni corrette sulle caratteristiche *green* dei prodotti offerti trova riscontro altresì nel *Green Claims Code* emanato nel 2021 dalla *Competition Markets Authority* del Regno Unito che si fonda su sei punti chiave in base ai quali le affermazioni fornite dalle imprese devono: i) essere veritiere e accurate; ii) essere chiare e inequivocabili; iii) contenere tutti i dati rilevanti; iv) contenere confronti tra beni o servizi equi e significativi; v) considerare l'intero ciclo di vita del prodotto o servizio; vi) essere

¹² Commissione Europea, Environmental claims in the EU: Inventory and reliability assessment Final report, 2020.

¹³Cfr. il provvedimento del Tribunale di Gorizia del 26 novembre 2021 in *Il dir. ind.*, 4, 2022 con nota di PISTILLI, *Il green-washing tra pubblicità ingannevole e pratica commerciale scorretta: quando può dirsi atto di concorrenza sleale?*, p. 381 ss., e in *Ambiente&Sviluppo*, 6, 2022, con nota di QUARANTA, *La retorica green e le comunicazioni ingannevoli: il greenwashing per la prima volta al vaglio del giudice di merito*, p. 403 ss.

motivate.

Nel medesimo senso, sembra orientare la proposta di direttiva europea cd. *green claims* di marzo 2023 la quale mira a contrastare le false dichiarazioni ambientali (environmental claims) con l'obiettivo di garantire agli investitori informazioni affidabili, comparabili e verificabili per consentire loro di prendere decisioni sostenibili e ridurre il rischio di *greenwashing*¹⁴. Tale proposta, peraltro, tiene in debito conto il crescente fenomeno del cd. *green trademarks* che consiste nell'utilizzo di segni che richiamano i valori della qualità ambientale all'interno della parte denominativa e/o figurativa del marchio¹⁵.

3. Il filosofo greco Aristotele, in uno dei suoi aforismi, affermava: "se sulla terra prevalesse l'amore, tutte le leggi sarebbero superflue". Alla luce di quanto si è detto e sulla base dei dati statistici soprariportati, appare chiaro che in campo economico/finanziario le logiche operative sono invece prevalentemente orientate all'accumulazione dei profitti e sono disancorate dalla tutela dei numerosi altri interessi che connotano l'esercizio dell'attività di mercato¹⁶. Di qui l'esigenza di un deciso intervento del legislatore in materia, chiamato ad intervenire assicurando che le informazioni *green* siano corrette e non fuorvianti, nonché vengano trasmesse in modalità tali da assicurare scelte di investimento davvero consapevoli.

¹⁴Il Parlamento UE, ha approvato il 12 marzo scorso, in prima lettura, con emendamenti, la Risoluzione legislativa sulla proposta in parola. La direttiva integrerà la Direttiva sulla responsabilizzazione dei consumatori per la transizione verde, ovvero al Direttiva (UE) 2024/825 in materia di c.d. *Greenwashing*, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione lo scorso 6 marzo 2024.

¹⁵Sul punto cf. lo studio *Green EU trademarks 2022 Update* presentato nel febbraio 2023 dall'E.U.I.P.O. (Ufficio dell'Unione Europea per la proprietà intellettuale). Come emerge espressamente nella relazione che accompagna la proposta di direttiva *green claims*, nel corso della consultazione pubblica aperta su detto provvedimento, oltre un quarto (27%) dei partecipanti ha indicato "la proliferazione e/o la mancanza di trasparenza/comprendibilità/attendibilità dei loghi/marchi di sostenibilità di prodotti e servizi" come ostacolo importante alla responsabilizzazione dei consumatori per la transizione verde.

Come peraltro riportato dagli organi di stampa specialistica (<https://ntplusdiritto.ilsole24ore.com/>) sulla base di tale criterio sono stati rigettati dall'E.U.I.P.O. domande di marchi europei considerati descrittivi, vale a dire "Greenline", "Carbon green", "Ecoperfect" e "Ecodoor".

¹⁶Cfr. CAPRIGLIONE, *Clima energia finanza una difficile convergenza*, cit., p. 58.

Naturalmente, nel delineato contesto, dovrà essere cura della regolazione evitare che si determinino fenomeni di *greenwashing* mediante la predisposizione di un efficiente impianto sanzionatorio¹⁷.

Sul punto, la proposta di direttiva di cui si è dato conto in precedenza, autorizza gli Stati membri a scegliere tra i meccanismi esistenti nell'ambito della legislazione in materia di tutela dei consumatori, fermo restando che la sanzione deve dipendere dalla natura, dalla gravità, dalla portata e dalla durata della violazione, dal carattere (intenzionale o negligente) della condotta posta in essere, dalla capacità finanziaria della parte responsabile, dai benefici economici derivanti dalla violazione e da eventuali violazioni precedenti o da altri fattori aggravanti (artt. da 13 a 20 della proposta di direttiva). Ai sensi dell'art. 17 della menzionata proposta, gli Stati membri dovranno provvedere affinché le sanzioni comprendano tra l'altro: i) ammende; ii) confisca dei proventi percepiti dal professionista da una transazione con i prodotti interessati; iii) esclusione temporanea, per un periodo massimo di 12 mesi, dalle procedure di appalto pubblico e dall'accesso ai finanziamenti pubblici, comprese procedure di gara, sovvenzioni e concessioni. In ogni caso, l'importo massimo delle sanzioni dovrebbe essere dissuasivo e pari almeno al 4% del fatturato annuo totale del professionista.

Si è in presenza di una proposta di impianto disciplinare che denota consapevolezza del fatto che un investimento finanziario per essere adeguato alle aspettative dei singoli investitori, non può prescindere da una corretta presentazione di taluni dati informativi in ordine alle finalità *green* dell'operazione posta in essere. Si delinea uno scenario caratterizzato da un modo nuovo di valutare gli investimenti previo raccordo con un apparato sanzionatorio definito in modalità tali da dissuadere le imprese dall'intraprendere strategie fondate sull'*eco-bugie*.

¹⁷Esprime l'esigenza che venga predisposto in sede UE un solido impianto sanzionatorio in materia, PANCALLO, *La trasparenza bancaria nella transizione ad un mercato sostenibile*, Bari, 2022, p. 116, la quale suggerisce di introdurre i cd. risarcimenti punitivi che avrebbero una forte efficacia deterrente.

Va da sé che al presente, l'identificazione delle sanzioni applicabili ai fenomeni di *greenwashing* impone una difficile opera ermeneutica del quadro normativo di riferimento in materia in grado di cogliere le peculiarità del caso concreto sottoposto a valutazione. Ne sono conferma le conclusioni cui è pervenuto il Tribunale di Gorizia nel 2021 le quali, infatti, non sono state accolte pacificamente in dottrina¹⁸. Ad avviso dei giudici i messaggi pubblicitari che inducono nel consumatore «un'immagine green dell'azienda senza dar conto di quali siano le politiche aziendali che consentono un maggior rispetto dell'ambiente e riducano fattivamente l'impatto ambientale dei prodotti»¹⁹, integrano gli estremi di cui al disposto dell'art. 2598 c.c. numero 3 che qualifica come sleale la condotta di chi *“si vale direttamente o indirettamente di ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda”*. A tacer d'altro, occorre sottolineare, in questa sede, la complessità di ricondurre ad atti atipici di concorrenza sleale le condotte poste in essere, cui si aggiunge l'ulteriore difficoltà di dimostrare che queste ultime siano contrarie alle regole di correttezza professionale e idonee a danneggiare l'altrui azienda.

Analoghe perplessità sorgono con riferimento all'orientamento secondo il quale il *greenwashing* potrebbe generare anche una responsabilità di tipo extra-contrattuale; dubbi motivati dalla difficoltà connessa alla prova del danno subito (oltre che della sussistenza dell'elemento psicologico).

Sotto altro profilo, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato può invocare in materia i poteri attribuiti a quest'ultima ai sensi dell'art. 27 c. cons e,

¹⁸Cfr. PISTILLI, *Il green-washing tra pubblicità ingannevole e pratica commerciale scorretta: quando può dirsi atto di concorrenza sleale?*, cit., p. 381 ss. secondo cui, tra l'altro, il Tribunale effettua una rappresentazione confusa degli istituti della pubblicità ingannevole e delle pratiche commerciali scorrette.

¹⁹Nel caso di specie, risultavano contestati da un lato claim pubblicitari molto generici, quali “scelta naturale, amica dell'ambiente, la prima e unica microfibra che garantisce eco - sostenibilità durante tutto il ciclo produttivo, microfibra ecologica”; dall'altro lato alcuni concetti riportati nella compagna pubblicitaria trovano smentita nella stessa composizione e derivazione del tessuto, pubblicizzato come fibra naturale ma non avente tale natura.

tuttavia, anche in tal caso deve farsi presente che quest'ultima presiede al controllo del rispetto delle regole di mercato, salvaguardando pertanto interessi di carattere generale e non prettamente di natura privatistica.

In conclusione, può dirsi che, a fronte di una realtà come quella descritta in precedenza, spesso caratterizzata da incertezze e dubbi interpretativi, si pone il prioritario problema di prevedere puntuali obblighi informativi cui è correlata l'esigenza di delineare un chiaro (e definito a priori) quadro sanzionatorio di riferimento in materia; ciò in quanto è necessario rinvenire i rimedi adeguati a eliminarne o, quanto meno, a contenerne le criticità evidenziate. Va da sé che il successo delle misure proposte in ambito UE dipende da come queste ultime verranno recepite e dettagliate all'interno di ciascuno ordinamento degli Stati europei.

Diego Rossano

Ordinario di Diritto dell'economia

nell'Università degli Studi di Napoli "Parthenope"

PARTE SECONDA

NOTE ED OSSERVAZIONI A SENTENZA

CONSIGLIO DI STATO
SENTENZA DEL 29 DICEMBRE 2023, N. 11358

(Omissis)

FATTO

1. – Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia la 2i Rete Gas S.p.a., nella dedotta qualità di gestore del servizio di distribuzione del gas naturale in vari comuni, impugnava le deliberazioni dell’Autorità di Regolazione per Energia, Reti e Ambiente (ARERA) del 21 dicembre 2021 n. 603/2021/R/COM (“delibera n. 603”) e n. 604/2021/R/COM (“delibera n. 604”), adottate a seguito dell’introduzione, con l’art. 1, co. 4, della l. 27 dicembre 2017, n. 205, della prescrizione biennale del diritto al corrispettivo nei rapporti per la fornitura di energia elettrica e di gas tra utenti domestici, microimprese e professionisti, da un lato, e venditori, dall’altro, nonché tra gli altri soggetti all’interno della medesima filiera.

La ricorrente si doleva, in particolare, dell’introduzione a carico dei distributori del gas, ad opera dell’art. 5 e dell’art. 6 dell’allegato A della delibera n. 603, di una serie di obblighi informativi concernenti eventuali fatti idonei a impedire o sospendere il decorso della prescrizione, con riferimento ai dati di misura o alle rettifiche degli stessi relativi a consumi risalenti a oltre due anni prima, relativamente alla suddetta tipologia di utenti finali, nonché dell’estensione di quegli obblighi con riferimento alla generalità degli utenti, ad opera dell’art. 9 della delibera n. 604.

2. – Con sentenza del 2 gennaio 2023, n. 35, il T.A.R. ha accolto il ricorso e, per l’effetto, ha annullato gli art. 5 e 6.4 dell’allegato A alla delibera n. 603 e l’art. 9 della delibera n. 604, compensando tra le parti le spese di lite.

2.1.1 – Secondo il T.A.R., enucleati all’interno della filiera del gas tra venditore, distributore e cliente finale due distinti rapporti negoziali, derivanti da titoli negoziali differenti e caratterizzati da una diversa disciplina, l’uno tra venditore e distributore,

l'altro tra venditore e cliente finale, in ciascuno di essi le norme civilistiche in materia di prescrizione dovrebbero trovare separata applicazione e la circostanza che sul piano meramente fattuale le attività rimesse al distributore, in quanto titolare del servizio di misura del consumo di gas, possano assumere rilevanza anche nel diverso rapporto intercorrente tra il venditore e il cliente non legittimerebbe alcuna sovrapposizione tra le due relazioni.

2.1.2 – Tuttavia l'art. 5 della delibera n. 603, segnatamente al punto 2 dove s'impone al distributore di riferire al venditore la sussistenza o meno di cause ostative al maturarsi della prescrizione indicandogli il riferimento normativo e fornendogli una rappresentazione dettagliata, puntuale ed esaustiva di tali cause, in primo luogo creerebbe una commistione tra due rapporti diversi, imponendo al distributore obblighi di accertamento e di valutazione giuridica che non gli competono, perché attinenti al diverso rapporto esistente tra il venditore e il cliente finale, e, in secondo luogo, modificherebbe la distribuzione dell'onere della prova nel rapporto tra il venditore e il cliente finale, gravando il distributore, estraneo a quel rapporto, dell'onere di allegare e provare, caso per caso, la ricorrenza di fatti specifici in base ai quali possa ritenersi che il cliente finale abbia dolosamente occultato l'esistenza del debito (art. 2941, n. 8, c.c.) o che sussista un impedimento giuridico al decorso della prescrizione (art. 2935 c.c.).

2.1.3 – Pertanto la delibera n. 603 verrebbe a incidere sulla disciplina civilistica della prescrizione, anche col precisare, nella sua parte motiva, quali situazioni non sarebbero rilevanti al fine di escluderne la maturazione (negando che possano dirsi integrate ipotesi ostative alla prescrizione qualora il distributore si sia limitato a rispettare la regolazione sulla periodicità dei tentativi di misura o a effettuare tentativi di contatto col cliente finale).

2.1.4 – Ciò non sarebbe consentito dalla disciplina di settore, che non attribuirebbe all'Autorità di regolazione il potere né d'introdurre cause di sospensione della

prescrizione, né di modificare la distribuzione dell'onere della prova, né di alterare il contenuto dei diversi rapporti intercorrenti, rispettivamente, tra distributore e venditore e tra venditore e cliente finale, assegnando al distributore il compito di accertare e qualificare giuridicamente fatti destinati ad incidere sul regime della prescrizione nel rapporto cui è estraneo, come già in altra occasione ritenuto dallo stesso Tribunale (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 14 giugno 2021, n. 1441).

2.1.5 – Da qui l'illegittimità della norma contenuta nell'art. 5 della delibera n. 603, poiché porrebbe obblighi informativi in capo al distributore che comporterebbero l'accertamento di fatti, nonché l'effettuazione di qualificazioni e valutazioni giuridiche, che modificherebbero senza fondamento normativo il regime civilistico della prescrizione.

2.2 – Per le stesse ragioni sarebbe illegittimo anche l'art. 6.4 dell'allegato A della delibera n. 603, il quale, in via transitoria fino al 31 dicembre 2022, avrebbe introdotto un meccanismo presuntivo estraneo al regime codicistico della prescrizione desumendo l'insussistenza di situazioni atte ad impedire la sua maturazione, nel rapporto tra venditore e cliente, dal mero fatto della violazione dell'obbligo informativo posto in capo al distributore, estraneo a tale rapporto.

2.3 – L'art. 5 della delibera n. 603 sarebbe ulteriormente viziato perché imporrebbe al distributore obblighi di accertamento fattuale, di qualificazione e di valutazione giuridica eccedenti il contenuto del servizio di misura, come regolato dagli artt. 14-16 della deliberazione ARG/gas 64/09 (recante approvazione del testo integrato delle attività di vendita al dettaglio di gas naturale e gas diversi da gas naturale distribuiti a mezzo di reti urbane: c.d. TIVG), e la cui introduzione non sarebbe sorretta dalle previsioni della legge n. 205 del 2017, posto che non sarebbe percorribile una lettura restrittiva della disposizione censurata nel senso che le attività imposte al distributore si riferirebbero al caso della manomissione dello strumento di misura.

2.4 – Gli artt. 5 e 6.4. della delibera n. 603 sarebbero, infine, viziati anche per l'irragionevolezza dei termini che vi sono previsti per l'effettuazione delle attività imposte al distributore (nel primo caso, contestualmente alla messa a disposizione della lettura effettiva che genera il consumo risalente a più di due anni; nel secondo, entro sette giorni lavorativi dalla comunicazione dell'eccezione di prescrizione sollevata dal cliente finale), in quanto la delibera non avrebbe tenuto conto della complessità degli adempimenti imposti al distributore, né del fatto di aver essa stessa riconosciuto l'impossibilità che l'istruttoria sia condotta in maniera totalmente automatizzata.

2.5 – L'art. 9 della delibera n. 604, estendendo il regime posto dagli artt. 5 e 6.4 della delibera n. 603 anche a coloro che non ricadono nel novero degli utenti per i quali il termine di prescrizione è stato ridotto a due anni (cc.dd. clienti meritevoli di tutela rafforzata), non troverebbe fondamento nel dato legislativo di riferimento (l'art. 1, co. 4, della legge n. 205 del 2017) e sarebbe priva di qualunque supporto giustificativo, non essendo sostenuta da una specifica motivazione che consenta di comprendere le ragioni della dilatazione così operata.

3. – Avverso la predetta sentenza hanno proposto ricorso in appello l'ARERA e la CSEA- Cassa servizi energetici e ambientale (ex Cassa conguaglio settore elettrico), anch'essa parte del giudizio di primo grado.

4. – La 2i Rete Gas S.p.a. ha resistito all'appello.

5. – Si è costituita a sostegno dell'appello l'Enel Energia s.p.a., già interveniente *ad opponendum* nel giudizio di primo grado.

6. – Hanno proposto intervento adesivo all'appello l'associazione Energia Libera, in qualità di ente esponenziale di interessi collettivi nel settore dell'energia elettrica e del gas avente come scopo istituzionale la tutela degli operatori del settore, e la Eni Plenitude s.p.a. Società Benefit, in veste di primario operatore nazionale nel settore della vendita del gas.

7. – Nel corso del giudizio sono state depositate memorie e repliche.

8. – Alla pubblica udienza del 24 ottobre 2023 la causa è stata discussa e trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. – E' appellata la sentenza, i cui estremi sono indicati in epigrafe, con la quale il T.A.R. per la Lombardia ha annullato l'art. 5 e l'art. 6.4 dell'Allegato A della deliberazione dell'Autorità di Regolazione per Energia, Reti e Ambiente (ARERA) del 21 dicembre 2021 n. 603/2021/R/COM (d'ora innanzi "delibera n. 603") per aver illegittimamente introdotto nel mercato del gas naturale, a carico delle imprese distributrici e a favore delle imprese venditrici, una serie di obblighi informativi concernenti eventuali fatti idonei a impedire ovvero a sospendere il decorso della prescrizione biennale del diritto al corrispettivo nei rapporti per la fornitura di gas tra imprese venditrici e determinate categorie di utenti (utenti domestici, microimprese e professionisti) introdotta con legge n. 205 del 2017, nonché l'art. 9 della coeva deliberazione n. 604/2021/R/COM ("delibera n. 604"), per aver altrettanto illegittimamente esteso quel regime informativo con riferimento alla generalità degli utenti finali.

2. – La disciplina della prescrizione biennale del diritto di credito nei contratti di fornitura di gas e dell'energia elettrica e nei contratti di fornitura dei servizi idrici è stata introdotta dall'art. 1, co. 4 ss., della legge del 27 dicembre 2017 n. 205 (legge di bilancio 2018) riprendendo, nella sostanza, il testo di un disegno di legge approvato all'unanimità, nello stesso mese, dalla Camera dei Deputati (AC 3792 – XVII Legislatura) che mirava a introdurre disposizioni a tutela dei consumatori in materia di fatturazione a conguaglio per l'erogazione di energia elettrica, gas e servizi idrici per contrastare la diffusione del fenomeno della fatturazione a conguaglio per importi anche significativi a distanza di anni dal periodo di riferimento (ad esempio,

nel caso di mancata effettuazione delle letture periodiche dei contatori o di mancata acquisizione delle autoletture comunicate dagli utenti).

Tale iniziativa faceva seguito alle sanzioni che erano state irrogate nell'anno precedente dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato per condotte commerciali scorrette e aggressive tenute da primarie imprese di vendita al dettaglio di energia elettrica e di gas e da alcuni gestori del servizio idrico integrato, che non avevano esercitato la diligenza richiesta per tenere indenni i consumatori dalle conseguenze patrimoniali derivanti da errori ripetuti e sistematici nelle stime dei consumi, dal protrarsi di fatturazioni basate su stime e da inefficienze nel complessivo processo di rilevazione e fatturazione dei consumi effettivi e che avevano adottato condotte volte a condizionare indebitamente i consumatori stessi inducendoli a pagare somme in parte non dovute per il timore della sospensione della fornitura di un servizio essenziale.

2.1 – Destinate originariamente ad applicarsi soltanto ai casi in cui la mancata o erronea rilevazione dei dati di consumo non derivasse da responsabilità accertata dell'utente, le disposizioni sulla prescrizione biennale in materia trovano applicazione, a seguito dell'intervenuta abrogazione del comma 5 dell'art. 1 cit. ad opera della legge di bilancio per il 2020, anche nel caso ciò sia imputabile allo stesso fruitore del servizio.

2.2 – L'introduzione della prescrizione biennale del diritto al corrispettivo nei contratti in questione riguarda sia i rapporti tra utenti domestici o microimprese o professionisti (secondo le rispettive definizioni richiamate dall'art. 1, co. 4, cit.), sia i rapporti tra il distributore e il venditore, sia i rapporti con l'operatore del trasporto e con gli altri soggetti della filiera.

3. – Con la delibera n. 630, che fa seguito all'annullamento in sede giurisdizionale di una precedente delibera sulla stessa materia per mancata attivazione della procedura di pubblica consultazione, l'ARERA è intervenuta sulla sua deliberazione n.

569/2018/R/com per sostituirla integralmente l'Allegato A, recante *“Disposizioni per il rafforzamento delle tutele a vantaggio dei clienti finali nei casi di fatturazione di importi riferiti a consumi risalenti a più di due anni”* per i settori dell'energia elettrica e del gas naturale, al dichiarato scopo di dare attuazione alla disposizione della legge di bilancio per il 2020, che, come detto, aveva generalizzato l'applicazione della prescrizione biennale abrogando il comma 5 dell'art. 1 della l. 205 del 2017, e di ottemperare alle sentenze che avevano annullato la precedente delibera.

3.1 – Per quanto interessa, l'art. 5 del nuovo All. A disciplina gli obblighi di comunicazione del distributore (definito come soggetto che svolge l'attività di distribuzione di energia elettrica o di gas naturale) stabilendo che:

“5.1 In caso di comunicazione di un dato di misura o di una rettifica dello stesso riferiti a consumi risalenti a più di due anni, il distributore è tenuto ad indicare all'utente sua controparte se sussistano o meno cause che consentono di presumere che non sia maturata la prescrizione del diritto a ricevere il pagamento dei medesimi importi, ai sensi della disciplina primaria e generale di riferimento. In caso affermativo, il distributore deve dettagliare le suddette circostanze ostative al maturarsi della prescrizione in modo tale da consentire al venditore di fornire una adeguata comunicazione al cliente finale.

*5.2 Ai fini di cui al precedente comma 5.1, il distributore, contestualmente alla messa a disposizione della lettura effettiva che genera il consumo risalente a più di due anni comunica, utilizzando i flussi di misura messi a disposizione del SII [cioè il Sistema Informativo Integrato di cui alla l. 13 agosto 2010, n. 129], la sussistenza o meno di cause ostative al maturarsi della prescrizione e invia, ad un indirizzo PEC espressamente indicato per tali fattispecie, una comunicazione avente per oggetto *“Causa ostativa prescrizione”* e recante il riferimento normativo, nonché una rappresentazione dettagliata, puntuale ed esaustiva delle presunte cause ostative alla maturazione della prescrizione biennale.*

5.3 Qualora il venditore non coincida con l'utente controparte del distributore, quest'ultimo inoltra al venditore la comunicazione di cui al precedente comma 5.2, entro il giorno lavorativo successivo al suo ricevimento".

3.2 – A sua volta, l'art. 6 (Norme transitorie) del medesimo allegato prevede, al comma 6.4, che:

"Il venditore, che riceve l'eccezione di prescrizione di un cliente finale, ne dà tempestiva comunicazione al distributore, tramite invio ad indirizzo PEC espressamente indicato per tali fattispecie. Il distributore entro 7 giorni lavorativi dal ricevimento della suddetta comunicazione, fornisce al venditore, mediante invio ad un indirizzo PEC, espressamente indicato per tali fattispecie, le informazioni di sua competenza relative alla ricorrenza di documentate circostanze ostative all'accoglimento della eccezione di prescrizione del cliente finale, ai sensi della normativa primaria e generale di riferimento, il riferimento normativo ed una rappresentazione dettagliata, puntuale ed esaustiva delle presunte cause ostative. Nel caso in cui il distributore non fornisca il suddetto riscontro nei tempi e termini indicati si ritiene non sussistano cause ostative alla eccezione di prescrizione".

3.3 – Tali disposizioni, in base al comma 2.2. dell'art. 2 (Oggetto e ambito di applicazione) dell'Allegato in questione, erano originariamente destinate ad applicarsi solo ai rapporti tra venditori di energia elettrica e di gas naturale e i clienti di cui all'art. 2, co. 2.3, lett. a) e c), del Testo integrato delle disposizioni per l'erogazione dei servizi di vendita dell'energia elettrica di maggior tutela e di salvaguardia ai clienti finali (c.d. TIV, approvato con deliberazione dell'Autorità del 19 luglio 2012, n. 301/2012/R/eel, come successivamente modificato e integrato) e di cui all'art. 2, co. 2.3, lett. a), b), c) e d) del Testo integrato delle attività di vendita al dettaglio di gas naturale e gas diversi da gas naturale distribuiti a mezzo di reti urbane (c.d. TIVG, approvato con deliberazione dell'Autorità del 28 maggio 2009, n. ARG/gas 64/09, come successivamente modificato e integrato), limitatamente ai punti con

consumi annui complessivamente inferiori a 200.000 Smc (standard metro cubo) e con le eccezioni soggettive stabilite nel successivo punto 2.3.

3.4 – Esse sono state estese a tutti i clienti finali dall'art. 9 della delibera n. 604 nei termini seguenti:

“9.1 Le disposizioni di cui all'articolo 5 dell'Allegato A alla deliberazione 569/2018/R/com, come modificato dalla deliberazione 603/2021/R/com, sono estese anche ai clienti finali non ricadenti nell'ambito di applicazione dell'articolo 2 della medesima deliberazione.

9.2 Transitoriamente, per il periodo fino al 31 dicembre 2022, in deroga a quanto previsto al comma 9.1, si applicano le disposizioni di cui all'articolo 6, comma 6.4, dell'Allegato A alla deliberazione 569/2018/R/com, come modificato dalla deliberazione 603/2021/R/com”.

4. – Le summenzionate disposizioni dell'art. 5 e dell'art. 6, co. 6.4, dell'All. A della delibera n. 603 e dell'art. 9 della delibera n. 604 sono state annullate con la sentenza appellata per le ragioni già diffusamente illustrate nella esposizione in fatto della presente decisione, le quali possono compendiarsi nella sussistenza di un vizio di violazione di legge nell'esercizio del potere di regolazione attribuito in materia all'ARERA, che non avrebbe consentito d'intervenire, come sarebbe invece avvenuto, sul regime giuridico della prescrizione, e di plurimi profili di eccesso di potere che, essenzialmente per difetto di ragionevolezza, proporzionalità e motivazione, avrebbero affetto le scelte regolatorie operate mediante l'imposizione degli obblighi informativi contestati dalla ricorrente in primo grado.

5. – L'appello avverso la sentenza di primo grado è affidato a tre motivi di diritto, rispettivamente dedicati: (i) alla conformità alla normativa primaria rilevante della regola a regime posta dall'art. 5 dell'Allegato A della delibera n. 603, (ii) alla conformità alla normativa primaria rilevante della regola transitoria posta dall'art. 6.4 del medesimo Allegato e (iii) alla legittimità della generalizzazione dell'obbligo di

comunicazione delle cause ostative al decorso della prescrizione, di cui all'art. 9 della delibera n. 604.

6. – Il primo motivo d'appello, composto di distinte sette sezioni (*"1.1. Sulla disciplina generale del mercato del gas: il riparto di compiti e attività tra distributori e venditori"*; *"1.2. Sulla disciplina della prescrizione di cui all'art. 1, commi 4 e ss., della L. n. 205 del 2017"*; *"1.3. Sulla successione degli interventi di regolazione di ARERA a seguito dell'entrata in vigore della L. n. 205 del 2017"*; *"1.4. Sull'art. 5 dell'Allegato A alla deliberazione n. 603/2021 e sulle ragioni a questo sottese"*; *"1.5. Sulla connessione esistente tra i contratti di distribuzione e i contratti di vendita del gas naturale"*; *"1.6. Sulla inidoneità della misura di regolazione contestata ad alterare la disciplina civilistica ordinaria in materia di prescrizione"*; *"1.7. Sulla sussistenza di una sufficiente "base legale" della misura di regolazione contenuta nell'art. 5"*), affronta il tema centrale della controversia, costituito dalla possibilità, e in che termini, per l'Autorità di regolazione d'imporre alle imprese di distribuzione obblighi informativi specifici nei confronti dei soggetti che sono parte venditrice nei contratti di fornitura coi clienti finali relativamente a fatti rilevanti ai fini della maturazione della prescrizione del diritto al corrispettivo nei rapporti per la fornitura di energia elettrica e di gas naturale tra venditore e acquirente finale, cui è connesso il tema specifico dell'esatto contenuto degli obblighi previsti in concreto dalla delibera n. 603 e del modo con cui eventualmente essi interferiscono con la disciplina civilistica della prescrizione.

6.1 – Con tale motivo parte appellante sostiene che i distributori, esercenti un'attività di servizio pubblico in regime di concessione amministrativa e incaricati delle attività di misurazione dei consumi dei singoli utenti, già sarebbero gravati dell'obbligo non solo di segnalare eventuali impedimenti frapposti alla lettura dei dati di consumo, ma anche di descriverne in maniera puntuale le ragioni in forza del Testo integrato delle attività di vendita al dettaglio di gas naturale cit. (TIVG) in base al quale, con

riferimento ai punti di riconsegna dotati di gruppi di misura non accessibili o con accessibilità parziale, l'impresa di distribuzione è tenuta a registrare e archiviare, per un periodo minimo di 5 anni, le cause che hanno determinato il fallimento del tentativo di lettura effettuato, al qual fine la norma individua alcune possibili casistiche nonché, con formula di chiusura, *“altre motivazioni da dettagliare opportunamente a cura dell'impresa di distribuzione”* (cfr. l'art. 16 bis, co. 2, lett. d, dell'epoca e ora l'art. 55 del TIVG valido dal 1° gennaio 2024). Si tratterebbe di un obbligo di servizio pubblico che assolverebbe l'esigenza di mettere a disposizione di tutti gli attori del mercato del gas naturale, compresi gli utenti finali e i venditori, informazioni essenziali per poter far valere le loro reciproche pretese.

6.2 – Poiché la prescrizione biennale vale sia nei rapporti contrattuali “a valle” tra venditori e utenti finali, sia nei rapporti contrattuali “a monte” tra distributori e venditori, la perdita economica conseguente alla mancata percezione di corrispettivi a fronte di quantitativi di gas consumati dall'utente finale che ha sollevato l'eccezione di prescrizione verrebbe a essere subita in ultima istanza dal soggetto distributore, in coerenza col fatto che è proprio quest'ultimo a provvedere alla misurazione dei dati di consumo presso i singoli punti di prelievo, con conseguente ragionevolezza dell'addebito degli eventuali ritardi nella lettura.

E dato che il corretto e ordinato funzionamento di questo sistema di “prescrizione a catena” presupporrebbe il puntuale rispetto, ad opera dei diversi operatori che intervengono lungo la filiera di distribuzione e vendita del gas naturale, di obblighi di documentazione e comunicazione delle informazioni ottenute, sarebbe questa la ragione per la quale l. n. 205 del 2017 avrebbe affidato all'ARERA specifiche competenze, assegnandole il compito di definire *“le misure in materia di tempistiche di fatturazione tra gli operatori della filiera necessarie all'attuazione di quanto previsto al primo e al secondo periodo”* (art. 1, co. 4, terzo periodo) e quello di definire *“misure a tutela dei consumatori determinando le forme attraverso le quali i*

distributori garantiscono l'accertamento e l'acquisizione dei dati dei consumi effettivi", nonché stabilendo col comma 7 che essa "può definire, con propria deliberazione, misure atte a incentivare l'autolettura senza oneri a carico dell'utente" (art. 1, co. 6).

6.3 – La delibera n. 603 - prosegue parte appellante dopo aver illustrato le vicende della precedente delibera adottata in materia nel 2020 e annullata dal T.A.R. per mancata consultazione preventiva degli operatori del settore – con l'art. 5 dell'Allegato A risponderebbe all'esigenza, evidenziata in sede di consultazione pubblica da alcuni operatori di vendita del gas, di definire specifiche tempistiche negli scambi informativi compatibili coi tempi di fatturazione e quindi di proceduralizzare l'obbligo ("dato invero per presupposto": pag. 17 del ricorso d'appello) dei distributori di comunicare eventuali ragioni ostative all'accoglimento dell'eccezione di prescrizione sollevata dall'utente finale, perché altrimenti i venditori che si fossero visti opporre dai clienti la prescrizione non solo non avrebbero potuto ottenere il pagamento dei corrispettivi dovuti, ma neppure avrebbero avuto la possibilità di eccepire a loro volta la prescrizione ai concessionari della distribuzione.

6.4 – Sussisterebbe, d'altronde, una stretta connessione tra i contratti di distribuzione e i contratti di vendita del gas naturale, posto che l'attività di acquisto del gas e di successiva rivendita al dettaglio agli utenti può avvenire soltanto grazie all'utilizzo della rete di gasdotti e al suo allacciamento ai singoli "punti di riconsegna", corrispondenti ai singoli utenti finali, di cui il concessionario della distribuzione ha la materiale disponibilità e che la fatturazione del gas venduto a ciascun utente è resa possibile dalla misurazione dei consumi che è operata dall'impresa di distribuzione attraverso i contatori installati lungo la rete e nei predetti "punti di riconsegna"; per cui tra gli obblighi scaturenti a carico dell'impresa di distribuzione dal contratto concluso col venditore al dettaglio rientrerebbe pianamente anche quello di comunicazione di informazioni essenziali per l'esercizio dei diritti patrimoniali

spettanti al venditore stesso di cui soltanto l'impresa di distribuzione abbia la disponibilità, tra le quali rientrerebbero le informazioni concernenti eventuali fatti ostativi al decorso della prescrizione, suscettibili di essere opposti all'utente che abbia sollevato la relativa eccezione.

6.5 – Nel caso in esame, per parte appellante, la delibera n. 603 imporrebbe unicamente obblighi informativi concernenti dati e informazioni di cui solo l'impresa di distribuzione può avere cognizione e che, dal punto di vista dell'impresa medesima, lascino emergere fatti suscettibili di impedire o di sospendere il decorso della prescrizione, senza alterare in alcun modo l'ordinaria disciplina civilistica della prescrizione e tanto meno sovvertire l'onere della prova dei fatti ostativi alla maturazione della prescrizione che grava sul creditore, perché l'obbligo informativo posto a carico dell'impresa di distribuzione dall'art. 5 sarebbe semplicemente volto a porre il venditore nelle condizioni di poter adempiere all'onere in questione.

6.6 – Il fondamento del potere di regolazione esercitato con la misura in esame andrebbe ricercato, ad avviso di parte appellante, anzitutto nelle disposizioni in materia di prescrizione introdotte con l'art. 1, co. 4 ss., della legge n. 205 del 2017, poiché, da un lato, l'imposizione di obblighi informativi sulle imprese di distribuzione, ponendo i venditori nella condizione di mettere i propri clienti al corrente della sussistenza di fatti suscettibili di impedire o di sospendere il decorso della prescrizione (come richiesto dall'art. 4 dello stesso Allegato A), sarebbe coerente con la previsione dell'art. 1, co. 6, della stessa legge che demanda all'Autorità la definizione di *“misure a tutela dei consumatori determinando le forme attraverso le quali i distributori garantiscono l'accertamento e l'acquisizione dei dati dei consumi effettivi”* e, dall'altro, sarebbe essenziale perché possa in concreto operare la *“prescrizione a catena”* del diritto al corrispettivo a ritroso lungo la filiera fino al soggetto distributore.

6.7 – Gli obblighi informativi posti a carico dei diversi livelli della filiera di distribuzione e vendita del gas naturale, i quali assicurerebbero una corretta e ordinata erogazione dei relativi servizi evitando l’insorgere di contrasti e contenziosi tra i diversi livelli, potrebbero essere, altresì, ricondotti alle “*direttive concernenti la produzione e l’erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti i servizi medesimi*” demandate all’ARERA dall’art. 2, co. 12, lett. h), della l. n. 481 del 1995.

6.8 – Inoltre lo stesso art. 2, co. 20, lett. d), affida all’Autorità il potere di ordinare ai diversi soggetti coinvolti nella distribuzione e vendita di gas naturale “*la cessazione di comportamenti lesivi dei diritti degli utenti*”, tra i quali comportamenti potrebbe annoverarsi la mancata tempestiva ostensione ai venditori, da parte delle imprese di distribuzione, di fatti capaci di impedire o almeno di sospendere il decorso della prescrizione.

6.9 – Infine, gli obblighi imposti ai distributori con l’art. 5 dell’Allegato non potrebbero in alcun modo dirsi eccessivamente onerosi, irragionevoli o sproporzionati rispetto agli obiettivi perseguiti, né per aver prescritto un’informazione contestuale delle circostanze rilevanti per la prescrizione, trattandosi di informazioni di cui il distributore già disporrebbe e che già sarebbe tenuto a registrare e archiviare immediatamente ai sensi dell’art. (ex) 16-bis del TIVG, né sotto il profilo della qualificazione di tali fatti, poiché egli sarebbe chiamato soltanto a precisare se il fatto abbia impedito la decorrenza del termine di prescrizione ovvero abbia integrato un “*dolo dell’utente*”, cosicché l’art. 5 si sarebbe limitato a esplicitare e specificare quanto già previsto dal sistema previgente, a livello di normazione primaria e di regolazione secondaria, adattandolo alle specifiche esigenze perseguite dalla delibera n. 603.

7. – Il motivo è infondato.

7.1 – Come già esposto (*supra*, § 2), la finalità dell’intervento effettuato con l’art. 1, co. 4 ss., della l. 205 del 2017 è di tutelare i consumatori, *lato sensu* intesi, rispetto

all'emissione di fatture di conguaglio pluriennale d'importo anche molto rilevante per forniture di gas, energia elettrica e servizi idrici.

L'introduzione di un termine breve di prescrizione del diritto al corrispettivo per i consumi di energia e acqua è lo strumento prescelto per assolvere quello scopo; la successiva abrogazione del comma 5 dello stesso art. 1 ha razionalizzato la disciplina generalizzando quel termine, fermo restando, per il resto, l'ordinario regime in materia di decorso e maturazione della prescrizione.

Concorre allo scopo, promuovendo l'allineamento del consumo fatturato al consumo effettivo, l'attribuzione all'ARERA del potere di definire *"misure a tutela dei consumatori determinando le forme attraverso le quali i distributori garantiscono l'accertamento e l'acquisizione dei dati dei consumi effettivi"* (art. 1, co. 6), nonché di definire *"misure atte a incentivare l'autolettura senza oneri a carico dell'utente"* (art. 1, co. 7), le prime volte a prevenire il ripetersi di episodi diffusi di mancata effettuazione o registrazione delle letture periodiche dei contatori, le seconde volte a favorire la comunicazione periodica dei consumi da parte degli stessi utenti finali, per i quali è prevista la possibilità di accesso diretto, per il tramite del Sistema informatico integrato, ai dati riguardanti i propri consumi (art. 1, co. 8) secondo disposizioni attuative rimesse all'ARERA (*ibidem*).

Il fatto che il termine breve di prescrizione si applichi pure nei rapporti tra distributore e venditore e in quelli con l'operatore del trasporto e con gli altri soggetti della filiera non soddisfa un'esigenza specifica di protezione di qualcuno di questi soggetti, ma risponde a criteri di logica e di ragionevolezza, in quanto rende omogeneo il trattamento dei crediti tra i soggetti della stessa filiera in assenza di apprezzabili ragioni che ne giustificano un regime differenziato.

Anche l'attribuzione del potere di definire *"le misure in materia di tempistiche di fatturazione tra gli operatori della filiera necessarie all'attuazione di quanto previsto al primo e secondo periodo"* (art. 1, co. 4, terzo periodo), il quale consente

all'Autorità di settore di emanare disposizioni in materia di programmazione dei termini per l'emissione delle fatture, è funzionale allo scopo, in quanto finalizzato ad assicurare la periodicità di fatturazione tra tutti i soggetti della filiera e, in ultima analisi, verso l'utente finale.

7.2 – Nessuna delle previsioni appena menzionate, dunque, è indirizzata al rafforzamento della tutela delle imprese venditrici o di altre imprese operanti nella catena di fornitura, essendo tutte funzionali, invece, alla tutela, in materia di fatturazione a conguaglio, del consumatore finale di gas, energia elettrica e acqua, in coerenza con le ragioni che hanno indotto a modificare il termine di prescrizione quali testimoniate dai lavori preparatori della legge di bilancio 2018 (resi pubblicamente accessibili sul sito istituzionale del Senato della Repubblica), e quando attribuiscono poteri all'ARERA, lo fanno definendone l'oggetto e il contenuto in modo sufficientemente preciso da circoscrivere la finalità dell'intervento alla garanzia dell'acquisizione dei consumi effettivi, all'incentivazione dell'autolettura, all'assicurazione dell'accessibilità diretta dei clienti finali ai propri dati di consumo, alla regolazione delle tempistiche di fatturazione.

7.3 – Quelle disposizioni, in particolare, non assegnano all'Autorità amministrativa il compito di garantire la circolazione, tra le imprese della filiera, delle informazioni essenziali per far valere le loro reciproche pretese, né di prevenire l'insorgere di contenziosi tra quelle imprese, né di presidiare il rispetto nelle loro reciproche relazioni commerciali dei principi di correttezza e buona fede, e per quanto importanti fossero questi obiettivi e conseguentemente apprezzabile l'intenzione alla base delle delibere impugnate, l'intervento legislativo in parola non poteva costituire occasione per adottare misure - vincolanti per i destinatari - non previste e non strettamente funzionali alla cura degli specifici interessi pubblici da quella stessa legge affidati all'Autorità.

7.4 – L'introduzione per via regolatoria dei contestati obblighi di informazione specifica a carico delle imprese di distribuzione nei confronti delle imprese venditrici non è giustificata dal potere di direttiva in materia di produzione e di erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti di cui all'art. 2, co. 12 lett. h), della legge n. 481 del 1995 e neppure, come invece propugnato in un intervento *ad adiuvandum*, dall'art. 42, lett. b, del d.lgs. 1° giugno 2011, n. 93, che assegna all'odierna ARERA l'obiettivo di *"assicurare condizioni regolatorie appropriate per il funzionamento efficace e affidabile delle reti dell'elettricità e del gas, tenendo conto degli obiettivi a lungo termine"*, perché evidentemente le disposizioni impugnate in primo grado non attengono, neppure indirettamente o per via traversa, alla produzione ovvero all'erogazione dei servizi e tanto meno riguardano il funzionamento delle reti.

7.5 – Al riguardo giova rammentare che, in ossequio al principio di legalità sostanziale, ogni qual volta la legge conferisca poteri amministrativi è indispensabile che definisca contenuti e modalità del loro esercizio, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa (C. Cost. sentenze n. 171 del 2023, n. 5 del 2021, n. 174 del 2017 e n. 115 del 2011).

E se per il rispetto di tale principio, posto alla base dello Stato di diritto, non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore (C. cost. sent. n. 115 del 2011), a maggior ragione la possibilità, generalmente riconosciuta dalla giurisprudenza, di desumere dall'espressa attribuzione di una funzione l'esistenza di un potere strumentale al suo assolvimento, in quanto elemento e condizione di effettività dell'esercizio della funzione medesima, presuppone una rigorosa ed esatta delimitazione di quella funzione e delle finalità cui essa è servente.

7.6 – Vertendosi di provvedimenti a carattere generale, infine, non può essere utilmente invocato il potere dell'Autorità, ex art. 2, co. 20, lett. d), della legge n. 481 del 1995, di ordinare *"la cessazione di comportamenti lesivi dei diritti degli utenti"*, e

neppure è dato comprendere come la mancata comunicazione alla controparte contrattuale dell'utente finale di fatti sfavorevoli a quest'ultimo possa ledere i diritti dell'utenza, anziché rafforzarne la posizione.

8. – Pertanto le disposizioni dell'art. 5 dell'Allegato A alla delibera n. 603, per ragioni che naturalmente si estendono all'art. 6.4 dello stesso allegato e all'art. 9 della delibera n. 604, non sono coerenti col presupposto normativo costituito dall'art. 1 della l. 27 dicembre 2017, n. 205, e concretano uno sviamento delle funzioni dallo stesso assegnate in materia all'Autorità di Regolazione per Energia, Reti e Ambiente, senza trovare un valido fondamento alternativo nelle norme attributive sopra esaminate.

9. – Ne restano, conseguentemente, assorbite le ulteriori questioni.

10. – In conclusione la sentenza appellata dev'essere confermata con diversa motivazione.

11. – La novità delle questioni esaminate giustifica la compensazione integrale tra le parti delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

**IL POTERE REGOLATORIO DELLE AMMINISTRAZIONI
INDIPENDENTI SECONDO UN RECENTE ORIENTAMENTO DEL
CONSIGLIO DI STATO ***

(The regulatory actions of supervising authorities according to a recent guideline of the Council of State)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le autorità amministrative indipendenti. – 3. L'orientamento del Consiglio di Stato – 4. *Segue:* ... limiti applicativi e valutazioni dei poteri regolatori della autorità di controllo. – 5. Conclusioni

1. Sulla interessante problematica riguardante il potere delle amministrazioni indipendenti di porre in essere provvedimenti finalizzati alla regolazione del loro settore di riferimento è, di recente, intervenuta la decisione del Consiglio di Stato in commento nella quale vengono puntualizzati i limiti che presiedono all'esercizio di siffatti poteri.

In particolare, è stata richiamata l'applicazione, nella fattispecie, del «principio di legalità sostanziale», in base al quale possono essere definiti i contenuti e le modalità che consentono di «mantenere costantemente una...copertura legislativa dell'azione amministrativa» in tal modo disposta.

È evidente il rilievo ascrivibile alle affermazioni del Supremo Collegio di giurisdizione amministrativa del nostro Paese in quanto in esse - nel formulare un espresso riconoscimento della facoltà di «desumere dall'espressa attribuzione di una funzione l'esistenza di un potere strumentale al suo assolvimento» - si puntualizzano le *condizioni* cui deve essere subordinata l'attivazione di ipotizzabili interventi disciplinari delle amministrazioni suddette. Sotto altro profilo rileva, inoltre, la incidenza del criterio ordinatore, invocato dal Consiglio di Stato, sulla necessaria,

*Contributo approvato dai revisori.

preventiva delimitazione delle finalità cui risulta correlato l'esercizio del potere regolatorio in parola, non potendosi prescindere dalla relazione tra 'fini e mezzi' nella definizione delle funzioni che contraddistinguono le variegate amministrazioni indipendenti.

Si è in presenza, quindi, di una decisione che assume particolare importanza nelle indagini, tipicamente proprie del 'diritto dell'economia', che prendono in considerazione il cd. processo di *amministrativizzazione* (per usare la nota locuzione di Massimo S. Giannini), nelle sue molteplici e variegate articolazioni, al fine di valutarne il ruolo strumentale alla realizzazione dell'«ordine giuridico del mercato»¹.

Se ne deduce l'esigenza di rivisitare i fondamenti teorici dell'intervento autoritativo delle 'amministrazioni indipendenti' sulla formazione dei processi economici alla luce dei tratti distintivi di queste ultime, nonché delle indicazioni fornite dalla sentenza in commento. Ciò, infatti, dovrebbe consentire di pervenire ad una valutazione pienamente conforme al principio di legittimità della regolazione speciale posta a presidio dei variegate settori dell'ordinamento economico finanziario del nostro Paese.

2. Le autorità amministrative indipendenti emergono nello scenario economico-giuridico italiano a partire dagli anni Novanta del secolo scorso come enti regolatori e di vigilanza del mercato bancario, finanziario, assicurativo e previdenziale, dotati di ampia discrezionalità rispetto alle amministrazioni pubbliche tradizionali.

La loro esegesi è riconducibile al noto processo di trasformazione delle forme dell'intervento pubblico in Italia in economia che, come è stato puntualmente sottolineato in letteratura, si sono estrinsecate nel passaggio dal cd. dello Stato

¹ Cfr. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 2004

“imprenditore”, gestore ed interventista *tout court*, a “regolatore”². Quest’ultimo si relaziona ai processi economici senza un proprio diretto coinvolgimento, essendo l’intervento pubblico limitato a garantire la funzionalità dei settori dell’economia, per cui viene lasciato ampio spazio all’iniziativa economica privata in conformità alle indicazioni formulate nella Costituzione (artt. 41 e 47 della Cost.). Da qui la specificità ascritta alla sua funzione, ora preordinata ad un *agere* finalizzato ad evitare i fallimenti di mercato, tramite l’introduzione di mirate regole prudenziali attuate da “*agenzie di regolazione*”, nelle quali trovano nuova espressione le «burocrazie» che segnarono la trasformazione del previgente «Stato amministrazione», definite in passato da una autorevole dottrina «parallele»³.

Detto processo è stato agevolato dalla creazione di mercati unici comunitari (*i.e.* assicurativo, bancario o finanziario), dove si è assistito all’abbandono dell’intervento statale a favore di una regolazione “*neutrale*” orientata alla realizzazione di razionali forme di equilibrio del mercato. In tal senso orienta la dottrina che attribuisce a tali amministrazioni indipendenti la funzione di regolazione *neutrale* del mercato, riveniente dall’autonomia che ne caratterizza l’organizzazione, incidendo «in maniera netta sulla sfera dei poteri dello Stato...sottraendo a quest’ultimo il governo ed il controllo di comparti che richiedono un costante riscontro di conformazione giuridica»⁴.

Il raggiungimento degli obiettivi imposti da parte della Comunità Europea ai

² Come è stato evidenziato in letteratura, nel nostro ordinamento, in linea con l’evoluzione del settore creditizio e finanziario, si è affermato in un primo momento lo ‘Stato imprenditore’ (cfr. CIANCI, *Nascita dello Stato imprenditore*, Milano, 1977), che successivamente evolve nella promozione di nuove forme dell’attività amministrativa (*i.e.* di indirizzo, di organizzazione, ecc.) che innovano le modalità dell’intervento dello Stato in economia, qualificandone la funzione in chiave regolatoria (cfr. CAPRIGLIONE, *Intervento pubblico ed ordinamento del credito*, Milano, 1978, cap. II).

³ Cfr. CASSESE, *La formazione dello Stato amministrativo*, Milano, 1974, p. 129 ss.

⁴ Così CAPRIGLIONE, *Il rapporto tra politica ed amministrazione. Le amministrazioni indipendenti, in Amministrazioni in Camminino*, 12/2016; BANI e MONTEDORO, *Le autorità amministrative indipendenti*, in AA.VV., *Diritto pubblico dell’economia*, a cura di Mirella Pellegrini, sez. III, p. 168 ss. p. 174 ss; MONTEDORO, *Mercato e potere amministrativo*, in *Studi di attualità giuridica*, Editoriale Scientifica, 2010, p. 319 ss;

fini dell'ingresso nella c.d. Unione monetaria ha interagito sul processo costitutivo delle amministrazioni indipendenti attivando una sorta di *'liberalizzazione dell'economia'* intesa vuoi come liberalizzazione dei servizi, vuoi come privatizzazione delle imprese pubbliche⁵. Ne è conseguito, infatti, un affievolimento della figura dello Stato, che si è riflesso in maniera specifica sulla sua partecipazione al capitale delle imprese e delle banche.

In particolare, con riguardo al settore bancario e finanziario necessita far riferimento alle conseguenze dell'introduzione dell'euro nei paesi comunitari; ciò in quanto la moneta unica ha realizzato una sorta di vera propria *'federazione'* delle banche centrali dei Paesi aderenti con a capo la Banca centrale europea⁶. Detta realtà si è tradotta in una sorta di maggiore indipendenza dal potere politico che ha potenziato il ruolo e l'autonomia delle Autorità amministrative in parola⁷, dando luogo ad un *'sistema di vigilanza integrato'*⁸, nel quale la ricerca di delicati e complessi equilibri macroeconomici (sui quali interagiscono talune inadeguatezze dei mercati finanziari, l'ingente ammontare del debito pubblico di alcuni Stati membri, l'ipertrofia degli apparati organizzativi e i recenti sviluppi della situazione geopolitica) è stata traslata alle determinazioni di politica monetaria poste in essere dalla Banca Centrale⁹.

Per vero, la complessa integrazione dei mercati finanziari e la ridefinizione

⁵ Cfr. SFAMENI, *Regolamentazione e vigilanza*, in *Diritto degli intermediari e dei mercati finanziari*, Milano, 2018, p. 29 ss.

⁶ Di conseguenza, la Banca d'Italia, già definita autorità amministrativa semi-indipendente, può essere considerata come parte di una costruzione comune che fa capo alla Banca Centrale Europea. Da qui un ulteriore profilo che induce a riflettere sulla posizione della Banca d'Italia stessa rispetto a poteri (politici o tecnici) esercitati da istituzioni diverse (i.e. CICR o BCE).

⁷ Cfr. P. SFAMENI, *Op. Cit.*, p. 30.

⁸ Cfr. MONTEDORO - SUPINO, *Commentario sub. Art. 7 t.u.b.*, in AA. VV., *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Milano, volume I, 2018, p. 57 ss.

⁹ Cfr. CAPRIGLIONE, *Il rapporto tra politica ed amministrazione. Le amministrazioni indipendenti*, cit.; AA.VV., *Mercati e amministrazioni indipendenti*, a cura di Bassi e Merusi, Milano, 1993; AMOROSINO, *Le amministrazioni di regolazione dei mercati finanziari e della concorrenza: gli elementi strutturali per un modello comune*, in *Banca e borsa*, 1995, I, p. 58; NICCOLAI, *I poteri garanti della costituzione e le autorità indipendenti*, Pisa, 1996.

delle competenze e delle funzioni delle amministrazioni indipendenti ha segnato la metamorfosi delle forme di vigilanza di tipo *'strutturale'* che hanno finito con l'acquisire una configurazione di stampo *'liberista'*. Nello specifico, il cambiamento dell'organizzazione pubblica ha determinato la realizzazione di istituzioni destinarie di una vera propria *delega* da parte della politica per la regolazione di determinati settori dell'ordinamento¹⁰. I pubblici poteri sono stati così sollecitati ad affrontare un cambiamento operativo, essendo chiamati a svolgere le proprie funzioni tramite deleghe ad amministrazioni munite di autonomia, dando luogo al fenomeno definito dalla dottrina «il tramonto della sacramentale formula organizzativa che aveva connotato lo stato di diritto»¹¹. Come osservato dal giudice amministrativo, «la legge dello Stato ha perso il monopolio della regolazione degli interessi sociali» poiché è apparsa, all'interno di società complesse e soprattutto negli ambiti maggiormente coinvolti dall'evoluzione tecnologica, «un mezzo inadeguato di selezione e riduzione della complessità»¹².

Se ne deduce che le autorità amministrative indipendenti hanno modificato in maniera dirompente il concetto di *'autorità'*, la quale non risulta più riconducibile ad un modello predeterminato né sistematizzato¹³, bensì ad un organismo che agisce nel perimetro di competenze segnate dalla legge, senza vincoli o pressioni da parte della politica. Conseguenza la particolare fisionomia delle amministrazioni indipendenti

¹⁰ Cfr. CAPRIGLIONE, *Op. Cit.*, p. 2 ss.

¹¹ Cfr. CAPRIGLIONE, *Op. Cit.*, p. 2 ss.

¹² Cons. Stato, sez. II, 7 marzo 2024, n. 2255: «La crisi del modello – improntato alla razionale successione logica tra previo disporre e susseguente provvedere – ha raggiunto la sua fase culminante nel contesto della funzione di ordinazione attribuita a corpi amministrativi, strutturalmente e funzionalmente indipendenti dal Governo. La delega normativa, in questo caso, basata spesso su previsioni generiche e finalistiche, ha assecondato la prospettiva di una accezione *'debole'* del principio di legalità. Quest'ultimo non troverebbe più fondamento nell'esigenza democratica di assoggettare l'amministrazione pubblica all'indirizzo politico delle assemblee politiche rappresentative, avendo lasciato il posto ad un più duttile principio di necessaria predeterminazione normativa dell'attività amministrativa, dove il compito di rendere *"raffrontabile"* l'azione pubblica verrebbe svolto da fonti *subprimarie* e da *standards* desunti dalla tecnica».

¹³ Cfr. BANI e MONTEDORO, *Le autorità amministrative indipendenti*, in AA.VV., *Diritto pubblico dell'economia*, a cura di Mirella Pellegrini, sez. III, p. 168 ss.

connotata da un complesso di leggi granulari - altamente tecniche - per ogni settore di riferimento nel quale le medesime operano, per cui appare difficile ricondurre tali entità ad una unitaria disciplina organica. È evidente che le caratteristiche che le accumulano - diversamente dalle amministrazioni tradizionali - sono l'indipendenza dall'esecutivo (cui si ricollega la possibilità di evitare qualsivoglia forma di ingerenza da parte dello Stato) e la 'discrezionalità tecnica' (che dispiegano nei settori in cui operano).

Alla luce di quanto precede, sembra possibile affermare che gli enti in esame si caratterizzano in modalità tali da rendere ipotizzabile la loro sottrazione all'egida della responsabilità e legittimazione politico-amministrativa. Tale particolarità li rende difficilmente inquadrabili all'interno della ripartizione classica dei poteri, che tradizionalmente contraddistingue lo 'Stato apparato', in quanto quest'ultimo, come è stato puntualizzato in dottrina, si risolve nel potere dello Stato organizzato in possibili differenti modi¹⁴.

3. Recentemente il Consiglio di Stato nella sentenza che qui si annota si è soffermato sulla delibera 21 dicembre 2021 n. 603/2021/R/COM dell'Autorità di Regolazione per Energia, Reti e Ambiente (ARERA) che ha introdotto nel mercato una serie di obblighi informativi a favore delle imprese venditrici e a carico delle imprese distributrici. Ciò valutando, in particolare, fatti idonei a impedire o sospendere il *"decorso della prescrizione biennale del diritto al corrispettivo nei rapporti per la fornitura di gas tra imprese venditrici e determinate categorie di utenti... introdotta con legge n. 205 del 2017"*¹⁵.

¹⁴ Cfr. BOBBIO, *Stato, governo, società*, Torino, 2006, *passim*.

¹⁵ Come si evince dal testo della sentenza del Consiglio di Stato la ricorrente si doleva, in particolare, dell'introduzione a carico dei distributori del gas, ad opera dell'art. 5 e dell'art. 6 dell'allegato A della delibera n. 603, di una serie di obblighi informativi concernenti eventuali fatti idonei a impedire o sospendere il decorso della prescrizione, con riferimento ai dati di misura o alle rettifiche degli stessi

Oggetto di approfondimento nella riflessione del Supremo Collegio amministrativo sono i tre motivi di diritto rappresentati nell'appello avverso la sentenza di primo grado, inerenti, in particolare: *“(i) alla conformità alla normativa primaria rilevante della regola a regime posta dall’art. 5 dell’Allegato A della delibera n. 603, (ii) alla conformità alla normativa primaria rilevante della regola transitoria posta dall’art. 6.4 del medesimo Allegato e (iii) alla legittimità della generalizzazione dell’obbligo di comunicazione delle cause ostative al decorso della prescrizione, di cui all’art. 9 della delibera n. 604”*.

Punto di particolare interesse nella disamina svolta è la proposizione di una linea di demarcazione tra la nozione di ‘potere normativo’ e quella di ‘potere regolatorio’, cui necessita far riferimento al fine di pervenire ad un’equa e corretta soluzione della questione sottoposta ad esame. Ed invero, ciò che si evince dagli esiti che connotano la definizione del giudizio (cui si perviene nella sentenza in commento) è una proposizione che va al di là della mera identificazione del fondamento del potere di regolazione esercitato da ARERA nelle disposizioni in materia di prescrizione (introdotte dalla nominata legge n. 205 del 2017), come si sottolinea invece nell’esposto dell’appellante. Né, tanto meno, il Consiglio di Stato ritiene ipotizzabile che, per legittimare l’intervento normativo della menzionata amministrazione indipendente, possa farsi ricorso al disposto dell’art. 42, lett. b, del d.lgs. 1° giugno 2011, n. 93, che assegna all’ ARERA l’obiettivo di *“assicurare condizioni regolatorie appropriate per il funzionamento efficace e affidabile delle reti dell’elettricità e del gas, tenendo conto degli obiettivi a lungo termine”*, non ricorrendo nel contesto giuridico in esame i presupposti richiesti.

Al riguardo, il Consiglio di Stato correttamente pone a base della sua motivazione il ‘principio di legalità’, da intendere come criterio cui far riferimento per

relativi a consumi risalenti a oltre due anni prima, lamentando altresì l’estensione di quegli obblighi con riferimento alla generalità degli utenti, ad opera dell’art. 9 della delibera n. 604.

l'esercizio vuoi del potere normativo (tramite la legge) vuoi di quello regolatorio (tramite l'emanazione di atti amministrativi). Conseguenza una costruzione nella quale l'esercizio del potere amministrativo deve essere compiutamente predeterminato dalla norma di legge (che gli consente di essere congruamente coperto nelle sue concrete estrinsecazioni) la quale impedisce che venga rimesso all'«arbitrio» della amministrazione indipendente la identificazione dei contenuti normativi dei provvedimenti da quest'ultima emessi. In un arresto ancor più recente, il Consiglio osserva che «il giudice amministrativo, quale custode della legalità amministrativa 'ordinaria', non può limitarsi ad una remissiva presa d'atto dello stato delle cose, ma deve cercare di contemperare la doverosa considerazione dei cambiamenti storici che investono economia, società e politica con il rispetto delle strutture giuridiche costituzionali» e avverte che «il coinvolgimento dei regolatori indipendenti nella produzione di norme di diritto oggettivo deve necessariamente raccordarsi con i vincoli costituzionali in materia di fonti di produzione del diritto (preferenza della legge, riserva di legge, principio di legalità), aventi funzione liberale (di tutelare i diritti dei cittadini contro l'abuso del potere pubblico) e democratica (ric conducendo la disciplina di determinate materie sotto il dominio degli organi rappresentativi espressione della sovranità popolare)»¹⁶.

¹⁶ Cons. Stato, sez. II, n. 2255/2024 cit., che osserva come «anche nel settore della regolazione economica, il principio di legalità deve svolgere lo «scopo di vincolare l'uso del potere amministrativo al diritto democraticamente statuito», secondo un *continuum* logico che va dalla sintesi politica alla ponderazione concreta degli interessi. Trattandosi di settori di attività che la costituzione riserva alla legge (art. 41 e 42 Cost.), il principio di legalità risulta rafforzato in senso "sostanziale", nel senso di postulare sia il fondamento legislativo dei poteri conferiti all'amministrazione, sia l'apposizione di limiti contenutistici alla sua azione (Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza n. 6330 del 2018). L'assunto trova conferma nel principio europeo di certezza del diritto che, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, risulta connesso, in chiave rafforzativa e integrativa, oltre che al principio di legalità (secondo cui atti normativi che spiegano i propri effetti all'interno dell'Unione Europea devono essere assunti sulla base di precise previsioni normative: cfr., *ex plurimis*, sentenze 3 giugno 2008, causa C-308/06; 10 settembre 2009, causa C-201/08), anche al principio di legittimo affidamento, secondo cui coloro i quali agiscono in buona fede, nel rispetto della legge vigente, non dovrebbero rimanere disattesi nelle loro aspettative (sentenza 8 aprile 1988, causa 120/86). Il principio di certezza del diritto, nella giurisprudenza europea, ha una latitudine molto estesa, concernendo sia gli

Sul punto viene in considerazione quanto precisato dalla C. Costituzionale¹⁷ la quale, richiamandosi alla accezione cd. sostanziale di tale principio, ne ha evidenziata la funzione di garanzia posta a favore dei destinatari dell'azione amministrativa; ciò sottolineando che il principio di legalità impone alla Pubblica Amministrazione di uniformare il proprio operato tanto alla norma di legge *attributiva* del potere, quanto alla norma di legge *regolativa* del potere. Da qui il carattere di *indispensabile* centro di riferimento al medesimo ascrivibile nella definizione dei contenuti e delle modalità di esercizio di tale potere, i quali devono essere entrambi rispondenti alla finalità di assicurare che sia consentita costantemente una sorta di copertura legislativa alla

atti amministrativi sia gli atti legislativi, e venendo in rilievo, sia come strumento interpretativo, sia come parametro di legittimità degli atti normativi e amministrativi dell'Unione». Il Consiglio, nella stessa pronuncia, non disconosce, invero, «l'estrema difficoltà per il legislatore di creare un sistema completo di prescrizioni in settori specialistici che richiedono una capacità di adattamento alle incessanti evoluzioni tecniche, incompatibile con le dinamiche dei processi legislativi» e propone, quindi, una soluzione per integrare con il principio democratico l'efficienza tecnica e l'adattabilità regolatoria, soluzione che declina nei termini seguenti: «La regolazione è un tipo di azione pubblica che incide 'sulla' economia, senza comprimerne i meccanismi spontanei, bensì definendo un quadro di regole e valori che devono essere tutelati. Il funzionamento del mercato viene in parte sottratto alla ponderazione politica degli interessi per essere affidato a dispositivi neutrali che, facendo leva sulla la spontanea propensione degli operatori economici all'efficienza allocativa e produttiva, simulano la pressione concorrenziale. In questo contesto, la legge soddisfa il suo ruolo costituzionale di indirizzo e garanzia dei pubblici poteri quando definisce in modo chiaro: la causa dell'intervento pubblico; il tipo di conformazione del mercato (statuendo ciò che 'non può' essere messo in concorrenza e ciò che 'non si vuole' sia in concorrenza); la misura compositiva dei bisogni (economici e sociali) contrapposti; il grado di incisione delle sfere giuridiche regolate. Sul versante tecnico-economico, la legge può invece delegare all'Autorità indipendente il compito di 'implementare' – anche con ampio margine di autonomia operativa – il dettato normativo con i meccanismi che meglio siano in grado di assicurare l'equilibrio ottimale del sistema in termini di razionalità economica e desiderabilità sociale. Le opzioni regolatorie, per quanto non circostanziate nei loro contenuti dalla fonte primaria, restano 'raffrontabili' alla luce degli indici, parametri e standards elaborati dalla comunità scientifica di riferimento. Al di fuori invece degli apprezzamenti di ordine tecnico-economico, le funzioni che comportino scelte distributive o siano volte alla realizzazione di 'valori' extra-mercantili, richiedono un mandato espresso del legislatore. Peraltro, nei casi in cui l'Autorità indipendente venga coinvolta nella ponderazione *lato sensu* politica degli interessi, la stessa dovrebbe (a rigore) vedere limitata la propria indipendenza funzionale e rispondere all'indirizzo governativo, per ovviare alla condizione di irresponsabilità derivante dalla sua collocazione istituzionale (estranea cioè al circuito politico rappresentativo di cui all'art. 95 Cost.). In termini generali, gli spazi di valutazione politico-discrezionale dell'Amministrazione si conciliano con il principio di legalità attraverso la declinazione politico-rappresentativa della sovranità (che promana nei pubblici poteri attraverso la rappresentanza politica)».

¹⁷ Cfr. C. Cost. sentenza n. 115 del 2011.

azione amministrativa delle Autorità indipendenti¹⁸.

È appena il caso di far presente che l'intento del legislatore di conformare al 'principio di legalità' la regolazione pubblicistica vigente nel nostro ordinamento giuridico trova piena espressione nel disposto dell'art. 97, co. 1°, Cost. nel quale si puntualizza «*i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità della amministrazione*»; è evidente come si sia voluto in tal modo definire non solo la corretta dimensione dell'*agere* amministrativo, bensì anche specificare che il potere attribuito alla autorità amministrativa non debba essere indeterminato per fruire di una copertura legislativa.

Ciò ovviamente non esclude che, nella fattispecie, sia configurabile la coniugabilità dei *poteri impliciti* con il principio di legalità; per cui quest'ultimo non è di ostacolo all'attivazione di interventi normativi non esplicitamente attribuiti dalla legge all'amministrazione, ma tuttavia funzionali al conseguimento del fine pubblico che le disposizioni di legge impongono di perseguire nell'esercizio di poteri espressamente conferiti¹⁹.

Tale assunto presenta particolare rilievo ove si consideri che le autorità in parola, come si è tentato di evidenziare nel precedente paragrafo, assumono la configurazione di 'osservatori privilegiati' in grado di recepire e sottoporre ad analisi critica i mutamenti che nel tempo caratterizzano il diritto pubblico e amministrativo, innovandone taluni aspetti. Sicché il nesso tra il principio di legalità dell'azione amministrativa e l'ammissibilità dei poteri impliciti interagisce positivamente nell'adeguare il contenuto delle regole tecniche alla evoluzione del sistema, evitando

¹⁸ Cfr. . C. Cost. sentenze n. 171 del 2023, n. 5 del 2021, n. 174 del 2017 e n. 115 del 2011.

¹⁹ Cfr. tra gli altri BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001, *passim*; MERUSI, *I sentieri interrotti della legalità*, in *Quad. cost.*, 2006, p. 276 ss.; MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i cd. poteri impliciti*, in *Dir. Amm.*, 2007, p. 703 ss.

In giurisprudenza *ex multis* cfr. le sentenze della VI Sezione del Consiglio di Stato n. 5827 del 17 ottobre 2005 e n. 2521 del 2 maggio 2012, ribadite e puntualizzate ulteriormente nella sentenza della medesima sezione del 20 marzo 2015, n. 153.

ipotizzabili squilibri nelle dinamiche del mercato.

Concludendo sul punto, può dirsi che il Consiglio di Stato ha riconosciuto che l'«*attribuzione di una funzione*» può implicare «*l'esistenza di un potere strumentale al suo assolvimento*» il cui esercizio, tuttavia, «*presuppone una rigorosa ed esatta delimitazione di quella funzione e delle finalità cui essa è servente*», poiché il rispetto del nesso di strumentalità costituisce garanzia che il ricorso a “poteri impliciti” non serva all'aggiramento del principio di legalità, pilastro fondante dello Stato di diritto²⁰.

Va da sé che quel potere, da considerare quale mero strumento per consentire la tutela di un bene o di un valore²¹, deve essere contenuto entro ben determinati limiti stabiliti dalla legge, alla quale spetta il compito di segnare i fini dell'azione amministrativa.

4. Come si è anticipato, la funzione regolatoria di specifici settori dell'economia affidata a talune autorità amministrative individua un aspetto centrale dell'attività di controllo da queste ultime esercitata nei confronti degli appartenenti ai predetti settori.

Ne consegue che le mansioni svolte, differenziandosi per le particolari caratteristiche dei destinatari degli interventi normativi di cui trattasi, danno vita ad un sistema disciplinare con una dimensione *multilivello*. Ciò in quanto l'attività posta in essere - a fronte di una omogeneità di fondo, riconducibile a tratti comuni della stessa e, *in primis*, ad una tendenziale discrezionalità dell'*agere* - presenta

²⁰«Di attribuzioni implicitamente conferite può parlarsi soltanto con riferimento ai poteri ‘strumentali’ sussumibili nello stesso «spazio» giuridico del potere ‘principale’, situati cioè all'interno dei confini individuati dalla norma attributiva, in ordine a: interesse pubblico perseguito; punto di incidenza materiale; soggetti destinatari; tipo e grado di incisione delle posizioni giuridiche soggettive»: così Cons. Stato, sez. II, n. 2255/2024 cit., che mette in guardia dal pericolo che la categoria dei poteri impliciti, nella misura in cui si ritenga di poter trasformare senza limiti l'enunciazione di scopi in poteri nuovi e innominati, si presti ad aggirare il principio di legalità.

²¹ Cfr. C. cost. sent. n. 115 del 2011.

significative differenze ascrivibili vuoi alle peculiari indicazioni formulate dalla istituzioni di vertice UE (e, in particolare, alle linee guida dell'EBA e dell'ESMA) con riguardo alle caratteristiche tipologiche dei destinatari dei provvedimenti normativi, vuoi a taluni condizionamenti (che incidono soprattutto sugli ambiti di operatività) rivenienti da prassi interpretative delle autorità giurisdizionali «sotto il cui controllo» si svolge l'operato delle nominate istituzioni²².

Va da sé che la indicata differenziazione tra le autorità nazionali di vertice dell'ordinamento finanziario italiano è radicata non solo nel diverso fondamento delle funzioni alle medesime attribuite, bensì nella storia e nel processo evolutivo che ognuna di esse ha seguito nella definizione del proprio *status* di amministrazione che si caratterizza per l'autonomia progressivamente acquisita rispetto alla politica, svincolandosi dalla sottoposizione (*rectius*: ingerenza) di quest'ultima.

Appare verosimile che la ricerca deve aver riguardo in via prioritaria a tale profilo di indagine se si vuole procedere ad una compiuta identificazione delle cause che talora limitano il potere regolatorio di tali autorità. Ed invero diviene possibile in tal modo accertare, per un verso, l'*iter* di formazione dell'apparato organizzativo e, più in generale, l'esatto inquadramento giuridico/istituzionale che contraddistingue la *essenza* delle amministrazioni in esame, per altro quali e quanti siano gli *input* (*rectius*: i condizionamenti) socio/politici che, nonostante la posizione d'autonomia tipicamente proprio di tali autorità, possono interagire sul processo decisionale a fondamento della loro azione.

A ben considerare, infatti, il principio di legalità - che, come il Consiglio di Stato ha ribadito, segna l'ambito entro cui può spaziare l'intervento regolatorio delle entità che qui ci occupano - al fine di espletare appieno il suo ruolo conformatore presuppone, per la sua applicazione, un contesto ordinatorio in grado di dare piena

²² Cfr. GUARRACINO, *Il controllo degli assetti partecipativi nelle banche. Contributo all'analisi della funzione e delle relative fattispecie*, Milano, 2023, p. VIII, ove si fa riferimento rispettivamente alla Corte di giustizia per la BCE e al Giudice amministrativo italiano per la Banca d'Italia.

esecuzione alle indicazioni (*rectius*: ai precetti) fissati in sede normativa dalla legge. Da qui la necessità per le amministrazioni di controllo di poter fare assegnamento su forme organizzatorie adeguatamente correlate alla specificità delle funzioni che a ciascuna di esse fanno capo (stabilità, trasparenza, equilibrio concorrenziale).

Consegue la configurabilità di possibili limiti nell'esercizio del potere regolatorio, qualora le istituzioni nazionali di supervisione incontrino difficoltà nel formulare determinazioni disciplinari su materie che richiedono un'elevata *expertise* cognitiva, a sua volta riconducibile alla mancanza di strutture tecnicamente avanzate, tali da consentire innovative forme di monitoraggio dell'andamento dei mercati anche nel riferimento allo sviluppo *extra* UE del fenomeno, essendo molte volte necessario raccordarsi con le realtà di altri Stati²³.

Al riguardo non può trascurarsi di osservare che le autorità di sovente versano in presenza di attività sottratte, fino ad oggi, all'obbligo di una specifica licenza (si vedano, ad esempio, i crypto *assets*), ragione per cui queste sono svolte al di fuori degli ordinari canali della concorrenza controllata. È evidente come, in questi casi, le amministrazioni in parola trovano in detta difficoltà operativa un intrinseco limite alla possibilità di disporre interventi disciplinari; sicché può dirsi che si determina una sorta di una ritrazione del potere pubblico dalle dinamiche economiche. Non v'è dubbio che un'evenienza siffatta si potrebbe riscontrare con riguardo alla progressiva affermazione del digitale che incide sulle modalità operative in precedenza praticate nel settore economico finanziario. Si spiega, pertanto, la grande attenzione dedicata dalle autorità di controllo italiane, *in primis* dalla Banca d'Italia, alla tematica della «trasformazione digitale nell'industria bancaria italiana», come s'intitola un'apposita pubblicazione edita dalla nostra banca centrale²⁴.

²³ Cfr. CAPRIGLIONE, *Introduzione allo studio del diritto dell'economia*, in AA.VV., *Diritto pubblico dell'economia*, a cura di Pellegrini, Milano, 2023, p. 16.

²⁴ Cfr. BANCA D'ITALIA, ARNAUDO, DEL PRETE, DEMMA, MANILE, ORAME, PAGNINI e altri, in *Questioni di Economia e Finanza*, n. 682, aprile 2022; si veda, altresì, BRANZOLI, RAIONE

Sotto altro profilo, come si è anticipato, una limitazione al potere regolatorio delle autorità di controllo dell'ordinamento finanziario può essere indotta da particolari condizionamenti di vario genere che in primo luogo interagiscono sul piano del ridimensionando della sfera di discrezionalità delle medesime. Ciò si riscontra nel passaggio da regimi disciplinari, disposti in sede di normativa primaria, particolarmente vincolistici ad altri volti a liberalizzare le forme operative nel riferimento all'affermazione di una logica concorrenziale, come sul finire del secolo scorso ebbe a verificarsi col passaggio dalla cd. vigilanza *strutturale* a quella prudenziale²⁵, al quale fece seguito il superamento della 'sostanziale ingessatura' del mercato causata da un'interpretazione troppo restrittiva delle forme di vigilanza imposta della normativa secondaria emanata dall'autorità di settore²⁶.

Analoga limitazione può derivare, a seguito dell'introduzione del Meccanismo Unico di Vigilanza, dalla emanazione di 'linee guida', da parte della BCE, che impongano di orientare la regolazione finanziaria in una direzione particolare, in tal modo finendo col vincolare l'autorità nazionale nelle scelte di politica creditizia. È quanto, ad esempio, è accaduto in occasione della posizione (assunta dal capo della vigilanza bancaria della BCE, Andrea Enria) favorevole alla grande dimensione degli enti creditizi²⁷. Tale posizione, nel nostro Paese, è stata accolta dai vertici della Banca d'Italia, i quali sono stati così indotti a promuovere forme di aggregazione tra gli appartenenti al settore bancario²⁸, con conseguenze ritenute negative da parte della dottrina che, valutando la applicazione di detto criterio con riguardo alla costituzione

E SUPINO, *Il ruolo della digitalizzazione delle banche nel mercato del credito durante la pandemia*, *ibidem*, n. 1406, marzo 2023.

²⁵ Cfr. CAPRIGLIONE - SEPE, *Supervisione e tipologia dei controlli pubblici*, in AA.VV., *Manuale di diritto bancario e finanziario*, Milano, 2024, p. 136 ss.

²⁶ Cfr. in argomento CIOCCA P., *La nuova finanza*, Torino, 2000, cap. VI.

²⁷ Cfr. *Intervista ad ENRIA*, pubblicata sul *Rapporto annuale della BCE sull'attività di vigilanza 2020*, visionabile su <https://www.bankingsupervision.europa.eu/press/publications/annual-report/html/ssm.ar2020~1a59f5757c.it.htm>

²⁸ Cfr. l' *Intervento* di Visco all'ABI (16 settembre 2020) pubblicato dalla Banca d'Italia col titolo *L'economia italiana e le banche: implicazioni della pandemia e prospettive*

del 'gruppo bancario cooperativo', ha criticato la validità del principio della grande dimensione bancaria²⁹.

Naturalmente, le amministrazioni di controllo, a seconda delle particolari modalità organizzative che ne contraddistinguono la figura, presentano un differente ambito potestativo che si riflette sulle modalità di esercizio del potere regolatorio, per solito individuabili sulla base di un criterio che tiene conto della specifica funzione cui le medesime sono funzionalizzate. Ciò circoscrive e separa significativamente il ruolo e la sfera operativa ad ognuna di esse ascrivibile e, conseguentemente, la *governance* che a loro fa capo³⁰; per cui appaiono di sovente diseguali tra loro, presentando profili di 'assimibilità' solo con riguardo alla comune essenza di entità garanti del conseguimento di «obiettivi d'interesse generale»³¹.

Tale differenziazione risulta ancor più evidente allorché il regolatore - per ragioni variegata talora riconducibili ad eventi di natura sociopolitica che interessano i vertici delle autorità di controllo - ritiene necessario adottare misure legislative che cambiano le modalità di nomina degli organi di dette autorità. In questi casi, come è dato riscontrare con riguardo ai cambiamenti disciplinari recati dalla c.d. legge sul risparmio (l. n. 262 del 2005) può essere disposto un ridimensionamento di poteri di

²⁹ Cfr. CAPRIGLIONE - SEPE, *La spinta della Banca Centrale Europea per la grande dimensione*, in *IlSole24Ore* del 7 aprile 2021; MASERA, *Community banks e banche del territorio: si può colmare lo iato sui due lati dell'Atlantico?*, Roma, 2019; ROSSANO D. - PENNACCHIO, *Modelli di integrazione alternativi ai gruppi bancari cooperativi*, in questa *Rivista*, suppl. 3 al n. 2018, p. 99 ss.

³⁰ Cfr. BANI e MONTEDORO, *Op Cit*, p. 176 ss. Nel testo gli Autori riportano diversi esempi di governance delle Autorità amministrative indipendenti italiane, riferendosi, *inter alia*. all'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, il cui presidente e i componenti vengono direttamente nominati dai due Presidenti della Camera e del Senato; all'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (ARERA), i cui componenti sono nominati con decreto del Presidente della Repubblica, previo parere vincolante delle commissioni parlamentari competenti sui soggetti proposti dal Ministero (ora) delle Imprese e del *Made in Italy* ed approvati dal Consiglio dei Ministri; alla Consob, composta da cinque membri ed da un Presidente, nominati con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Consiglio dei Ministri; all'Istituto di vigilanza sulle assicurazioni (IVASS, cui con decreto L. 06/07/2012, n. 95 sono stati trasferiti i poteri dall'ISVAP), composta dal consiglio e dal direttorio integrato, cui presidente è il direttore generale della Banca d'Italia, e i cui commissari sono nominati con decreto del Presidente della Repubblica, previa delibera del Consiglio dei Ministri su proposta del Governatore della Banca d'Italia e di concerto con il Ministero delle Imprese e del *Made in Italy*.

³¹ Cfr. MONTEDORO, *Mercato e potere amministrativo*, cit., p. 34.

alcune di queste amministrazioni al fine di potenziare il ruolo della politica in confronto di esse.

È evidente, quindi, come si ponga in essere per tal via un più deciso allontanamento della istituzione destinataria di siffatto intervento rispetto alle altre; evento rilevante soprattutto a livello di definizione dell'ambito di responsabilità della medesima nell'esercizio del potere regolatorio. Ciò in quanto la modifica dello schema ordinatorio delle modalità di nomina del vertice dell'autorità di controllo, disposta dalla menzionata legge 262 del 2005, incide sul funzionamento dell'intera struttura organizzativa dell'ente, ancorata ad un modello piramidale che - attraverso un meccanismo volto a ricondurre ad unità (nel riferimento alla volontà decisionale di un 'direttorio') gli atti procedimentali disposti all'interno dell'apparato organizzativo dell'ente - assicura la osservanza dei principi di buon andamento della pubblica amministrazione.

5. L'indagine qui svolta ha tentato di rappresentare alcuni significativi aspetti della complessa problematica riguardante lo *status* giuridico ed il potere regolatorio delle amministrazioni indipendenti alla luce delle riflessioni attivate dalla decisione del Consiglio di Stato in commento, dalla quale si evincono interessanti spunti in ordine alla identificazione dei limiti all'esercizio di tale potere.

In particolare, il richiamo al «principio di legalità sostanziale», che è posto a base del mantenimento della copertura legislativa all'azione amministrativa, fornisce un convincente criterio interpretativo della realtà giuridico economica sottesa alle amministrazioni di controllo dell'ordinamento finanziario italiano. Ed invero, l'espreso riconoscimento, formulato dal Supremo Collegio, della facoltà di «desumere dall'espressa attribuzione di una funzione l'esistenza di un potere strumentale al suo assolvimento», assume peculiare centralità nell'analisi che si propone di accertare la corretta dimensione dell'intervento delle nominate

amministrazioni, nonché di puntualizzare i *condizionamenti* che limitano l'ambito entro il quale può essere articolato l'esercizio del potere regolatorio suddetto.

Si è in presenza, quindi, di una decisione destinata ad assumere crescente rilievo nelle indagini che si prefiggono di esaminare le molteplici e variegate articolazioni del cd. processo di *amministrativizzazione*, tipicamente proprio degli «ordinamenti sezionali» (per usare un'espressione di Massimo S. Giannini) nei quali l'intervento pubblico si estrinseca attraverso forme diverse di attività amministrativa poste in essere da quelle che, mezzo secolo fa, venivano definite da un'autorevole dottrina *burocrazie parallele*³². Più in generale, può dirsi che senza dubbio l'impostazione interpretativa del Consiglio di Stato, ribadendo l'esigenza di far riferimento nelle valutazioni sottese all'adozione di provvedimenti di regolazione secondaria il principio di legittimità, ne inquadra la funzione, o più esattamente il ruolo, in chiave strumentale alla realizzazione dell'«ordine giuridico del mercato»³³.

Se ne deduce la necessità di conformare quelli che sono attualmente i fondamenti teorici dell'intervento autoritativo delle 'amministrazioni indipendenti' sulla formazione dei processi economici alle indicazioni fornite dalla sentenza in commento. Va da sé che un orientamento siffatto è presupposto ineludibile per l'affermazione dello 'Stato di diritto', inteso come criterio fondante degli ordinamenti costituzionali che l'Unione europea ipotizza come modello ordinatorio degli Stati membri.

L'articolo 2 del Trattato sull'Unione europea individua nel rispetto della dignità umana, diritti umani, democrazia ed uguaglianza quelli che sono i valori cui l'UE è ispirata. Di certo il 'principio di legalità', riguardato nelle ipotesi costruttive cui si rifà la sentenza qui esaminata, è ad essi riconducibile in quanto presuppone che i poteri esercitati dalle autorità amministrative di controllo del nostro ordinamento

³² Cfr. CASSESE, *La formazione dello Stato amministrativo*, Milano, 1974, p. 129 ss, ove si sottolinea che «nel confronto tra vecchia burocrazia statale e nuove *burocrazie* queste ultime furono vincenti».

³³ Cfr. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 2004

finanziario debbano trovare il proprio fondamento in una norma di legge, che è portato di un processo pluralistico, democratico, responsabile e trasparente³⁴; ciò ravvisando nel rispetto del 'principio di legalità' un significativo nesso tra la specificità della natura delle nominate autorità e l'adozione di provvedimenti di normazione secondaria.

Carlotta Giustiniani

Dottoranda di ricerca

nell'Università degli Studi G Marconi di Roma

³⁴ Cfr. Causa C-496/99 P, Sentenza della Corte (Sesta Sezione) del 29 aprile 2004. Commissione delle comunità europee contro CAS Succhi di Frutta S.p.A..